


NAZIONALE
BIBLIOTECA
VITT. EMANUELE
13
16 I
18



[illegible]

[illegible]

[illegible]

ANTONII
FABRI I.C.
SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Libri viginti

In quibus difficiles plerique Iuris Iustinianei loci, nouis cùm emendationibus, tum interpretationibus explicantur, & vera rectáque Iuris principia stabiliuntur.

Cum INDICE Copiosissimo,

1. Principiorum & conclusionum Iuris, quæ hic proponuntur, explicantur, aut demonstrantur.
2. Legum emendatarum aut explicatarum.
3. Autorum, quorum opiniones recensentur, vel probantur, aut refelluntur.

Huic postremæ demùm editioni accesserunt, quæ hactenus ab omnibus desiderabantur, SVMMARIA *singulis capitibus præfixa, ad faciliorem eorum, vtpote prolixorum, deinceps lectionem deducentia.*





COLONIÆ ALLOBROGVM,
SumptibusIacobiCrispini.

M. DC. XXX.



AMPLISSIMO, ET CLARISSIMO VIRO RENATO LYOBARDO CHATELARDO IN SVPREMO SABAVDIÆ Senatu Præsidi Primario,

ANTONIVS FABER S. D.



VM in omni sciētiarum & disciplinarum genere præstantissimis quibusq; viris periculosum semper visum fuit, vir clarissime, incerta, ac sæpius iniqua, de scriptis suis aliorū iudicia experiri, tū his maximè tēporibus eorū, qui de iure scribunt, miserrima conditio esse videtur, quos necesse est, vel ita scribere, vt nihil scribāt, vel si quid de suo scribunt cōmunem ferè omniū reprehensionem incurrere. Quāquā enim tāta Iurisprudentiæ amplitudo & præstātia est, vt nullo quæstionū aut librorum numero cōcludi possit, veterū tamen interpretum admirabili diligentia, ingeniíq; fœcunditate factum est, vt nisi quod ipsi prius dixerunt, nihil nunc à nobis dici posse videatur. Quòd si quid ab iis prætermissum reperitur, vel minus rectè obseruatum (cuiusmodi plęraque in tam vasta scientia superesse adhuc credendum est) iam frequens multorum vox est, ab eorum qui de nobis tā benè meriti sint traditionibus recedere, & nouas requirere, aut sequi, nec tutum esse, nec honestum, vt si quis contra audeat, eū impudentem, hæreticum in iure, sic enim loquuntur, & quod omnium indignissimū est, nihil nisi Grammaticum esse vociferentur. Vnde fit vt docti plærique viri, sed tamen nimis timidi, & pusilli animi, à scribendi studio reuocentur: Alij contrà nimis temerè omnem suam operam libris conscribendis dedant, in quibus nihil sit, nisi quæ in veterum scriptis melius legere possimus, ac plærumq; commodius. Illorum certè pusillanimitas, & inhonesta verecundia excusari non potest, qui rumores, vt dicit solet, ante salutem ponunt. Sed horum pręcipuè diligentia reprehendenda est, publicis Iurisprudentię studiis longè magis perniciosa, quibus tot librorū millia nocent potius, nec nisi ornandis, aut verius onerandis Typographorum officinis proficiunt. At rectius aliorū iudicium est, qui licet veterum gloriæ neq; addi posse quicquam, neq; detrahi debere existiment, fatentur tamen multa ab illis prętermissa esse, & ignorata; nec eorū authoritati tantùm tribuūt, vt cum ipsis errare malint, quàm soli benè sentire. Huiusmodi plures nostra hæc ætas tulit, quorum opera, & diligentia quantá obscurissimis, ac densissimis iuris nostri tenebris lucem attulerit, ipsa, si loqueretur, Iurisprudentia testaretur. Et iam nemo est qui non fateatur, nisi qui aut dissimulant, aut ingenij imbecillitate, & si dicere liceat, obscuritate impediuntur, ne à tenebris, quibus assueti sunt, reuocari possint, lucémq; intueri. Fatetur Italia, quæ Alciati primi veluti cęterorum parentis matrem, & patriá esse gloriatur. Fatetur Hispania, quæ duorum Antoniorum, Augustini, & Goueani, gloriam toto orbe celeberrimam priscorum laudibus anteponit. Fatetur denique Gallia, quę Budęi, Duareni, Molinęi, Cuiacij, Hotomanni Petri Fabri, tótque alio-

rum Iuriſconſultorum ſcriptis doctiſſimis illuſtrata, nunc cęteris totius Europę prouinciis nobiliorem ſe iactat, quibus anteà veterum interpretum glorię longè inferior cedere cogebatur. Ego ſanè, vt iam de me dicere incipiam, ex quo aliquid in Iuriſprudentia ſapere per ętatem licuit, facere non potui, quin hos pręcipuo quodam iure laudarem, mihíq; imitandos proponerem: quos videbam ita diligenter, eruditè, & ſubtiliter tractare omnia, vt eos demùm veram, non rudem, aut adumbratam iuris ſcientiam aſſecutos, ac de libris noſtris omnium optimè meritos eſſe iudicarem. Qua ex opinione cœpi poſteà eorum exemplo ſic eſſe affectus, vt ex alieno iudicio pendere nollem, nec vllius authoritate moueri, niſi eius, qui pręter vanā nominis oſtētationem rationis potiſſimùm authoritatem prę ſe ferret. Ita factum eſt, vt nouas plęraſq. in iure opiniones, & obſcuriorum locorum interpretationes adinuenerim, à receptis veterum aut recentiorum interpretum ſententiis omnino abhorrentes: ſed à vera, rectáq. iuris ratione minùs, meo iudicio, alienas: Quas dum in ſcholis eſſem, ſedulò, & diligenter ſelectas in diuerſa capita diſpoſueram, eo conſilio, & propoſito, vt ſi poſt aliquot annos placerent, quæ tunc probabantur, in publicum exirent, incertámq. iudiciorum aleam ſubirent. Sed à ſcholis reuerſus, tuíſque, vir clariſſime, imperiis foro addictus, vti planè diuerſam prouinciā ingreſſū me vidi, ita de vetere meo conſilio dubitare cœpi, & à ſcribendi ſtudio, quod anteà conceperam, penè reuocari. Prævidebam.n. fore, vt hos meos libros, in quib. nihil ferè eſſet quod Accurſij, Bartoli, Iaſonis, aliorúmq. communibus traditionibus conueniret, ij improbarent, qui nihil niſi Bartolos, & Iaſones loquerentur: quorum in forenſibus diſceptationib. præcipua eſt & ſemper fuit authoritas. Illud verò odioſum, adeóq. dignum reprehenſione videbatur, iis me non placere, quibus tantum tribuerem, quantum mihi non auſim arrogare, & ex quorum de me iudicio ac opinione, mea omnino eſſet metienda exiſtimatio. Cogitabam quàm difficilè ſit, præſertim nouo homini, nouas opiniones inducenti, de iure ſic ſcribere, vt omnibus ſatisfaciat, & vanitatis notam fugiat aut temeritatis. Quæ mihi eò magis pertimeſcenda erat, quòd ego nec ingenio excellens nec longi temporis ſtudio in hac iuris diſciplina exercitatus, necdum quatuor & viginti annos natus (ſit hæc non induſtriæ meæ laus, ſed errorum potiùs meorum excuſatio) videbam exprobaturos mihi plæroſque, quòd prematurè de iure ſcriberem, nimíſq. confidenter magnum aliquid aſſecutum me crederem in ea ſcientia, in qua vix vlli hactenus contingit vel vnam paginam ſic ſcribere, vt non aliquid in ea ab aliis deſiderari & varij errores, vt alia aliorum iudicia ſunt, pro cuiuſq. arbitrio notari poſſint. Neq. tamen vinci, & perſuaderi potui vt à ſcribendi inſtituto diſcederem, vel horum librorum editionem in nonum vſque annum, quod vulgare multorum conſilium eſt, dimitterem. Quin potiùs his ipſis rationibus in priore mea ſententia magis confirmatus, facturum rectiùs me putani, ſi in hac ætate, quæ ſola errorum meorum, & imprudentiæ veniam facilius impetrabit, ac priuſquàm forenſium occupationum mole obruerer, hos ſtudiorum meorum, & ſcholaſticarum lucubrationum primos fructus integro iam anno domi ſeruatos publicè exhiberem, tanti ab omnibus æſtimandos, quanti bono & docto cuiq. viro, nec iniquo alienorum laborum æſtimatori videbitur. Non.n. tantum mihi tribuo, vt opiniones meas omnibus probari poſſe vel debere confidam: quas ideò *Conjecturarum* nomine donatas volui, vt ex eo omnes intelligerent non eſſe mihi eas iuris Sententias aut Axiomata, ſed Conjecturas, neq ita improbabiles, quin defendi meo iudicio facilè poſſint, neq tamen ita neceſſarias, quin poſſint etiam refelli ab iis qui feliciore ingenio, & maiore eruditione prędıti, in ſcriptis meis facient, quod in alienis videbunt, nec diſſimulo, me feciſſe, à quib. illud vnum dari mihi poſtulo, vt rationibus duntaxat, non interpretum, licet approba-

approbatissimorum,& celeberrimorum,authoritatibus moueantur: Sic fiet vt quid rectum,quidve falsum sit melius appareat,libentiúsque mutem sententiam à qua me veritatis cognitio reuocabit. Erit verò mihi iucũdissimum,cæteris longè vtilissimũ, tot legum à nemine hactenus, vt arbitror,intellectarum veras interpretationes ab iis discere,quas si hic meus conatus extorquere poterit,satis desiderio meo factum putabo,nihilque præterea ad laudem deesse mihi arbitrabor. Sed earum præcipuè legum exceptiones intelligere cupio,quarum his libris emendationes proponũtur, recentioribus quidem & venustioribus horum temporum interpretibus familiares, iis verò,quibus veteres tantùm placent,prorsus odiosæ, & molestæ:quorum frequens illud in ore verbum est, Non solere emendari leges nisi ab iis, qui in legibus nihil intelligunt. Quod tamen quàm ridiculè & falsò ab iis dicatur, testes sunt doctissimi omnes ętatis nostrę Iureconsulti,qui in corruptissimis plerisque iuris locis emendandis tantam diligentiam bono publico præstiterunt,quantam iis interpretandis operam veteres perdiderunt. Multi enim librariorum inscitia,multi imperitorum interpretum audacia sic deprauati sunt, vt qui in recepta lectione defendenda pertinax esse velit,ei omnino necesse sit absurdam & fatuam aliquam interpretationem comminisci. Quales innumeras in Accursij glossis,& veterum commentariis cernimus,à librorum quibus vtebantur corruptione vt credibile est,potius quàm à tantorum virorum ignorantia profectas,dum in iis corrigendis ad superstitionem vsque religiosi essent, & quod homine indignissimum puto , nuda verborum figura magis quàm ratione ducerentur. At quoniam in emendationibus recipiendis magna cautio adhibenda est, vt non nisi quàm parcissimè fieri potest, admittantur , quòd non minus reprehendendæ sunt, quæ otiosæ,quàm adprobandę eæ,quæ ad legum sententiam assequendam necessariæ videntur,placuit emendationibus meis aliquot alienarum reprehensiones subiungere,& receptam lectionem aduersus recentiorum opiniones defendere, vt in libris meis aliquid esset,quo lectorum omnium animi,diuersáque iudicia oblectarentur. In quo,aliis fortasse satisfeci: mihi, vt dicam liberè, nõ satisfeci,cui sanè molestissimum fuit ingeniosum agere in operibus alienis: & eorum maximè quorum elegantiam, subtilitatem, & diligentiam laudare longè iucũdius fuisset , quàm authoritatem, quæ iam apud omnes tanta est quanta esse debet, impugnare,& errores (si errores sunt , quos esse puto) refellere. Sed quia tam diligenter illi in iure versati sunt vt nihil intactum reliquerint,ac ferè in omnibus vel cũ ipsis vel contra ipsos sentiendum sit,facilè omnes factum nostrum excusabunt, qui solius veritatis amore ducti cogitabunt melius inquiri eam non posse,quàm omniũ opinionum de ea re de qua quęritur recensitione, & earum quę non probantur refutatione. Sic Labeonem,Iulianum, Papinianum, tres maximos ac primos Iurisprudentię nostrę Duces à Iaboleno, Marcello, & Paulo plęrisque locis rectè notatos legimus,quamuis horum longè minor, quàm illorum authoritas, & eruditio haberetur. Nempe,docta omnia non sunt,quę à doctissimis viris proficiscũtur: nec humanę imbecillitatis conditio patitur adeò perfectè quem scribere , vt nihil prętermittat,& nunquam à veritate aberret. Illud duntaxat prospiciendum est diligenter, ne in alienis opinionibus refellendis immodestè quid dicatur, & reprehendendi studio potius quam discendę aut inuestigandę veritatis. Quod ego in his libris quantum potui maximè curaui : eámque ob causam ex pluribus quę cumulare nolui,ea dũtaxat selegi,licet non omnia, quæ ab aliis omnibus, quorum scripta legere licuit, & libuit, (quis enim omnium legere aut possit,aut velit?) prętermissa vel ignorata existimaui. Quale verò cumq.est,quod feci,totũ id tibi vni, vir clarissimè,optimo iure debitum,iamque inde à multis annis dicatum, nunc libens offero , & præsto. Serius

profectò, quàm oportuerat, si debiti diem, tótq; obligationũ, quibus me obstrictum tenes, vim, & conditionem spectes: sed tamen sat citò si ingenij mei imbecillitatem, operis difficultatem, forensium occupationum, quibus me à scholis redeuntem deditum voluisti, impedimenta cogitabis. Quę si aut nulla, aut minora fuissent, perfectiora nunc haberes, quæ præsto rudia penè, & impolita. Nec tamen diutius iis poliendis cunctari volui, non solùm vt citiùs, ac oportuniùs tibi de noua ista dignitate gratularentur, quæ iamdiu quidem virtutibus tuis debita, nunc verò summa totius populi expectatione, & admirabili doctissimorum, optimorúmque omnium gratulatione honorificentissimè oblata, ac decreta est: sed etiam ne magnam tuam de studiis meis spem, longiore quàm par sit mora, & frustratione deciperem, indéq; fieret vt temporis vsuræ, cæterarúmque accessionum additamentis debiti mei, quod vix iam possim exsoluere, quantitas, solutionísque difficultas augeretur. Quáquam enim te non durum aut molestum creditorem esse expertus scio, verendum tamen mihi fuit, quod prouidi debitores solent, ne si humanitate & facilitate tua, liberiùs abuterer, nullum posthac ad mensam tuam aditum haberem, de qua tam sæpe egenti mihi pecunias numerasti. Tua, vir clarissime, infinita erga me merita intelligo, quorũ frequentia, & magnitudine à primis studiorum meorum temporibus tibi deuinctũ me voluisti, vt si quid ex industria, & diligentia mea acquiri potuit, tanquam ex peculio meo profectitio quæsitum, patriæ potestatis iure vindicare possis. Me enim nõ vt eum, qui tibi natura, & sanguine coniũctus sit, semper dilexisti (quod ad gloriam, virtutísque studiũ sufficere mihi poterat) sed vt filium amasti, & patre meo vita functo, quo tempore consilio, & auxilio maiore opus fuit, ne ab instituto, víxque tũc inchoato studiorum meorum cursu reuocarer, tanta me voluntate, ac officiis omnib. vltrò prosecutus es, vt facilè intellexerim viuo te non deesse mihi patrem, qui me meáque omnia diligenter curet, humaniter foueat, studiosè amplectatur. Inter cętera verò, quæ à te profecta sunt innumera in me beneficia, illud vnum tacere nunc non possum, quòd mihi ad hæc Iurisprudentiæ studia accedenti, magistrum dedisti D. Ioan. Antonium Manutium, ciuilis disciplinæ in Taurinensi Academia professorem celeberrimum, & ingenij acumine, orationis eloquẽtia, doctrinæ pręstantia antiquis ipsis iuris authoribus comparandum. Cuius solius, vt iusseras, auspiciis, & pręceptis, tantum profecisse me glorior, quantum vix in alterius schola proficere posset is, qui me ingenio, & diligentia longè superaret. Quod tu ex his fructuum meorum primitiis intelliges, si quid fortè in iis erit, quod oculis, & auribus tuis dignum arbitreris. Etsi autem verendum potius mihi est, ne tibi eximia pręceteris, pręstantíque eruditione, prędito leuia hęc, & pene puerilia videantur: attamen non despero, quin pro singulari erga me humanitate, & beneuolentia iis, qualiacumque sint, authoritatem tuam accommodaturus sis, omnia probaturus, & aduersus eorum, quorum nec reprehensionem curo, nec iudicium requiro, obtrectationes, & calumnias, si quę emergent, defensurus. Id si à tę impetrauero, faciam alacriter, vt quicquid mihi posthac à forensi exercitatione otij dabitur, ad scribendi studium conferam, nihilq; pręmittam eorum omnium, quæ ad illustrandam Iurisprudentiam, tuámq; de me opinionẽ sustinendam pertinere existimabo. Bene vale, vir clarissime, & reipublicæ mihíque diu fœlix viue.

AD AMICVM LECTOREM EX MARTIALI.

Sunt bona, sunt quædam mediocria, sunt mala plura,
Quæ legis hic: aliter non fit, amice, liber.

INDEX

INDEX CAPITVM XX. LIB. CONIECTVRARVM.

Prior numerus Caput, posterior verò paginam huius editionis demonstrat.

LIBRI PRIMI.

LIBRI SECVNDI.

LIBRI TERTII.

LIBRI QVARTI.

LIBRI QVINTI.

LIBRI SEXTI.

LIBRI SEPTIMI.

LIBRI OCTAVI.

Ad

LIBRI NONI.

LIBRI DECIMI.

LIBRI VNDECIMI.

Libri Dvodecimi.

Libri decimitertii.

Libri decimiqvarti.

INDEX CAPITVM.

LIBRI DECIMIOCTAVI.

LIBRI DECIMINONI.

LIBRI VIGESIMI.

ANTONII



ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI; SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆsidis Primarij,

CONIECTVRARVM LIBER I.

Explicatur l. qui Roma 122. in princip. D. de verb. oblig.

CAPVT I.

SVMMARIA.

1 *Duplex legis* qui Romæ, *interpretatio à Doctoribus allata reycitur.*
2 *Duplex eiusdem legis lectio.*
3 *Noua eius interpretatio.*
4 *Quomodo differat qui in certam diem debet, ab eo qui in incertam diem.*
5 *Plus præstare eum quàm debet qui ante diem soluit.*
6 *Quis sit effectus obligationum ex quibus quid præstari certo loco debet?*
7 *Explicatur* §. cùm ita l. continuus ff. de V.O.
8 *Ratio dubitandi* in d. l. qui Romæ.
6 *Quanam vsuræ per oblationem congruo loco & tempore factam impediantur.*

1 

EGIS † *qui Roma*, in principio, *de verborum oblig.* duplex interpretatio afferri solet: vetus vna, & communi ferè omnium interpretum consensu recepta, vt incongruo loco, & tempore, facta oblatio debitori non prosit: noua altera, vt debitor, qui diuisis pensionibus ex conuentione pecuniam debebat, si integram eam primo mense offerat, licet incongruo loco, & tempore, sibi tameo præiudicet, vt præsenti die quantitas ab eo integra peti possit. Sed quemadmodum prior interpretatio ridicula est, quia, siue de principali, siue de vsurarum obligatione quæratur, obligationem incongruo loco, & tempore, factam debitori non prodesse tam apertum est, vt probabile nõ sit de eo consultum Scæuolam fuisse: Ita posteriorem admittendam non esse ex eo intelligimus, quòd iniquissimum esset oblationem incongruo loco, & tempore factam debitori nocere: qui summam integram non simpliciter obtulit, sed cum ea adiectione, & cõditione, vt quod creditori vsurarum nomine prorogauerat, in debitum computaretur. Vnde Scæuola quærit, An cùm oblatum sit integrum debitum, computatis scilicet vsuris iã prorogatis, nihilominus creditor integram summã sua die petere possit, sine vlla vsurarum iam prorogatarum computatione. At neque huic posteriori interpretationi conuenire poterit, quod lex ait, posse stipulatorem sua die ibi vbi soluendam stipulatus est, integram quantitatem petere. † Siue enim Florentinam lectionem sequamur, & solutionem per menses tres diuisam fuisse dicamus, non potest verum esse, sua die integram pecuniam peti antequam dies omnes venerint. *l. si necessarias. 8. §. si annua. D. de pign. act.* Siue post tres menses, vt vulgo legitur, & legendum esse probabiliùs est, solutionem fieri debuisse existimemus, apertissima est Scæuolæ sentẽtia, non nisi post tres menses integram quantitatem peti posse. † Alia igitur interpretatio quærenda 3
est, & illud primum intelligendum, quod nescio an quisquam adhuc animaduertit, oblationem in ea specie congruo loco, & tempore, factam fuisse. Ac congruo quidem tempore, quoniam inuito creditori ante diem solui potest. *l. quod quis 50. D. de oblig. & actio. l. stipulatio ista. 38. §. si inter l. continuus 137. §. cùm ita. D. de verb oblig. l. quod certa 70. D. de solut.* quibus omnibus in locis quod dicitur ante diẽ solui posse, haud dubiè sic intelligi debet, vt & inuito creditore possit. † Nam in *d. §. inter.* differentiam Vlpianus constituit 4
inter certam, & incertam diem, quòd is qui in certam diem debet, toto medio tempore liberam soluendi potestatem habet. Qui verò in incertam, ita demum videtur præstare quod promisit, si post dici euentum soluere paratus sit. At differentia nulla erit, nisi ita Vlpianus intelligatur, vt qui in diem certam promisit, statim creditori inuito soluere possit: cùm & qui in diem incertam promisit, si confestim soluat creditore consentiente, vtique liberetur. Et in *d. §. cùm ita.* eleganter Venuleius distinguit inter solutionem, & petitionem, vt obligatione in diem concepta solui ante diem possit, peti verò non possit. Atqui volẽte debitore etiam ante diem peti nihil vetat. Ergo ita hoc explicandum est, vt quamuis ab inuito debitore ante diem peti non possit, inuito tamen creditori ante diem solui possit. † Quidni verò cùm 5
is qui ante diem soluit plus præstet, quàm debeat, *l. Iauolenus. 15. in fi. D. de ann. legat.* quia diei adiectio est pro

A

reo, non pro stipulatore. *l. eum qui 41. §. vlt. D. de verb.*
oblig. l. intra 7. D. de re iudicat. Vnde etiam illud est,
quod Paulus respondit in *l. qui res. 98. §. mihi decem.*
D. de solut. eum, qui mihi Calendis Februarijs dare
promisit, si eadem Titio solutionis gratia adiecto Ca-
lendis Ianuarijs promittat, ei rectè soluere: quia cùm
in diem sit mea quoque obligatio, etiam mihi, inquit,
solui potest ante Calendas Februarias. Mihi scilicet,
inuito, vt recta ratio sit, & conueniens ei de quo Pau-
lus quærit, An promissor qui Titio Calēdis Ianuarijs
inuito me soluit liberetur. Congruo quoque loco fa-
ctam esse oblationem in specie *l. qui Romæ.* illud pro-
bat, quod quamuis debitor pecuniam Romæ obtu-
lisse proponatur quam in longinqua prouincia post
menses tres daturum se spoponderat, post paucos ta-
men dies eam obtulit, vt lex ait, hoc est, vt ego inter-
pretor, priusquam in longinquam illam prouinciam
perueniri posset. Ex quo apparet, factam esse oblatio-
nem eo tempore quo pecunia certo loco debita esse
6 dici nondum poterat, † cùm huiusmodi obligationi-
bus ex quibus præstari quid certo loco debet, tacitè
insit tempus intra quod ad eum locū perueniri pos-
sit *dict. l. cum ita. §. si ita quis. D. de verb. obligat.* Cuius
rei effectus ille est, vt toto eo tempore quo tacitè in-
est inuito creditori solui possit vbique, vt Venuleius
ait in *d. § cum ita.* quamuis post id tempus, hoc est
cum iam certo loco deberi incipit, alibi inuito stipu-
7 latore solui non possit *l. pen. de eo quod cert. loc.* † Sic e-
nim accipi debet quod scriptum est in *d. §. cum ita vel*
qui a vbique potest soluere. vt vbique inuito creditori sol-
ui possit, licet *Accursius* & cæteri passim aliter inter-
pretentur. Ille verò eius loci sensus est, promissorem
qui cùm Romæ esset, Ephesi daturum se promisit,
trāsacto tempore intrà quod Ephesum perueniri po-
tuit, ex stipulatione teneri, quòd per eum steterit,
quominus obligationi satisfactum sit, non solùm
quia Ephesi per alium dare, sed etiam quia ipse vbi-
que soluere potuit, eo scilicet tempore ante quod E-
phesum perueniri potuit: neque enim ante id tem-
pus Ephesi potiùs quàm vllo alio loco debitum fuis-
se dici potest. Ergo in proposita specie *l. qui Romæ.*
oblationem congruo loco, & tempore factam fa-
8 tendum est: † eamque perelegātem dubitandi ratio-
nem esse, quam his verbis Scæuola notat, *cùm in in-*
tegram summam qua stipulatione obligatus erat, obtulerit.
Propter quam videbatur oblationem congruo loco,
& tempore, factam debitori prodesse debere. Sed a-
liud Scæuolæ iudicium est, vt perinde ac si facta non
esset, creditor possit integram summam non compu-
tatis vsuris prius iam prærogatis, sua die, & loco de-
stinato, exigere: Ratione illa, vt videtur, quod huius-
modi vsuræ non propter moram, sed ex conuentio-
ne prorogatę sunt, indéque fit vt minus offerat debi-
tor qui pecuniam sibi creditam offert detracta ea
summa quam creditori suo vsurarum nomine proro-
9 gauerat. † Generaliter igitur diffiniri potest, oblatio-
nem congruo loco, & tempore, factam, impedire
quidem moram, & vsurarum ex mora debitarum e-
xactionem, aut retentionem. *l. Seia 12. D. de vsur. l. le-*
cta 41. D. de reb. cred. sed non earum, quæ ex conuen-
tione debentur. Neque enim sine maxima creditorū
iniuria aliter constitui posset. quos, sine fœnore non
credituros, lucro vsurarum conuentarū fraudari nōn
oportet. Fraudarentur verò, si debitoribus, pecu-
niæ creditæ qua diu fortè vsi essent, ad dictam
diem, aut ante diem sine vsuris restituendæ pote-
stas esset.

CAPVT II.

Emendatur l. 5. D. de impens. in reb. dotal. fact. & explicatur l. si is qui 56. §. quod dicitur. de iure dot.

SVMMARIA.

1 *Quo sensu necessariæ impensæ dotem ipso iure minuere dicantur?*
2 *Vtiles impensæ dotis repetitionem non morantur.*
3 *Casus quo fundus in dotem datus propter impensas necessarias, dotalis esse desinit.*
4 *Ratio cur impensæ necessariæ quæ totius fundi æstimationem exæquant, efficiant vt totus dotalis esse desinat, si verò partem tantùm, ne pro ea quidem parte dotalis esse desinat.*
5 *Necessariæ impensæ quæ dicantur?*
6 *Quo sensu Vlpianus dicat* impensas necessarias dotem minuere?
Emendatur l. 5. ff. de impens. in res dot. fact.

QVOD † vulgò dici solet impensas necessarias ipso 1
iure dotem minuere, *l. dote 61. de ritu nupt. l. 1. §. 1. l.*
pen. de impens. in reb. dot. fact. l. 2. de dot. præleg. Paulus
in *l. si is qui Stichum 56. §. 2. de iur. dot.* ita interpreta-
tur, vt tamen non efficiant res dotales aliqua ex par-
te desinere esse dotales: quod ipsum sic accipiendum
est, vt fundus in dotem datus tanquam pro impensis
necessariis solutus & velut compensationis iure ma-
rito non acquiratur: (cum namque mulieri impensas
offerenti restituendum esse certissimum est:) cæte-
rùm impensæ necessariæ hactenus efficient fundum
desinere esse dotalem, vt quandiu earum nomine
marito satisfactum non erit, fundus ab eo repeti non
possit. *§ antepen. Institut. de act. l. 5. de impens. in reb. do-*
tal. fact. † In quo necessariæ ab vtilibus differunt, quæ 2
siue volente, siue ignorante aut inuita muliere factæ
sint, nunquam eiusmodi sunt, quæ dotis repetitionem
impedire aut remorari possint: sed siquidem sine mu-
lieris voluntate factæ sunt, exactionem duntaxat ha-
bent: si verò muliere volente deduci tantùm possunt,
id est per exceptionem pignoris quodammodo no-
mine retineri, *l. voluptuariæ 7. cum l. sequen. de impens. in*
reb. dotal. fact. l. 7. § vltim. D. solut. matrim. l. impensæ 79.
de verb. significat. At longè aliud est impensis necessa-
riis ipso iure dotem minui: aliud verò pignoris nomi-
ne dotem retineri ob impēsas vtiles quas mulierem,
cuius voluntate factæ sunt, præstare æquum est. *l. dote*
5. D. de dot. præleg. Nam & hodie post Iustiniani Con-
stitutionem in *l. vnica. § sed nec ob impensas. C. de rei v-*
xor. action. dubitandum non est dotis propter impen-
sas necessarias retentionem superesse: quam tamen
propter vtiles licet mulieris voluntate factas, peni-
tus sublatam esse certissimum est. Neque enim vo-
luit Iustinianus aut ex iuris ratione velle potuit, vt
dos impensis necessariis imminuta, ante earum resti-
tutionem peti possit: sed id tantum constituit, vt cùm
peti dos potest, quod contingit, vtilibus impensis in
eam quodammodo factis, nulla ei pignoris nomine
retentio obiici possit, sed omnimodo dos restituatur,
tum impensæ vtiles mandati vel negotiorum gesto-
rum actione repetantur. † Quod autem diximus im- 3
pensas necessarias non efficere vt fundus in dotem
datus omnino desinat esse dotalis, exceptionem vnā
habet: nisi in eum tantum impensum sit per partes
quanti ipse fundus est: quo casu Scæuola dicebat fun-
dum omnino desinere esse dotalem, nisi mulier spō-
te marito intra annum impensas obtulerit, vt Paulus
refert in *dict. §. 2. l. 50. de iure dot.* Intra annum igitur
fun-

fundum dotalem remanere Scæuola putabat ea ratione, quòd si dotalis esse desineret, alienari posset: alienatus autem postea [illegible] pecunia rursus dotalis fieri non posset. Sed Paulus contrà putat, statim desinere esse dotalem: neque tamen interim, id est intra annum mulieri ad offerendas impensas, datum alienari posse, quoniam etsi dotalis non sit, in eo tamen est, vt muliere impensas restituente in causam dotis teneri possit: neque verò nouum est, vt etiam eius fundi, qui dotalis non est, alienatio lege Iulia inhibeatur: sufficit enim, mulieri actionem de dote competere posse, licet interea non competat, *l.3. D. de*
4 *fund. dotal.* † At difficilius sciri potest cur impensæ necessariæ, quæ integram totius fundi æstimationem æquant, efficiant vt totus desinat esse dotalis: si verò partem duntaxat æquent, ne pro ea quidem parte dotalis esse desinat. Nisi fortè ita constitutum dicamus, quòd cum impensa tanti est, quanti totus fundus, videatur dici posse fundum desinere esse dotalem sine iniuria mulieris, cuius reuera nihil interest fundum illum habere, quem nisi prius oblata integra æstimatione habere non possit: quanquam illius affectioni hactenus indulgetur, vt si fundum habere vel potius redimere malit, maritus æstimationem intra annum accipere compellatur. At cùm pro parte duntaxat æstimationis fundi impensa facta est, semper mulieris interest partem illam potius habere, quàm eius æstimationem, vel eò saltem nomine, quòd alia pars ei superest quam ab alia diuisam habere nolit: neque enim inuita, aut ignorans ad communionem compellenda est, *l. si non sortem 26. §. si centum. de condict. indeb.* Elegant er verò Paulus, *sed si tantum in fun-*
5 *dum dotalem impensum sit per partes*, &c. † Cùm enim necessaria impensa ea sit, qua non facta dos minuitur. *leg. impensa 14. de impensis in rebus dot. fact. l. 79. de verborum significat.* apparet necessariam dici non posse eam quam integram totius dotis æstimationem absumit: quanquam facilè contingere potest vt eadem impésa necessaria sæpius facta dotem exæquet, atque adeò superet. Quod cum Ioannes & Accursius non animaduerterent, dixerunt Paulum exempli gratia scripsisse *per partes*, neque dubitandum quin idem dicendum sit & si vnica impensa dotis æstimationem æquauerit, quod iam est ridiculum, quàm cetera fere omnia, quæ de ista quæstione apud Accurs. leguntur, in cuius glossis omnia sunt ita inuoluta & incerta, vt ex iis vix aliud quicquam intelligere possimus, quàm nihil eum intellexisse. Putat enim impensas necessarias efficere, vt quasi pignoris nomine retineri dos possit, quod disertè negat *l. 5. de dot. praleg.* tum Pauli & Scæuolæ eandem sententiam esse vult, vt fundus in quem tantum impensum est quanti ipse fundus est, remaneat quodammodo dotalis, cùm tamen Paulus dicat magis esse *vt in causam dotis reuertatur*: quibus verbis Scæuolæ sententiam mani-
6 festissimè eurigit. † Eandem quæstionem Vlpianus tractat in *l.5. de impensis in reb. dotal. fact.* quid sit quod dici solet impensas necessarias ipso iure dotem minuere. Id autem ita interpretatur, vt efficiant fundum desinere esse dotalem, id est, quemadmodum supra interpretati sumus, vt quandiu earum nomine marito satisfactum non erit, fundus ab eo repeti non possit, non autem vt ipse fundus aut singula corpora dotalia ipso iure diminuantur. *leg 1. §. 1 de dot. praleg.* Rationem verò subiicit, quod absurdum esset diminutionem corporis fieri propter pecuniam. Cuius sententiæ vis illa est, vt pro impensis necessariis nullam corporum dotalium partem retinere inuita muliere maritus possit, quasi ex iis ipsis sibi soluerit quod pro eis impendit: & ex diuerso vt ipsa mulier nullam fundi partem petere possit, nisi prius oblatis impensis in totum fundum factis, licet earum longè minor sit quàm totius fundi æstimatio. Quibus consequenter scribit, *Vbi ergo admittimus, diminutionem dotis ipso iure fieri vbi non sunt corpora, sed pecunia*, &c. Hîc verò ingenuè fateor me non intelligere quid sibi Vlpianus velit, hoc est quid illud sit de quo quærit, multóque minus quid respondeat. Cùm enim proximè dixerit, corporibus in dotem datis, impensas necessarias ipso iure dotem non corpora minuere, cur quærit vbinam admittamus diminutionem dotis ipso iure fieri? Rursus quòd respondet, ibi demum diminutionem dotis ipso iure fieri vbi non sunt corpora, sed pecunia, vel vbi corpora sunt æstimata, verum non videtur, cùm certissimum sit his casibus ipsorum corporum, itémque pecuniæ non dotis diminutionem fieri. Nam in pecunia ratio admittit propter pecuniam diminutionem fieri. Rectè verò *in pecunia*, non *in pecuniaria dote*: cùm & in ea dote quæ ex corporibus constat, ratio patiatur diminutionem fieri, sed non in ipsis corporibus: nisi fortè æstimata sint: quo casu ipsorum æstimatio in dotem data intelligitur, *l.*
quoties. 5. Cod de iure dot. † Ego corruptum esse hunc 7
Vlpiani locum non dubito, & quantum coniectura assequi possum, ita restituendum, vt pro eò quod vulgo legitur *ipso iure*, reponamus *ipsa in re*, in illis verbis, *vbi ego admittimus diminutionem dotis ipso iure fieri?* itémque in illis sequentibus, *ipso iure dos diminuetur.* Paria enim sunt diminui dotem ipsa in re, & ipsam rem dotalem, non dotis vniuersitatem diminui. Quàm verò facilis & lubricus hic error fuerit tam apertum est, vt ab omnibus hanc nostram emendationem vel eo solo nomine statim probatum iri confidamus.

CAPVT III.

Defenditur, & explicatur vulgata lectio l. Mæuio. 41. §. 1. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Dote à marito vxori relegata quid debeatur?*
2 *Interpretatio legis* Mæuio 41. §. 1. de legat. 2. *ab Accursio tradita reijcitur.*
3 *Improbatur Conani opinio & interpretatio legis ab eo allata.*
4 *Bartoli & Butrigarij peculiares sententiæ de horum verborum differentia,* peruenisset *&* peruenit.
5 *Multum interesse vtrum maritus vxori dotem leget, an extraneus.*
6 *Differentiæ ratio redditur.*
7 *Ratio edicti de alteruiro, eiúsque abrogatio.*
8 Deducendi *verbum in* l. Mæuio, *ad vtiles tantum impensas, non etiam ad necessarias pertinere.*
9 *Taxatio quid dicatur?*

MVltum interest vtrum vxori suæ dotem testator ita leget, *Quicquid propter Titium ad me dotis nomine peruenit, tantam pecuniam heres meus ei dato*, an verò ipsius heredis vxori, hoc modo *Quicquid propter Titium ad te peruenit.* † Hoc enim posteriore ca- 1
su, tota dos sine vlla deductione impensarum mulieri debetur, & taxationis loco habentur verba illa, *quicquid ad te peruenit.* Priore verò, cùm vir vxori dotem relegat, id tantum legare videtur, quod in iudicio de dote mulier consequi posset, vt Iureconsultus ait in *l. Mæuio. 41. §. 1. de legat. 2.* † Cuius sententia qui- 2

quam satis aperta, ab *Accursio* tamen intellecta non est, qui inter legata duntaxat, non inter testatorum personas differentiam constituendam esse putat, vt nihil intersit, an maritus leget, an extraneus: sed siue ille sit, qui legat, distinguatur an simpliciter dotem leget, an cum adiectione illa *quicquid peruenit*: vt illo casu non plus mulieri præstetur, quàm dotis iudicio consequeretur: hoc verò impensarum deductionis ratio nulla habeatur. At Iureconsultus apertè scribit, non idem ius seruari debere in testamento extranei, quod seruatur in testamento viri, & addit, *illic verò, vbi vir vxori relegat*, neque duplicem illum legãdi modum distinguit, quem Accursius distinguendum
3 existimat. † Sed neque Goueani, clarissimi & subtilissimi Iureconsulti, opinionem probare possum, qui verba illa, *vbi vir vxori relegat*, alieno loco posita esse scribit, & differentiam quam inter maritum, & extraneum Iabolenus apertè ponit, contraria prorsus interpretatio sic explicat, vt in testamento viri verba illa, *quidquid ad me peruenit*, taxationis loco habeãtur, extraneo autem legante id tantum legato contineatur, quod impensis deductis restituendum esset iudicio de dote: Nec animaduertit Iureconsultum in illis verbis, *non dubito*, ad propositam quæstionem respondere, quæ est de legato ipsius hæredis vxori relicto in extranei testamento: quo tamen casu totam dotem sine vlla impensarum deductione mulieri ex testamento præstandam esse disertè scribit. Nisi fortè virum doctissimum fefellit lectio Florentina, quæ habet, *non dubito quin vxori suæ*. At rectius in aliis ferè omnibus codicibus legitur *tuæ* (similis error est in *l. ex asse. 28. ff. ad S. C. Trebellian.*) idque verba illa sequentia demonstrant, *quicquid ad te peruenisset*: vtique enim dixisset Iabolenus *quicquid ad me peruenit*, si de
4 legato testatoris vxori relicto intellexisset. † Æquè verò suauis est Bartolus, qui Butrigarium secutus nescio quid somniat de horum verborum differentia, *peruenisset*, & *peruenit*, nec videt ea verba, *quicquid ad te peruenisset*, *vt tantum ei dares*, testatoris non esse, sed Iureconsulti, verba illa testatoris, *quidquid ad Seium propter Titiam dotis nomine peruenit*, ad propositam quæstionem adaptantis, & ad personam ipsius heredis, cum quo per epistolam loquebatur, referentis: Nec illud etiam Bartolus videt, quod tamen apertissimum est, Iabolenum inter legantium personas, non inter legatorum formulas differentiam constituere. Quare nec sibi ipse satisfacit, qui post longam disputationem nihil aliud concludit, quàm se totam quæstionem hanc sub dubio, vt ipse loqui-
5 tur, dimittere. † Ego verò indubitatè concludo, quod initio capitis proposui, multum interesse, vtrum maritus leget an extraneus. Illo casu, ea verba, *quidquid ad me peruenit*, impensarum deductionem non excludere: Posteriore verò, hæc ipsa verba, *quicquid ad te peruenit*, taxationis loco haberi, & efficere vt mulieri dotem repetenti nulla obiici deductio possit. Quod in ipso §. tam apertum est, vt vix vllus quisquam de eo dubitaturus fuisset, si dissimilitudinis huius ratio aliqua ab interpretibus excogitari potuisset: quæ tamen re paulò attentiùs considerata in
6 facili esse videtur. † Cùm enim testator vxori suæ dotem relegat, ita facere creditur, quod intelligat se defuncto, eam iudicio de dote acturam, vt proinde interpretatione in heredis fauorẽ facta dicamus, non videri testatorem plus legasse, quàm eo iudicio mulier consequeretur, arg. *l. penultim. D. de dot. praleg.*
7 † Quæ etiam iuris veteris ratio fuit, propter quam mulier, cui maritus aliquid legauerat, etiam non adiecto eo, *dotis nomine*, alterutro tamen, id est vel dote, vel legato contenta esse cogebatur, quamquam singulari fauore dotium, quibus passim plus æquo indulsit Iustinianus, hoc ius, quod Edictum de alterutro dicebatur, hodie sublatum est *l. vnica. §. sciendum. C. de rei vxor. act.* vnde à Triboniano addita videntur verba illa, *pro dote compensandi animo*, in *l. cùm ab vno. 51. de legat. 2.* quæ de dotis, seu rei vxoriæ actione apertè loquitur. At cùm extraneus puta heredis vxori legat hoc modo, *quicquid ad Seium heredem peruenit*, eadem interpretatio admitti non potest, quia heredis fauor nullus est, nisi quatenus heres est, & defuncti personam repræsentat: atque ideò nulla admissa voluntatis cõiectura, verba illa generalia prout sonant, interpretamur, & generaliter intelligimus, vt quicquid ad eum dotis nomine peruenit, totum, id est non
deductis impensis restituatur. † Ex eo autem, quod 8
de impensis deducendis Iureconf. loquitur, intelligimus de necessariis idem dici non posse, quarum scilicet deductio nulla est, sed ipso iure retentio. *l. 5. de impens. in reb. dotal. fact.* Vtilium duntaxat deductio est *l. 8. eod.* id est per exceptionem retentio, vt superiore capite exposuimus, & quasi pignoris nomine, vt ait *leg. dote. 5. D. de dot. praleg.* Ergo si heredis vxori legatum sit hoc modo, *quicquid propter eam ad heredem dotis nomine peruenit*, nisi ea res ad impensas necessarias pertinebit, quæ cùm ipso iure dotem minuant, efficiunt vt eò minus ad maritum dotis nomine peruenisse videatur. Sed huius legati commodum in eo versabitur, vt mulier, cui de dote agenti impensarum vtilium ipsius voluntate factarum deductio obiici posset, ex testamento integram dotem nulla obstante exceptione consequatur. Quod si necessariæ duntaxat impensæ in dotem factæ sint, humanius fortasse fuerit, vt legati aliqua vtilitas sit de iis idem dicere, quod de vtilibus ait Iureconsultus, & deductionis verbum, quod ille vsurpat, extra significationem propriam ad retentionem quoque extendere, argu. *l. fundus 24. D. de instruct. vel instrum. legat.* Eleganter autem verba illa, *quicquid ad te peruenit*, taxationis loco haberi ait, vt quemadmodum in iudicio de dote officium iudicis est vtiles impensas mulieris voluntate factas iubere deduci, tum quod iis deductis superest, restitui, sic in proposito casu testator videatur dotem taxasse, id est ita legasse, vt nihil amplius ex ea deduci
possit. † Taxatum enim verè dicitur quod deductis 9
deducendis reliquum est. Planè quamuis de impensarum deductione duntaxat Iabolenus loquatur, dubitandum tamen non est, quin de vtilibus quoque impensis sine mulieris voluntate factis, quarum exactio tantùm, non autem deductio est, idem dici possit, ex verisimili testantis voluntate, quem non est existimandum ei cui retinendi facultatem abstulit, exigendi potestatem relictam voluisse.

CAPVT IIII.

Explicatur l. 26. Cod. de iur. dot. l. 26. D depositi l. 37. §. codicillis. de legat. 3.

SVMMARIA.

1 *Ex vnius pacto aut stipulatione alteri actionem quæri non posse.*

Explicatur lex 26. C. de iure dotium.

3 *Aliorum interpretatio reycitur.*

4 *Imperatores de æquitate & rei effectu potius quàm de iure stricto respondere.*

5 *Ex-*

5 *Explicatur* l.7.C.de pact. conuent.

6 In l.26.ff. de pos. *Depositum filio restitui ex causa fideicommissi.*

7 *Filio restitui, non tamen vt heredi matris.*

8 *Vera quæstio legis* cùm quis.37.§. codicillis ff.de legat. 3.

9 *Nepti nubenti ex aui materni dotem dantis stipulatione, vtilem actionem acquiri.*

PLerisque placet adfectionem personarum efficere, vt alteri per alterum actio acquiratur: quod mihi placere non potest.
1 † Iuris enim regula generalis est, ex vnius pacto, aut stipulatione alteri actionem quæri non posse. *l.quæcunque.12.D.de obligat & action. l.stipulatio ista.38.§.alteri.D.de verbor.oblig.* nec si miter filio, aut pater emancipato, aut filius matri, aut emancipatus patri stipuletur. *l. inter.26.§.penultim D.de pact. dotal. l.debitor.59.§.vltim.D.ad S.C. Trebellian. l.si gene-*
2 *ro.26 Cod.de iur. dot.* † quam de emancipato loqui non de extraneo, vt quidam putant, apparet ex illis verbis, *tibi extraneo constituto*, scilicet *per emancipationem*, vt rectissimè ex Græcis *Thalelaus* interpretatus est, & ego in quibusdam codicibus scriptum legi. Item ex illis præcedentibus, *pater communis*, quæ ostendunt in ea specie stipulatorem filiam habuisse, cuius nomine dotem dabat, & filium emancipatum, cui dotem red-
3 di stipulabatur. † Nec rursus aliorum interpretatio probari potest, qui ex patris stipulatione filio emancipato directam actionem denegant, vt vtilem concedant. Illa enim verba generalia sunt, *nec tibi prohibente iure quærere potuit actionem*, & cum effectu sic intelligenda, vt filio per patrem nec directa nec vtilis
4 actio acquiri possit, † cùm Imperatoribus solenne sit de æquitate, & rei effectu potiùs quàm de stricto iure respondere, vt *in l.penult. Cod.ad exhib. l.pater. 7.C. de pact. conuent.* Sic per matris pactum etiam dotale filio actionem nullam quæri scriptum est in *l.pactum. 4.Cod.eo.* vt non sine causa Africanus in *l.pater.23. D. de pact. dotal.* adiecerit, *quos in potestate habebat*, vt intelligamus, filiis per emancipationem extranei con-
5 stitutis patrem stipulari non posse. † Nec me in contrariam sententiam mouet, quod scriptum est in *dict. l.pater 7.Cod.de pact.conuent.* ex pacto aui vtilem actionem nepotibus acquiri. Id enim commodè accipi potest de nepotibus ex filio, quibus in potestate retentis, auus vtiliter post mortem suam dari stipulatur, *l.quodcunque 45.§.si ita quis.de verborum obligat. l.si ita.9.D.de pact. dotal.* Nec rursus quod in *l.Publia.26. D. deposit.* Paulus ait depositum ex matris voluntate
6 filio restituendum esse. † Nam de actione depositi Paulus non loquitur, quæ ex certissima iuris ratione filio per matrem acquiri non potest, sed quod respondet depositum filio restituendum esse, omnino sic intelligi debet vt restituatur ex causa fideicommissi, cùm & fideicommissi verbis illis mater vsa sit, *si aliquid humanum mihi contigerit, filio meo restitues*, & hodie post constitutionem Diui Pij à quocunque debitore, præsertim à defuncto, fideicommissum relinqui possit. *l. si pecunia. 77. de legat. 1.* in causa verò fideicommissi vtcumque precaria voluntas quæratur, coniectura possit admitti. *l. cum proponebatur.*
7 *64. de legat. 2.* † Errant sanè, meo iudicio, qui in ea specie filio depositum restitui putant, quasi matris heredi, cùm ex iis verbis legis, *filio meo, quem ex alio marito suscepi*, non obscure colligi possit, ex posteriore quoque matrimonio liberos matrem habuisse, ad quos omnes ab intestato pro æquis partibus legitima matris hereditas pertinet, *l. 4. D. ad S. C. Tertyll.* Eóque nimirum colore maritus cum filio prioris thori contendebat, scilicet ex communium liberorum persona, aut si inanis, proprio ipsius mariti nomine, ad quem spectat vsusfructus bonorum maternorum, communibus liberis quo ad proprietatem duntaxat acquisitorum, *l.1.& tot.tit Cod.de bon. matern.* Neque enim dici potest quod quidam tentant, res depositas mariti proprias fuisse. Quod si verum esset, falsò diceretur filio restitui eas debere, cùm maritus vindicationis iudicio agens, vtique de victoria incertus esse non possit. † Similis etiam error eorum est, qui in *l.cùm quis.37.§.codicillis. de legat.* 8
3. ex patrui conuentione fratris filio depositi actionem quæsitam fuisse existimant, cùm tamen de eo Scæuola non quærat, sed de eo duntaxat, an ex sola testatoris scriptura depositum probari possit, quod propter defuncti iusiurandum magis esse ait. Siue igitur fratris filius patruo heres extiterit, siue alius, is qui heres est depositum petere poterit, quod significant verba illa, *nec aliam vllam probationem habeāt*, scilicet heredes. Nam si Florentinam lectionem secuti, legamus, *habeat*, necessario ponendum erit fratris filium patruo hæredem extitisse, quod tam ex testamento quàm ab intestato facilè contingere potest, & in dubio, cum nullos liberos habuisse testator proponitur, ita contigisse credendum est. Petetur autem in ea specie depositum actione depositi, non ex testamento, cum inutile sit legatum quod repræsentationis commodum nullum habet, *l.sin autem 29. de legat. 1. l. Aurelius.28 §.vltim. D.de liberat.legat.* Nec ratione alia responsum illud Scæuolæ pertinet ad titulos De legatis, quàm quod pecunia illa deposita legata erat: quemadmodum *l. Publia.* collocata est à Triboniano *sub.tit. Deposit.* quia in eius specie depositæ erant res de quibus quærebatur, licet ex fideicommisso non depositi actione, vt diximus, repetantur.
† Hæc quamquam ita sunt, tamen dotium fauore singulariter receptum est, vt nepti nubenti ex aui materni dotem dantis stipulatione vtilis actio acquiratur *l Caius Seius 45.D.solut matrimon.* vbi ratio propria redditur, *ne commodo dotis mulier defraudetur, & fauore nuptiarum.* Quæ verò subiicitur, *& maxime propter affectionem personarum*, abundans potius, quàm idonea ratio est, aut eam fortasse ob causam adiecta, vt intelligamus solum fauorem nuptiarum, & dotis, facere non posse vt ei quæ nubit vtilis actio acquiratur, ex alterius quàm patris stipulatione, nisi stipulatoris persona talis sit, quam probabilia aliqua adfectio ad stipulandum pro filia vel nepta induxerit. 9

CAPVT V.

Additur negatio in l.cùm reus.14. D.de fideiussor.

SVMMARIA.

1 *Si reo fideiussor heres extiterit, fideiussoriam obligationem extingui sola principali permanente.*

2 *Idem esse si reus fideiussori heres extiterit, ex Sabinianorum sententia.*

3 *Species & sententia legis* 14.ff.de fideiussor.

4 *Accursij & Bartoli interpretatio reijcitur.*

† SI reus fideiussorem heredem scripserit, constat inter omnes, fideiussoriam obligationem extingui, & solam principalem tanquam pleniorem remanere. *l.5. D. de fideiussorib. l. Stichum. 95. §. quod vulgo. de solution.* † idemque Sabiniani admiserunt, si reus fideiussori heres extiterit, quorum sententia 1
2

tandem contra Proculianos obtinuit. *l. cùm quis. 38. §. vltim. l. si duo. 93. in fi. ff. de solut. l. heres à debitore. 21. §. quod si hoc seruus. de fideiuss.* 3 † Quid ergo si reo ex propria persona competat exceptio aliqua quæ fideiussori non competebat? finge stipulatorem pactum fecisse de non petendo à reo duntaxat (quod fideiussori non prodesse certum est. *l. nisi hoc actum. 22. D. de pact.*) an non iniquum sit periclitari stipulatorem, & exceptione summoueri quam ipse fideiussor aut quilibet ipsius heres obiicere nullam posset? Ita sanè est. Et ideò stipulatori succurrendum est, vt si reus ex persona sua conuentus exceptione fideiussori non competente vsus fuerit, in factum vel doli mali replicatio stipulatori detur. Dolo namque reus facit, qui cùm fideiussori heres extiterit, id tamen recusat soluere quod alius quilibet fideiussoris heres soluere compelleretur. Quæ sententia est *l. cùm reus. 14. de fideiuss.* in qua manifestum est addita negatione legendum esse, *exceptione fideiussori non competente.* Nam si receptam lectionem sequamur, siue exceptionem reo & fideiussori communem fuisse dicamus, verum non erit quod Iulianus ait, stipulatori dandam in factum vel doli mali replicationem, cùm in dolo non sit reus idémque fideiussoris heres qui exceptione sibi & fideiussori competente vtitur: 4 † siue exceptionem hanc soli fideiussori competere dicamus cum Accursio & Bartolo, non video quomodo reus ex persona sua, id est tanquam reus conuentus, exceptionem soli fideiussori competentem opponere possit: quod cùm facit, non tam dolosè profectò quàm stultè, hoc est iuris imperitia, facere credendus est, præsertim cùm tota fideiussoria obligatione sublata fideiussoriam quoque exceptionem omnino peremptam esse necesse sit.

CAPVT VI.

Defenditur responsum Scæuolæ in l. prædia. 27. §. liberto, de instruct. legat.

SVMMARIA.

1 *Species,* dicti *§.* liberto.

2 *Accursij error ob non intellectam dicti responsi rationem.*

3 *Alienatum non videri, quod nondum traditum, aut cuius nomine venditori non est satisfactum.*

4 *Differentia inter legatum fundi instructi, & legatum fundi cum omnibus quæ in eo sunt, ex qua prima Accursij obiectio refutatur.*

5 *Secunda obiectio contra dictum Scæuolæ responsum.*

6 *Differentia inter vsusfructus & proprietatis legatum.*

7 *Tertia obiectio diluitur.*

8 *Generali legato eorum omnium quæ in aliquo loco sunt Calendarium non contineri*

9 *Legatis omnibus quæ in domo sunt an, & qui nummi contineantur?*

10 *Non præsumi diligentem patremfam. pecuniam otiosam habere.*

1 † CVm Pamphilo liberto heredi ex parte scripto patronus per præceptionem fundum legasset, eo adiecto, *cum instrumento & his quæ in eodem erunt cùm moriar:* Scæuola respondit etiam vinum in eo fundo repertum quod viuus testator vendiderat, & cuius pretij partem tertiam acceperat ad Pamphilum libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi manifestè contrariam defuncti voluntatem coheredes approbent. 2 † Cuius responsi rationem Accursius non intelligens, in proposita specie contrariam testatoris voluntatem liquere ex Rogerij sententia contendit, maximè, inquit, si post factum testamentum testator vinum vendidisse proponatur, quòd hæc alienatio argumentum quoddam sit mutatæ voluntatis. argum. *l. si ea tota. 8. de leg. 2. l. fideicomm. 11. §. si rem suam. de leg. 3.* atque ita efficit vt quod in proposito casu ad libertum pertinere Scæuola respondit, prorsus contraria interpretatione ad coheredes pertineat, nisi contrariam voluntatem libertus approbet, cuius tamen probandæ onus incumbere coheredibus Scæuola scribit. Quod quemadmodum indistinctè scribit, ita ego generaliter verum arbitror, siue ante, siue post factum testamentum facta venditio sit. 3 † Vtroque enim casu dici potest, nondum videri alienatum vinum quod nondum traditum est, atque adeò cuius nomine venditori pretium solutum aut alio modo satisfactum non est. *l. quod vendidi. 19. de contrah. empt. §. venditæ. Instit. de rer. diuis.* ex quo ad Accursij obiectionem responderi potest. Planè pro qua parte solutum precium est, vix dici potest vinum præceptionis legato contineri: & probabilius est verba illa, *vinum in doliis remanens,* de vino cuius pretium solutum non est, accipi debere: neque enim videtur in doliis remansisse vinum quod quandocunque volente emptore auferri potest. Pretium autem iam acceptum liberto ex causa præceptionis restituendum esse ex propositi legati verbis dici nullo modo potest. Verum igitur est quod Scæuola respondit, vinum à testatore venditum, quod tamen in doliis remansit, ad legatarium, hoc est libertum coheredem ex causa præceptionis pertinere. Cui malè obiicitur *l. quæsitum 12. §. Celsus. hoc titul.* vbi agitur de legato fundi instructi, 4 † quod multum differt à legato fundi cum omnibus quæ in eo sunt: neque enim quæcunque in fundo sunt, instructi appellatione continentur, sed ea duntaxat quæ ideò in fundo sunt vt eo sit instructior paterfamilias. *d. l. quæsitum. §. idem respondit domo instructa. 25.* cuiusmodi profectò non sunt ea quæ venalia sunt, præsertim vina, quibus licet venalia non sint, fundus tamen instructus intelligi non potest. *l. si ita. 15. §. 1. eodem.* 5 † Minus verò ad rem pertinet quod idem Scæuola respondit *in l. generali 32. §. vxori. de vsufruct. legat.* domuum & omnium rerum quæ in iis essent vsufructu legato, non videri testatorem de iis legandis, quæ venalia essent, sensisse. 6 † Magna enim est hac parte inter vsusfructus & proprietatis legatum differentia: siquidem qui vsumfructum legat, non potest videri cogitare de iis quæ venalia habet, nisi forte quis dicat pecuniæ ex iis redactæ quasi vsumfructum constituere testatorem voluisse: quod tamen neque testatoris verba inducunt, neque heredis fauor patitur vt in dubio sine coniectura admittatur. At legata proprietate omnium rerum quæ in domibus sunt, dici non potest quid impediat quominus etiam ea quæ venalia sunt legato contineantur. Nisi aliquid fortè sit ex quo contraria testatoris voluntas appareat, vt si dixerit, *cum omnibus rebus suis:* hæc enim adiectio efficit vt de iis duntaxat rebus videatur sensisse testator quas in vsus suos, non quas venales habuit. *l. argumento. 25. §. si quis addiderit. l. pediculis. 32. §. item cùm quæreretur, de aur. & arg. legat.* 7 † Postremò non obstat quod dici solet, fundo legato cum omnibus quæ ibi sunt, ea quæ ad tempus ibi sunt non videri legata. *l. si fundus. 44. de legat. 3.* Nam in proposita specie, siue post testamentum vinum venditum esse dicamus, non ideò tamen fit vt testamenti tempore venale fuerit, cùm plerumque contingat vt quæ

prius

prius vendere noluimus, posteà mutato consilio vendamus: siue ante testamentū facta venditio sit, manifestum est testatorem qui vino iam vendito legauit omnia quæ in fundo sunt, neque vinum ab eo fundo abstulit, voluisse vt ad libertum ex causa præceptionis pertineret. Illud etiam dici potest, legatis omnibus quæ in fundo sunt, ea tamen legata non intelligi quę in alium locum translata testator voluit, vt in specie *l. ex facto.35 §. vltim. de here. inst. l. si ita.86. de leg.3. l. penultim §. vltim. de aur. & argent. legat.* At aliud probandum esset in iis quæ testator tandiu in fundo remanere voluit, quandiu sua essent: hæc enim verè dici possunt ita esse in fundo, vt ibi perpetuò sint. Sequitur apud Scæuolam. *In eo fundo instrumenta Calendarij & nummos reliquit. Responsum est de nommis quoque, vt supra responsum.* Ergo de Calendario non idem responsum est: neque enim nomina debitorum in aliquo loco esse dici possunt, *l. si fideicommissum.50 §.1. de
8 iudic.* † & ideò generali legato eorum omnium quæ in aliquo loco sunt, nunquam Calendarium continetur *l. Caius Seius.36. de leg.2. l. vxorem.41. § legauerat, l. quæsitum.78. §. 1. l. si mihi 92. in princ. & §. vlt. l. pradiis. 91. §. pater. de leg.1.* Atqui supradictis locis eadem videtur constituta ratio nummorum & Calendarij, *vt in
9 d. § legauerat. d. l. quæsitum §.1. & l. si mihi. §. vlt.* † Sed cùm de nummis quęritur, certum est distinguendum esse, an fœnerandi, an verò præsidij causa in fundo sint, vt hoc casu legato contineantur, priore verò non contineantur. *d. l. si fundus 44. l. si chorus. 79. §.1. si ita 86. de legat.* Quod cùm ita sit, quæri adhuc potest, Cur tot locis in distinctè scriptum sit, pecuniam nu-
10 meratam legato generali non contineri. † An quòd in dubio præsumendum non sit prudentem & diligentem patremfamilias pecuniam otiosam habere voluisse? Igitur legatario incumbet onus probandi pecuniam repertam fœnori destinatam non fuisse. Quid ergo est, quod ait Scæuola nummos repertos ad libertum ex causa pręceptionis pertinere, nisi manifestè contrariam defuncti voluntatem coheredes approbent? Puto fauorem heredis efficere vt in dubio probationem à legatario exigamus, argum. *l. fideicommissa.11. §. si quis decem. de legat.3.* inde verò fieri vt cùm idem legatarius & heres est, vt in specie *§. liberto. & l.64. de leg.3.* probandi onus in coheredes transferatur. Illa namque verba testatoris, *cum his quæ in eodem erunt*, liberti legatarij & coheredis intentionem iuuant, vt nulla prorsus ratio sit, cur non aliis coheredibus probationis onus iniungatur potiùs quàm ipsi liberto, cuiustanquam heredis & legatarij causa fauorabilior est. Neque verò huic nostræ sententiæ obstat *d. l. quæsitum. §.1.* vbi filio herede scripto, cui domus legata est cum omnibus quæ ibi sunt, nummos tamen deberi Paulus scribit. Primùm enim verba illa, *quòd iam tibi maiorem partem facultatum dederim*, facilè possunt ita accipi vt tamen filios heres institutus non sit. Tum illa sequentia, *contentus esse debes*, satis indicant testatorem quàm minimum facere potuit filio relinquere voluisse, vt proinde ex verisimili ipsius voluntate legatum strictè interpretemur, vt ad nummos non pertineat, nisi de his quoque legandis manifestè voluntas testantis adprobetur. Quæ etiam ratio esse videtur, propter quam ibidem Paulus respondet verba illa, *argentum omne & supellectilem & quodcunque habeo tibi dono*, quantumuis generalia sint, tamen ad argentum & supellectilem quæ alibi esset non pertinere, nisi id quoque testatori placuisse legatarius probauerit.

CAPVT VII.

Ex eodem titulo explicatur l. Seiæ.20. & aliæ nonnullæ.

SVMMARIA.

1 *Prima quæstio circa responsum Scæuolæ* in princip. d. l. Seiæ.
2 *Interpretatio verborum Scæuolæ ab aliis tradita.*
3 *Verus eorum verborum sensus.*
4 *Altera quæstio circa idem responsum à Scæuola non decisa.*
5 *Legatum fundi instructi cum rustico instrumento & suppellectile generale esse.*
6 *Conciliatur* l. quæsitum. §. pen. de instr. vel instrum. leg. cum § pen. l. 18. ff. eod. tit.
7 *Aliud esse generali legato certas species adiici, aliud certo numero speciem demonstrari.*

Circa responsum Scæuolæ in princip. *l. Seiæ. 20. de instruct. & instrum. legat.* de duobus quæri potest. Primùm, cur legatum generale in testamento factum ex codicillis petita interpretatione coangustetur: Alterum, cur legatum in codicillis ita relictum, *fundos quos reliqui ita vt sunt instructi rustico instrumento supellectile*, &c. generale non sit, vt etiam ea contineat quæ quotidiani vsus gratia comparata sunt, quemadmodum contineret si simpliciter instructi fundi
legati essent. *l. quæsitum 12. § sed si fundus eod.* † Ad pri- 1
mum Scæuola respondet, testamento quidem instructum fundum legatum (ita enim legendum esse vir doctissimus Iacobus Cuiacius fœliciter & eruditè iampridem obseruauit) verùm non amplius deberi quàm instructi appellatione contineri velle se manifestè ostendisset in codicillis, *quos sanè post obliuionem testamentariæ scripturæ fecisset.* † quorum verbo- 2
rum quis sensus sit *Accursius* non explicat. Alij sic interpretantur, vt testator in codicillis ostenderit quod in testamento prætermiserat, quid instructi appellatione vellet contineri. Sed interpretatio hæc, propositam dubitationem non tollit. Cùm enim in testamento instructus fundus legatus sit, & huiusmodi legato contineantur etiam ea quæ patrisfamilias vsus quotidiani gratia in eo fundo fuerunt. *d. §. sed si fundus*, neque in codicillis detractum aliquid sit, sed additum, *rustico instrumento supellectile*, &c. quæstio est cur ea duntaxat debeantur, quæ in codicillis instructi appellatione contineri velle se testator ostendit. Ad quam dubitationem proculdubio Scæuola respondet iis verbis, *quos sanè post obliuionem testamentariæ
scripturæ fecisset.* † Sensus autem est, testatorem, 3
qui memor se in testamento instructum fundum legasse, posteà adiecit in codicillis, *rustico instrumento supellectile*, &c. non videri ita facere, vt legatum in testamento relictum imminuat, sed potiùs vt augeat. *argum. l. quæsitum. §. penultim. hoc titul.* At in proposito casu testatorem codicillos fecisse, post obliuionem testamentariæ scripturæ, id est cùm amplius memor non esset se in testamento fundum instructum legasse, putarétque duntaxat fundum se legasse, vt colligitur ex iis codicillorum verbis, *Postea mihi venit in mentem, Seiæ fundos quos reliqui, ita vt sunt instructi rustico instrumento dari volo.* Ex quo fit vt Seiæ ea duntaxat debeantur, quæ in codicillis testator expressit.
† Ad posteriorem dubitationem Scæuola non re- 4
spondet. Nos videamus an dici possit multum interesse an fundus legetur instructus cum rustico instrumento, & supellectile, an verò instructus rustico instrumento, &c. † Priore namque casu legatum fundi instructi generale est, adeò vt etiam ea conti-

neat quæ patrisfamilias vsus quotidiani gratia in eo
fundo fuerunt:adiectio verò illa *cum rustico instrumen-
to*, non tam imminuere quàm ex abundanti legatum
augere creditur,vt Papinianus ait *dict. l.quæsitum.§.pe-
nultim.* At cùm fundus legatur instructus rustico in-
strumento, nullum est fundi instructi legatum gene-
rale, cùm iam inde ab initio testator ostendat quid
instructi appellatione contineri velit, scilicet rusti-
cum instrumentum, supellectilem, & cætera quæ
specialiter expressit. Atque ita Scæuolam sensisse
vel ex eo apparet, quòd ait in testamento in quo le-
gatus erat fundus instructus cum suis villicis & reli-
quis colonorum peti potuisse omnia quæ fundi in-
structi appellatione veniunt, nisi posteriore legato
in codicillis quos post oblitionem testamentariæ
scripturæ fecisset, testator quid instructi appellatio-
6 ne contineri vellet, manifestè ostendisset. † At rur-
sus eidem Papiniani sententiæ in *d.l.quæsitum.§.penul-
tim.de instruct. vel instru.legat.* obstare omnino videtur
l.cùm de lanonis 18. *§.penultim. eod.* vixque vlla con-
ciliationis ratio reperiri potest, nisi differentiam
constituamus inter legatum hoc, *villam meam instru-
ctam lego cum supellectile*, & illud, *villam meam ita vt
ipse possedi cum supellectile lego.* Hæc enim verba, *vt ipse
possedi*, sua natura nihil significant, sed id duntaxat de
quo testatorem sensisse apparet.*d.l.Sein.§.vltim.* Vnde
fieri videtur,vt ex huiusmodi legato, *villam meam ita
vt ipse possedi cum supellectile lego*, nihil debeatur præ-
ter supellectilem & cætera quæ nominatim testator
expressit. Quod secus est cùm villa instructa legata
est: hoc enim legato certum est quid contineatur, &
obiectio illa, *cum supellectile*, pro legati augmento
potiùs quam interpretatione habeatur. Planè si te-
stator simpliciter ita legauerit, *villam vti possedi lego*,
placet villam intelligi legatam vti instructa est, *l.præ-
dijs.9.§. 1. de leg.3.* non tam ex vi & proprietate legati
vt arbitror, quàm quòd in dubio nihil sit quod me-
lius statui possit, ne si nihil præter villam deberi di-
camus, verba illa, *vti possedi* frustrà adiecta esse fatea-
7 mur. † Illud postremo obseruandum est, aliud esse le-
gato generali certas species adijci, aliud verò certi
numeri speciem demonstrari. Hoc enim casu mo-
dus generi datus in his speciebus intelligitur, vt ele-
ganter Papinianus ait in *l.leg.9.de supell.leg.* vbi ratio-
nem hanc reddere videtur, quòd priore casu species
per imperitiam enumeratæ intelliguntur: posteriore
verò apparet testatorem non intellexisse, in genere
contineri eam speciem cui speciali enumeratione
certum modum & numerum dedit *d.l.cùm de lanonis.
§. cùi fundum. de instru. vel instruct. legat.* Hæc au-
tem omnia Accursius, Bartolus, & cæteri interpretes
vulgo malè explicant, & nescio quid de participij
per quod genus significatur determinatione ridiculè,
vt pleraque alia, comminiscuntur.

CAPVT VIII.

Noua emendatio l 7. §. si vir. sol.matr. & explicatio l. vlt. de fund. dotal.

SVMMARIA.

1 *Fructus appellatione non venire quod semel remotum non renascitur.*
2 *Quando impensæ in lapidicinas fundi dotalis à marito facta ipsi præstanda sint?*
3 *Cuius sit marmor in lapidicinis fundi dotalis repertum, virine an vxoris?*
4 *An impensam in aperiendis lapidicinis factam mulier marito præstare debeat?*
5 *Difficultas duplex ex verbis Vlpiani* in l.7.§.si vir.ff. solut.matrim.
6 *Maritum nihil iuris in rebus dotalibus habere nisi ratione fructuum.*
7 *Reijcitur Græcorum interpretum sententia.*
8 *Accursij & Bartoli interpretationem ipsis Vlpiani verbis contrariam esse.*
9 *Emendatur* d.§.si vir.
10 *Vlpiani ratio explicatur.*
11 *Ratio veteris lectionis,& explicatio.* l.vlt. ff. de fund. dot.
12 *Iauoleni sententia* in d.l.vlt.

SI vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas inue-
nerit,& aperuerit,multum interest an eæ tales sint
in quibus marmor crescat, & renascatur, quales in
Gallia & Asia multæ sunt, an verò aliud marmor esse
non possit, quam quod iis apertis extractum est. Illo
casu marmor in fructu esse dicitur, posteriore verò
non item: † nam vt eleganter Accursius ait, fructus 1
appellatione contineri non potest id quod semel re-
motum postea non renascitur.*l.penultim.in princip.D.
de contrahen. empt.* † Rursus si apertæ lapidicinæ sint 2
eiusmodi, in quibus marmor non renascatur, distin-
guendum est, an earum apertura fundus dotalis fru-
ctuosior, an deterior factus sit, facile namque con-
tingere potest vt fructuosior fiat, puto si marmoris
reperti maior sit quàm totius fundi,qui antea erat, æ-
stimatio. Fundo autem fructuosiore facto certissi-
mum est impensas marito præstandas esse. *l.voluptua-
riæ 7.de impens.in rebus dotalib fact.l.7 §.vltim.solut. ma-
trimon.* At si vel deterior vel non fructuosior factus
sit fundus, nulla ratio est vt harum impensarum, quæ
nec necessariæ nec vtiles dici possunt, exactionem
maritus habeat. † Quæ cùm ita sint,si quæratur cuius 3
sit marmor in lapidicinis fundi dotalis repertum, vi-
rine an vxoris, intelligimus responderi sine distin-
ctione non posse. Nam si in iis lapidicinis aliud mar-
mor nasci & crescere possit, id quod iam extractum
est cùm in fructu sit vt diximus, ad maritum procul-
dubio pertinebit, ad quem omnes dotis fructus spe-
ctant,*l.dotis 7 de iur.dot.l.pro oneribus 20.Cod.eo.* Quòd
si aliud marmor nasci non possit, id quod extractum
est, quemadmodum in fructu non est, ita neque ma-
riti esse potest, sed tanquam dotale mulieris rema-
net,adeò vt sine ipsius voluntate alienari nequeat: eo
autem mulieris voluntate alienato, nummi ex ea vẽ-
ditione recepti dotis efficiantur. *l.si ex lapidicinis 32.
D.eodem.* † Item si quæratur an mulier impensam in 4
aperiẽdis lapidicinis factam marito præstare debeat,
apparet distinguendum esse, an fundus deterior, an
fructuosior factus sit. Nam siue marmor in iis lapidi-
cinis renascatur, siue non, fructuosiore tamen facto
fundo impensa omnimodo præstabitur, deteriore fa-
cto,non præstabitur: quinimo maritus iudicio de do-
te in id quod interest mulieris, condemnabitur. Et
hæc omnia, si rationibus non legibus disputandum
esset,nemo est qui non statim verissima & iuris ratio-
ni apprimè consentanea esse fateretur. † Atqui 5
longè aliter sentire videtur Vlpianus in *leg.7. §.si vir.
D.solut.matrimonio.* vbi scribit, marmore extracto ex
lapidicinis in quibus aliud non renascitur, & fundo
fructuosiore facto, marmor esse mariti, impensam ve-
rò eidem præstandam non esse. Quod vtrumque qua
ratione verum sit, defendi certè non potest. Etenim
verissimum est, marmor ex iis lapidicinis tractum, in
quibus aliud non renascitur, in fructu non esse, vt i-
dem Vlpianus eodem loco sobiicit, quod si ita est,
neque ad maritum pertinere vllo modo potest, *dict.*

l.si

l. si ex lapidicinis. de iur. dot. quam ob caussam Vlpianus tota *dict. l. 7.* ita semper loquitur, vt quæ ad maritum pertinere vult, ea in fructum cedere dicat: quæ verò in caussa dotis remanere putat, ea omnia
6 in fructum cedere neget: † neque enim in rebus dotalibus quicquam iuris maritus habet nisi ratione fructuum, vt quod in dotis fructu non est, ne qui-
7 dem volente muliere mariti esse possit. † Ridiculi verò sunt Græci, qui lapides istos, quos in fructu non esse fatentur, interim tamen tanquam fructus ad maritum pertinere contendunt, neque animaduertunt tam in *dict. §. si vir.* quàm in *l. vltim. de fund. dotal.* disputari cuius sint facto iam diuortio, & eo tempore quo in iis aut nullum aut totum solius mariti ius esse necesse est. Quod autem in *dict. §. si vir.* Vlpianus adiicit, marito impensam præstandam non esse, adhuc obscurius vel potius absurdius est. Omninu enim iuris ratio facit, vt impensa per quam fructuosior dos facta est soluto matrimonio restituatur: ne ex mariti iactura mulier locupletetur: quod cum etiam in prædonis persona iniquissimum esse dicatur, *l. plane 38. de pet. heredit.* multo minus in proposito casu admittendum est, id est in marito cuius in cæteris eadem quæ bonæ fidei possessoris ratio est.
8 *l. fructus. 45. de vsur.* † Ex quo moti Accursius & Bartolus dixerunt mutari casum in iis verbis, *& impensa non est ei præstanda*, & incipere Vlpianum loqui de fundo deteriore facto, quod tamen ipsius verbis apertè repugnat: & non est existimandum monere eum voluisse impensam quæ fundum deteriorem facit, marito præstari non debere. Verius igitur est, corruptum esse hunc Vlpiani locum: neque tam de illo dubitandum arbitror, quàm in eo elaborandum quomodo emendari & restitui posse videatur. Nam quod ex recentioribus vir doctissimus scripsit, legendum esse, *nec fructuosiorem fecerit*, posteriorem sanè dubitationem tollit, sed prior illa semper manet, quòd marmor extractum ex iis lapidicinis in quibus aliud non renascitur, quanquam in fructu non est, Vlpianus tamen mariti esse ait. Illud etiam me valde mouet quod Vlpianus sententiæ suæ rationem illam reddit, *quia nec in fructu est marmor*. quę tamen prorsus aliena est; siue quęramus cur marmor mariti sit, siue cur impensa marito præstari non debeat. Quanquam Accursius suæ illius commentitiæ interpretationis memor, ita eam explicat vt impensa marito non præstetur, quia in fructu, id est vtilis non sit. Sed nihil proficit, non solùm quia fructuosiorem factum esse fundum Vlpianus dicit, sed etiam quia marmor non impensam in fructu esse negat. † An ergo probabilius dici potest
9 Vlpianum scripsisse, marmor mariti non esse, at eidem impensam præstandam esse. Id verò assequemur, si negationem positam in illis verbis, *& impensa non est ei præstanda*, tollamus, & in suum locum trásferamus, id est inter duo illa verba, *mariti est*, ita enim in vulgatis codicibus legitur rectius, quam in Florentinis, *marmor quod cæsum neque exportatum est mariti.* Quo posito dici non potest quàm rectè his omnibus conueniat ratio, quæ subiicitur, *quia nec*
10 *in fructu est marmor*. † Hæc enim recta, vera & propria ratio est propter quam marmor mariti non est. Rursus, si vtilis impensa, marito præstanda est, etiam eo casu quo marmor in fructu est, & ad maritum pertinet, id est si lapidicina talis sit in qua marmor crescat & renascatur. *l. vltim. de fund. dotal.* quanto magis in proposita specie marito præstanda est, in qua ne quidem in fructu est marmor? magis etiam hoc quàm illo casu maritus periclitatur. Et ita rationem hanc Vlpiani explicandam arbitror † Huic 11
verò tam crasso errori caussam dedisse videtur *dict. l. vltim. de fund. dotal.* in qua Labeonis sententia proponitur, existimantis in eadem, vt videtur, specie, marmor mariti esse. Sed cùm ita Labeo dicebat, de iis lapidicinis proculdubio intelligebat in quibus crescere lapis potest. Et ea nimirum ratio est propter quam Iabolenus reprehendit quod idem Labeo dicebat, viro impensam à muliere præstandam non esse, quasi & necessaria non esset, & fundus deterior esset factus. Reprehédit autem ea ratione, quod non necessarias tantum, sed etiam vtiles impensas à muliere præstari oporteat: fundus verò deterior non sit si tales sunt lapidicinæ in quibus crescere lapis potest, de quibus proculdubio sensisse Labeonem necesse est cùm marmor viri esse dixit. † An igitur 12
Iaboleni sententiam eam fuisse dicemus, vt non aliter impensa marito præstanda sit, quã si in lapidicinis renascatur marmor? Minimè verò. Cùm enim vtiles impensas à muliere præstandas esse dicat, manifestum est fructuosiore facto fundo mulierem omnimodo teneri, licet lapidicina talis sit, in qua crescere marmor non possit. Verùm ita Iabolenus dixit, quòd in casu de quo Labeo responderat, id est cùm marmor in lapidicina renascitur, contingere non potest vt fundus deterior fiat, cùm vix sit vt nisi in saxosis & sterilibus fundis huiusmodi lapidicinæ reperiantur. At cum in lapidicina marmor non renascitur, vt plurimum euenit vt deterior fiat fundus, quanquam & fructuor fieri potest, si vt initio dixi, maior sit marmoris reperti quam totius fundi, qui antea erat æstimatio. Ex quo intelligimus quàm parum cautè nonnulli scripserint fundum fructuosiorem fieri non posse quin marmor in fructu sit: hoc enim casu fundus fructuosior fit qui pluris vendi potest quàm antea, nec tamen marmor in fructu est. Sic Labeo dicebat fundum deteriorem factum esse in quo lapidicina inuenta est in qua marmor renascitur, neque tamen ideò marmor ad maritum pertinere, id est in fructu esse negabat. *dict. l. vltim. D. de fund. dotal.* Illud sanè prætermittendum non arbitror, *in dict. §. si vir*, verba illa, *nisi talis sit*, non continere exceptionem ad omnia præcedentia, sed ad id duntaxat quod proximè dictum est, in fructu marmor non esse, quod Accursius & Bartolus non intellexerunt.

CAPVT IX.

Defenditur, & explicatur recepta lectio l. interdum 14. D. de in rem verso.

SVMMARIA.

1 *Vera quæstio* d. l. 14.
2 *Aliud teneri actione de in rem verso, aliud teneri de peculio.*
3 *Quum seruus communis in alterius domini rem vertit, alterum dominum cuius in rem versum nihil est, de in rem verso non teneri.*
4 *Marcelli nota ad Iulianum.*
5 *Communẽ dominum qui seruo peculium ademit, actione de peculio teneri non posse.*
6 *Explicatur & confirmatur Marcelli sententia.*
7 *Difficultas ex eadem nata soluitur.*
8 *Quæstio pro sententia.*

VLpianus † *in l. si in rem. 13. de in rem verso.* refert apud Iulianum tractatum fuisse si vnius serui plures domini sint, & in rem alterius ex iis versum sit, quod seruo creditum est, vtrum is solus in cuius rem versum est, an & socius actione de in rem verso conueniri p ssit. Ita enim quæstionem concipiendam arbitror, non quomodo Accursius, an de eo quod in in rem socij versum est, possit alter socius actione de peculio conueniri. Quamuis enim quod in rem domini versum est, in serui peculio sit, vt cùm de peculio agitur, de eo quoque quod in rem versum est, agi videatur, attamen dubitandum non est Vlpianum actionem de in rem verso ab actione de peculio sepa-
2 rare. † cùm & longè aliud sit teneri actione de in rem verso, aliud teneri de peculio: & nemo vnquam dubitauerit pro peculio socij, socium de peculio conueniri posse *l. si duo 15. D. de pecul. l. hinc quæritur. 19. §. vltim. eod. l. etsi non. 8. § vltim. D. commun. diuid.* Respondet verò Vlpianus ex Iuliani sententia, eum solum conueniri in cuius rem versum est, sicuti cum solus iussit: ex cuius exempli comparatione magis intelligimus loqui Vlpianum de actione de in rem verso ab actione de peculio separata vt quemadmodum ex pluribus dominis is solus qui iussit in solidum tenetur. *l. 1. quod iussu.* ita is solus in cuius rem versum est in solidum teneatur. hoc est actione de in rem verso, non de peculio, quæ non in solidum datur, sed eatenus duntaxat quatenus peculium patitur, *§ præterea. Insti-*
3 *tut. quod cum eod.* † Finge igitur mihi & Titio communem esse seruum Stichum, qui ab vnoquoque nostrum habeat centum in peculio, id est, peculium ducentorum nobis etiam commune. Si Sempronius ei trecenta crediderit, quæ ipse in solius Titij rem tota verterit, multum sanè intererit an actione de peculio conueniar, an actione de in rem verso. Illo namque casu ducēta tantum à me Sempronius consequetur, quoniam in communi peculio ducenta tantum sunt: at actione de in rem verso trecenta consequeretur, cùm integra trecenta in rem socij mei versa sint. Iuliani ergo sententia est, quam & Vlpianus probat, separandam hac parte actionem de in rem verso ab actione de peculio, nec quemadmodum hanc, ita illam propter id quod in rem alterius socij versum est, aduersus alterum socium compete-
4 re. † Quod quanquam æquissimum est, & rationi maximè consentaneum, vt non teneatur actione de in rem verso is in cuius rem versum nihil est, Marcellus tamen apud Iulianum libro duodecimo Digestorum (ita enim emendanda est inscriptio *l. 14. ex l. 16. pecul.* vel huius ex illa) notat interdum etiam contingere, vt propter hoc quod in rem alterius socij versum est, de in rem verso cum altero agi possit: hæc enim sunt verba *l. 14.* ex quibus adhuc manifestius est quæstionem Iuliani de actione de in rem verso, non de peculio intelligi debere, quia post verba illa, *propter hoc quod in rem alterius socij versum est*, frustra sint adiecta illa, *de in rem verso*, si cum Accursio sic intelligantur, *De eo quod in rem versum est actione tamen de peculio.* Vt taceam Iuliani quæstionem ex Marcelli nota intelligendum esse, nisi Marcelli notam cauillationem potius esse fateri volumus. Marcellus igitur notat Iuliani sententiam semper veram non esse. Quid enim, inquit, si in proposita specie, seruo meo & Titij peculium quod à me habebat, id est centum, ademero? Peculium quod superest, totum Titij socij mei proprium est. *l. quis ergo 16. in fin. de pecul.* vbi ex eiusdem Marcelli ad Iulianum notis, id
5 ipsum proponitur. † Ita igitur fiet, vt ego, qui peculium amplius non habeo, de peculio conueniri non possim. Nimirum actionem de peculio à mea persona incipere necesse est, vt quamuis manente peculij communione possim de peculio conueniri suprà quàm seruus communis à me in peculio habeat, tamen si à me nihil omnino habeat, nec rationis nec æquitatis sit ex socij mei persona aduersus me de peculio actionem dari. Ipsa enim peculiorum non serui communio efficit vt ex pluribus dominis alter alterius nomine de peculio teneatur, ideoque si socij separata peculia habeant, singuli pro suo duntaxat peculio conueniuntur, *dict. l. si duo*, itemque si peculium, quod antea fuit commune, facta ab altero ex dominis ademptione alterius proprium factum sit. Cùm ergo de peculio conueniri non possim, quæstio illa superest, an tenear actione de in rem verso. Et Marcellus ait me teneri: Quod licet indistinctè dicar, ego tamen sic accipiendum non puto, vt ea actione tantum cogar præstare, quantum socius meus in cuius rem versum est præstare cogeretur, hoc est trecenta. Iniquissimum enim esset me, in cuius commodum nihil versum est, adempto peculio trecenta præstare, qui, si peculium non ademissem, actione de peculio nonnisi ducenta præstarem. Sed neque hæc ducenta, quæ actione de peculio, si ademptum non esset, præstarem, puto me actione de in rem verso præstare debere. Cùm enim bona fide peculium ademerim (alioquin ademptio non faceret quin de peculio tenerer) æquum etiam non est eius me peculij post ademptionem onus sentire. Quid ergo est? Adempto peculio nihil me ex persona mea actione de in rem verso præstare debere arbitror, sed ex persona Titij socij mei tantū quantū ex eiusdē persona actione de peculio præstitissē, si ei peculiū non ademissem id est centū. Idque non obscurè Marcellus innuit, cùm ait, posse me à socio repetere id in quo dānatus fuerit, quod vtique falsum esset, si quid ex persona mea præstarem, vt cōtingit in actione de peculio. *d. l. & si non 8. §. vlt. commun. diui.* † 6
Nec sanè absurda aut iniqua est hæc Marcelli sententia, si subtilius intueare Nam qua ratione & æquitate cōuentum me de peculio prestare necesse est ex socij mei persona supra quàm in peculio habeā, scilicet ne in plures aduersarios distinguatur qui cum vno contraxerit, *l. & ancillarum 27. §. vltim. de pecul.* eadem prorsus ratione & æquitate adempto peculio, actione de in rem verso præstare debeo quantum socius in peculio habeat: neque magis conqueri possum cur ex persona socij tenear de in rem verso, quàm cur ex eiusdem persona tenear de peculio. † Dices 7
fortasse, imò diuersam harum actionum rationem esse: socium enim ex socij persona teneri de peculio propter peculiorum communionem, vt diximus: sublata igitur communione nullam rationem esse cur de in rem verso teneatur. Et hæc vnica fortasse ratio est, quæ interpretibus inextricabilem quæstionis huius exitum fecit. Sed facilis responsio est, sublata quoque per ademptionem peculiorum communione, æquum esse teneri me de in rem verso, quòd ipse peculium ademerim, atque ita effecerim, ne ex persona socij mei de peculio conueniri possim: alioqui dicendum erit, creditoris mei conditionem facto meo deteriorem fieri posse. Planè quia peculium bona fide ademi, mihi in hoc ademptio proderit, vt qui actione de peculio ducenta præstitissem, nec à socio meo nisi centum repetiissem (alia namque centum ex persona mea debuissem) post ademptionem, cen-

tum duntaxat præstem, eàque integra à socio repetam. Præsto autem actione de in rem verso, quia ex socij, in cuius rem versa sunt, persona ea præsto. Vnde sit vt si nihil in rem socij mei versum sit, nulla aduersus me actio creditori competat, nec de peculio, quoniam ademptũ est, nec de in rem verso, quoniam in rem versum nihil sit. Quid igitur si peculiũ quod à me communis seruus habebat ademptum non sit, sed mortuum, vt loquitur *l. peculium 40. de pecul.* vel finitum aliquo ex iis modis de quibus agitur in *tit. quād. act. de pec. est anna.* hoc est alienatione, vel manumissione aut morte serui? Et dicendum est his omnibus casibus me, in cuius rem nihil versum est, de in rem verso conueniri non posse: cùm intra annum de peculio agi possit, post annum verò potius per creditorem quàm per me factum videatur quominus de peculio teneat. Ne fortè quis malè ita colligat ex eo quod Marcellus de ademptione tantùm loquitur. Nam si aliis quoque casibus idem admittendum putasset, generaliter dixisset, *Quid enim dicemus si seruus ab altero ex dominis peculium nullum habere cœperit?* neque interdum contingere scripsisset, quot nos ciuibus contingeret. Ac sanè vix verisimile est tot casus à Iuliano & Vlpiano vel omissos vel ignoratos fuisse. Nec ad rem pertinet, quod ad Marcelli notam Paulus subnotat, sententiam Marcelli procedere si de peculio agi non possit: neque enim id ita accipi debet, vt procedat omni casu quo de peculio agi non potest. sed strictius, vt non procedat si de peculio agi possit. Quod maximè consequens est ei quòd diximus, non aliam ob causam teneri speciem de in rem verso, propter hoc quod in rem alterius socij versum est, quàm quia ipsius facto contigerit, ne de peculio
8 agi cum eo posset. † In Pauli nota illud obseruandum est, quod quæstionem dixit pro sententia: quod Accursium fefellit. Ita autem dixit, quòd Marcelli sententia per quæstionem concepta erat iis verbis, *quid enim dicemus?* Alioqui si quæstionem pro dubitatione intelligas, non magis vno quàm alio casu procedit. Errant igitur meo iudicio, qui Marcelli sententiam aliter explicantes, putant in *d. l. 14.* legendum esse addita negatione, *si peculium seruo ab altero ademptum non fuerit.* Mihi locus hic sane difficillimus, sed interpretatio nostra accommodatissima, & verissima videtur: quæ tamen si cui minus satisfaciet, cogitare is debebit Marcelli casum valde esse nouum, singularem atque dubitabilem: cuius scilicet rationem nullam habuit Iulianus, aut etiam Vlpianus, qui tamen Marcelli ad Iulianum notas non indiligẽter legerat: ex quo probabiliter suspicari libet, Marcelli notam Vlpiano non placuisse: quod & verba illa confirmant, *quam sententiam puto veram.* Placuit tamen Paulo, placuit etiam Triboniano: neque verò dubitandum est quin hodie Iuliani sententia ex Marcelli nota interpretanda sit, posteaquam placuit Iustiniano, vt omnia Iureconsultorum responsa, quasi ab vno ore, & à solo Iustiniano profecta intelligantur.

Capvt X.

Conciliatio l. ventre 84. de acquiren. heredit. cum l. si filius 16. D. de liber. & posthum.

SVMMARIA.

1 *Prima dubitatio in specie legis 16. de lib. & post.*
2 *An in specie dictæ legis natus fuerit posthumus?*
3 *Plenum ventrem fuisse in specie d. l. rationibus conuincitur?*
4 *Africanus cum Papiniano conciliatur?*
5 *Bonorum possessionis decretum nonnisi deficiente iure dari.*
6 *In quo differant legum supradictarum species.*
7 *Interesse in specie dictarum legum, an incertum sit plenum esse ventrem, necne?*
8 *Alia dubitatio circa dictarum legum species.*
9 *Conciliatio Africani cum Papiniano ab aliis tradita refutatur.*
10 *Interpretatio l. 4. §. vlt. de bon. possess. cont. tab.*

EX omnibus Digestorum legibus, quæ cùm inter se pugnare videantur, conciliari tamen commode possunt, nullarum mihi vnquam difficilior conciliatio visa est, quàm *l. ventre. de acquirend. hered. cum l. si* 1
filius 16. de liber. & posthum. † In cuius specie illud primùm arduam & elegantem dubitationem habet, ab interpretibus magnis contentionibus agitatam, vtrum vacuus fuerit venter, an plenus, & si plenus venter fuerit, an natus sit posthumus, necne. Sed quoniam siue vacuus, siue plenus venter fuerit, siue natus posthumus, siue non natus, pugnare videtur *dict. l. si filius.* 2
cum l. ventre. quod pauci interpretes obseruarunt, † non valde in hoc laborabimus vt quid verius sit inuestigemus, sed viri doctissimi *Iacobi Cuiacij* sententiam libenter sequemur, qui ex Florentina lectione primus, quod sciam elegantissimè & verissimè obseruauit natum fuisse posthumum, vt in iis verbis, *posthumo non nato,* Iureconsultus *non* dixerit pro *nondum.* vt in *l. 2. si pars hered. petat. l. si duobus 16. in princip. de legat. 2. l. Papinianus 8. §. quoniam autem. de inoff. testam.* † Certè 3
plenum fuisse ventrem illud apertissimè conuincit, quod Africanus in posteriore legis parte scribit filiũ videri fuisse heredem ab intestato, cùm tamen Papinianus *in l. ventre,* scribat si vacuo ventre mulier fuit, non ideò minus filium ex testamento heredem intelligi quòd incertus de statu ventris, decesserit, scilicet quia ad acquirendam hæreditatem nullo eius facto opus est, solaque legis authoritas sufficit, quæ cum semper certa sit, patris hereditatem filio tribuit si vacuo ventre mulier fuerit *l. cùm quidam 30. §. suum heredem de acquiren. hered.* Addi etiam potest quod Africanus ait nepotem suum heredem auo esse, hoc est, vt interpretor, ab intestato. Sui enim heredis nomen legis duodecim tabularum est vsurpatum in successione intestati, non testati: vnde titulus *De suis & legitimis.* At si vacuus venter, aut posthumus non natus fuisset, ratio facit vt in priore legis parte, hoe est dato substituto vel coherede, filius ex testamẽto heres fuisse intelligeretur: datio enim substituti vel coheredis efficit vt sustineri testamentum possit in id vsque tempus quo natum vel non natum fuisse posthumum appareat. Cur non enim retro fingatur filius heres fuisse ex eo testamento, quod semper valuit, nec vnquam aut destitutum aut ruptum est? argu. *l. si pater meus 36. de solut.* Idque satis apertè posterior Africani species & ratio ostendit. Plenum igitur ventrem fuisse necessario dicendum est. † At rursus ob- 4
stare videtur *d. l. ventre.* in qua disertè Papinianus ait, si ventre pleno mulier fuit, filium heredem scriptum interea decedentem nihil ad heredem suum transmittere posse tamen ex æquitate decretum postulare, quoniam eo superstite futurum esset vt alterutro casu patris hereditatem obtineret. Africanus verò, *d. l. si filius.* filium ait nondum nato posthumo morientem ab intestato heredem intelligi, ideò quòd quo tempore moritur certum esse incipiat neminem ex eo testamento heredem fore. Cùm enim substitutus aut coheres nullus datus sit, apparet filium, cuius morte

testamentum destituitur, ex testamento heredem esse non posse, & ideò sublata omnino testamentariæ successionis spe, causæ intestati locum esse. Quæ ratio vsque adeò aperta est & vera, vt qui Papinianum contrà putasse diceret, planè nescio quid ad eam pro Papiniano respondere posset. Accedit quod Africanus subiungit hoc casu idem euenire, quod filio sub conditione, vt vocant potestatiua instituto: quo casu certissimum est filium ante impletam conditionem morientem, si nullum coheredem aut substitutum habeat, ab intestato succedere, quod & Papinianus scribit in *l. vlt. de condit. inst.* Ergo Papinianus ab Africano dissentire dici non potest. Multoque minus quod ex recentioribus vir doctissimus tentat, explicandum esse Africanum ex Papiniano, vt quod ille ait, filium ab intestato heredem existere: sic intelligatur vt accepto decreto bonorum possessionis commodum ad suos heredes transmittat, vel ita vt si filius dum vixit, decretum non acceperit, heredibus eius eo iẽ Prætoris beneficio succurratur. *ex l. 4. & 5. de bonor. possess. contr. tabul.*
5 † Nam si ex necessaria iuris ratione filius ab intestato heres fuisse intelligitur, quid ei aut eius heredibus decretum prodesse potest: quod vt idem vir doctissimus fatetur, & verissimum est nunquam nisi deficientibus iure datur, *l. scriptus 12. de Carbon. edict. l. 1. §. si quis prima de vent. in poss. mitt. l. & mulieri 15. §. 1 de cura furios.* Rursus in altero illo exemplo quo Africanus vtitur filio sub potestatiua conditione instituto, & priusquam ei pareret mortuo, decretum necessarium esse quis dixerit? Certè nec Africanus, nec Papinianus ipse decretum vllo modo requirit.
6 † Dicendum igitur est, differentes esse legum species: quamuis in vtraque plenus venter fuerit, tamen in specie Africano proposita certum fuisse, ventrem esse plenum, at in specie Papiniani hoc ipsum fuisse incertum: Id enim est, quod Papinianus ait, *pleno ventre mulier fuit, & interea filius decessit*, id est incerto eo an venter plenus esset an vacuus: quomodo in priore specie dixerat, *si vacuo ventre mulier fuit, & incerto eo filius decessit.*
7 † Multum verò interesse arbitror an incertum sit ventrem plenum esse, necne, quia cùm hoc incertum est, dici non potest quod Africanus ait, certum esse filio moriente neminem ex eo testamento heredem futurum. Cùm enim ventre vacuo filius sit futurus heres ex testamento, necessariò fit vt quandiu incertum est an vacuus venter sit, an plenus, tandiu quoque incertum sit, an ex eo testamento heres filius futurus sit. Pendet igitur hoc casu non tantum causa testamenti, sed etiam intestati, quia quandiu filius ex testamento heres esse potest, non defertur ei ab intestato hereditas: vt proinde si filio neque substitutus, neque coheres datus sit, tam intestati quam testati causa filij morte destituatur. Nec ad rem pertinet, quod per rerum naturam certum sit ventrem esse plenum: neque enim ideò fit vt per rerum naturam certum sit filium ex testamento heredem esse non posse: scilicet quia etiam si ventre pleno mulier fuerit, facilè tamen contingere potest vt filius ex testamento sit heres, fortè si antequam appareat plenum esse ventrem, partus in vtero corrumpatur: quo casu fatendum est, perinde ex testamento heredem esse filium, ac si reuera vacuus venter fuisset. Quid enim interest an reuera vacuus venter, an ita plenus, vt tamen plenum eum esse nemo sciat? Quod si obiicias ex euentu apparere plenum fuisse, respondebo euentum hîc expectari non posse, quia nemo sit qui moriente filio testati vel intestati causam sustinere possit, indeque fieri vt quo instanti moritur, non solùm testati, sed etiam intestati successio destituatur, nec filius ex testamento aut ab intestato heres fuisse intelligatur. † Sed hic rursus dubitari potest, cur ergo 8
diuersum admittamus, si vacuo ventre mulier fuit, & incerto eo filius decesserit, cùm hoc etiam casu incertum sit an ex testamẽto aut ab intestato filius heres futurus sit. Eleganter tamen responderi potest quod iam suprà diximus, filium statim heredem esse ex lege, quæ ventrem vacuum esse certa est: nec verò quemadmodum ventre re vera pleno potest contingere, vt habeatur pro vacuo, scilicet si plenum eum esse nunquam appareat, in ventre re vera vacuo potest vnquam contingere vt habeatur pro pleno. † Ex 9
his porro intelligimus egregiè decipi eos qui vt Papinianum cum Africano concilient, substitutum vel coheredem in *d. l. ventre.* datum fuisse comminiscuntur: nam si aliquis datus proponeretur qui testamentum sustineret, & vtique ventre pleno filius heres esset ex testamento, posthumo non nato: quod tamen Papinianus apertè negat. † Et hinc quoque interpre- 10
tandum est quod Iurec. scribit in *l. 4. §. vlt. de contr. tabul.* & intelligendum de filio emancipato, cui necessarium est decretum omni casu quo bonorum possessionem aut secundùm tabulas, aut contra tabulas accipere non potest. Quod si etiam de filio qui in potestate sit intelligatur, dicendum est fuisse quidem in ea specie reuera plenum ventrem, sed incerto eo filium decessisse, vt in *d. l. ventre.* atque ita commodè vterque locus conciliabitur cum *d. l. si filius.* Verèque diffiniri poterit tam suo quàm emancipato filio necessarium esse decretum: sed maximè emancipato, vt ait *d. l. 4. §. vlt.* scilicet quia nec interim adire hereditatem potest, nec sine aditione heres esse. Suo igitur non aliter necessarium est, quàm si incertum sit an plenus sit venter qui reuera plenus est, neque coheres aut substitutus datus sit. At quamuis reuera vacuus venter sit, aut ventre pleno coheres vel substitutus datus, necessarium est emancipato ne interea decedens heredi suo relinquat nihil. Quamquam, vt ex Iuliano subiicitur in *l. 5. de contr. tabul.* si ante acceptum decretum filius decesserit, æquissimũ est Prætorem decernere vt ipsius heredi saluum sit commodum bonorum possessionis secundùm tabulas, vel contra tabulas: vt in effectu parum intersit an filius decretum acceperit, an non, & an plenum ventrem fuerit, an incerto eo decesserit, cum omni casu hereditatis emolumentum in ipsius heredes transmittatur. Et ad hoc fortasse respicientes interpretes, non putarunt magno labore inquirendam conciliationem *d. l. si filius. cum l. ventre.* quæ tamen, nisi eo quo diximus modo exponatur, explicari, meo iudicio, nulla ratione potest.

CAPVT XI.

Emendatur Claudij nota in l. generali. 32. §. 1. de vsufr. legat.

SVMMARIA.

1 *Species §. 1.* l. generali.
2 *Ratiocinatio Accursij ad dicti §. speciem.*
3 *Duplex Interpretum error in explicandis Claudij verbis indicatur.*
4 *Vera quæstio dicti §. 1.*
5 *Solo vsufructu legato proprietatem legatam non videri.*
6 *Explicatur* l. 15. de aut. & arg. leg.
7 *An & quando finitus vsusfructus ad proprietatem non reuertatur?*
8 *An in* d. §. Claudius *Scæuolæ responsum reprehendat?*

9 *Diffi-*

9 *Difficultas nata ex illis Claudij verbis.* eo magis quòd æquis partibus.

10 *Claudij nota emendatur, & emendationis ratio redditur.*

1 † MIrum sanè videtur, quod Iurisconsultus Scæuola in specie, de qua consultus fuerat, respondit *in leg. generali capite, trigesima secunda §.1. Digest. de vsu & vsufructu legato.* auiæ legatum bonorum vsumfructum, ita vt post ipsius mortem ad tres nepotes (tot enim nepotes ponere nos oportet in hac specie) heredes scriptos pertineret seu rediret, vel ad eum qui ex iis superesset, duobus ante auiam mortuis, tum auia ipsa defuncta, ad solam filiam superstitem non reuerti, sed ad eos omnes pertinere ad quos proprietas pertinet: hoc est, etiam ad præmortuorum liberorum heredes, pro iis videlicet partibus seu portionibus ex quibus ipsi liberi primi gradus à matre scripti heredes essent, id est pro trientibus.

[Verba Scæuolæ sunt hæc, *Filios ex Seio, & filiam ex alio marito, heredes instituit æquis portionibus, & matri ita legauerat,* Æliæ Dorcadi matri meæ dari volo, quoad viuat, vsumfructum bonorum meorum: ita, vt post obitum eius ad liberos meos, aut ad eum qui ex his viuet, pertineat: *Filij post aditam hereditatem decesserant: Quæsitum est, mortua matre, superstite sua testatricis, vsusfructus vtrum ad solam filiam, an vero pro portione hereditatis pertineret? Respondit ad eos redire, apud quos proprietas esset.*]

Mirum, inquam, hoc videtur quod à Scæuola respondetur, cum aut substitutionis in vsufructu factæ nullam omninò vim & potestatem esse necesse sit, aut si aliquam vim & potestatem substitutionis esse volumus ad solam filiam superstitem bonorum omnium vsusfructus substitutionis
2 iure pertinere debeat. † Quo modo ratiocinatus primum *Accursius*, & eum deinceps secuti plerique alij dixerunt, apertè falsum esse hoc quod Scæuola respondit: ob idque Iurisconsulto Claudio Thryphonino, qui ad Scæuolam notas scripsit, responsum istud Scæuolæ non placuisse.

Cuius suæ sententiæ argumentum præbere putant verba illa quæ statim post superius Scæuolæ responsum ex Claudio subiiciuntur. *Claudius. Non credidit ipsum vsumfructum in vicem portionum hereditariarum post mortem auiæ inter ipsos datum, eò magis quod æquis partibus heredes erant scripti.*

3 † Sed tamen in huius Tryphonianæ notæ interpretatione non est ex Interpretibus qui non valde laboret. præsertim in ea ratione explicando, quòd Claudium præcipuè mouit, *Quòd* inquit, *æquis partibus heredes erant scripti.* Neque id explicant, nisi malè, & omnes ad solam substitutionem in vsufructu factam respiciunt, cuius tamen neque Scæuola, neque Claudius rationem vllam habendam putauit. Vt vel hoc vnum fortissimo argumento sit, Claudium Scæuolæ responsum non reprehendere, non arguere, cùm non existimauerit obijci ei posse quod interpretes omnes obiiciunt.

Alij verò Interpretes sont, qui Claudij notam ita interpretantur, vt ea responsum Scæuolæ explanet, seu responsi Scæuolæ rationem reddat, quasi is responderit, vsumfructum omnium bonorum soli filiæ non deberi, quòd non crediderit vsumfructum in vicem portionum hereditariarum post mortem auiæ inter liberos datum: Hactenus quidem rectè: sed rationem mox addunt. Quia, inquiunt, quamuis aliquando contingat, vt legato vsufructu ipsa proprietas legata intelligatur, vt in specie *leg. species auri & argenti 15. Digest. de auro & argento legato.* [Cuius hæc sunt verba, *Species auri & argenti Seiæ legauit, & ab ea petijt in hæc verba:* A te Seia peto, vt quidquid tibi specialiter in auro, argento legaui, id, cum morieris, reddas, restituas illi & illi vernis meis: quarum rerum vsusfructus, dum viues tibi sufficiet. *Quæsitum est an vsusfructus auri & argenti solus legatariæ debeatur? Respondit, verbis, quæ proponerentur, proprietatem legatam, adduto onere fideicommissi.*] Id tamen in proposito casu dici non possit, quo proprietatis formam iam testator constituit ab initio adscriptis æquis partibus. Ita verò diuisa proprietate, vt filia trientem duntaxat haberet, non potuisse testatorem efficere, vt mortua vsufructuaria ad eam solam vsusfructus rediret, cùm ex iuris ratione finitus vsusfructus ac nominatim morte finitus proprietati consolidetur, & ad eos qui proprietatem habent necessariò reuertatur.

Hæc inquam ratio seu ratiocinatio illorum vera non est, nec Scæuolæ aut Claudij verbis conuenire vllo modo potest. † Primùm, quia non 4
de eo quærebatur apud Scæuolam, an legato vsufructu omnium bonorum ei qui solus ex liberis superesset, ipsa proprietas, id est deficiens portio legata intelligatur, sed de eo consulebatur Scæuola, vtrum ex substitutione in vsufructu facta filiæ, quam constabat hereditatis trientem duntaxat habere (vt verba illa ostendunt, *an verò pro portione hereditatis*) omnium bonorum vsusfructus deberetur.

† Deinde, neque illud profectò admitti po- 5
test, aliquando contingere, vt legato vsufructu ipsa proprietas legata videatur. † Nam & 6
in specie *dicta leg. species auri & argenti. 15. D. de auro & argento legato*, quâ alioquin lege in sententiam suam abutuntur, & tantò quidem speciosiùs, quod lex illa desumpta sit ex eodem Scæuolæ decimoquinto Digestorum libro, vnde lex illa quoque, quam nunc explicamus, petita est, apertissimum est, legatam fuisse proprietatem, cùm lex dicat, legatas fuisse species auri & argenti, & Seiam rogatam restituere quicquid sibi in auro & argento legatum esset: solo enim vsufructu legato, fideicommissariis vtique solus vsusfructus deberetur, quod apertè Iureconsultus negat, & fideicommisso proprietatem contineri ait.

Dubitationem tamen aliquam faciebant verba illa in *dicta leg. species auri & argenti 15. Quarum rerum vsusfructus dum viues tibi sufficiet.* Sed non restringunt hæc verba præcedentia, quibus apertè seu disertè proprietas legata est, non vsusfructus. Quomodo neque Legatum rerum quarundam, puta vestis, mundi muliebris, lanæ, lini, & aliarum rerum, à marito vxori relictum, Sequens hæc testatoris adiectio restringit. *Proprietatem autem earum quæ supra scripta sunt, re-*

uerti volo ad filias meas quave tunc ex iis viuent. leg. filius 39. hoc ipso titulo de vsu & vsufructu legato: qua eiusdem quoque Scæuola est. libro sexto Responsorum : Cuius hæc sunt verba : *Filios heredes instituit, vxori vestem, mundum muliebrem, lanam, linum & alias res legauit & adiecit*, Proprietatem autem eorum, quæ suprascripta sunt reuerti volo ad filias meas, quæve ex his tunc viuent.: *Quæsitum est, vtrum vsusfructus an proprietas earum rerum data sit? Respondit* [Scæuola] *proprietatem legatam videri.* Coius responsi hæc ratio est, (cur inquam sequens illa testatoris adiectio non efficiat, vt legatus vsusfructus vxori videatur) nempe quia earum rerum quę legatæ sunt vsusfructus in abusu consistit : quare necesse est proprietatem legatam videri, ne alioquin earum rerum vsusfructus inutilis esset; *toto titulo de vsufructu earum rerum quæ vsu consumuntur.*

Tertiò secundùm hanc interpretationem nihil interesset iam, an æquis an disparibus partibus liberi heredes scripti essent, cùm tamen Claudius Tryphoninos ex eo potissimum moueri se dicat, quòd in institutione partes æquas testatrix adscripserat.

Postremò falsum omninò est, testatorem testamento suo id efficere non posse, vt vsusfructus casu aliquo deinceps finitus ad proprietatem non recurrat seu non reuertatur : cùm certissimum sit regulariter vsumfructum capitis minutione aut quolibet alio modo quo vsusfructus seu extingui solet, præterquam morte finitum posse repeti seu instaurari quod vtique disertè scriptum extat in *leg tertia in principio Digestis quibus modis vsusfructus amittatur* [*Sicut in annos singulos vsusfructus legari potest, ita & capitis minutione amissus legari potest : vt adiiciatur*. Quotiensque capite minutus erit, ei lego : *vel sic*, quotiens amissus erit. *& aiunt, si capitis minutione amittatur, repetitus videbitur. Unde tractatum est, si cui, quamdiu viuat, vsusfructus legatus sit. an videatur repetitus, quotiens amissus est. quod & Marcianus temptat. & puto repetitum videri. Quare, si vsque ad tempus sit legatus, vt puta vsque ad decennium, idem erit dicendum.*] Quin imò cùm certum quoque sit, etiam morte amissum vsumfructum vsufructuarij heredibus à testatore posse legari seu repeti. *leg. repeti. 5. in princip. eodem titul. quibus modis vsusfructus amittatur.* [*Repeti potest legatus vsusfructus, amissus qualicunque ratione : dummodo non morte, nisi fortè heredibus legauerit.*] Denique certum est quoque, alterum ex legatariis coniuncto alteri legatario in vsufructu posse substitui. & quidem ex Papiniani Iurisconsultorum Principis sententia, *dicta leg. tertia. §. primo.* [*Hæc autem repetitio, quæ fit post amissum capitis minutione vsumfructum, quæritur, an & ius adcrescendi secum saluum habeat, vt puta : Titio & Mæuio vsusfructus legatus est, & si Titius capite minutus esset, eidem vsumfructum legauit. Quæsitum est, si Titius ex repetitione vsumfructum haberet, an inter eos ius adcrescendi saluum esset. & Papinianus libro decimoseptimo Quæstionum scribit, saluum esse, perinde ac si alius esset Titio in vsufructu substitutus: hos enim tametsi non verbis, re tamen coniunctos videri.*]

7 † Quæ omnia quamquam ita sunt, cùm inquam ratio & ratiocinatio illa superior Interpretum subsistere nullo modo possit, propter tot illa quæ iam dixi, & quidem omnium certissima, mihi tamen persuadere non possum, (non magis quam hi ipsi Interpretes) quod etiam Fulgosius iam olim rectè vidit, Claudio displicuisse opinionem seu responsum Scæuolæ, cuius alioquin responsa cætera ipse perpetuò probare solet, & eorum responsorum aliquam subinde rationem reddere, quæ prima visione, vt loquuntur nostri id est primo intuitu, ac minus diligenter intuenti aduersus summam & expositam iuris rationem, aut testatoris voluntatem Scæuola respondisse videtur, quale profectò istud est de quo nunc isto capite quærimus: cùm superstes filia ex manifesta testatricis voluntate propter substitutionem in vsufructu factam ad omnium bonorum vsumfructum admittenda videretur.

Ac sanè, si Claudij Tryphonini verba superius scripta rectè expendamus, nihil minus ea quàm reprehendentis verba esse comperiemus. Cur enim is, Claudius inquam Tryphoninus, non credidisset vsumfructum in vicem portionum hereditariarum inter liberos datum fuisse? An fortè quia id Scæuola dixerat? Minimè gentium: Quonam igitur diuinatio illa Claudij Tryphonini, cùm Scæuolam alia ratio mouere potuerit. Inepta profectò reprehendendi ratio hæc est, si rationem quam alius non attulit, arbitrio tuo talem qualem velis comminiscare, tum & reprehendas. Nihil enim effeceris, si is quem reprehendis alia se ratione motum fuisse ostendat.

† Verum illud longè difficilius est, quonam 8
igitur pertineat ratio illa Claudij Tryphonini; *Eo magis, quod æquis partibus heredes erant scripti.* Tantùm enim abest, vt ex ea colligi possit, quod Claudius Tryphoninus voluit, vsumfructum in vicem portionum hereditariarum datum non intelligi, vt potius contrarium exinde probetur manifestè. Liberis enim ex æquis partibus hæredibus scriptis, prudens consilium testantis matris animaduertitur, quæ cùm tres filios heredes scriptos cogitaret posse hereditatem adire, posse etiam repudiare, posse viuere, posse etiam mori : vt iis in omnem casum prouideret, eos hæredes instituit ex trientibus, vt si heredes esse vellent, ex æquis partibus heredes essent : Quòd si quis eorum portionem suam repudiatam vellet (tota enim hereditate ab omnibus repudiata, de legato iam ampliùs quæri non posset) prouidit, vt is in solatium saltem repudiatæ à se portionis hæreditariæ vsumfructum nodum haberet, & quidem suæ duntaxat portionis, si alij quoque liberi superstites essent, ne alioquin piorum filiorum matris iudicia comprobantium causam deteriorem facere videretur, quàm eius qui portionem hereditariam repudiasset: At aliis liberis post aditam hereditatem mortuis, voluit mater ei soli qui superesset omnium bonorum vsumfructum deberi, vt qui proprietatis partem nullam haberet, saltem quamdiu viueret, præmortuorum liberorum heredibus in vsufructu præferretur. Eleganter igitur Iurisconsultus Scæuola benè respondit, omnibus liberis por-

portiones hereditarias agnoscentibus, tum duobus mortuis ei qui superesset solius portionis suæ vsumfructũ deberi, quia subtiliter animaduertit non aliam ob causam matrem liberis vsumfructum legasse, quã in vicem & locum portionum hereditariarum, si aliquis ex iis portiones suas hereditarias repudiare cõtingeret. Quod cùm ita sit, necessariò consequens est adita ab omnibus hereditate vsusfructus legatum euanescere, cũ in vicem & locum portionis hereditariæ quicquam habere non debeat is qui ipsam portionem habeat. Vsumfructum verò in vicem portionum hereditariarum inter liberos datũ ideò eredidit Scæuola, quòd liberi ex æquis partibus: hoc est, trienobus heredes scripti erant. Nam liberis omnib. institutis ex æquis partibus frustrà mater legat vsumfructum omnium bonorũ qui ad eos ipso iure rediturus est: *nisi* in vicem & locum portionum hereditariarum: nec sanè alia ratio reddi potest. Planè liberis ex disparibus partibus institutis dici posset iis omnibus legatum vsumfructum, vt qui in proprietate dispares essent, saltem quandiu viuerent ex æquis partibus hereditate fruerentur: sed æquis partibus in proprietate factis, neque hoc, neque aliud quicquã
10 probabile dici potest † Fatendum igitur est Claudiũ Scæuolæ sententiam probare, vt aliàs solet, non improbare, ob idque notam eius ita restituẽdam esse vt legamus, *Claudius nam credidit*. Error enim valde probabilis est, emendatio verò ex iuris ratione omnino necessaria, eoque magis admittenda: quòd si vulgatam lectionem sequamur, non Claudiũ vel Scæuolã, sed vtrumque stolidissimum & ineptissimum esse dicemus: Scæuolã qui ad substitutionem in vsufructu factam non animaduertens, apertè contra testatricis voluntatẽ responderit: Claudium verò qui in reprehendendo Scæuolæ responso hoc ipsum non animaduertit, quod animaduertere Scæuola debuerat.

CAPVT XII.

Explicatur l. 1. C. de hered. tutor. & l. 2. C. de magistrat. conuent.

SVMMARIA.

1 *Ex dolo defuncti successores ex contractu in solidum teneri.*
2 *Superiori regulæ etiam in quasi contractibus locum esse.*
3 *Retinetur negatio* in l. 1. C. de hered. tut. *a quibusdam sublata.*
4 *Nec magistratus nec tutoris heredem ex defuncti negligentia teneri, nisi dolo sit proxima.*
5 *Verba illa* l. 4. de fideiussor. tut. negligentia propria heredi non imputabitur, *quomodo accipienda.*
6 *Regula proposita* in princ. l. 1. C. de hered. tut.
7 *Verbis illis dictæ legis* 1. si non contra tutorem, &c. *interpretationem dictæ regulæ, non exceptionem contineri.*
8 *Emendatur* §. 1 Inst. de perpet. & tempor. act.
9 *Casus quo superiori regulæ locus non est, inuestigatur.*

1 † IVris ciuilis regula est, ex contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt, non tantum in id quod peruenit, sed in solidum teneri, *l. ad eã 157. §. vlt. de reg. iur. l. ex deposit. 12. l. ex contractibus. 49 de oblig. & action.* licet dici soleat, ex dolo defuncti heredem non teneri nisi pro qua parte ad eum peruenit *l. heredem. 5. de calumniat. l. quod diximus. 16.*
2 *§. vlt. quod met. caus. l. si hominem. 7. dat. depos.* † Sed & in quasi contractibus ei regulæ locum esse intelligimus *ex l. 1. C. de hered. tutor.* vbi quod scriptum est, heredes tutorum ob negligentiam quæ non latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportere: satis ostendit, ob eam igitur quæ lata culpa sit, doloque comparari possit, condemnari debere. Quomodo & *in l. 2. C. de magist. conuen.* ex eo quod Imper. Alex. rescribit in heredes magistratus, cuius non lata culpa idoneè pupillo cautum non est, actionem dari non solere, intelligimus heredem magistratus, cuius lata culpa, dolove factum est vt pupillo idoneus tutor datus non sit, insolidum teneri. Atque ita omnino sentiendum est. † Nam quod placet nonnullis *in d. l.* 3
1. C. de hered. tutor. negatione sublata legendam esse, *heredes tutorum ob negligentiam quæ latæ culpæ comparari possit condemnari non oportere*, reiiciendum omnino est, aut illud reprehendendum quod *in l. 6. D. de magistr. conuent.* Vlp. scribit magistratus heredem teneri, si tanta fuerit magistratus negligentia vt cautionem omnem omitteret: quod verum rectumque exemplum est eius negligentiæ, quæ latæ culpæ comparari potest. † Nam de leui tutoris culpa heredem non 4
teneri, idem Vlpianus ait *in l. 4. eod.* vbi monet nec magistratus nec tutoris heredem ex defuncti negligẽtia teneri nisi ex ea quæ similis sit culpæ dolo proximæ. Dixi, *ex defuncti negligentia*, vt eos refellam qui quod eo loco scriptum est, de ipsius heredis negligentia intelligendum putant: quod si ita esset, parum rectè Iureconsultus heredem tutoris similem diceret magistratus heredi, cuius negligentia propria nulla esse potest. Parum etiam accommodatè subiiceret heredem dolo proximæ culpæ succedaneum esse, quod cum ait, innuit satis culpæ dolo non proximæ, id est leuis, eum succedaneum non esse. † Nec ad 5
rem pertinet quod *in l. 4. de fideiuss. tutor.* scriptum est negligentiam propriam heredi non imputari. Id enim non quomodo ij putãt sic accipi debet, vt ipsius defuncti negligentia heredi imputetur: sed ita vt ne quidem propria imputetur: quod maiorem habere videbatur dubitationem: cùm aduersus heredem tutoris ex proprio dolo iuretur in litem, contra quem tamẽ ex ipsius tutoris dolo non iurari eadem illa lex non obscure significat. Denique generale est vt ex proprio magis & facilius quàm ex alieno facto quis teneatur. † At fusiùs explicanda nobis est sententia 6
l. 1. C. de hered. tutor. In ea primùm regula cõstituitur, quam diximus, vt ex negligentia quæ non latæ culpę comparari possit, tutorum heredes non condemnentur. Tum subiicitur, condemnari tamen tribus casibus. Si contra tutorem lis inchoata sit, Si ex damno pupilli lucrum captatũ, Si gratia præstitum sit. Quas posteriores exceptiones ad dolum, latámque culpam pertinere certũ est. Et hoc argumento vtuntur, qui sublata negatione regulam de lata culpa scriptã volunt. Sed non animaduertunt secundum hanc interpretationem futurum vt regulam exceptio destruat, cùm dubitandũ non sit iis duobus exemplis quæ ad dolũ, latámque culpam pertinent, generaliter significari ob dolũ & latam culpam tutoris aduersus heredem insolidum agi posse, nec dissimilitudinis ratio reddi possit cur iis casibus potiùs quàm aliis, lata culpa, dolusve defuncti in persona heredis coerceatur. Atqui exceptionem de regula esse debere, fortasse inquies. † Verũ respondebo iis verbis, *si non contra tu-* 7
torem, &c. non tam exceptionem quàm interpretationem regulæ contineri. Regulam illam esse. Ex leui culpa tutoris defuncti heredem non teneri. Interpretationem verò illam, Non aliter igitur teneri, quàm si contra tutorem lis inchoata sit, cùm litis contestatione etiam pœnales actiones ab vtraque parte transmittantur, & temporales perpetuentur,

l.vlt.de fideiuſ.tuto. At ſi ex damno pupilli lucrum ca-
ptatum vel etiam gratia præſtitum ſit: quibus duobus
caſibus eùm in dolo tutor ſit, vel ſaltem eius culpæ
conſcius: quæ dolo non malè comparetur, iuris ra-
tio facit vt ex ipſius perſona in ſolidum heres con-
ueniatur. Nec rectè probare poſſis heredem tutoris
ex ipſius contractu de leui culpa teneri debere, quia
ipſe tutor teneretur: malam enim eſſe ratiocinatio-
nem oſtendit Vlp. *in d.l.4. de magiſt.conuen.* cùm ait
non ſimiliter teneri heredes magiſtratuum, & tuto-
8 rum vt ipſi magiſtratus, tutoréſque tenentur. † Ve-
rùm ſupradictæ iuris regulæ multum obſtare vide-
tur quod Iuſtinianus ſcribit *in tit.de perpet. & tempor.
act.§.1.verſ. aliquando,* aliquando ex contractu actio-
nem contra heredẽ non dari, velut cùm teſtator do-
losè verſatus eſt, & ex ipſius dolo nihil ad heredem
peruenit. Niſi dictionem, *velut*, quam in veteribus
libris deeſſe plerique teſtantur, tollendam exiſtime-
mus, quæ doctiſſimorum omnium ætatis noſtræ Iu-
reconſultorum ſententia eſt. Quòd ſi ita legamus, a-
liquando ex contractu actionem aduerſus heredem
non competere, cùm teſtator dolosè verſatus eſt, &
ad heredem nihil peruenit, eo ipſo intelligemus re-
gulam in contrarium eſſe, vt cùm ex contractu actio
venit, etiam ex dolo defuncti in ſolidum heres te-
9 neatur. † Quis verò ſingularis ille caſus ſit, quo ſupe-
riori regulæ locus non eſt, in difficili videtur. Nam
quod poſt Theophilum vulgo creditur, eum ſignifi-
cari ſi actione ex contractu depoſiti, ex cauſa incen-
dij, ruinæ, naufragij neceſſitatem habente quis ex-
periatur, non videtur ad Iuſtiniani verba ſatis accõ-
modatum, cum de eo quod tumultus, incendij, ruinę,
naufragij cauſa depoſitum eſt, in heredem de dolo
mortui actionem in ſimplum polliceatur Prætor, li-
cet nihil ad eum peruenerit. *l. de eo.18.depoſit.* Et ta-
men Iuſtinianus eum caſum ſignificare videtur, quo
nulla aduerſus heredem ex contractu actio compe-
tat, ſi nihil ad eum peruenerit. Niſi fortè quis dicat
id intelligi debere de ea actione depoſiti, quatenus
ratione delicti, ad pœnæ perſecutionem competit.
Nam vſque ad ſimplum, rei non pœnæ perſecutio
eſt. Atque ita exiſtimandum eſt.

CAPVT XIII.

Interpretatio noua l.fructus.7.§. Papinianus. D.ſolut.matr.

SVMMARIA.

1 *Species* §.Papinianus.
2 *In diuiſione pecuniæ ex vindemia perceptæ rationem ha-
bendã eſſe tẽporis quo matrimoniũ ſtetit, non locationis.*
3 *Superioris regulæ rationem a Papiniano redditam malè
ab Accurſio explicatam fuiſſe.*
4 *Vera dictæ rationis explicatio.*
5 *In diuiſione pecuniæ ex locatione fundi dotalis percepta
nõ tempus locationis, ſed traditionis ſpectandum eſſe.*
6 *Tertiam portionem* in d.§ *octo aureorum eſſe debere.*
7 *Non tantum ex die locationis, ſed etiam contracti ma-
trimonij dotiſq; traditæ fructuum tam ciuilium quam
naturalium diuiſionem faciendam eſſe vt pro parte
temporis quo ſtetit matrimonium, fructus retineat ma-
ritus.*
8 *Totam futuram mercedem in contributionem venire, ſi-
ue ante, ſiue poſt fructus perceptos fundus a muliere in
dotem datus ſit.*
9 *Fructuarius decedens penſionem fructuum à colono iam
perceptorũ nomine ſoluendam ad heredem tranſmittit.*
10 *Reſponſio* ad l.Iulianus §.ſi fructibus.de act.empt.
& eius explicatio.
11 *Alia interpretatio verborum Papiniani reijcitur.*
12 *Quomodo* in d.§. Papinianus *quarta portio mercedis
cum fructibus vindemiæ confundatur?*
13 *An in* d.§ *ſpecie fructibus ab vxore iam perceptis quar-
tam, an verò tertiam futuræ mercedis portionem con-
ſequatur maritus?*

ARduum ſanè eſt, & difficile præſtare quod hu-
ius capitis inſcriptio pollicetur. Tot enim ab o-
mnibus, cũ veteribus tum recentioribus interpreti-
bus huius loci interpretationes excogitatæ ſunt, vt
non tam noua afferri poſſe videatur, quàm in eo e-
laborandũ eſſe, vt ſciatur quid in tanta opinionũ va-
rietate probabilius dici poſſit. Sed quoniã ex omni-
bus nulla eſt, vt arbitror, ad Papiniani ſententiam &
elegantiam accommodata, ego meam non fortaſſe
inſubtilẽ, certè nouã, & à nemine, quod ſciam, hacte-
nus traditam, hoc capite proponendam exiſtimaui. † 1
Quæ vt melius intelligatur, facti ſpecies ponenda
primum eſt, tum ſingula Papiniani verba quantũ ac-
curatè fieri poterit, explicanda. Speciem ſic pono:
Maritus fundũ vindemia plenũ Calendis Octobri-
bus in dotẽ traditum accepit, tum collecta vindemia
æſtimationis duodecim aureorum Calẽdis Nouem-
bribus fruendum locauit, quòd in eo meſſes quoque
eſſent: locauit autem duodecim etiam aureis: atque
ita tam ex vindemia, quàm ex penſione totius dotis,
fructus quatuor & viginti aureorũ fuit. Sic percepta
vindemia, locatóque fundo matrimonium vſque ad
Calendas Februarias conſtitit, hoc eſt tribus menſi-
bus à die locationis, quatuor verò à die traditi fundi
dotalis. Soluto matrimonio quæſitũ eſt de omnibus
his fructibus inter cõiuges diuidendis. † In quo pri- 2
mũ dubitatio nulla eſſe poteſt quin 12. aurei ex vin-
demia percepti ſic diuidẽdi ſint, vt pro rata tẽporis
quo matrimoniũ ſtetit, quatuor marit' retineat, octo
reliquos mulieri reſtituat: neq; de eo puto Papinia-
nũ aut Vlpianũ dubitare *in d.§. Papinianus*, cuius ver-
ba illa, *non à die locationis*, apertè oſtendũt loqui eum
de fructib. ex cõductione perceptis, hoc eſt de mer-
cede, quam 12. aureorum fuiſſe poſuimus. Quis enim
tã ſtupidus ſit, vt in animum inducere poſſit fructus
vindemiæ inter coniugẽs diuidi inſpecto locationis
tẽpore. Nihil quippe vindemia cũ locatione cõmu-
ne habet. Aut certè qui vindemiam dixerit diuidi in-
ſpecto locationis tẽpore, eum neceſſe eſt fateri nulla
facta locatione totam vindemiam vel ad virum vel
ad mulierem duntaxat pertinere debere, quod nimis
ſtultum eſt: vt mirum ſit Accurſium in huius loci in-
terpretatione, principium §. generaliter de omnibus
fructibus & naturalibus, & ciuilib. vt vocant, intelli-
gere. Sed eum proculdubio fefellerunt ſequentia,
quorum paulò obſcurior eſſe videtur interpretatio.
† Nam Papinianus poſtquàm ſic regulam concepit, 3
vt fructus non ex die locationis diuidantur, ſed ha-
bita ratione præcedentis temporis quo mulier in
matrimonio fuit, confirmationis gratia ſubiicit, *neque
enim ſi vindemiæ tempore fundus in dotem datus ſit, eum-
que vir ex Calendis Nouembribus primis fruendum loca-
uerit, menſis Ianuarij ſuprema die facto diuortio, retinere
virum & vindemiæ fructus, & eius anni, quo diuortium fa-
ctum eſt, quartam partem mercedis æquum eſt.* Quam ra-
tionem malè idem Accurſius ſic explicat, quod ſi fru-
ctus ex die locationis diuiderentur, fieret vt propoſi-
to caſu duodecim aurei ex vindemia ante locatio-
nem percepti ad virum duntaxat pertinerent. Rur-
ſus vt ex mercede, quæ etiam duodecim aureorum
eſt, non niſi quarta pars marito deberetur. Nam
ſi ita Papinianus intellexit, facilè reſpondebunt qui
loca-

locationis tempus inspiciendum esse putant (contra
hos enim Papin. disputat) quod dicunt in diuidendis
fructibus inspici tempus locationis de iis intelligi
debere qui ex causa locationis percipiuntur, alios,
hoc est, vindemiæ fructus, ex locationis die non di-
uidi, sed ex tempore traditæ possessionis, vt proinde
marito, qui tertia tantum parte anni in matrimonio
stetit, ex vindemiæ fructibus tertia tantùm pars de-
beatur, nec absurdum illud sequatur quod Papinia-
nus putat, integros vindemiæ fructus ad maritum
pertinere. Planè quod idem Papinianus addit diuisa
mercede inspecto locationis tempore, futurum vt
quartam duntaxat partem mercedis maritus retineat,
id verò necessariò admittunt, & fortiter asserunt qui
ex die locationis fructus diuidi arbitrantur: sed quod
Papinianus iniquum esse ait, illi æquissimum esse
contendunt, nec refelli vlla ratione possunt ex iis
quæ apud Papinian. sequuntur. Nam in versic. *aliquo*,
non probat iniquum esse quod illi æquissimum pu-
tant, sed absurdum esse quod ij absurdissimum fa-
4 tentur. † Quare Papin. ratio, quæ ex eleganti & Pa-
pinianea breuitate difficilis est, sic explicari debet,
ineptè nonnullos existimare soluto matrimonio fru-
ctus ex conductione perceptos ex conductionis die
diuidi. Nam si inte rogetur, cur maritū totius mensis
Octobris commodo priuent, vix eos aliud quicquam
respondere posse, quam quòd toto eo mense nulla
dū pensio debita sit: nec sanè alius sententiæ huius
color esse potest. Atqui eadem ratione fiet, vt mari-
to integros vindemiæ fructus deberi dicamus, & o-
cto mensium fructibus mulierem frustremur, scili-
cet quia verum sit illis octo mensibus fructus nullos
perceptos esse, quæ enim Calendis Octobribus col-
lecta vindemia est, eam præteritorum non sequen-
tiū mensium fructum esse certissimū est. Ergo quem-
admodū iniquissimum esset mulieri nullam partem
vindemiæ restitui, quæ tamen nonnisi tertia parte
anni in matrimonio stetisset, ita iniquissimum erat
maritū nonnisi quartam partem mercedis retinere,
qui tertia parte anni onera matrimonij sustulit: &
quemadmodum ratione vindemiæ plus ita ratione
mercedis minus daretur marito, quàm ex ratione &
æquitate dari oporteat. Porrò quartam duntaxat par-
tem mercedis marito dari iniquum esse non probat
Papinianus, sed integros fructus maritū retinere ini-
quissimū esse conuincit euidenti absurdo, quia hoc
admisso, idē quoque necessariò admittendū sit, si al-
tero post collectam vindemiam die diuortium factū
sit, quo tamen casu nemo sit tam ineptus aut stultus,
qui marito vindemiam totam deberi dicat, cum vno
tantùm die matrimonium steterit. Et hoc est quod Pa-
pinian. ait *aliquo si collectis vindemijs altera die diuortiū*
intercedat, fructus integros retinebit. Qua in ratiocina-
tione subintelligēdū illud est, si maritū integros vin-
demiæ fructus retinere iniquissimum est, illud etiam
iniquum esse quartam duntaxat mercedis partem eū
retinere. hoc enim ex eodem fonte, principio, & er-
5 rore nascitur. † Ergo cum Papiniano concludendū
est, fructus diuidi non inspecto locationis, sed tradi-
ti fundi die: quod si ita est omnino sequitur in pro-
posito casu diuisionem sic fieri oportere vt ex vigin-
tiquatuor aureis qui in fructu sunt octo maritus re-
tineat, sexdecim verò mulier restituat. Octo, inquā,
hoc est quatuor ex vindemia, quatuor etiam ex mer-
cede. Idque ex regula à Papiniano constituta sic ne-
cessariò sequitur, vt ex ea nihil aliud inferri verè
possit. Et tamen ex omnibus quotquot vnquam fue-
runt interpretibus nemo fuit qui Papinianum ita re-
spondisse crediderit, sed elegantius quiddam, & à
communi hominum sensu remotius. Nec enim sa-
nè verba Papiniani omnino aperta sunt, nec tamen
meo iudicio ita obscura, vt non facilè & commodè
interpretationem nostram admittant. † Sic autem 6
Papinianus scribit, *Itaque si fine mensis Ianuarij diuor-*
tium fiat, & quatuor mensibus matrimonium steterit, vin-
demiæ fructus, & quarta portio mercedis confundi debe-
bunt, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.
Quorum verborum corticem nudámque figuram
intuentes plerique, dixerunt Papiniani sententiam
hanc esse, vt duodecim aurei ex vindemia redacti
cum quarta parte mercedis confundantur, hoc est
cum tribus aureis: atque ita ex quindecim, maritus
tertiam partem, id est quinque retineat. Alij aliter
interpretantes quatuor duntaxat, alij etiam sex mari-
to relinqui debere commenti sunt. Ego, vt propo-
sui, nec plus nec minus quàm octo apud maritum
remanere debere omnino contendo, & si quid in iu-
re affirmari potest, constanter asseuero. Nam præ-
ter ea quæ supra dixi, illud etiam valde mouet quod
in seq. §. subijcitur, futuram quoque mercedem quæ
debebitur, venire in contributionem, quemadmodū
& futuræ vindemiæ spem computationi cedere scri-
ptum est *in §. item si messes*. † vt generaliter definiri 7
possit, cùm de fructuum tam naturalium quàm ciui-
lium diuisione quæritur, perinde omnia obseruari, ac
si eo ipso die quo traditus fundus est fructus omnes
à marito percepti essent. † Miror verò, nec satis 8
mirari possum ingenia multorum dissimilitudinis
rationem magno labore inuestigantium cur dato in
dotem fundo ante collectā vindemiam futuræ mer-
cedis ratio nulla habeatur, dato autem post colle-
ctam vindemiam etiam futura merces contribuatur.
Etenim non solùm dissimilitudinis rationem nullam
adferunt quæ ratione prædito homini satisfaciat, sed
etiam parum subtiliter faciunt, qui dissimile volunt
esse quod Vlpianus ex Papiniano idem esse ait. Vl-
piani enim verba sunt, *ex contrario quoque idem obser-*
uandum esse, id est, vt sequentia explicant, si mu-
lier percepta vindemia fundum viro in dotem de-
derit. Denique perpetuum illud est, vt cùm pen-
sio vice fructus cedat, ita vt frui dicatur qui pensio-
nem percipit, *l. arboribus* 11. *§. vsufructuarius, de v-*
sufru. eodem quo fructus iure censeatur. † Sic quam- 9
uis fructuarius decedens ad heredem non transmit-
tat fructûs pendentes, sed perceptos duntaxat. *l. si*
fructuarius 13. *quib. mod. vsusfr. amitt.* pensionem ta-
men fructuum iam à colono perceptorum nomine
soluendam eum transmittere responsum est, licet
mortis tempore, pensionis soluendæ dies nondum
venerit, *l. defuncta.* 58. *de vsufruct.* scilicet quia si fun-
dum non locasset fructus percepisset, eorúmque com-
modū in heredem suū transmisisset. Sic in *l. vlt. de iur.*
fis. emptor qui à colono fisci singulari priuilegio fru-
ctus auferre non potest, integram totius anni pensio-
nem consequitur, licet integræ pensionis dies nondū
venerit, nimirū quia vniuersos fructus auferret, si fis-
ci priuilegio colonus non defenderetur, vt eo loco
Iurecōsultus scribit. Ergo & in proposito casu dicē-
dū est in cōtributionem venire totam mercedem et-
iam quæ debebitur, quia si post collectam vindemiā
fundū maritus non locasset, & ante factas messes di-
uortiū factū fuisset, spes messiū in computationē ve-
nisset, *§. item si messes*. Cur non ergo pecunia messium
in computationem veniet? † Nec superioribus quic- 10
quā aduersatur *l. Iulianus.* 13. *§. si fructibus de act. empt.*
vbi inter fructus & mercedem differentia illa cōsti-

tuitur, quòd si fructibus iam maturis ager distractus
sit, etiam fructus emptori cedunt: sin locatus ager
fuit, pensiones ad eum pertinent qui locauerat. Sen-
sus enim est, constituendam differentiam inter fru-
ctus maturos & pẽsionem nondum solutam, vt quã-
uis maturi fructus ad emptorem pertineant, pensio
tamen, cuius soluendæ dies iam venit, aut citò ve-
niet, penes venditorem eundémque locatorem re-
maneat, scilicet si ante factam venditionem percepti
sint fructus, *d. l. vlt. de iur. fisc.* ea ratione quòd si loca-
tus fundus non fuisset, venditionis tempore iam per-
ceptis fructibus, nec fructus nec pensionem petere
emptot potuisset: vt vel ex eo loco magis appareat
verum semper esse quod diximus, ei pensionem de-
beri, cui fructus ipse, si locatio non interuenisset, de-
beretur: quod Accursius, cæterique non intelligen-
tes mirum est quantum in eius loci interpretatione
se exerceant. Igitur, vt ad institutam disputationem
reuertamur, dubitandum non est Papiniani senten-
tiam illam esse, vt dato in dotem fundo ante perce-
ptam vindemiam, tum locato ante messes, tota pecu-
nia messium in contributionem veniat, vt continge-
ret si post collectas per colonum messes, ante perce-
ptam vindemiam matrimonium diuortio solueretur.
Quid enim obsecro interest, an post, an ante solutum
matrimonium colonus messes colligat? Et hoc nimi-
rum est quod Papinianus dixit, iniquum esse, mari-
tum quartam duntaxat partem mercedis retinere,
cùm tertia parte anni steterit matrimonium, qui ta-
mẽ ex communi nostrorum interpretatione tertiam
11 duntaxat quartæ retineret. † Scio esse qui Papinia-
num sic intelligant, vt iniquum sit, maritum merce-
dis quartam partem retinere, quasi minus retinere
debeat scilicet quartæ tertiam. Sed si Papiniani sen-
tentia est, quartam duntaxat partem mercedis com-
putari, mala erit illa ratio vt non inspici debeat loca-
tionis tempus, qoia æquum nõ sit maritum quartam
partem mercedis retinere: neque enim hoc ex illo
sequitur, sed potiùs quartam quartæ. Quòd si Papi-
nianum sic intelligas, vt iniquum sit virum & inte-
gros vindemiæ fructus, & simul quartam mercedis
partem retinere, adhuc ineptior erit Papiniani ratio:
nam etsi ex portione nihil marito tribuas, tamen so-
los vindemiæ fructus integros penes eom remanere
iniquissimum esset: itémque solam quartam merce-
dis si ei nihil des ex fructibus. Ac sanè si Papiniani
rationem diligentius expendas, totam mercedem, id
est, messium pecuniam in cõtributionem venire sta-
tim fatebere. Restat igitur, vt quis vltimorum verbo-
rum sensus sit, cõsideremus. Meminisse autem opor-
tet, quod initio capitis diximus in principio §. nihil
proponi de fructibus naturalibus, sed tantùm quæri
de ciuilibus, vt manifestè probauimus: cui conse-
quens est, vt in fines §. de alio non respondeat Papi-
nianus, quàm de quo proposita quæstio est: nimirum
an quartam duntaxat, an verò tertiam mercedis par-
tem maritus retinere debeat. Et cùm verissimum sit
quod probauit, pensionem non ex die locationis di-
uidi, sed habita ratione præcedentis temporis, quo
mulier in matrimonio fuit, appareat manifestè viro,
qui per tertiam partem anni matrimonij onera su-
stulit, tertiam quoque pensionis partem relinqui o-
portere: neque hoc à Papiniano dici necesse fuisset,
nisi quia diuortij tempore quarta duntaxat mercedis
portio debebatur, vnde eleganter dubitari poterat
quomodo tertiam partem consequi maritus posset.
Et ad hanc nimirum dubitationem respondens Pa-
pinianus, confundendam ait quartam partem mer-
cedis cũ fructibus, vt sic facta confusione quæ quar-
ta erat fieri tertia possit: idque significant verba illa,
vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. Habebit
igitur vir tertiam partem mercedis, id est, quatuor:
habebit igitur vir tertiam partem vindemiæ, hoc est
quatuor. Habebit igitur octo. Sed de his quatuor ni-
hil dicit Papinianus, qoia neque de iis quisquam du-
bitabat, neque in principio §. de iis quæstionem pro-
posuerat. † Ex quo intelligimus quod Papinianus 12
ait confundendam quartam partem mercedis cum
fructibus, de fructibus superfluis intelligi debe-
re, iis scilicet qui deducta tertia parte supersunt.
Ergo in proposito casu sic diuisio fiet, vt ex fructi-
bus vindemiæ, qui sunt duodecim aureorum, qoa-
tuor maritus retineat (quis verò de hoc dubitet?) tum
superfluus octo confundat cũ quarta portione mer-
cedis quæ debetur, id est tribus aureis, sicque facta
confusione facile erit viro ex duodecim aureis tertiã
partem mercedis, hoc est quatuor retinere. † Quid 13
igitur si fructus ex re dotali percepti nulli sint, fortè
si iam percepta vindemia fundus in dotem datus sit
(hoc enim casu vindemiæ fructum augere dotem
certum est, *l. prox. supr. l. dot is 7. de iur. dot.*) an quia ni-
hil est cum quo quarta mercedis portio confundi
possit, quarta portione maritum contentum esse o-
portebit? Minimè verò, sed ita restitui dos debebit vt
omnino ex portione qoæ debebitur pro modo tem-
poris, quo dotale prædium fuit, mercedis partẽ ma-
ritus retineat. Quæ est sententia *§. ex contrario.* Po-
stremò non tantùm mercedis, sed etiam vindemiæ
spem venire in computationem monet Iureconsul.
in *§. item si messes.* cuius quoque sententia alioquin
obscura ex iis quæ diximus manifeste explicata re-
linquitur.

CAPVT XIV.

Restituitur vetus lectio duobus Pande-ctarum locis.

SVMMARIA.

1 *Pandectarum Florentinarum authoritas.*
2 *Species* legis 40. §. vlt. de leg. 3.
3 *Ratio responsi Scæuolæ* in dict. l. *ab Accursio non intel-lecta.*
4 *Legatorum per vindicationem & per præceptionem natura.*
5 *Differentiam esse inter retinere & accipere.*
6 *Emendatur dictus §.* vlt.
7 *Locus corruptus* in prin. l. vlt. ff. de vsufr. *emendatur.*
8 *Variæ interpretationes dictæ legis vltimæ reijciuntur.*
9 *Aliud mendum* in d. l. vlt. *corrigitur.*

ETsi † Pandectarum Florentinarum apud omnes
maxima & præcipua merito est authoritas, iam 1
tamen maior apud plerosque est, quàm esse debeat
qui tantum iis tribuunt, vt veterum librorum lectio-
nem omnino aspernandam arbitrentur. Multa enim
in veteribus libris sont longè emendatiora quàm in
Florentinis, in quibus etiam multa grauissimis erro-
ribus corrupta à doctissimis omnibus ætati nostræ
Iureconsultis obseruata sunt, & in dies plura obser-
uantur. Ego ex multis quæ notaui duo nunc adfe-
ram, qoæ apertissimum sententiæ nostræ testimoniũ
suppeditabunt. Primus locus est *in l. post emancipatio-
nem 40. §. vlt. de legat. 3.* † Vbi species huiusmodi pro-
ponitur: Heredibus scriptis Seia ex dodrante, Mæuia 2
ex quadrante, fideicommissum à Seia relictum est, vt
quicquid ad se ex hereditate peruenisset, filio resti-
tueret, hortis duntaxat retentis. Tum generali capite
fidei-

fideicommisit testator, quisquis sibi heres esset de o-
mnibus, vt præstaret quod cuique legasset, præstari
fierive iussisset. Facta igitur ex causa fideicommissi
totius dodrantis restitutione, dubitatum est an hor-
tos in assem vindicare Seia possit. Dubitandi causa
illa est, quòd cùm Seia ex dodrante instituta sit, non
nisi dodrantem in hortis habere videatur, reliquus
verò quadrans ad Mæuiam ex quadrante institutam
pertinere. Nec pro Seia quicquam facit, quòd hor-
tos retinere iussa est. Potest enim hoc ex testatoris
voluntate sic intelligi, vt dodrantem, quem in hortis
habebat, retinere iussa sit, non etiã Mæuiæ quadran-
tem vindicare: Nam si hoc sensisset testator, non re-
tentionis, sed præceptionis verbo vsus fuisset, hoc e-
nim verè est præcipere, si in re hereditaria non tuam
tantùm, sed etiam coheredis portionem consequare.
Verùm Scæuola respondet coheredis fideicommis-
sum videri, vt quadrantem, quem in his hortis habe-
3 ret, Seiæ redderet: † quod cur ita respondeat *Accur-*
sius intellexisse non videtur, licet dubitandi rationẽ
rectè perceperit. Videtur autem Scæuola respexisse
ad generale illud fideicommissi caput, quo testator
cauit, vt quisquis sibi heres esset de omnibus, præsta-
ret quod cuique legasset, præstari fierive iussisset:
quasi non aliam ob causam id adiecerit, quàm vt
Mæuiam ex quadrante scriptam rogaret, de quadran-
te quem in hortis haberet Seiæ restituendo. Et ob id
nimirum non respondet Scæuola, posse Seiam in as-
sem hortos vindicare, quod fuerat quæsitum, scilicet
vt intelligamus integros hortos Seiæ deberi ex ge-
nerali fideicommisso, non autem ex verbis illis, *re-*
tentis hortis, quæ si ita acciperentur, ac si hortos præ-
cipere iussa esset Seia, vtique & vindicare ipsa hortos
4 in assem posset. † Hæc enim fuit legatorum per vin-
dicationem, & per præceptionem natura, vt sine illo
heredis facto atque adeò ante aditam hereditatem
vindicari à legatario propria authoritate possent, vt
Caius in Institutionibus scribit. Ex quo intelligimus
non adiecto illo generali fideicommissi capite aliud
responsum fuisse Scæuolam, licet contrà sensisse
videatur *Accursius* qui simile quiddam responsum
putat à Papiniano *in l. cum pater. in princip. de legat. 2.*
& ab Africano *in l. si seruus 108. §. penultim. de legat. 1.*
quibus tamen locis non proponitur testator iussisse
retineri quid, sed accipi, quod longè diuersum est.
5 † Retinemus enim quæ habemus, accipimus quæ
non habemus: Nec sanè vllo iuris loco repertas Iu-
reconsultos vsque adeò à proprietate verborum re-
cedere, vt quem testator retinere voluit, eum acci-
6 pere, aut præcipere iussum interpretentur. † Hæc
cùm ita sint, apparet Scæuolæ responsum omnino sic
legendum esse *Respondit, etiam coheredis fideicommis-*
sum videri vt quadrantem, quem, in his hortis haberet, Seiæ
redderet. Quam fuisse veterem lectionem, ex veteri-
bus libris apparet. At in Florentinis sic legitur, *vt*
quadrantem quem in his hortis haberet Seia redderet, om-
nino ridiculè & falsò. Nec enim quadrantem in his
hortis habebat Seia, sed dodrantem: & sic iam qua-
drantem habebat, nihil supererat de quo restituen-
do coheres Mæuia rogata intelligi posset. Sed hoc
apertius est quàm vt pluribus demonstrari sit neces-
7 se. † Alter locus æquè, imò magis corruptus est *in l.*
vlt. de vsufru. legat. cuius principium in Pand. Flor. sic
legitur, *nihil interest vtrum bonorum quis an rerum ter-*
tiæ partis vsumfructum legauerit. In veteribus ferè om-
nibus scriptum est, *multum interest*: quod rectius esse se-
quentia illa ostendunt, *nam si, at si*: ex quibus mani-
festum est constitui ea lege differentiam aliquam,
quæ tamen quomodo explicari possit, difficile vide-
tur. † Neque enim dici potest quicquam interesse 8
an rerum tertiæ partis, an bonorum vsusfructus le-
getur: cùm legatum vtrumque generale sit, nec sin-
gulas duntaxat res, sed etiam iura complectatur. *l.*
nam quod 14. §. vlt. ad S.C. Trebell. quam ob causam, *in*
l. quoties 34. §. vlt. de vsufr. differentiam constituit Iure-
consultus inter legatum vsusfructus bonorum, & re-
rum singularum, non autem rerum vniuersarum vel
certæ partis: nihil enim hæc inter se differunt. Rur-
sus quod *Accursius* tentat in versicul. *at si certarum*,
mutari casum, minus probabile est: ita enim fit vt
quæ præcedunt mutila & imperfecta remaneant.
Quorsum enim illa. *nam si bonorum*, &c. An quòd in
legato vsusfructus bonorum maior dubitatio esset,
quàm in legato vsusfructus tertiæ partis? At hoc dici
non potest. Ipsa enim bonorum appellatio ostendit
id quoque, quod in actionibus est, bonorum appel-
latione contineri. *l. 49 de verb. signif.* Legato autem
vsufructu rerum tertiæ partis, probabilius dubitari
poterat an idem dicendum esset. Etsi enim generali
rei nomine, etiam causæ & iura continentur. *l. rei. 23.*
eod. tamen rerum appellatione potius corpora singu-
la quàm iura & actiones significari certũ est. Quam
ob causam Iureconsultus *in d. l. nam quod. §. vlt.* post-
quam dixit, *sed & si quis bona rogatus sit restituere*. Sena-
tusconsulto Trebelliano locum fore, subiicit idem
esse etsi familiam, quod maiorem habebat dubitatio-
nem, quasi familiæ appellatione serui & filij dunta-
xat contineri viderentur. *l. pronunciatio. 195. §. penult. de*
verb. signific. Addit, idem etiam dicendum esse si pe-
cuniam rogatus quis sit restituere, quod adhuc dubi-
tabilius erat, quia, *vt in l. cogi.* Vlpianus scribit, volun-
tatis quæstio esse potest an de pecunia tantùm, an
verò de tota successione testator senserit. Postremò
subiicit idem etiam esse si testator vniuersam rem
suam restitui voluerit, quasi hoc omnium maximam
haberet dubitationem, licet minorem habeat quàm
si vniuersas res suas restitui voluisset, ideoq; ne quid
dubitationis superesset *in l. seq.* ex Paulo additur *vel o-*
mnia sua. Præterea cur Venuleium *in d. l. vlt. de vsufru.*
leg. dixisse volumus *rerum tertiæ partis*? An quia aliud
probandum sit, si rerum quartæ aut quintæ partis v-
susfructus legatus sit? Minimè verò. An quòd ita ex
facto proponeretur? Atqui non ex libris responsorũ
sumpta est ea lex, sed ex libro decimo actionum. An
denique exempli causa? Verùm longè cõuenientius
erat dicere, *rerum certæ partis*. Quare, † vt tandẽ quod 9
sentio aperiam, non dubito quin, pro *rerum tertiæ par-*
tis, legendum sit *rerum certarum*: quod *Accursius* sanè
non ignorauit, sed tamen quid sentiret liberè dicere
ausus non est. Ita verò si legamus, non minus elegans
quàm facilis erit totius legis sententia, rectéque ad
hanc differentiam alia adiicietur *ex d. l. quoties. §. vlt.*
de vsufr. Errorem ferè similem inesse iamdudum sus-
picatus sum *in l. in ratione. 11. §. tametsi ad Falcid.* Sed
de tota illius loci quæstione & emendatione, itém-
que *l. in quartam.* aliàs, si Deus volet, commodiore lo-
co scribemus.

Caput XV.

Malè ab omnibus explicatam, & à nonnullis emendatam l. ex asse. 52. D. ad leg. Falcid.

SVMMARIA.

1 *Differentiæ quædam circa patroni institutionem no-*
tandæ.

2 *Retinetur Florentina lectio in d. l. ex asse.*

3 *Si instituto ex asse patrono extraneis legatum sit, totius hereditatis quadrantem apud eum iure Falcidiæ remanere.*

4 *In specie dictæ legis legatis duobus relictis vtriusque Falcidiam ex vnius tantum legato deduci.*

5 *Reijcitur Goueani emendatio in dicta lege negationem addentis.*

6 *Patrono ex asse instituto, à quo legatum est filio vel alteri coniunctæ personæ, non dimidiam, sed quartam duntaxat hereditatis partem Falcidiæ iure deberi.*

7 *Goueani obiectio.*

1 Refert † multum an ex asse, an ex debita duntaxat portione patronus à liberto heres instituatur. Nam si ea debita duntaxat portione institutus sit, ab eo legata relinqui non possunt extraneis personis, sed coniunctis tantum *l. 4. D. de cond. & demonstr. l. si cuius. 64. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* Si verò ex asse scriptus sit, eodem iure censetur quo alij heredes, vt pro eo saltem semisse, qui alteri relinqui potuit, legata omnibus præstet. Qua ea differentia, illa etiam nascitur, vt si ex debita portione institutus, legatis grauatus sit, suæ tantùm portionis falcidiam habeat, si verò ex asse, totius hereditatis. Ex quo petenda est ratio, & sententia *l. ex asse 52. D. ad leg. Falcid.* quæ meo iudicio malè à veteribus interpretibus explicata, pessimè

2 verò à recentioribus emendata est: † Placet enim Florentina lectio, secundùm quam libertus, qui ducentos aureos in bonis habebat, patronum ex asse heredem instituisse proponitur, & filio legasse centum viginti, extraneo reliqua, id est octoginta. Quo casu cùm deponendæ falcidiæ ratione quæreretur, Marcellus respondit, diminutionem legati quod extraneo præstatur, proficere filio ad consequenda solida quæ ei legata sunt.

3 † Verùm igitur est vtrumque quod diximus, instituto ex asse patrono, extraneis quoque legari posse, sed totius hereditatis quadrantem iure falcidiæ apud eum remanere debere. Etsi enim filio integra centum viginti præstanda esse Marcellus ait, non tamen id ita accipi debet, vt eorū duntaxat quæ extraneo relicta sunt, falcidiam protinus heres habeat, sed ita vt cùm totius hereditatis quadrantem saluum habere debeat, ex legato quod extraneo præstat integrum eum deducat. In quo turpiter *Accurs.* labitur, qui cùm ex ducentis quinquaginta patrono deberi sciret, neque tamen ex integra ea legato quod extraneo relictum est deduci posse crederet, dixit filium quoque falcidiam pati, vt quod Marcellus ait, filium consequi solida quæ ei legata sunt, sic accipiatur, vt plus consequatur filius quàm si de legato extranei nihil diminueretur, quod totum ineptum & nugatorium est. Huius verò iuris, quod prima facie iniuria videtur, ratio illa, quòd in proposita specie talis libertus proponitur, qui citra patroni fraudem, filium in centum heredem facere potuit, & patronum in alijs centum, ab eoque viginti legare filio. Quo casu nemo diceret, falcidiam passurum filium, cùm etiam patrono ex debita, hoc est dimidia parte instituto, certum sit filio vsque ad rationem legis falcidiæ legari posse. Rursus quamquam patrono ex asse instituto, legari extraneo potest, vt diximus, attamen non debet huiusmodi legatum fraudi esse patrono, quominus totius hereditatis integrū quadrantem consequatur.

4 † Neque verò nouum est, legatis duobus relictis, vtriusque falcidiam ex vnius tantùm legato deduci. Nam & si seruus tibi legatus sit, eùmque rogatus sis manumittere, ac præterea ipsi seruo legatum aliquid sit, Senatus censuit in ipso quidem seruo falcidiæ locum nō esse, sed in eo quod præterea seruo legatum est, ita falcidiam admittendam, vt inde & quod pro seruo præstandum est, sumatur *l. si seruus 33. cum duab. sequ. D. ad leg. falcid.* Sic igitur & in proposito casu admittendum est, in filij quidem legato falcidiam cessare, sed ex eo quod extraneo relictum est, patrono consuli, ne in ipsius odium filij fauor retorqueatur. Idque profectò non tam subtili, quàm coacta ratione. *vt in l. si fundus. 25. eod.* Scilicet quòd heres ex asse institutus quartam habere debeat, nec tamen ex filij legato deducere quicquam possit. Nec ad rem pertinet *l. 1. § interdum. D. si cui plus quam per leg.* vbi Iurisconsultus ait etiam patrono ex asse instituto, semissem ei integrum seruandum esse, in eámque rem interponi cautionem, si purè legato quincunce aliquid supra partem patrono debitam legetur. Hoc enim tum demum verè dicitur cùm legata, quibus affecta & onerata est hereditas, non coniunctis & exceptis personis, sed extraneis relicta sunt, cùm legatis quæ extraneis relinquuntur patroni portio non minuatur, iis verò quæ exceptis personis relinquuntur ad falcidiæ rationem redueatur. *d. l. 4. supr. de cond. & demonst. l. si cuius. 64. §. vlt. D. hoc tit.* † Quod cùm ita sit, apparet male ex recentioribus Iureconsultum, alioquin acutissimū, & in emendandis legibus fœlicissimum, Antonium Goueanum scripsisse, addendam in hac lege negationem, & legendum, *quod extraneo non præstatur.* Primùm quoniam, vt initio posuimus, instituto ex asse patrono nulla ratio est cur non quemadmodum ab alio quolibet, ita ab ipso legari extraneis possit, saltem pro ea parte quæ ei tanquam extraneo, non tāquam patrono relicta intelligitur, hoc est, supra dimidiam. 5

6 † Rursus cùm à patrono legatum est filio vel cui alteri coniunctæ personæ, constat patrono nō dimidiam, sed quartam duntaxat hereditatis partem deberi. Ex his igitur necessariò fit id quod hac lege dicitur, vt filius integra centum & viginti consequatur: patronus verò legatum quod extraneo relictum est hactenus diminuat, vt saluam totius hereditatis falcidiam habeat. Et verò vix est vt rectè quis diminui legatum dicat, quod nullatenus præstatur: præsertim si vulgatam lectionem sequamur, hoc est, filio centum duntaxat, extraneo autem viginti relicta ponamus. Cur non enim ex semisse viginti præstabitur, & quidem integra, cùm adhuc futurum sit, vt octoginta heres retineat? Quare cum diminui legatum extraneo relictum Marcellus dicat, omnino recipienda est Florentina lectio, vt centum viginti filio, reliqua, id est octoginta, extraneo libertus legauerit. Ac fortasse vulgata lectio iam olim ab *Accurs.* probata virum doctissimum fefellit, si quidem viginti duntaxat extraneo legatis, omnino necesse est vt vel nulla legati diminutio fit, vel legatum nullatenus præstetur: quod vtrumque Marcellus negat.

7 Neque † obstat quod idem *Goueanus* obiicit ita posito iure fieri vt deterioris conditionis sit patronus ex asse quàm ex semisse institutus. Nam cum à patrono ex semisse, putà in centum, herede scripto possint filio septuaginta quinque legari, ita vt nonnisi viginti quinque patronus retineat, apparet eiusdem ex asse instituti si legatis filio relictis oneratus sit meliorem esse conditionem cùm quinquaginta retineat. Sanè si extraneis tantum legatum sit, melior erit conditio patroni ex dimidia parte instituti, quàm in huius legis specie, ex asse. Sed captiosa argumentatio est à patrono, qui extraneis duntaxat dare damnatus

natis est, ad eum, à quo etiam coniunctis personis legatum est.

CAPVT XVI.

Superstitibus liberis dotem profectitiam ad patrem non reuerti, iure vetere, aut nouo.

SVMMARIA.

1 *Contraria Martini & Bulgari super hac quæstione opiniones.*
2 *Martini sententiam & veteri & nouo iuri conformem esse.*
3 *Accursij responsio* ad l.vlt.§.1.vt legat. nom.cau.
4 *Vocem* filiafamilias *in* l.4.C.solut.matrim. *irreptitiam esse.*
5 *Ratio cur liberis superstitibus dos profectitia apud maritum remaneat, non autem ad patrem reuertatur?*
6 *Species & emendatio* legis post dotem 40. solut. matrim.
7 *Vlpiani locum* in fragmentis tit. de dotib. § 2. *de liberis prædefunctis non de superstitibus accipiendum esse.*
8 *Vera quæstio & sententia* §. cùm inter, legis 26. ff. de pact. dotal.
9 *Cur mortua muliere pro singulis liberis prædefunctis quintæ dotis apud maritum vetere iure remanserint?*
10 *Cur sextæ dotis propter liberos diuortij tempore superstites olim retinerentur?*
11 *Sextas in singulos liberos pro dimidia tantum parte dotis iure vetere retineri solitas fuisse.*
12 *Retentionem sextarum, quæ diuortio facto fiebat, à Iustiniano sublatam esse, reliquas non item.*
13 *An aliqua Iustiniani constitutione quintæ sublatæ sint.*

VEtus † fuit quæstio inter Bulgarum & Martinũ magnis altercationib. agitata, an mortua in matrimonio filia superstitibus liberis profectitia dos ad patrem reuertatur: *Bulgarus* enim, vt plerisque locis *Accursius* refert, reuerti putat, *Martinus* verò propter liberos penes maritum remanere contendebat. Cuius sententia vsque adeò æqua vulgo visa est, vt eam de consuetudine obseruari omnes testentur, ita tamen improbabilis vt ex veteribus omnibus interpretibus paucos reperias, qui *Bulgari* sententiam ex
2 iuris ratione veriorem esse non defendant. † Ego verò *Martini* opinionem vt æquissimam, ita verissimam esse ausim dicere, nec vetere tantum, sed etiam nouissimo iure, licet ex recentioribus plerique dissentiant. Et vetere quidem iure maritum dotem profectitiam propter liberos lucrifecisse, ostendit manifestè *l. vlt. §. 1. vt legat. nomin. caueat.* vbi sic Iureconsultus loquitur, quasi dubitari non oporteat, quin apud maritum vnius filij superstitis nomine dos re-
3 manere debeat. † Nam quod *Accursius* & Bartolus respondent tractari eo loco de filia emancipata, cùm fecisse testamentum proponatur, verum quidem est, sed ad tollendam obiectionem nihil facit: neque enim hac parte emancipatam filiam à filiafamilias differre existimandum est, cùm certi iuris sit profectitiam dotem licet emancipatæ filiæ datam ad patrem nihilominus reuerti. *l. 5. de diuort. l. filiæ. 59. solut.*
4 *matrim.* † Quam ob causam doctissimi viri plerique mirantur quod scriptum est in *l. 4. C. eod.* mortua muliere profectitiam dotem ad patrem redire, si mulier in matrimonio filiafamilias decesserit. Ac sanè fatendum omnino est quod ij volunt, irreptitiam esse dictionem, *filiafamilias*, vel dicendum additam esse, quod in ea specie filiafamilias esset cui dos à patre data fuerat, non quòd eam filiamfamilias fuisse necesse sit. Adiuuat etiam Martini opinionem quòd *in l. filiusfamilias. 17. ad Maced.* scriptum est, mortua in matrimonio puella patri repetitionem dotis dari. Puellam enim eo loco interpretari debemus eam quæ liberos nunquam habuit. *vt in l. vxorem 41. §. testamento, de leg. 3.* vbi marito defuncto ideo puella alij nubere proponitur, vt intelligamus nullis ex alio matrimonio superstitibus liberis, potuisse patrem & fratrem dotis partem stipulari. Idem probat *l. illam, C. de collat.* ad quam aliud respondere non possunt *Bulgari* defensores, quàm loqui eam de filia emancipata: quod etsi verissimum est, tamen minus accõmodate dici iam suprà probauimus. Sed etsi legibus, quæ tam multæ & apertæ sunt, deficeremur, ipsa tamen iuris ratio, quæ patri profectitiæ dotis repetitionem dat, facit vt liberis superstitibus aliud dicen-
dum videatur. † Ratio illa redditur *in l. iure succursum. 6. de iure dot.* vt ad quem summus mœror peruenit, ad eundem quoque summus honor pertineat, ne pater & filiæ mortuæ, & dotis amissæ damnum sentiat. Atqui superstitibus ex præmortua & filiæ liberis, negari non potest quin maior ad liberos ex matris, quàm ad patrem ex filiæ morte dolor perueniat. Ergo ad quos summus dolor peruenit, ad eosdem dotis commudum pertinere rationis & æquitatis est. *argu. Authen. in successione. Cod. de suis & legit.* Aut si maior parentum erga liberos, quàm liberorũ erga parentes adfectionem esse volumus (quod dici non potest) fiet vt ex voluntate filiæ, quæ liberos suos plus, quàm patrem dilexit, liberis potius quàm patri dotem deberi dicamus. Nec enim audiendus est pater si dicat in filiæ potestate non fuisse dotem liberis suis dare, & patri auferre, cùm non aliam ob causam pater ab initio filiæ dotem dederit, & verò dare coactus sit, quàm propter liberos, si qui ex eo matrimonio nascerentur. Hæc enim sola vt matrimoniorum contrahendorum, ita dotis constituendæ causa, origo, & finis est, *l. 1. solut. matrim.* Ergo tam bono matris voto, tam iniqua patris voluntas opponi
non debet. † Quò pertinet *l. post dotem. 40. eod.* vbi Papinianus scribit patrem, qui sine filiæ voluntate (ita enim locum illum rectissimè vir doctissimus *Iacobus Cuiacius* tamptidem emendauit) stipulatus est diuortio facto dotem dari, si post impletam stipulationis conditionem filia moriatur, posse quidem ex stipulatu agere: sed non aliter quàm si filia sine liberis decesserit. Vbi ridiculus est *Accursius*, qui verba hæc superflua esse notat, cum tamen Iureconsultus non minus requirat vt filia sine liberis decesserit, quàm vt stipulationis conditio impleta sit. Ex quibus apparet *Martini* sententiam iure vetere verissimam fuisse, nec ei vllam Digestorum legem aduersari. Nam quod tot locis generaliter scriptum est dotem profectitiam mortua in matrimonio filia ad patrem reuerti debere, facilem habet responsionem, supplendos omnes eos locos ex aliis qui liberorum superstitum potiorem faciunt causam quàm patris: quod vel ipsa ratio *l. iure succursum*, manifestè ostendit. Sed nõ fuisse tam curiosos iuris authores ita distinguere, quoniam de eo ius certum esset, & ita scriberent ad differentiam duntaxat aduentitiæ dotis, cuius nulla repetitio est, licet in matrimonio sine liberis mulier
decesserit *l. 5. de bon. damnat. l. auus. 79. de iur. dot.* † V- 7
nus tantum locus est qui ad huius quæstionis explicationem valde pertinet, ac doctissimos quosque ætatis nostræ Iureconsultos meo iudicio fefellit. Is est

in Vlp. fragmentis *tit. de dotibus*, vbi ille scribit mor-
tua in matrimonio filia dotem reuerti ad patrem,
seruatis tamen penes maritum in singulos liberos
quintis. Quod si ita est, neque vera fuisse videtur iu-
re vetere opinio Bulgari cum superstitibus quinque
liberis, totam dotem maritus retineret, neque Marti-
ni cum vnico tantùm filio superstite, non nisi quin-
ta dotis pars marito deberetur, reliquum patri resti-
tueretur. Atque ita viri plerique docti sentiunt, vt ex
illo Vlpiani loco tota hæc quæstio decisa & explica-
ta videatur. Sed mihi longè aliud iudicium est, qui
video *in l. vlt. §. 1. vt legat. nomin. caueat.* vnius filij su-
perstitis nomine totam dotem à marito retineri: ne-
que minus fauorabilem esse vnius filij causam quã
plurium, si de matris successione quæratur: quod o-
mnium manifestissimè probat *l. illam. C. de collat.* in
iis verbis, *cuiuscunque sint numeri*. Quid ergo est? Puto,
quod Vlpianus eo loco scribit, de prædefunctis non
superstitibus liberis intelligi debere; vt propter libe-
ros præmortuos, quintæ duntaxat: propter superstti-
tes verò tota dos retineretur. Idque meo iudicio in-
nuit *l. inter. 26. §. cum inter. de pact. dotal.* vbi pactum
conuentum proponitur, vt si ex matrimonio liberi
superstites non essent, tota dos restitueretur, id est, vt
ego interpretor, sine vlla quintarũ retentione. Quod
pactum frustra interponeretur si ita ius esset, vt libe-
ris nullis superstitib. nihil ex dote restitueretur. Nec
tamen simili ratiocinatione possis in contrariam sen-
tentiam argumentari ex eo, quod ibidem Papinia-
nus adiicit, huiusmodi pacto inter contrahentes id
actum intelligi, vt superstitibus liberis filia defuncta
dos retineatur. Ex quo Bartolus, vt Bulgari sententia
defendat colligit, defuncta superstitibus liberis filia
8 dotem non retineri si pactũ non intercesserit. † Lon-
gè enim alia illius loci sententia est, nec de eo apud
Papinianum dubitabatur, An defuncta liberis su-
perstitibus filia dos retineretur, quod certissimum e-
rat, præsertim facto de ea re tacito pacto: sed de illo
duntaxat, an dotis quoque portio, quæ additamenti
causa data fuerat, apud maritum remaneret. In quo
dubitationem illud faciebat, quod pactum de dote
factum esset: hæc autem portio non tam dos quã do-
ti addita esse videretur. Sed hanc quoque eodem iu-
re cẽseri Papinianus ait: idque eleganter, & suo mo-
re concisè, probat en argumento, quòd cùm conue-
nit vt mortua sine superstitibus liberis filia dos patri
redderetur, manifestum est id actum esse, vt ea quo-
que portio quæ doti addita esset, restitueretur: tum
quòd ea dotis incrementum potiùs quàm noua dos
intelligi debeat *l. 4. de iur. dot.* tum etiam quòd non
sit existimandum eum, qui dotem restitui voluit, non
cogitasse de illa etiam portione restituenda, quam
dotis causa addiderat. Atqui cùm conuenit vt mor-
tua sine liberis superstitibus filia dos patri reddere-
tur, id tacitè actum intelligitur, vt mortua relictis li-
beris filia dos non restituatur. Ergo eadem interpre-
tatione hanc quoque conuentionem sic accipere de-
bemus, vt nec ea portio restituatur quæ doti addita
est. Sicque locus is enarrandus & intelligendus mihi
videtur. Probat igitur manifestè quod volum', mor-
tua nullis relictis liberis filia, non ideo tamen totam
dotem patri debuisse restitui, si ex eo matrimonio li-
beri interuenissent, nisi pacto constitutæ dotis tem-
9 pore interposito contrarium actum fuisset. † Huius
porrò iuris veteris rationem si quis quærat, hæc for-
tasse afferri potest, quòd statim atque marito nascun-
tur liberi, quasi in eorum persona dotis pignus con-
stituatur, quorum scilicet causa futurum aliquando
sit, vt dotis retentionem habiturus sit, vt quãuis eos
postea mori contingat, iniquum tamen sit atque ad-
eò inhumanum patri dotem auferri, ne præter dolo-
rem amissi filij, dotis etiam quam superstite filio lu-
craturus erat damnum sentiat *arg. d. l. iure succursum.
de iur. dot.* Verùm quoniam non minor ad patrem ex
filiæ, quàm ad maritum ex præmortuorum liberorũ
morte, dolor peruenit, æquum æstimauerat vetus le-
gislator ita rem temperari, vt in singulos liberos vnã
duntaxat quintam maritus retineret: vnde fiebat vt
aliquando plus retineret quàm pater, aliquando mi-
nus, aliquando etiam totam dotem, nisi pater sibi in
danda dote prospexisset, *vt in d. §. cum inter.* † Sanè sex- 10
tarum alia ratio erat. Hæ namque propter liberos
diuortij tempore superstites retinebantur, vt eodem
loco Vlpianus testatur, & apparet *ex §. sileat l. vnic. C.
de rei vx. act.* quem de sextis non de quintis accipien-
dum esse paulò post ostendemus. Dissimilitudinis
autem ratio erat, quòd ante diuortium amissorum li-
berorum dolor non minus matrem, quàm patrem
afficiat, vt proinde inciuile esset aliquid ex dote mu-
lieri eo nomine auferri, & marito applicari. Sanè pro
superstitibus liberis æquum videbatur mulctari mu-
lierem retentione sextarum, quasi eam, cùm diuerterit
superstitibus liberis, qui tam sancti fœderis perpetuũ
pignus esse solent, non sit existimãdum valde liberos
suos curare, quibus neglectis alios sperare maluerit.
Non † tamen in singulos liberos quemadmodum 11
quintæ, ita etiam sextæ in infinitum retinebãtur: sed
pro dimidia tantùm dotis parte, quia cùm permissa
& libera essent diuortia, non debuit mulier indotata
constitui: nisi ab initio ita conuenisset. Liberis nam-
que interuenientibus dotis conditionem pacto de-
teriorem fieri potuisse certum est *l. 1. de dot. præleg.* vt
contingit in specie *l. 2. de pact. dot.* in qua proponitur
pactum fuisse, vt quoquo modo dissolutum esset ma-
trimonium, liberis interuenientibus dos apud virum
remaneret, hoc est, vt etsi diuortio matrimoniũ sol-
ueretur, tamen maritus totam dotem retineret. Hæc
cùm ita iure vetere obtinerent, Iustinianus *in l. vn. §.
sileat. C. de rei vxor. act.* omnem retentionum verbosi-
tatem, vt ipse loquitur, sustulit, & specialiter eam,
quæ ob liberos fiebat. † Quod nonnulli sic accipiũt, 12
vt *Martini* opinio, quæ olim aliquo casu vera esse
potuit, hodie post eam constitutionem vera esse nũ-
quam possit. Quibus aliud respondendum non est
quàm quod olim *Bulgaro Martinus* respondit, sustu-
lisse Iustinianum retentiones quæ diuortio facto fie-
bant, nihil verò noui induxisse si superstitibus libe-
ris mulier in matrimonio mortua sit: quod sane ve-
rissimum esse duplex Iustiniani ratio demonstrat.
Prior illa est, quod ipse naturalis stimulus parentes
ad liberorum educationem satis hortetur. Cuius ra-
tionis sensus non est, patrem ex suis bonis non ex
dote matris liberos alere debere: sed illud potius, non
esse retentionibus cogendam mulierem filios alere,
ad quorum educationem vel sola ferente natura sa-
tis ipsa impellitur. Ex quo intelligimus ea constitu-
tione sextas duntaxat sublatas esse, non etiam quin-
tas, quæ vt diximus, præmortuorum liberorum no-
mine retinebantur. Nisi fortè quis Iustiniani senten-
tiam illam esse putet, vt superstitibus liberis mortua
muliere dos à marito non retineatur: quod non est
admittendum. Nam præter, id quod de iis retentio-
nibus loquitur Iustinianus, quæ olim in iudicio de
dote fiebant, quod non contingebat superstitibus ex
mortua in matrimonio muliere liberis: (neque enim
hoc casu dotis repetitioni locus erat, vt diximus.) il-

lud

lud etiam apertum est, auum, præsertim maternum, qui alios fortè sui liberos, aut ex liberis nepotes habeat, non ita valde ad superstitis nepotis educationē incitari: vt taceam viuis quidē parentib. nō nisi educationem liberis deberi: iis verò præmortuis, etiā hereditatem: quæ ratio facit, vt quod de liberorum educatione viua matre Iustinianus scribit, non simili modo ad auum protrahi possit. Altera ratio est, *ne varium genus culpæ mariti contra vxores excogitent, vt possint eadem retētione cōtra eas vti*, ex qua manifestius est loqui Iustinianum de matrimonio per diuortiū non morte mulieris soluto. Nam istis retentionibus ob liberos ita demum locus erat, si aut mulieris, aut eius patris culpa diuortium factum esset, vt supradi-
23 cto loco Vlpianus refert. † Quæ quāquam ita sunt, aliqua tamen Iustiniani constitutione sublatas esse quintas dubitandum non est, quarum scilicet mentionem nullam aut in Digestis, aut in Codice nobis reliquit. Sed iis sublatis quid hodie obtineat dubitari magis potest, hoc est, An maritus dotem totam restituat non retentis quintis, quas olim retinebat. An verò dotem totam retineat qui olim non nisi quintas retinebat. Sed probabilius est, Iustinianum in fauorem patris, quintas sustulisse, tum quia tota ea Constitutione dotis repetitioni quantum potest, fauet: tum etiam quia in *§. extraneum*, ait se parenti tacitam ex stipulatu actionem concedere. Quod non ita accipiendum est, vt quoties pro filia dotem pater dat, eam sibi soluto matrimonio restitui stipulatus intelligatur (alioqui etiam superstitibus ex matrimonio liberis dotem repetere posset) sed vt quoties profectitiam dotem repetere pater potest, ex stipulatu petere possit, licet stipulatio nulla intercesserit. Atqui nullis superstitibus liberis mortua filia dotis exactioni locus erat etiam iure vetere. Hodie igitur hoc casu actione ex stipulatu dotem pater repetet: vt quintarum deductionem nō patiatur, cùm actioni ex stipulatu nulla obiici retentio possit. *d. l. vnic. §. sileat. in fin. C. de rei vxor. act.* Cæterùm, licèt quintas & sextas Iustinianus sustulerit, verissimum tamē est quod proposuimus, tā nouo iure quàm vetere mortua in matrimonio filia superstitibus liberis profectitiam dotem ad patrem non reuerti. Sed de quæstione ista nimis fortasse multa diximus, quanquam & Vlpiani locus & Iustiniani Constitutio videntur breuius explicari non potuisse.

CAPVT XVII.

Addendam esse negationem in l. heres. 21. §. quòd si hic seruus. D. de fideiuss.

SVMMARIA.

1 *Obscurum esse Africani argumentum quo probare voluit fideiussore stipulatori herede existēte solam obligationem fideiussoriam perimi.*
2 *Iure vetere electo reo fideiussorem, & vicissim electo fideiussore reum liberari solitum, iure nouo non item.*
3 *Explicatur* l. egisti 84. de solut.
4 *Ex pluribus fideiussoribus vno electo reliquis liberationem vetere iure contigisse.*
5 *Exceptio à dispositione* legis vlt. C. de fideiuss.
6 *Manere fideiussorem obligatum etiam quum creditor in possessionem bonorum debitoris missus est.*
7 *Explicatur* §. vlt. inst. de replic.

SI stipulator reum heredem instituerit, fideiussoris obligationem perimi certissimum est, siue ciuilis, siue naturalis tātùm in reum fuisset, quoniam nemo apud eundem pro ipso obligatus esse possit. *l. si quis pro eo. 56. §. 1. l. Grauius. 71. de fideiuss.* At si quidem stipulator fideiussorem heredē scripserit, placet solam fideiussoris obligationem perimi. *d. l. heres à debitore. 21. §. quod si stipulator. de fideiuss.* quod quia nouū quodammodo videtur, Africanus eo loco confirmat hoc argumento, quòd si possessio rerum debitoris creditori data sit, æquè dicendum est fideiussorem manere obligatum. † Cuius tamen ratiocinationis quis 1
sensus sit ego neque intelligo, neque intelligi posse puto. Etenim si debitorem, cuius bona à creditore possidentur, ideò liberatum esse dicamus, accommodatum non erit exemplum hoc ad id de quo Africanus quærit. Scilicet an fideiussoris obligatio ita perimi possit, vt tamen reus maneat obligatus. At in exemplo proposito extincta principali, fideiussoria nihilominus remaneret, quod neque iuris ratio patitur, neque quod Africanus ait, *æquè dicendum esse*, nisi id prorsus contraria interpretatione intelligimus, *per contrarium*: quod quàm absurdum & ineptū sit nemo est qui non statim ex Latini sermonis ratione intelligat. Quòd si cùm possessio rerum debitoris creditori data est, adhuc debitor obligatus est, ineptior erit Africani argumentatio vt fideiussoris obligatio tolli possit nō sublata principali, quod remanente principali, fideiussoria quoq; non tollatur. Ex hoc. n. potiùs inferri potest, sublata ergo vna tolli alterā. Illud certè nullo modo inferas, Posse igitur principali manēte tolli fideiussoriā: de quo tamē Africanus disputat. Sed neq; verū est petita possessione rerū debitoris, fideiussorem adhuc manere obligatū.
† Quanquam enim iure vetere creditori licebat re- 2
licto reo fideiussorem eligere. *l. 3. l. iure. 5. Cod. de fideiuss.* attamen ita ius erat vt altero electo alter liberaretur. *l. si ex cau. 11. D. mandat.* vbi Pōponius scribit fideiussorē, qui cùm damnatus esset ex causa fideiussionis creditori postea heres extitit, habere mandati actionem quam tamen non haberet si accepto per eum iudicio reus liberatus non esset, *d. l. heres. §. vlt. de fideiuss.* Sic electo reo liberari fideiussorem, licet integrum debitum creditor à reo consequi non potuerit intelligimus *ex l. si mandatu. 45. §. vlt. mandat.* vbi creditor qui mandato fideiussoris cum reo egit, comparatur ei qui mandato debitoris ab alio stipulator id quod sibi debetur, periculo tamē debitoris, vt tam hic quàm ille mandati actionem habeat in id quod minus à reo seruare potuit: quemadmodū enim priore casu perempta est per delegationem prima debitoris obligatio, ita posteriore, fideiussor electione rei liberatus est: quod significāt verba illa, *quia sequenti mandato liberaretur ex priore causa.* † Ex 3
quo etiam explicare soleo *Legisti. 84. de solut.* in qua Proculus ait fideiussoribus acceptis pro naturali serui obligatione multum interesse, an dominum an seruum ipsum creditor eligat: electo namque domino, quod fit si cū eo de peculio agatur, non ideò fideiussores liberari: accepta verò pecunia à seruo, cui peculij administrationē dominus permisit fideiussores quoq; liberari: quod omnino ita accipiendū est etsi minus soluerit seruus quàm deberet: integro nàque debito soluto, neque dubitatio vlla erit cur non fideiussores liberentur, neque aliud iuris constituetur si cum domino de peculio actum sit, cuius solutione insolidum facta, etiam fideiussores liberari constat. *l. cum quis. 38. § pen. de solut.* Huius porrò dissimilitudinis ratio illa esse videtur, quòd cùm pro domino fideiussores accepti non sint, nulla ratio est vt electione domini liberentur, sed serui duntaxat

ad cuius obligationem accesserunt:alia enim domi-
4 ni,alia serui obligatio est. † Sed & pluribus in eandem obligationem fideiussoribus datis, vnius ele-
ctione,cæteris liberatio contingebat. adeò vt dubitatum sit an adolescente curatorem eligente tutor liberetur. *l.tutores.39.§.adolescens.de administr.tutor.*
Quamquam hoc Iustin.correxit.*in l.vlt.C.de fideius.* vbi generaliter constituit vt pluribus ad eandē rem obligatis vnius electio creditori non præiudicet, quominus quod ab vno seruare non potuit ab aliis cōsequatur:ex quo magis apparet, verum esse quod dicimus,iuris veteris regulam eam fuisse, vt electo fideiussore reus, & vicissim electo reo fideiussor li-
5 beraretur,excepto † tantùm casu *l.vlt.D.de reb.credit.l.si decem.21.D.de solu.*qui specialem habet rationem propter verba stipulationis. Quod cùm ita sit, non est existimandum Africanum scripsisse, electo reo ita vt eius bonorum possessio creditori data sit, fideiussorem adhuc manere obligatum : at potius *non manere*, quod proculdubio conuenientius est ei quod probare vult, nouum non esse vt principalis
6 obligatio remaneat,extincta fideiussoria.† Nam & cùm in possessionem bonorum debitoris creditor missus est,ipse debitor adhuc obligatus manet, non solùm quia quamdiu bona distracta non sunt, potest se defendere. *l.2.§.vlt.l.6.§.1.quib.ex caus.in poss.eat.* sed etiam quia bonis distractis si creditor ex iis in solidum satisfactum non sit, ipso iure obligatio nō perimitur,sed debitori duntaxat exceptio datur, adeò vt si quid postea quæsiuerit, rursus exigi ab eo possit.*l 3.C.de reb.auth.iud.possid.* At fideiussor ipse obligatus non manet quem rei electione liberatum
7 esse certissimum est.† Nec obstat §.*vlt.inst. de replic.* qui non ita accipiendus est, quasi creditor qui aduersus reum agit,& exceptione summotus est, cōtra fideiussorem postea vtiliter agere possit : sed ita vt creditor qui si aduersus eum agere reperiri posset exceptione illa, *si non bonis cesserit*, contra fideiussorem agens huiusmodi exceptione non repellatur.

CAPVT XVIII.

Dissensio Vlpiani à Paulo,in quæstione §.si à furioso.l.2.D.pro emptor.

SVMMARIA.

1 *An ei qui à furioso rem emit Publiciana competat?*
2 *Rationes duæ pro sententia Vlpiani.*
3 *Pauli sententia defenditur.*
4 *Responsio ad ratiocinationem Vlpiani existimantis ementi à furioso Publicianam competere?*
5 *Male à quibusdam emendatum fuisse* dictum §.si à furioso.
6 *Diuersam esse vsucapionis & Publicianæ rationem.*

QVanquam furiosus rei suæ dominium transferre in alium non potest, sicut nec quicquam aliud facere,*l.5.de reg.iur.*tamen vtilitatis causa receptum est: vt si quis rem furiosi ab ipso bona fide emerit & statuto tempore possederit, vsucapere eam possit. *l. pignore,13.§.eū qui.de vsuc.l.2.§.si a furioso.D.pro empt.* vbi de eo inter iuris authores constitisse Paulus ait, hoc est nullā dubitationē & controuersiam habuis-
1 se.† Sed an ei qui furiosi rem emit, Publiciana competat,maximæ dubitationis fuit,vt nec hodie, quid sentiendū sit,sciri posse videatur, Paulus namque *in d.§.si a furioso.* negat competere, itémque accessionē possessionis, quemadmodū ex re euicta emptori de
2 euictione actio denegatur. At † Vlpian. *in l.sed etsi.7.§.1.De Public.*sic ratiocinatur,vt emptorē qui vsucapere potest, Publicianam quoque habere necesse sit ex manifesta iuris regula, cū is, qui Publiciana actione experitur,eo colore rē sibi restitui postulet, quasi à se vsucaptam,vt Iustinianus ait *in §. namque de actio.* Addi etiam pro Vlp.potest. sine possessione nullam esse posse vsucapionem,*l.sine 25.de vsuc.* nec sine titulo,& bona fide,*l.nullo 24.C.de rei vindic.l.vl.C.pro hered.*hoc ipsum autem Publicianam satis esse. *l.1.de Publician.*Cur non igitur Publiciana detur ei, cui vsucapiendi ius conceditur?† Sed si Paulum de- 3
fendere volumus, cuius opinio longè elegantior videtur,eam rationem afferemus,quæ mouisse illū videtur,quòd cum furiosus rem suā vendit,licet ignoranti & bonæ fidei emptori,tamen emptio nulla est, cùm certi iuris sit furiosum rei suæ vendendæ potestatē non habere. Quòd si emptio nō valet,dici profectò nō potest dandam ei Publicianam, quam certum est ei duntaxat dari,qui ex iusto titulo rem possedit.*d.l.1.D.de Public.* Vnde etiam fit, quod primo loco Paulus infert,vt si res à furioso vendita,euincatur, aduersus furiosum de euictione agi non possit, quoniā qui de euictione agit,ex empto agit.*l.ex empto.11.de act.emp.*Item illud,vt emptori accessio quoque possessionis denegetur, non alia ratione, quàm quòd emptor non sit, cū emptio nulla intercesserit. Eodē igitur modo inferas, neque vsucapere eū posse.Ac sane ex stricta iuris ratione verissima, & prorsus necessaria cōsecutio est:sed cū vtilitatis causa receptū sit, vt vsucapere possit, recedimus hac parte à iuris regula, & vsucapionē sine titulo procedere admittimus. Nam in bis quæ contra rationē iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris, *l. in
4 his.15.D.de leg.*†Ex qoo ad Vlpiani ratiocinationem 4
respondeti potest. Neque enim si vtilitatis causa receptū est, vt qui à furioso bona fide emit, vsucapere possit, illud etiam recipiendum est, vt ei Publiciana competat, cùm id quod contra iuris rationē receptū est,non sit producendū ad consequētias.*l. quod verò. D.eod.l.quæ propter.162.de R.I.*Cui simile quiddā traditur,*in l.qui negotia.34.D.mādat.* vbi non valde dissimilē Vlpiani ratiocinationē,*in leg.singularia,15.D.si cert. pet.* Africanus ex eo refellit. quod id ex quo argumentū sumebat Vlpianus, benignè receptū esset. In proposito autem, ei qui à furioso bona fide emit vsucapiendi facultas conceditur, vtilitatis tantùm causa,id est fauore boni publici, quo introducta dicitur vsucapio. *l.1.de vsuc.* At Publicianā accessionē possessionis,& actionem de euictione, nullus fauor publicus adiuuat, sed priuata duntaxat contrahentiū vtilitas,*l.bene à Zenone.vers.eodémque.C.de qu.tēp.præscr.*propter quā à iuris regula recedere,scriptúmque ius insuper habere non debemus. † Quæ cū ita 5
sint,apparet malè à nōnullis reiecta esse quasi spuria & supposititia verba illa *d.§.si a furioso.nec Publiciana cōpetit*,pessimè alios legere, *sed Publiciana cōpetit, & accessio possessionis.* †Postremò diuersā à Paulo cōstitui 6
vsucapionis & Publicianę rationē, quam tamen eādem faciūt qui existimant vtilitatis causa concedēdā emptori nō solū vsucapionem, seu etiā Publicianē & accessionē possess.priuatā ipsius vtilitatem intuentes,non publicam,de qua tamē Paulus, vt diximus,proculdubio intelligi debet. Ridiculus verò est *Accursius*,qui ad horū locorū conciliationem scribit cōcedendā emptori Publicianā aduersus extraneum, denegandā verò aduersus ipsum furiosum. Nā præter id quod omnib.generale est,vt aduersus dominū Publiciana nō detur.*l.pen.& vl.D.de Public.*illud etiā manifestū est. Vlpianum sic ratiocinari,vt quemadmodū aduersus furiosum vsucapio emptori prode l

dest. ita & Publicianam aduersus eundē ille habeat. Et ex diuerso, Pauli rationem facere vt neque aduersus extraneum Publicianam habere possit.

CAPVT XIX.

An generalis sententia sit l. filio præterito, 17. D. de iniust. rupt. & irrit. testam.

SVMMARIA.

1 *Filio præterito patris iudicia improbante promiscuè, etiam extraneis institutis testamentum conseruari.*

2 *Diuersam esse speciem* l. posthumus. 12. de iniusto rupt. & irrit. test. à specie. l. si filio. 17. eod. tit.

3 *Responsio ad* l. si duobus. §. 1. de bon. possess. contr. tab. *& eius species.*

4 *Prius testamentum rite factum posteriore minus perfecto rumpi, quum is qui ab intestato rem habiturus est hæres instituitur.*

5 *Verba* l. quod vulgò. ff. de bon. possess. cont. tab. *ab Accursio & Bartolo malè intellecta explicantur.*

6 *Ratio dubitandi* ad l. 1. §. vlt. si tab. testam. null. extab.

7 *Ratio decidendi.*

NEmo est qui nesciat quod Papinianus scripsit, filio præterito patris iudicia comprobante ex bono & æquo defendi testamentū, licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate ruptum esse videatur,
1 *l. filio. 17. D. de iniust. rupt.* † At nondum inter omnes constare videtur, an id generaliter & perpetuò verum sit, hoc est siue in eo testamento instituti sint fratres, aut alij ab intestato venientes siue extraneus quilibet. Sunt enim qui institutu extraneo aliud admittendum existimant, vt hæredes esse non possint, licet filius in potestate præteritus patris iudicia non impugnet. Alij contrà nihil interesse putant quis in testamento scriptus sit, dummodo patris voluntatem filius agnoscat. Quorum sententia mihi longè probabilior videtur. Id enim duntaxat Papinianus intuetur, vt si iniuriam remittat is cui ea facta est, supremam defuncti hominis voluntatem, quæ amplius reformari non potest, conseruemus: cùm hac parte non tam hæredis scripti quàm ipsius testamēti fauor inspiciendus sit. Verùm huic sententiæ opponitur quod *in d. l. filio* Papinianus scribit *si prætaritus fratribus partem hæreditatis non reuocant*: ex quibus apparet in Papiniani specie institutos fuisse fratres, qui suo iure ab intestato succedere possent. Sed inde non rectè concludas, aliud existimasse Papinianum in extraneis institutis, de quibus tamen non loquitur, quia in fratribus ex facto acciderat id de quo consulebatur, cum ea lex sumpta sit ex Papiniani libro quinto Responsorum.
2 †Opponitur etiam *l. posthumus. 12 versic. idem dicendum. D. eodem titulo.* cuius tamen species longè diuersa est ab ea de qua quærimus, nec tantus fauor est testamenti, quod nec approbatum est, nec improbatum, quantus eius quod expressa filij voluntate approbatum, & cōfirmatum est, vt didici ex Doctore meo D. Ioanne Manutio dum ille perelegantem rationem hanc redderet, à nemine adhuc obseruatā, cur in specie *l. posthumus*, ad defendendū testamentū opus fuerit rescripto D. Hadriani, quod in casu *l. filio.* necessarium non fuit.
3 † Probabilius fortasse quis moueatur ex *l. si duob. 12. §. 1. D. de bon. poss. contr. tab.* vbi Iureconsultus scribit, si prius testamentum exter iure factum, quo filius exhæredatus est, sequens imperfectū in quo præteritus sit, posteriore testamento præteritum ita demū rectè bonorum possessionem petere posse, si remoto quoque filio potiores sint in hæreditate posteriore testamento scripti hæredes: quòd si hæreditatem obtinere nō possint, filium quoque excludi. Ex eo enim intelligimus aliquando contingere vt ex testamēto in quo præteritus est filius, etiam remoto eo, hæreditas tamen obtineri non possit, quod cū eo casu verum nō sit quo instituti sunt ab intestato venientes, *d. §. filio.* necesse est vt de extraneis intelligatur. Nec sanè ad eum locū accōmodatius vllum exemplū afferri possit. Sed respondendū est, in proposita specie, extraneum hæredem posteriore testamēto scriptum etiam remoto filio, hoc est abstinente, & patris iudicia probante, hæreditatem obtinere non posse, non quod in casu *l. filio.* diuersa agnatorum, & extraneorū ratio constituenda sit, sed quia cum priore testamēto ritè facto, in posteriore imperfecto seu iniusto extraneus hæres instituitur, prius testamentum, quod ritè factum est, non rumpitur. *l. filius. 7. de testa.* vnde fit vt filius per bonorum possessionem contra tabul. hæreditatem auferre non possit ei à quo est exhæredatus, *l. non putauit. 8. D. de bon. poss. cont. tab.* † A. cū 4
in posteriore testamento imperfecto hæres scribitur is qui rē ab intestato habiturus est, constat prius testamentum, quanquàm ritè factum, per posterius rūpi. *l. 2. D. de iniust. rupt.* Credo, quod hoc casu periode ferè sit, ac si coram testibus testator intestatum velle se decedere diceret, quod sufficeret vt scriptis hæredibus hereditas auocaretur, *l. vlt. in si D. de his quæ in testa. delen. l. 1. § si hæres. D si tab. testam. null. ext. ab.* Porrò cum prius testamentum non est ruptum, posterius non valet, neque per Prætorem defenditur, licet filius in eo præteritus patris iudicia comprobet, quia perfectum potius quàm imperfectum testamētum defendere Prætor debet. Cum verò prius ruptū est, posterius, licet imperfectum sit, Prætoris tamen iurisdictione sustinetur, si præteritus filius contentiat, quia hîc nulla ratio est, cur non ex bono & æquo Prætor testatoris voluntatem tueatur: quam approbat is cuius gratia iure imperfecta & iniusta censebatur. Ergo, cum in posteriore testamento imperfecto scriptus est is, qui ab intestato successurus est, testamentum defendit Prætor, nō ex eo quòd scriptus sit agnatus potius quā extraneus, sed quia prius ruptū est. Quo casu veluti denuò bonorum possessionem contra tabulas petere filius potest: quæ vt peti possit, satis est vt mortis tempore patris tabulæ sint eiusmodi, ex quibus adiri hæreditas, vel secundum eas bonorū possessio peti possit, cuiusmodi hæ sunt, quas diximus Prætoris iurisdictione defendi, si filius præteritus iudicia patris adprobet. At cū iure suo vtitur, & bonorum possessionem contra tabulas petit, incipiunt tabulæ esse in eo, vt ex iis bonorū possessio amplius peti non possit. † Et hoc est quod ait 5
l. quod vulgo. D. de bon poss. contra tab. quamuis neutrum eorum postea secutum sit, vel sequi potuit, quæ verba obscurissimam habent sententiam, nec ab *Accursio* aut alio, quod sciam, explicatam: Quam si Bartolus intellexisset, non ita curiosè dubitasset, Quomodo fieri possit vt bonorū possessio detur contra tabulas, quę cū ipso iure nullæ sint, tabularū nomen non merentur. Rursus non dixisset, huiusmodi tabulas, si septē testiū signis signatæ sint, iure prætorio valere, ideòque iure prætorio rescindendam filio non approbāte iudicia patris, certū est nullo iure valere, nec ciuili nec prætorio, sed filiū præteritum posse suo iure ab intestato hæreditatē scripto herede euincere, vt Paulus apertè scribit in *l. is qui. 15. D. de leg. præst.* & Vlp. *in l. si duo. 16. eo.* quod si bonorū possess. secundū tab. hæredi scripto data sit, esse eā sine re, vt idē Vl-

pianus loquitur in *§. vlt. Instit. de bonor. possess.* Dicendum igitur est filio præterito patris iudicia non probante, quamquam omni iure inutile est testamentum, vtiliter tamen peti posse bonorum possessionem contra tabulas, quamuis ea petita bonorum possessio secundum tabulas peti non possit, quia sufficit mortis tempore tabulas tales fuisse ex quibus peti potuerit, quod hîc contigisset, si patris voluntatem filius adprobasset. Quid autem interest an petita bonorum possessione contra tabulas, an quo alio modo filius ostendat se patris iudicia non probare?
6 † Ex his petenda est dubitandi ratio *ad l. 1. §. vlt. D. si tab. testa. nulla ex stab.* vbi Iurec. scribit, si emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat, præteritus: emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem, vnde liberi, tuendum esse vsque ad dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset. Nam filius qui in potestate fuerat, præteritus, totam patris hereditatem sibi ab intestato deberi contendebat eo colore, quòd frater exheredatus fuerat, & extraneus scriptus heres, qui exheredatum prorsus exclusisset (ponimus enim mereutur exheredatum) si præteritus patris hereditate abstinuisset, vt quamuis ab intestato successerit, non tamen debeat ea res prodesse exheredato, qui suo iure, & ex persona propria testamentum patris impugnare non poterat. Vt in *l. si patron. 55. §. qui fideicommissum. D. ad S.C. Trebell.* prior fideicommissarius postulabat vt sibi falcidiam detrahere liceret, eo colore quòd nisi ipse heredem scriptum hereditatem adire coegisset, fideicommissum secundo loco datum intercidisset.
7 † Sed quemadmodum Papinianus eo loco scribit, restitutionem ex Trebelliano fieri debere, id est falcidiæ locum esse non posse, quia semel adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituatur: ita in proposito eleganter Vlpianus respondet, emancipatum filium ab intestato petentem bonorum possessionem vnde liberi, perinde tuendum vsque ad partem dimidiam, atque si nullas tabulas pater reliquisset: quia testamentum per omnia irritum aut potius nullum, & iniustum, ad solam exheredationis notam proficere non debeat *l. penult. D. de bon. possess. cont. tab. l. si patronus. 12. §. ex testamento. D. de bon. libert.* & semel iniusto dicto testamento tota defuncti voluntas irrita & iniusta constituatur. Quòd si herede scripto extraneo, & præterito filio in potestate, testamentum ita esset nullum, vt ne filij adprobatione defenderetur, vix dubitari posset, cur non ab intestato filius exheredatus dimidiam hereditatis partem consequi deberet. Quod cùm ita sit, reprehendendi profecto sunt, qui ex eo loco putant probari regulam *l. filio.* in extraneo herede scripto locum non habere, quod filius exheredatus citra inofficiosi querelam admitti non posset, quam & nos vtique necessariam esse fatemur si præteritus patris iudicia probet, nec hereditatem petat, quod in ea specie Vlp. non ponit, nec non ponendum existimamus, alioqui exheredatus ab intestato vniuersam hereditatem, non dimidiam dumtaxat consequeretur.

CAPVT XX.

Emendatur l. 2. D. de seruit. rustic. præd.

SVMMARIA.

1 *Conciliatio Pauli cum Vlpiano in quæstione, an in seruitute actus iter quoque contineatur.*
2 *Seruitute actus simpliciter constituta itineris seruitutem non contineri.*
3 *Quid plus sit in via quam in actu.*
4 *Verba* etiam sine iumento *irreptitia esse* in d. l. 1. de seruit. rustic. præd.
5 *Verbū* ambulādi *in viæ definitione perperā sublatū esse.*
6 *In via aliquid amplius esse quā in itinere & actu simul.*
7 *Occasione potiùs quàm iure cū iter habere qui actū habet*
8 *Cur nihil agat qui actum stipulatus iter quoque stipulatur.*
9 *Solutio obiectionis petita* ex l. 2. ff. quemad. seruit. amit.
10 *Rectè actum cum fructu comparari.*

OBscura quæstio est, An in seruitute actus iter quoque contineatur. Nam Vlp. quidem *in l. loci, 4. §. 1. seru. vin.* posse actum esse sine itinere disertè scribit, & *in l. si mater. 11. §. si quis iter de excep. rei iudic.* eum qui iter petiit, si deinde actum petat; exceptione rei iudicatæ non submoueri ait: quod vtique falsum esset, si in actu iter quoque contineretur, arg. *l. egi tecum. 26. eo.* At Paulus *in l. 1. de adim. legat.* eum qui actu legato iter adimit, nihil adimere respondit, ratione illa quod sine itinere actus esse nunquam possit. Cui simile videtur quod Iulianus ait *in l. qui vsumfructum. 58. de verb. oblig.* eum qui stipulatus actū, postea iter stipulatur, non magis vtiliter stipulari quàm si decem stipulatus posteà quinque stipuletur: quod tamen minus verè diceretur, si actu promisso iter quoque non deberetur: quò etiam pertinet *l. si pupillus. 9. §. vlt. de nouat.* vbi iisdem ferè verbis ex Vlpiano idem proponitur.† Mihi non videtur alia ho- 1
rum locorum conciliatio afferri posse, quàm quæ ab *Accursio* iam olim allata est, omniumque interpretum consensu adprobata, vt seruitus actus sine seruitute itineris esse possit, at sine itinere esse non possit. Eum namque qui agat, ire quoque necesse est: sed cùm non agere, ire cum non est necesse: nec sine promissoris magna iniuria constitui aliter posset, qui cùm vna duntaxat seruitute obligatum se voluerit, duplici tamen incommodo afficeretur. Sicque procul dubio accipiendum est quod *in l. 1. de seru. rust. præd.* scriptum est, eum qui actum habeat, etiam iter habere: scilicet vt is cui seruitus actus constituta est,
eo ipso eundi potestatem acquisiuisse intelligatur.† 2
At seruitutem actus simpliciter constitutam itineris seruitutem non continere probatur manifestè ex *d. l. 1. de adim. leg.* Cùm enim certissimum sit posse quem ita vti seruitute actus, vt tamen sine iumento ire non possit, apparet eum qui actu legato iter adimit, hanc saltem sine iumento eundi facultatem adimere, si actu legato, ea facultas legata intelligatur. At nihil eum adimere Paulus ait, quia actum adimere noluit, sed iter. Iter verò quod dederat, est eiusmodi sine quo actus esse nullo modo possit. Idem etiam minus quidem apertè, sed tamen non minus eleganter confirmat *l. & per iusiurandum. 13. §. 1. de acceptil.* vbi Vlpianus scribit, si quis viam stipulatus accepto iter vel actum fecerit, nullius momenti esse acceptilationem: idémque probandum si actus tantùm accepto fuerit latus: sed si præter actum, iter quoque accepto latum fuerit, consequens esse dicere liberatum eum qui viam promiserit. Quod si seruitus itineris in actus seruitute contineretur, vix dici posset quid interesset inter actus & itineris simul & actus duntaxat acceptilationem: quemadmodum nec interest vtrum viam dūtaxat quis accepto ferat, an iter & actum simul: vt eo loco Iurecon. ait, quia via seruitus sine actu & itinere nulla est, vt omnium elegantissimè is locus probat, quem mihi commodissimè indicauit *Ludouicus Pelisso* Viennensis, vir acutissimus mihique amicissimus, cùm aliquando de quæstione ista inuicem conferremus, & in vtramque

que partem contrariis opinionibus disputaremus.
Hæc si ita sunt, vt proculdubio sunt, manifestissimè
falsum relinquitur, quod *in l. 1. rustic. præd.* Vlpia-
no tribuitur, eum qui actum habeat, iter quoque
habere etiam sine iumento. Qui enim it sine iumen-
to, is seruitute itineris vtitur, non autèm itinere
sine quo actus esse nullo modo potest. Qui verò
& actus & itineris seruitute vtitur, eum non a-
ctum duntaxat, sed etiam viam habere necesse est.
3 † Nam vt in *dict. l. 1.* Vlpianus diffinit, nihil aliud
via est, quàm ius eundi, agendi, & ambulandi, ex
quo intelligimus in via hoc vnum plus esse quàm
in actu, quòd qui actum duntaxat habet, tantùm ire
agere potest (hæc enim duo pro coniunctis accipio,
itemque illa in diffinitione itineris eundi ambulan-
di, vt de illis, *dare facere*, scribit Iureconsultus in *l.*
sæpe 53. D. de verb. signif.) qui viam, etiam ambulare
potest. Hoc verò nihil aliud est quàm ire sine iu-
mento, vt ex itineris diffinitione apparet, quam ibi-
dem Vlpianus hanc adfert, vt iter sit ius eundi am-
4 bulandi hominis. non etiam iumentum agendi. †
Verissimum igitur puto, quod adhuc à nemine a-
nimaduersum miror, ex imperiti alicuius interpretis
glossa in textum irrepsisse verba illa, *etiam sine iumen-*
to, quod vt sentiam, præter certissimam illam iuris
rationem quam attuli, ea quoque coniectura mouet
me quòd in quibusdam libris sic scriptum vidi, *eóque*
vti potest etiam sine iumento: quæ lectio etiam nunc
in Institutionibus cernitur, *tit. de seruit.* sed librario
Florentino elegantius visum est scribere *etiam sine*
iumento, reiectis prioribus illis verbis quasi super-
fluis. Illud etiam mihi suspicionem auget, quòd eius-
dem interpretis (vt probabile est) temeritate & im-
peritia factum est, vt in quibusdam Institutionum e-
xemplaribus addita sint verba illa in diffinitione a-
ctus, *ambulandi hominis*, quæ tamen in emendatiori-
5 bus omnibus codicibus desunt. † His erroribus de-
cepti plerique (ita malè iacto principio tota series
inuoluitur erroribus) putarunt corruptam esse viæ
diffinitionem ab Vlpiano traditam *in d. l. 1. rust. præd.*
quasi eadem quoque, sit actus diffinitio: & ausi sunt
dicere pro *ambulandi*, legendum esse *trahendi*, aut
quid aliud simile, quod actus diffinitione non con-
tineatur. Sed qui sententiam nostram probabunt, fa-
cile intelligent quam eleganter Vlp. dicat viam es-
se ius eundi, agendi & ambulandi: quàm etiam ac-
commodatè rationem reddat. *nam & iter & actum*
via in se continet. Scilicet, quia si non esset ius ambu-
landi actum duntaxat contineret: ius ambulandi,
hoc est eundi sine iumento, quod seruitutis itineris
proprium est, facit vt itineris quoque seruitutem cō-
tineat. Denique actus sine seruitute itineris esse po-
test, via sine seruitute actus & itineris esse non po-
6 test. † Quod tamen non sic accipiendum puto, vt
quicunque actus & itineris seruitutem habet, viæ
quoque seruitutem habeat: est enim aliquid amplius
in via quàm in aliis duabus simul, puta ius lapidem
aut tignum trahendi, & rectam hastam ferendi. *l. qui*
sella. 7 §. 1. & 2. rustic. præd. Vnde si mihi potestatem fe-
ceris ambulandi ac præterea iumentum agendi, non
etiam vehiculum, nemo dubitat quin & iter & actū
habeam. *d. l. qui sella. in pri.* me tamen viam non habe-
re scribit Iurec. *in l. si tam 13. D. de seruit.* nimirū quia
actus est ius agendi iumentum vel vehiculū, via ve-
rò ius agendi simpliciter, hoc est agendi omnia, iu-
mentum, armentum, vehiculum, & cætera: vt verè
dici possit sublatis quidē seruitutib. actus, & itineris,
sublatam quoque viæ seruitutē: *d. l. & per iusiurandū.*
§. 1. de accept. at illis constitutis hanc non ideò con-
stitutam necessariò intelligi. Ex quibus omnibus cō-
cludere licet, eum qui actum habeat, habere quidē
iter, sed tamen ita vt sine iumento ire nō possit. Quæ
videtur fuisse *Accursij* sententia & interpretatio *ad*
d. l. 1. † ad quam notat eum qui habet actum, habere 7
iter eo ipso, & hoc quantum ad commoditatem
non quantum ad seruitutem, seu occasione potiùs
quàm iure, vt loquitur *l. 2. de riuis.* An non autem ha-
bet iter iure seruitutis ille, qui sine iumento eundi,
hoc est ambulandi ius habet? vt non vana sit conie-
ctura in libro Accursij, veteribusque omnibus ea
verba quæ tollenda putamus iam olim defuisse. Ve-
rùm huic nostræ sententiæ illud valde obstare vide-
tur, quod supra ex Iuliano & Vlpiano retulimus, cū
qui actum stipulatus est, si iter quoque stipuletur, ni-
hil agere, *l. qui vsumfructum. 58 de verb. oblig. l. 9. §. vlt.*
de nouat. † Cur non enim itineris seruitutem acqui- 8
rit, si acquisito actu hæc nondum acquisita intelli-
gitur. Responderi tamen commodè potest in stipu-
lationibus cùm quæritur quid actum sit. verba con-
tra stipulatorem interpretanda esse. *l. stipulatio ista.*
38. § in stipulationibus. de V. O. inde verò fieri vt qui
actum stipulatus postea iter stipulatur, illud ipsum
stipulari intelligatur quod iam stipulatus fuerat, id
est iter id quod in actu continetur, & sine quo esse
actus non potest. Nam & eum qui decem stipulatus
postea quinque stipulatur, nihil agere Iulianus su-
pradicto loco scribit, licet præter decem, alia quin-
que habere quis possit, scilicet quia quinque ex de-
cem stipulatus intelligitur, *arg. l. stipulatio ista. 38. §.*
eum qui dicat. D. de verb. obl. Idem igitur & in propo-
sito dicendum est, vt interposita actus stipulatione,
non alias vtilis sit itineris stipulatio, quàm si de iti-
neris seruitute actum esse manifestè appareat. Iam
verò quod Vlpianus scribit *in l. 9. §. vlt. de nou.* præ-
ter superiorem interpretationem, potest etiam ex
Rubrica sic accipi, vt qui actum stipulatur, deinde
iter, nihil nouet, ratione illa quòd non intelligatur
facta nouatio nisi cùm posteriore stipulatione ali-
quid amplius quàm priore continetur, *l. scire 29. de*
verb. oblig. At iter minus quidpiam est quàm actus,
cum actum continere non possit. Quòd si quis iter
stipulatus actum postea stipuletur, dicemus factam
nouationem vt sola posterior stipulatio maneat
priore perempta, quòd plus sit in actu quàm in iti-
nere, cùm dubitandum non sit posse seruitutē actus
sic constitui, vt etiam itineris seruitutem contineat.
l. si tam. 13. de seruit. † Sed omnium difficillima obie- 9
ctio est *l. 2. quemad. seruit. amit.* vbi eum qui iter & a-
ctum habet, si statuto tempore tantùm ierit, actum
nihilominus retinere ait Paulus ex Sabini, Cassij, &
Octaueni sententia, & rationem subiicit quod ire
quoque per se possit is qui actum habeat, *Per se,*
inquam, id est sine iumento. Verùm obseruandum
est loqui Paulum de eo qui iter & actum habeat, id
est actum ita constitutum, vt etiam seruitutem iti-
neris contineat: quod conuentione fieri posse pro-
ximè diximus: alioqui statuto tempore, tantùm ire
non potuisset qui actum duntaxat habuisset. Ita ve-
rò constituta seruitute actus, dubitandum non est
quin per se quoque ire possit is qui actum habeat, eo-
que ipso seruitute actus vti dicatur. Ratio igitur
dubitandi, ex qua magis sententia nostra confirma-
tur, illa est, quòd qui tantùm iuit, seruitute actus visus
non videatur, at potius seruitute itineris. Quod cer-
tè verum est, si de actu simpliciter constituto quæ-
ratur. Sed decisionis ratio illa est quòd seruitus a-

ctus cum feruitute itineris coostituta proponatur, quo casu ex conuentione fit vt ire per fe poffit is qui actum habeat. Sic dicimus eum qui vfumfructum habet, fi fciens tantùm vtatur, fructum nihilominus retinere *l. arboribus, 12. §. Sed & fi alij. de vfufruct. l. si qui, 20. quib. mod. vfusfru. amitt.* qoia qui fructum habet cum vfu conionctum, per fe vti poffit, qui tamen vti non poffet fi fructum duntaxat haberet, *leg. 5. §. 1. vfu-*
10 *fruct. quemadm. caueat.* † Recta enim actus & fructus computatio eft, vt quemadmodum fine itinere actus effe nunquam poteft, poteft tamen fine feruitute itineris, ita fructus fioe vfu nunquam effe poffit, tamen effe fine feruitute vfus. Qua distinctione rectiffimè *Ioannes & Accurfius* conciliant *d. l. 5. cum l. per feruum. 14. §. 1. de vfu & habit.* & longè rectius quàm qui regulam illam *l. per feruum,* vt fine vfu fructus effe nunquam poffit, perpetuam oon effe fcripferunt.



ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER II.

CAPVT I.

De differentia bonæ fidei poffefforis, & malę fidei poffefforis, cùm de fumptuum in alienam rem factorum repetitione quęritur.

SVMMARIA.

1 *Duplex quæftio de impenfarum in rem alienam factarum repetitione.*
2 *Accurfij ad vtramque quæftionem refponfio per diftinctionem.*
3 *Noua Cuiacij opinio.*
4 *Sumptus vtiles tam in hæreditatis petitione quàm in rei vindicatione malæ fidei poffefforem non deducere, fed tollere.*
5 *Voluptuarias impenfas in fpeciali in rem actione à malæ fidei poffeffore tolli, modo fine rei difpendio id fiat.*
6 *Neceffarias tã bonæ quàm malæ fidei poffeffori præftari.*
7 *Deductionis poteftas.*
8 *Quid de vtilibus impenfis ftatuendum fit, quæ fine rei, in quam factæ funt, detrimento tolli non poffunt?*
9 *Cafus quo impenfas neceffarias malæ fidei poffeffor non deducet.*
10 *Explicatur ratio.* l. vtiles 39. ff. de pet. hæred.

2 LEGANS † atque vtilis quæftio eft, De impenfarum in rem alienam factarũ repetitione: quæ duobus præcipuè capitibus continetur: Primum eft, An in rei vindicatione aliud obferuetur, quàm in petitione hæreditatis: Alterum, An bonæ fidei poffefforis me-
2 lior conditio fit, qoàm prædoois. † Ac quod ad primum pertioet, vulgò probata eft *Accurfij* fententia, diftinguentis petitionem hæreditatis à rei vindicatione in vtilium, & voluptuarium impenfarum deductione: vt vtiles in petitione hæreditatis etiam malæ fidei poffeffori imputeotur. *l. planè. 38. de petit. hæred.* voluptuariæ a. non quidem imputentur, fed tollantur, fi modò id fieri poffit fine detrimento eius rei in quam factæ fint. *l. vtiles. 39. eo. in fi.* At in rei vindicatione vtiles non imputentor, fed tollantur duntaxat. *d. l. domum.* voluptuariæ verò à malæ fidei poffeffore nec imputari nec tolli poffint. Ex quo etiam apparet quid de fecundo quæftionis huius capite Accurfius fenferit, Separandum fcilicet bonæ fidei poffefforem à prædone. Illius enim meliorem effe conditionem, vt neceffarias & vtiles impenfas, fiue fpeciali fiue vniuerfali in rem actione conueniatur, imputare poffit, voluptuarias autem oppofita doli mali exceptione retinere, *d. l. planè. & seq. de pet. her.* Malæ verò fidei poffefforem in petitione hæreditatis voluptuarias impenfas imputare non poffe, fed taotùm tollere, & in rei vindicatione vtiles imputare non poffe, voluptuarias verò omnino perdere. † Sed ex recentioribus Iacobus Cuiacius vir do- 3
ctiffimus oouam opiniooẽ induxit, vt cùm de fumptibus neceffariis & vtilibus agitur, feparanda non fit petitio hæreditatis ab actione in rem fpeciali, nec bonæ fidei poffeffor à prædone. Omnes enim imputari actori, fiue generali, fiue fpeciali actione experiatur, & fiue bonæ fiue malæ fidei poffeffor fit is cum quo agitur: fi modò res extet in quam fumptus facti fuot, fructúfque percepti funt, *leg. quod fi fumptum, 37. D. de pet. hæred.* Mihi neque Accurfij neque viri doctiffimi opinio probari poteft. † Nam 4
quod vterque putat, fumptus vtiles in petitione hæreditatis malæ fidei poffeffori non minus præftari quàm bonæ fidei poffeffori, probabile non videtur, cùm perpetuò verũ fit poffe culpam ei obiici, quòd temere & fciens in alieno folo ædificaoerit. *§. certè. Inftit. de rerum diuif. d. l. domum. C. de rei vind.* cui loci quamquam de fpeciali in rem actione fint, non de vniuerfali, nulla tamen ratio eft vt hac parte fpecialem ab vniuerfali feparemos: nec fanè diffimilitudinis ratio vlla reddi poteft: in eoque viri doctiffimi fententiam aduerfus Accurfium probo, & fequor. In eo autem prorfus improbo, quòd in fpeciali quoque actione in rem nullam inter bonæ fidei, & malæ fidei poffefforem differentiam conftituit: quæ tamẽ apertè ponitur *in dict. §. certè. & dict. l. domum.* Et magis improbo, quod idem refpondet iis locis de ftricto iure refpooderi, non de æquitate & rei effectu. Nam & Papinianus *in l. fumptus. 48. de rei vindic.* fcribit fumptus in prædium alienum factos peti quidem non poffe, fed exceptione doli oppofita per officium iudicis æquitatis ratione feruari fi à bonæ fidei poffeffore facti fint: vt intelligamus in malæ fidei poffeffore ne quidem æquitatis ratione feruari debere. Et *in l. fin autem. 27. §. vltim. eodem.* Paulus fcribit, *Si poffeffor ante litem conteftatam fumptus fecit,* nempe quoniam quia poft litem conteftatam facti funt, tanquam à malæ fidei poffeffore facti reputari non poffunt. Quam verò rationem vir doctiffimus

mus adducit, quòd iniquum sit damnum sentire malæ fidei possessorem, Vlpianus refellit *in l. Iulianus 37. eo,* quòd non debuerit in aliena area certus ædificiũ ponere. Hoc igitur duntaxat ei concedendum esse, vt sine dispendio domini areæ tollat ædificiũ quod posuit. Rursus † quod Accursius putat in speciali a-
5 ctione in rem voluptuarias impensas à malæ fidei possessione seruari non posse, pugnat apertè cum *l. in fundo. 38. §. constituimus. eod. tit.* in illis verbis, *pict. rásque corradere.* Picturarum enim impensæ voluptuariæ sunt *l. vtiles 39. vers. videamus. de petit. hered.* ex cuius loci coniunctione cum *d. §. constituimus.* apparet nihil hac parte inter specialem, & vniuersalem in rem actionem interesse. At inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem distinguendum puto, quòd voluptuarias quoque impensas bonæ fidei possessor per doli exceptionem seruat, malæ fidei possessor duntaxat tollit si sine rei dispendio facere id possit. *d. ver. videamus.*
6 De † necessariis autem & vtilibus impensis ita statuendum arbitror, vt necessariæ quidem tam malæ quàm bonæ fidei possessori præstentur *d. l. domum. 5. C. de rei vendicat.* vtiles autem bonæ fidei possessor deducat, prædo non deducat, si modò paratus sit dominus vt sine rei in quam factæ sunt detrimento tollantur. *d. l. domum. & l. 48. de rei vendic.* Ratione illa, quod imputandum sit ei, qui sciens alienam rem impendit. Dices, Cur non ergo in necessariis idem obtinet, vt repetere eas prędo non possit? Respondebo, quia fieri non potest vt sine rei in quam factæ sunt, detrimento tollantur: si quidem necessariæ impensæ eæ dicuntur, quæ si factæ non sint, res aut peritura aut deterior futura sit. *l. impensa. 79. de verbor. signifi.* Quò pertinet ratio illa *l. plane. 38. de petit. hered. ne petitor ex aliena iactura locupletetur.* Eo namque loco de necessariis quoque impensis Paulus tractat, de quibus verè illud dici potest, si in prædonis persona earum ratio non haberetur, futurum vt ex aliena iactura petitor locupletaretur. At de vtilibus idẽ dici non potest, quas pati petitor potest vt sine rei detrimento tollantur: quo casu ex aliena iactura proculdubio non locupletabitur, neque tamen impensas prædo deducat, sed tollet, quæ longè differentia sunt. De-
7 ductionis † enim potestas illa est, vt non nisi prius oblatis impensis peti res possit. At qui deducere non potest, prætextu impensarum rei restitutionem recusare non potest: sed tantum quas fecit tollere, si modò sine rei detrimento facere id possit. Quare nec Paulus in *d. l. planè,* simpliciter ait, prędonem quoque necessarias & vtiles impensas deducere, quod falsum est, sed, in huius quoque persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena iactura locupletetur: quod omnino sic accipi debet, vt necessarias quidem impensas deducat, vtiles vero tollat. Nam & secundum hanc interpretationem in prędonis quoque persona vtilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum potestas stricto iure nulla ei superesse deberet. Quid ergo si nolit petitor pati vt vtiles impensas tollat? Potest sanè id pro suo iure facere. *d. l. in fundo. §. constituimus. de rei vendi.* sed hoc casu vtiles quoque impensæ deducentur, ne, vt Paulus ait, ex aliena iactura petitor locupletetur: quæ ratio hoc demum casu in vtilibus impensis locum habet, non
8 autem si paratus sit petitor pati vt tollantur. Quæ † cùm ita sint, dubitari probabiliter potest, quid de vtilibus impensis statuendum sit, quæ sine detrimento rei in quam factæ sunt tolli non possunt. Et putarem hoc casu bonum iudicem ex personis, causisque [illegible] constituere debere. Finge enim dominum easdem impensas facturum fuisse, æquum sanè est vt impensas resarciat, vsque eò saltem quò pretiosior res facta est, & si plus pretio fundo accessit, saltem id quod impensum est. Finge pauperem, qui si id reddere cogatur, laribus & sepulchris auitis carendum habeat. *d. l. in fundo.* Puto potius ei succurrendum, cui nihil imputari potest, quàm prædoni, cui saltem hoc ipsum obiici potest quòd temere in rem quam alienam sciuit impensas fecerit. Videtur enim quodammodo sua voluntate impensas amisisse, vt ait Caius *in l. 7. §. ex diuerso. de acquir. rer. domin.* † Cæterum his 9
quæ diximus impensas necessarias deduci, vtiles verò duntaxat tolli, obstare videntur *l. 1. C. de infant. expos. & l. ex argẽto. 13. D. de condict. furt.* in quibus ne quidem necessariæ impensæ deducuntur. Prior Accursij responsio non placet, vt aliud sit in fure, quàm in alio malæ fidei possessore. Cur enim melior sit conditio eius qui rem immobilem iniuria occupauit, *vt in l. domum. C. de rei vendic.* ac cuius furtum fecisse diceretur, si rei immobilis furtum fieri posset? Posterior vera est, vt impensæ necessariæ ita demum deducantur, si abradi, vt ipse loquitur, hoc est tolli possunt: quo casu quia sine rei detrimento tolli non possunt, æquum est petitorem pro eo commodo quod sentit, vt nullum rei suæ detrimentum fiat, impensas ante omnia resarcire: At cùm tolli impensæ non possunt, nulla ratio est vt quicquam præstet pro ea re quam inuito possessore consequitur. Scilicet si malæ fidei possessor proponitur. Nam in eo qui bonam fidem habeat aliud probandum esse ipsa lex ait, ex qua apertius intelligitur quod volumus. meliorem bonæ fidei possessoris quàm prædonis conditionem esse debere. † Obstat etiam *l. vtiles 39. de petit. he-* 10
red. vbi quod pertinet ad voluptuarias impensas diuersa ratio constituitur, prædonis, & bonæ fidei possessoris, vt huic prosit doli exceptio, illi verò obiiciatur probè non debuisse eum in alienam rem superuacuas impensas facere, vt tamen potestas ei fiat tollendorum eorum quæ sine ipsius rei detrimento tolli possunt. At respondeo rationem illam Iurec. non sic accipi debere, vt prædoni imputari non possit si in alienam rem vtiles impensas fecerit, sed vt multò magis imputari possit, si superuacuas fecerit. Neque tamen ideò prohibendum eum impensas voluptuarias tollere, si sine rei detrimento facere id possit, eadem æquitatis ratione quam in vtilibus vsurpauimus, ne ex aliena iactura petitor locupletetur. Atque ita in voluptuariis & vtilibus impensis in prędonis persona eandem prorsus rationem constituimus, itemque in speciali & vniuersali in rem actione. sed in omnibus bonæ fidei possessorem à prædone separamus.

CAPVT II.

Explicatur & emendatur l. paterfamilias, 28. de reb. author. iudic. possid. alias l. 13. de priuil. credit.

SVMMARIA.

1 *Nuda sui heredis existentia pupillares tabulas non confirmare.*

2 *Non aduersari huic sententiæ Iauolenum* in l. paterfam. ff. de reb. aut. iud. possid.

3 *In specie* d. l. paterfam. *substitutum non ex substitutione pupillari, sed ex vulgari tacita succedere.*

4 *Error Accursij* ad d. l. *distinguentis inter pupillum qui ab initio, & eum qui post*

immixtionem abstinuit.

5 *Reiicitur distinctio ab aliis Interpretibus allata.*

6 *Reiicitur negatio in d. l. paterfam, in verbis* Idem in filio substituto &c.

7 *Conciliatio* l. Iulianus de acquir. hered. *cum* d. l. paterfam.

8 *Dissimilitudinis ratio inter pupillum & substitutum in d. l. paterfam.*

IN tractatu de substitutionibus, magna, & difficilis quæstio est, An nuda sui heredis existentia pupillares tabulæ confirmentur. hoc est an pupillo datus substitutus, etiam eo abstinente ex substitutione admittatur † In qua placet sententia existimantium non confirmari, vt manifestè probat *l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus. D. ad S. C. Trebell.* & quod plerisque iuris locis scriptum est non adita patris hereditate pupillares tabulas corruere, *l. 2. l. sed si plures. 10. §. si ex asse. D. de vulga. & pupill. substit.* Certissimum autem est suum heredem quamuis per abstentionem non desinat suus heres esse, *l. cùm quasi. 30. §. sed etsi suus. de fideic. libert.* tamen à Prætore heredis loco non haberi *l. si filius. 12. de interrog. action.* quam ob causam nudum sui heredis nomen gerere dicitur *in l. 2. § adoptiuus ad S.C. Tertull.* quod non sufficit vt ex voluntate testatoris pupillares tabulas confirmatas esse dici possit: cùm verisimile non sit testatorem de nudo sui heredis nomine cogitasse: alioqui filio in potestate constituto substitui vulgariter non posset, qui quantumuis abstineat, efficere tamen non potest vt sui heredis nomen amittat. *d. §. sed etsi suus.* Abstentionis namque beneficium est ex iurisdictione Prætoris. *l. necessarius. 57. de acquir. hered.* qui heredis nomen sicut dare non potuit. *§. quos autem. Instit. de bonor. possess.* ita neque adimere. † Verùm huic
2 sententiæ valde obstare videtur *l. paterfamilias. 28. de reb. auth. iud. poss.* aliàs *l. 13. de priuileg. credit.* in cuius specie, quamuis pupillus hereditate patris abstinuisse proponeretur, Iauolenus tamen non dubitat quin mortuo eo intra pubertatem substitutus admittatur, sed de illo duntaxat quærit, An patris quoque creditoribus respondere compellatur, quod magis esse ait. Non igitur dici potest quod Ioannes tentauit, in ea specie datum fuisse pupillo coheredem: hoc enim si ita esset, & coheres portionem suam agnouisset, vtique substitutus pupillo patris onera subire non compelleretur. *l. Iulianus. 42. de acquir. her.* Ergo pupillum ex toto asse institutum fuisse fatendum est, vt manifestius apparet ex eo quod lex ait, propter abstentionem filij bona patris vendita fuisse. Nam si pupillo coheres datus fuisset, ipsius non patris bona væniissent. At videamus ne ex ea lege magis probetur, nuda sui heredis existentia pupillares tabulas non confirmari. Si enim confirmarentur, nulla ratio esset vt substituto hereditatem pupilli adeunte, vtramque, patris scilicet & filij hereditatem coniungi diceremus. Siquidem pupilli (cuius interest testamentarium successorem habere potius, quàm legitimum) fauor postulat, vt si patris hereditas ære alieno grauata & oppressa sit, substitutus pupilli tantùm successionem amplecti possit, ne metu onerum patris, timidius impuberis adeat hereditatem. *d. l. Iulianus.* Atqui Iauolenus in *d. l. paterfamilias:* quæstionem propositam apertè sic diffinit, vt patris & filij hereditas coniungatur, & in omni ære alieno quod patris, aut filij fuit, substitutus obligetur: Pupillares igitur tabulas nuda sui heredis existentia confirmatas non esse dicendum est. Mortuo tamen impubere substitutum admitti, lex ait, non ex pupillari substitutione, vt quidam putant, (filij enim abstentione extincta est) sed ex vulgari, quæ post Diui Marci Constitutionem in pupillari tacitè continetur, *l. 4. de vulgar.* Ex quo maximum argumentum sumi potest, aduersus eorum sententiam qui vulgarem subintellectam in pupillari expressa ad patris bona non pertinere existimant. Nam † in *d. l. paterfamilias.* apertissimum est ex 3
pupillari substitutione non succedi, sed ex vulgari tacita, aut potius subintellecta, & tamen patri potissimum succedi, tum pupilli quoque hereditatem quasi accrescendi iure substituto acquiri, arg. *l. qui patri 59. de acquir. hered.* Neque ad rem pertinet quod in *d. l. paterfamilias.* substitutus viuo pupillo non admittitur. Ita enim Iureconsultus in ea specie respondisse videtur, quòd substitutus simpliciter datus fuerat, *si filius impubes decederet*, nullo casu expresso aut vulgari, aut pupillari, quod cùm sit, manifestum est testatoris voluntatem illam esse, vt nisi mortuo pupillo substitutus non admittatur: nec si pupillus abstinuerit. At cùm testator ita loquitur, *si filius heres erit, & impubes decesserit*, casus pupillaris qui illis verbis continetur, *si heres erit*, ad illum trahitur, si heres non erit. Illa verò sequentia, *& impubes decesserit*, quæ in pupillarem casum adiecta erant, vulgari contingente reiiciuntur, nec repetita intelliguntur, quia non eadem vtriusque casus ratio est. † Cæterùm, egregiè, 4
meo iudicio, errat *Accursius*, & qui Accursium secuti sunt, distinguentes pupillum, qui ab initio abstinuit, hoc est nunquam se immiscuit: ab eo, qui post immixtionem abstinuit, vt priore casu tabulæ pupillares infirmentur, posteriore confirmentur. Etenim tam is qui ab initio abstinuit, quàm qui post immixtionem, ipso iure heres est, & tamen neuter à Prætore heredis loco habetur. *d. l. necessarius. 57. de acq. hered & l. si filius. 12. de interrog. action.* neque inter hunc, & illum dissimilitudo, aut dissimilitudinis ratio aliqua reddi potest. † Scio esse qui respondeant, pupil- 5
lo post paternæ hereditatis immixtionem abstinente hereditatem patris & filij, quæ reuera coniuncta est, haberi pro non coniuncta, quod ad ipsum duntaxat pupillum, non quod ad alios pertinet Sed si ita esset, fieri vt excluso substituto, legitimi heredes pupilli patri quoque heredes essent: quod Iauolenus negat in *d. l. paterfamilias.* cùm ait nihil interfuisse creditorum adiretur, necne, pupilli hereditas, cùm ea bona omissa à substituto hereditate ad creditores non pertinerent. Nisi fortè deteriorem faciemus conditionem substituti quàm legitimi hæredis: quod absurdum est: cùm fauor substituti, ad fauorem pupilli spectet, cuius interest. vt iam diximus, testamẽtarium potiùs quàm legitimum successorem habere. Igitur dicendum est in *d. l. paterfamilias. ver. at cum substitutus* ab imperito interprete addita esse verba illa, *postquam pupillus se paternæ miscuerit hereditati.* Hausta enim est ea lex ex Iauoleni libro primo Epistolarum: & in epistola qui Iauolenum consuluerat, il- illud tantùm exposuerat, pupillum heredem institutum, paterna hereditate se abstinuisse: nec dixerat post immixtionem abstinuisse, quod Iauolenus diuinare non potuit, nec etiam supplere debuit, si ex eo tota quæstionis illius diffinitio pendebat. Rursus in ver. *at cùm substitutus*, illud dontaxat proponitur substitutum filio, ipsius hereditatem adiisse postquam pupillus se paternæ miscuerat hereditati: nec subsecutam esse abstentionem Iureconsultus ait. † Verùm interpretem hunc illud fortas- 6
se fefellit, quod in plerisque veteribus libris deest ne-

est negatio in *d. l. paterfamilias*, in illis verbis, *idem in*
substituto filio herede seruandum non est, vt Accursius
quoque notauit. Quam lectionem secutus malus
interpres, cùm videret in vers. *at cùm substitutus*, cõ-
cludi substitutum pupillo etiam in omni ære alie-
no, quod patris fuit, obligari: existimauit de alio ca-
su Iauolenum tractare, quàm de priore, in quo pu-
pillus abstinuisse proponebeatur, vt vbique idem in
substituto quod in filio seruetur. Nam quemadmo-
dum in filium qui patris hereditate abstinuit actio
creditoribus non datur, ita neque in substitutum
dari. At quemadmodum in filio datur postquam
is paternæ se miscuit hereditati, ita quoque in sub-
stitutum dari, quoniam hoc casu patris & filij he-
7 reditas vna fit. † His verò difficultatibus, & erro-
ribus, causam dedit *d. l. Iulianus 24. de acq. hered.* in
qua Vlpianus Marcelli sententiam refert, & probat,
vt pupillo substitutus paternæ hereditatis onera
subire non compellatur. Coi contraria visa est *d. l.*
paterfam. si cum negatione sic legatur, vt quod in fi-
lio seruatur, idem in substituto seruandum non sit.
Sed animaduertendum est relatam ab Vlpiano Mar-
celli sententiam ita procedere, si coheres aliquis ad-
sit qui filio abstinente patris testamentum sustineat
in eiusdem Marcelli distinctione in *l. quæsitum 40.*
de acq. hered. Quę distinctio licet tanquam à Iuliano
prætermissa, ad eum ex Marcelli notis additur, tamé
Iuliano quoque placuisse videtur, vt conijci potest
ex *l. ita tamen. 27. §. qui suspectam. ad Trebell.* in fine,
iis verbis, *si verò coheredem habuerit retinebit pupilli he-*
reditatem, quia potuit coherede adeunte, quamuis ipse pa-
tris omisisset hereditatem ex substitutione adire. Item-
que in *§. a patre*, ibi, *satis erit vel vnum cogi adire: hoc*
enim facto etiam is qui patris hereditatem non adijt, filij
adire, & restituere compelletur. Denique constat pu-
pillo substitutum ita demùm hereditate patris re-
pudiata, pupillarem amplecti posse, si adsit coheres,
cuius aditione patris testamentum sustineatur. At
in *l. paterfamil.* pupillus solus ex asse institutus erat,
vt ex ipsius legis verbis suprà probauimus. Non
igitur ad eas leges conciliandas negationem tolle-
re oportet, quæ si sublata esset, nulla conciliationis
8 ratio iniri posset. † Alia namque proculdubio iu-
ris ratio est in filio, alia in substituto. Filij pudori
parcitur, vt patris potiùs quàm ipsius bona væneãt,
quia quod bona ipsius cum paternis coniuncta sunt
fit ex iure non ex ipsius filij facto, vt proinde æ-
quissimum sit eum ab oneribus non sponte susce-
ptis liberare, vt ait *l. si filius 12. de vulgar.* At cùm
substitutus filij hereditatem adit, tunc, id est, cùm a-
dit, patris & filij hereditas vna est, & ipsius substitu-
ti facto vtraque hereditas coniungitur. Cùm enim
substitutus intelligeret, aut intelligere deberet, filij
hereditatem adiri non posse, nisi prius adita patris
hereditate (hoc enim est quod lex ait, *vnum esse te-*
stamentum,) fit vt adeundo filij hereditatem, pater-
nam sibi quoque acquisitam voluisse videatur: atq.
ita cùm ipsius facto vtraque hereditas cõiuncta sit,
improbè profectò separationem postulat. Et hæc est
dissimilitudo, dissimilitudinisque ratio quam Iauo-
lenus ponit in *d. l. paterfamilias*, cuius sententiam
nec ab Accursio, nec ab alio perceptam esse qui in-
telligent facilè nostram hanc emendationem reci-
piendam existimabunt.

CAPVT III.

Recta sententia, & vetus lectio l. si dictum. 56. D. de euict.

SVMMARIA.

1 *Supra quadruplum pœnam vix promitti posse.*
2 *Retinetur vox* simpla *in d. l. 56. & vox* triplum *ad-*
ditur.
3 *Multum interesse in vendendo promissa sit simpla,*
necne.
4 *An contentio de dupla compromittenda perpetuam*
pariat ex empto actionem.
5 *Aliud esse* quãtum venditor præstare, *aliud* quan-
tum promittere debeat.
6 *Malè ab Accursio & alys acceptam fuisse. l. si in ven-*
ditione. 60. de euict.

IN *l. si dictum 56. D. de euict.* Paul. scribit si dictum
fuerit vendendo vt simpla promittatur, vel tri-
plum, aut quadruplum, ex empto perpetua actione
agi posse. Quod, quam sententiam habeat Accurs.
non intellexit, qui eam esse putat vt huiusmodi pa-
cta non valeant quod tam certum est vt de eo sen-
sisse Paulum verisimile non sit. Cur non enim va-
leant, quæ nec bonis moribus, nec legibus contra-
ria dici possunt? Sanè † supra quadruplum vix est 1
vt pœnam promittere quis possit, quemadmodum
nec vltra quadruplum vlla actio extenditur, vt Iu-
stinianus ait in *§. omnes autem. Institut. de act.* Credo,
quod nimis immodica sit adfectio eius, qui supra
quadruplum consequi aliquid velit: adfectionibus
autem pręsertim tam immodicis indulgendum nõ
est, quas ciuilis legislator quantum facere potest re-
primere semper solet. *l. fin. D. ad exhib. l. ex damni.*
40. de dam. infect. Alij autem non probantes quod
in *d. l. si dictum.* Paulus ait de simpla, ita legendum
existimant, *si dictum fuerit vendendo vt dupla promit-*
tatur: moti ex illis verbis quę sequuntur, *vel triplum*
aut quadruplum, item ex eo quod licet dictum non
sit in venditione, vt simpla promittatur, ex empto ta-
men actio est in simplum, & in id quod interest. *l. si*
in venditione. 60. D. de euict. † Ego quamquam Flo- 2
rentinam lectionem mancam esse arbitror, puto ta-
men rectè legi *vt simpla promittatur*: sequentia sic
legenda arbitror, *vt duplum vel triplum aut quadru-*
plum promitteretur: quomodo in quibusdam libris
scriptum vidi, quæ rectissima lectio est. † Quam- 3
quam enim si in venditione dictum non sit quan-
tum venditorem pro euictione præstare oporteat,
simplam venditor pręstat *d. l. si in venditione.* multum
tamen interest an in vendendo promissa sit simpla,
an promissa non sit. Quoniam si promissa non sit,
potest emptor antequam res euincatur iure postu-
lare vt sibi dupla repromittatur, *l. 2. eo tit.* adeò vt i-
dem quoque obtineat, si simplam per errorem sti-
pulatus sit *l. emptori. 37. §. vlt. eo.* Quod ex ædilitio edi-
cto descendisse videtur *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua*
D. de ædilit. edict. vbi Iurec. ait, si duplam venditor
non cauerit, ex empto agi posse vt caueatur, ea ra-
tione quod assidua sit duplæ stipulatio: ea autẽ quæ
moris, & consuetudinis sunt in bonæ fidei iudiciis
venire debeant. Hæc autem actio quam ex ædi-
lium edicto in id competere dicimus, vt dupla
promittatur, cùm honoraria sit (ædilium namque e-
dictum iuris honorarij pars & portio quædam est,
§. prætorum. Instit. de iur. natur.) perpetua non est. At si
in vendendo hoc ipsum exprimatur, vt dupla pro-
mittatur, actio ex empto ad duplam perpetua erit,
quę scilicet ciuilis est: cum ex conuentione descen-
dat. † Et hæc est sententia *d. l. si dictum.* in qua non 4
illud tantùm vult Paulus quod omnes sciunt, si in

vendendo dictum sit vt dupla promittatur, ex empto agi in id posse, sed hoc casu perpetuam esse actionem ex empto, quæ perpetua non est si citra conuētionem, & sola ædilitij edicti potestate competat, quod ipsa quoque legis inscriptio confirmat. Ergo quod Iauolenus scribit, euictionis nomine nihil venditorem pręstare pręter simpla. n. si aliud non conuenerit, omnino sic intelligi debet, si euicta res sit, antequam in id actum esset vt dupla promittatur. Alioqui, priusquam res euicta sit, simpla emptori præstanda nō est, quamuis eam rem alienam, aut obligatam esse appareat, sed tantum quantum emptoris interest eam rem alienare aut obligatam sciuisse. *l. 4. D. de actio. empt.* Rursus obseruandum est quod scriptum est in *d. l. si in venditione, quantum venditorem pro euictione præstare oportet.* † Aliud e-
5 nim est quærere, quantum venditor præstare, aliud quantum promittere debeat. Si dictum non sit quātum pręstare debeat, nihil pręstabit pręter simplam, & si quid præterea intersit, vt eo loco Iureconsultus scribit. At si priusquam præstari quicquam oporteat, quæratur quid promittere debeat, dicemus promittere duplam debere, *d. l. 2. eod. & l. quod si nolit. 31. §. qui assidua. de ædil. edict.* ita tamen si aut pretiosa res, aut mancipium: non si alia res væneat, vt Vlpianus interpretatur in *d. l. emptori. 37 de euict.* † Hęc
6 verò *Accursius* quoque non intellexit, qui quod scriptum est in *l. si in venditione.* sic accipit, si expressè dictum sit vt euictionis nomine simpla duntaxat præstetur: aut si ex certa scientia id omissum fuerit, ne dupla præstetur. Malè etiam alij eam legem de vilioribus rebus interpretantur: nam & euicta re pretiosissima si in vendendo nihil dictum sit, simpla tantùm præstatur: planè antequam euicta sit, ex empto agi potest vt dupla promittatur, & si eo nomine agetur, nec tamen dupla promittatur, dupli reus condemnabitur. *d. l. 2. de euiction.*

CAPVT IV.

An perfecta emptione & locatione periculum omne ad emptorem, & conductorem pertineat.

SVMMARIA.

1 *Rei locatæ periculum etiam tradita eius possessione ad conductorem non pertinere.*
2 *Obstare è diametro* §. cùm autem Institut. de empt. vendit. l. si fundus 33. ff. locat.
3 *Ratio* l. quod si neque ff. de peric. & commod. rei vend.
4 *Distinctio ad conciliationem* d. l. si fundus cum d. §. cùm autem.
5 *Si venditor ex causa aliqua extrinseca rem venditam præstare non possit, vel pretium emtori remittendum, vel actiones quas venditor habet remittendas esse.*
6 *Quid iuris, si venditor nullam in emptorem actionem transferre possit?*
7 *Accursij error Africani sententiam intra propositum casum restringentis.*
8 *Cur rei locatæ periculum ante traditam possessionem ad conductorem non pertineat?*
9 *Qua in re conductor emptori comparari possit, quod ad periculum rei locatæ.*

EMptionem, & locationem nudo consensu perfici certissimum est, neque rei traditionem requirere, *l. 1. D. loca.* Tamen in emptione multum interest an nudus consensus interuenerit, an rei quoque traditio subsecuta sit. Nam subsecuta traditione cùm in emptorem dominium transferatur, *§. vendita. Instit. de rer. diuis.* dubitare nemo potest, quin ad eum omnimodo periculum pertineat, quomodo ab omnibus rectè accipitur *l. Lucius. 11. D. de euict.* † In- 1
locatione, quoniam dominium non trāsfertur, huic distinctioni locus non est, ac longè probabilius dubitari potest, an ad conductorem rei locatæ periculum spectet. Africanus autem in *l. si fundus. 33. D. locat.* eandem constituere videtur rationem conductionis tradita possessione, quam emptionis non tradita possessione, vt in vtraque rei periculum ad vēditorem vel locatorem spectet, hactenus tamen vt vel pretium vel merces remittatur, non vt, si quid pręterea interest, præstetur. † Cui sententiæ ex dia- 2
metro obstat *§. cùm autem. Institut. de empt. & vend.* vbi Iustinianus scribit, perfecta emptione, quòd fit nudo consensu, licet tradita res non sit, periculum omne ad emptorem pertinere, ita vt re perempta, quam nunquam nactus fuit, pretium nihilominus ab eo peti possit. Qui Africani sententiam tuentur, aliud respondere non possunt, quàm in Institutionibus proponi ea, quæ sunt ex summo iure, & rudimenta: In Digestis verò incrementa iuris, & diligētius exactas res ad æquitatem. Quasi verò quod scriptum est *in d. §. cùm autem.* plerisque etiam Digestorum locis scriptum non sit. Vt in *l. cùm emptor. 5. §. 1. de rescind. vendit.* vbi dicitur mortuo homine vēdito periode habendam esse venditionem ac si traditus fuisset: venditorem namque liberari, & emptori hominem perire. Et in *l. vlt. de condict. ob caus. dat.* vbi Celsus inter emptionem, & contractum Do vt des, triplicem differentiam constituit, quarum vna & præcipua illa est, quod mortuo homine promisso, pecunia eo nomine data repeti potest. At in contractu emptionis mortuo homine vendito pretium solutum repeti non potest, quin non solutum peti potest. Sic in *l. venditor. 21. de hered. vel action. vendit.* Paulus ait venditorem, qui nullius culpæ argui potest, eo mortuo ne pretium quidem debere. Et generaliter rei venditæ periculum ad emptorem omoimodo pertinere scriptum est in *l. 7. 8. & 11. D. de peric. & commod. rei vendit. l. 4. 5. & 6. C. eod. l. si in emptione. 34. §. penult. de contrahend. empt. l. quod si is. de iur. dot.* aliisque infinitis Codicis, & Digestorum lo-
cis. † Nam quod ait *l. quòd si neque. 14. D. de peric. &* 3
commod. rei vendit. lectis venditis si ante traditionem eos ędilis plebis, cùm in via publica positi essent, conciderit, venditoris periculum esse, optimam rationem habet, quia non fortuito casu sed hominis facto & per venditoris incuriam, aut stultitiam lecti in via ponuntur: quod tamen *Accursius* non intellexit. Nec sanè vllus iuris locus est qui huic certissimę sententię repugnet, præter *d. l. si fundus,* cuius tamen verba sic aperta sunt, vt vix rectè quisquam adhuc respondere poterit. *Accursius*, in fundo publicato id speciale esse scribit, nec tamen specialiter rationem vllam affert. Ego non dubito, quin illius loci species proprium aliquid habeat, ex quo à iuris regula eo casu recedendum Africanus putauerit. Nam & idem Africanus in *l. si soluturus. 39. de solut.* mercem periculo emptoris esse ait, ea ratione quòd perfecta emptio sit, quam nos sine traditione solo consensu perfici diximus. At cur in specie *l. si fundus.* aliud responderit, vt rei venditæ pretium venditoris periculo sit, ratio valde in obscuro posita esse videtur. † Probabiliter tamen distingui po- 4
terit,

test, an ex causa aliqua extrinseca, an verò per ipsam rem venditam fiat, quominus tradi possit. Hoc enim casu cùm per ipsam rem fit quominus pręstari possit, hoc est cùm omnino perempta est. ita vt in rerum natura esse desierit, vt in exemplis *d. l. cùm autem.* pretium venditori omnimodo pręstandum est, ea ratione, quod quamuis ante traditionem rei venditæ dominium penes venditorem remaneat, tamen perfecta emptione in emptoris potestate sit pretij solutione rei venditæ possessionem ac dominium, quandocunque voluerit, nancisci, vt imputandum ei sit quòd statim nactus non sit: nec probè postulare potest vt sibi res præstetur, quæ per re-
5 rum naturam præstari nequit. † At si res vendita, ex causa aliqua extrinseca præstari non possit, fortè quòd fundus publicatus, vel seruus furto subtractus sit, rectè emptor intendere potest vt sibi res pręstetur, quæ per rerum naturam præstari potest: sed venditor liberabitur, si actiones suas cedere paratus sit: quas si nullas habeat, quod contingit si aut aliena res sit quæ furto subtracta est, aut fundus venditus publicatus, æquissimum est saltem ad pretij restitutionem eum teneri, quod non præstet eam rē quam per rerum naturam pręstare potest, si fortè aut eam quæ aliena est emere, aut fundi publicati pretium iis quibus assignatus est præstare velit. Hancque distinctionē apertè meo indicio illud confirmat quod Iustinianus in *d. §. cùm autem.* exempla ponit rei venditæ, quæ aut perempta aut deterior facta est, ita vt per rerum naturam talis qualis vendita est, præstari non possit. Tum subiicit, si homo venditus fugerit aut subreptus sit (quibus casibus per rerum naturam præstari nihilominus potest) non simpliciter liberari venditorem, sed actiones suas emptori cedere compellendum: ex quo intelligimus quamdiu res vendita in rerum natura extat, tamdiu ad eius persecutionem emptori actionem ex empto superesse.
6 † At rursus, quid si nullam actionem venditor habeat quam in emptorem transferre possit. Is casus à Iustiniano prætermissus est, sed supplendus est ille Institutionum locus ex *l. quod sæpe 35. §. si res vendita. D. de contrahen. empt.* vbi Caius scribit venditorem ob hoc ipsum damnandum esse, quòd in emptorem nullas actiones transferre potest. Quod omnino sic accipiendum videtur, vt pretij duntaxat iacturam sentiat, non etiam vt ad præstationem eius quod emptori interest teneatur, arg. *d. l. si fundus 33. D. locat.* Nam qui alienam rem vendidit, non ideò statim tenetur ad id quod emptoris interest quia rem alienam vendiderit, sed ita demùm si euicta ea res sit, *l. 3. C. de euict. l. si plus. 74. §. mota. D. eodem.* quod cùm ante traditionem fieri non possit, consequens est vt ob hoc solum quod furto subtracta re quæ vendita erat, nullam actionem emptori cedere venditor potest, ad pretij dumtaxat remissionem aut restitutionem condemnetur. † Ergo malè *Accur-*
7 *sius* Africani sententiam in eo duntaxat fundo qui publicatus sit procedere putat, cùm aliud obseruandum non sit, si maiore vi, aut iniuria potentioris, vel lattocinio factum sit quominus rem venditam emptori pręstare venditor possit. Sed longè grauior eorum error est, qui quod his tantùm casibus constitutum est, generaliter accipiendum putant, licèt res vendita sic perempta aut deterior facta sit,
8 vt per rerum naturam præstari non possit. † Sanè locationis alia ratio esse videtur. Licèt enim iisdem ferè iuris regulis venditio, & locatio consistant, tamen si fundus locatus chasmate perierit, aut terræ motu ita corruerit vt nusquam sit, constitutum est domini damnum esse, hactenus vt mercedem nondum solutam remittere, vel solutam restituere compellatur, *l. ex conducto. 15. §. 1. in fin. locat.* Credo, quia conductori nil imputari possit quod rei conductæ possessionem citius nactus non sit, quam licet nactus esset, locatori tamen eidémque domino res sua
periisset. † Planè in eo fortasse conductor emptori non malè comparabitur, vt fructuum nomine, 9
qui ante rem peremptam percipi potuerunt, mercedem pręstare teneatur, ac si eos percepisset, quos vtique si statim perfecta locatione fundi possessionem nactus esset, percipere potuisset. Verùm huic nostræ sententiæ illud fortè quis obiiciat, quod Africanus in *d. l. si fundus.* hac etiam parte locationem emptioni comparat. Sed eleganter erit Africani ratiocinatio si secundum distinctionem nostram ita accipiatur, vt quod in fundo publicato locato respondit, emptionis exemplo sic confirmetur, vt cùm idem in emptione quoque recipiatur, in qua regulare est ad emptorem rei venditæ periculum omnino spectare, idem multò magis in locatione recipiendum sit. Quare publicato fundo eandem locationis & venditionis rationem esse non negamus, at eundem perempto fortè chasmate aut terræ motu sic vt nusquam appareat, longè dissimilem horum contractuum causam esse contendimus.

CAPVT V.

Emendatur l. & hæc distinctio. 35. D. locat.

SVMMARIA.

1 *Similitudo emptionis & locationis.*
2 *Eum qui rem alienam siue ignorans siue sciens locauit, ad id quod conductoris interest indistinctè teneri.*
3 *Duo requiri vt locator in id quod conductoris interest non teneatur.*
4 *Tolluntur verba* per fraudem in d. l. hæc distinctio.
5 *Accursij & aliorum responsio* ad l. si quis domum 9. ff. locat.
6 *Quam vim habeant verba illa* locatorem ex conducto teneri.

SVperiore † capite diximus de emptionis & locationis differentia, ab omnibus ferè prętermissa: nunc 1
de similitudine dicemus quam vix vllus adhuc animaduertisse videtur. Scilicet quemadmodum ab ignorante vendito fundo alieno, ita ab ignorante locato fundo alieno tam conductori ex conducto, quàm emptori actionem ex empto competere, non tantùm ad pretij aut mercedis restitutionem, sed etiam ad pręstitionem eius quod interest. Ac in emptione quidem dubitari de eo non oportet quod a-
pertè scriptum est innumeris iuris locis. † Sed in lo- 2
catione aliud vulgo probatum est, vt si quis ignorans alienam rem locauerit, eaque euicta fiat vt conductori non liceat, quod ei præstare locator debet, eo nomine aduersus locatorem ex conducto quidem actio detur, sed hactenus tantùm, vt mercedem remittere vel reddere debeat. Cuius sententię autorem interpretes Africanum citant in *l. & hæc distinctio. 35. D. locat.* vbi, quod prius dixerat certis casibus locatorem non teneri ad id quod conductoris interest, cui frui non licet: subiicit in eo demum verè dici qui & suum prædium fruendum locaue-

rit, & bona fide negotium contraxerit, non in eo qui alienum prædium per fraudem locauerit, nec resistere domino possit quominus is colonum frui prohibeat. Ex quo sic ratiocinantur, vt in eo qui alienum prædium ignorans locauerit, aliud recipiẽdum sit, nec nisi ad mercedis remissionem, aut restitutionem teneatur. Quod ipsum tamen vel ex illo
3 Africani loco manifestè refellitur. † Duo enim requirit ille, vt locator in id quod conductionis intersit non teneatur. Primum vt suum prædium fruendum locauerit. Alterum, vt prçterea negotium bona fide contraxerit. Primum eò pertinet vt intelligamus eum, qui alienam rem locauit, indistinctè teneri, siue ignorans, siue per fraudem rem alienam locauerit. Alterum verò Africanus ideo adiicit, quòd non sufficiat locatorem prçdium suum locasse, si prætereà dolo malo fecerit quominus eo frui conductor possit. Quid enim si quis prædium suum pignori iam datum, & antichresim, alij fruendum locauerit? Hîc, si nihil aliud requireretur, quàm vti ne alienum prædium locatum sit, dicendum esset secutum esse locatorem qui prædium suum locauerit. At quoniam creditori pignus persequenti resistere non potest, quominus conductorem frui prohibeat, magis probandum est, vt quidquid conductoris interest, ex conducto præstet. Rursus ex eo quod Africanus hæc duo coniunctim requirit, vt quis prçdium suum locet, ac prætereà bona fide, magis intelligemus non sufficere vt quis alienum prædium bona fide locet: alioqui illud vnum Africanus requirere debuerat, vt bona fide negotium contrahatur, non etiam vt præter bonam fidẽ proprium quis prçdium locet. Quibus consequenter fatendum necessariò est, reiicienda esse verba illa, *per fraudem*, quæ huic interpretum errori causam proculdubio dederunt, ac imperito interpreti po-
4 tiùs quàm Africano tribuenda. † Interpretem verò illud monuisse videtur, quòd in sequentibus apud Africanum legebatur in veteribus plerisque libris *ne resistere domino possit*, quasi Africanus de eo loquatur qui alienum prçdium locauit, ne resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat, ac proinde de eo qui alienum prædium per fraudẽ locauit. Sed cùm ex Pandectis Florentinis, aliisque emendatioribus Codicibus didicerimus legendum esse, *nec resistere domino possit*, intelligimus Africani sentẽtiam illam esse, vt omnimodo in id quod intersit teneatur, quicunque alienum prçdium locauit, nec resistere domino potest quominus is colonum frui prohibeat. Nec sanè diuersitatis ratio esse potest, cur ignorans venditor teneatur in id quod
5 emptoris interest, ignorans locator non teneatur. † Atque ita Vlpianus apertè diffinit in *l. si quis domum. 9. D. locat.* ad quam *Accursius* aliud respondere non potest, quàm loqui eam de locat. alienæ rei locatore sciente, cùm tamen domum bona fide emptam Vlpianus dicat, nec locationis tempore locatorem eam sciuisse alienam exprimat. Defendi etiam non potest, quod alij respondent, Vlpianum ex Pomponij sententia illud tantùm dicere, locatorem ignoranti ex conducto teneri. Id verò sic accipi debere, vt non ad id quod interest, sed ad mercedis remissionem vel restitutionem teneatur, vt in *l. si fundus 33. eo.* de cuius sententia præcedente capite diximus. Etenim Vlpianus docet satis, nihil hac parte interesse an sciens, an ignorans quis alienam domum locauerit, & an dolo malo culpave eius aliquid factum sit, an nullo ipsius dolo, aut culpa eui-

cta res sit, vt apparet ex illis verbis, *isque euictus sine dolo malo, culpave eius, nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit.* Dolo autem vel culpa locatoris interueniente, nemo dixerit eum in id quod conductoris interest non teneri. Idem igitur admittendum Vlpianus putat, licet nullus locatoris dolus, aut culpa interuenisse proponatur. In eamque rem Pomponij authoritate nititur, quę ferè superuacua esset in id vt mercedem remittere vel reddere locator debeat. Hoc enim nullam prorsus dubitationem habet. † Prætereà cùm locatorem ex conducto teneri simpliciter Iureconsulti dicunt, ita ferè semper intelligunt, vt in id quod conductoris in- 6
terest teneatur: quę actionis ex conducto natura est. *l. 2. l. Præses 17. C. de locat.* Ob idque nimirum in *d. l. si fundus. 33. D. locat.* Africanus posteaquàm dixit conductorem fundi publicati posse agere ex conducto vt sibi frui liceat, quoniam ex eo sequi videbatur, posse eum agere in id quod sua interest, eleganter subiicit absolutè id verum non esse, sed hactenus vt merces ei remittatur. Quæ eadem adiectio ponitur aliis omnibus locis in quibus ex conducto non agitur in id quod interest: vt *in l. ex conducto 15. § pen. eod.* vbi illud etiam Iureconsultus addit, quod sententiam nostram manifestè confirmat, si fortè dominus conductorem frui non patiatur, vel cùm ipse locasset, vel cùm alius alienam rem, vel quasi procurator vel quasi suam, id quod interest præstari. Neque tamen adhuc se *Accursius* temperare potest quin cauilletur, & verba illa, *quasi procurator*, de eo procuratore intelligit qui sciebat se procuratorem non esse. Sed quid ad illa respõdebit *vel quasi suum?* Idem fortasse, de eo intelligi debere, qui sciebat alienum. At hoc nimis diuinare est, & perelegantem illius loci sententiam destruit facitque ineptum Vlpianum, qui in re tam aperta Proculi authoritatem afferat.

CAPVT VI.

Ad l. fructus. 33. & l. pen. D. de rei vindicat.

SVMMARIA.

1 *De fructibus serui post litem contestatam perempti à possessore præstandis.*
2 *Non esse separandum bonæ fidei possessorem à prædone, quum de fructibus post litem contestatam præstandis agitur.*
3 *Explicatur Pauli nota ad Labeonis sententiam.*
4 *In ratione fructuum habenda separari eum cuius dolo culpáve homo periyt, ab eo cuius dolus vel culpa argui non potest.*
5 *Explicatur* l. Iulianus. §. 1. & l. 21. §. 1. de R. V.

MOrtuo homine petito post inchoatum vindicationis iudicium, si de fructuum ratione habenda quæratur, distinguendum arbitror an dolo aut culpa possessoris an suo fato perierit. Etenim nullo modo possessoris dolo, aut culpa interueniẽte, sic fructuum ratio habebitur, vt quoad seruus vixerit duntaxat æstimentur ex Labeonis sententia *l. pen. D. eod.* At si dolo aut culpa possessoris perierit, Trebatij sententia vtemur, vt eò vsque fructuum ratio habeatur, quousque haberetur, si non perisset. *l. fructus. 3. eo.* Habet autem hæc distinctio rationem manifestam. Dolo enim aut culpa possessoris mortuo homine vindicationis iudicium ideò non tollitur, quòd videatur adhuc extare is, qui dolo posses-
soris

ſoris extante deſiit. *l. ſi ſeruum. 91. D. de verb. oblig.* At
cùm nulla poſſeſſoris culpa arguitur, vindicationis
iudicium non ſupereſt niſi pro fructibus, & quem-
admodum hominis pretium amplius non debetur,
ita fructuum, niſi quoad ſeruus vixerit, ratio haberi
non poteſt. Quæ ſententia eſt *l. vtique. 16. de rei vin-
dic.* in qua idem Paulus ſcribit etiam mortuo homi-
ne vtique neceſſariam eſſe ſententiam propter fru-
ctus & partus, & ſtipulationem de euictione: ſed
non vtique poſt litem conteſtatam fatum à poſſeſ-
ſore præſtandum eſſe, id eſt, vt interpretor, aliam ra-
tionem eſſe æſtimationis, aliam fructuum perempti
hominis. Fructus vtique hoc eſt indiſtinctè tam à
bonæ fidei poſſeſſore quàm à prædone præſtandos
eſſe, ſed ab eo duntaxat, qui malæ fidei poſſeſſor ſit.
Vera igitur eſt Labeonis ſententia à Paulo relata
in dict. l. pen. de rei vindic. vt homine petito poſt li-
tem conteſtatam mortuo fructus quoad is vixerit
2 æſtimentur. † Nec *Accurſij* diſtinctio recipi po-
teſt bonæ fidei poſſeſſorem à prædone ſeparantis:
cùm, vt diximus, poſt litem conteſtatam omnes
poſſeſſores ratione fructuum prædones conſtituã-
tur. *l. ſumptus 48. D. eod. l. ſed etſi. 25. §. ſi ante, D. de petit.
hered.* Sicque intelligo quod Papinianus ſcribit *in
l. ſi nauis. 62. §. fin. de rei vindic.* generaliter, cùm de
fructibus æſtimandis quæritur, animaduerti debere
non an malæ fidei poſſeſſor fruitus ſit (ita enim le-
gendum eſt, non *fruiturus*) ſed an petitor frui potue-
rit ſi ei tradita res fuiſſet. Non quòd in eo qui ab i-
nitio bonæ fidei poſſeſſor fuit, aliud admittendum
ſit, ſed vt quemlibet poſſeſſorem poſt litem conte-
ſtatam malæ fidei poſſeſſorem effici intelligamus.
Nam de fructibus poſt litem conteſtatam perceptis
loqui Papinianum ex eo apparet, quod ait eos fru-
ctus æſtimari debere quos petitor percipere potuiſ-
ſet ſi ei tradita res fuiſſet, ſcilicet petitionis tempo-
re, hoc eſt litis conteſtatæ. *l. amplius. 15. D. rem rat. ha-
ber.* Siue igitur bonæ fidei poſſeſſor, ſiue prædo fue-
rit ab initio is à quo petita res eſt, id ſemper obſer-
uabimus, vt eos fructus æſtimemus qui ad mortem
3 vſque ſerui percipi potuerunt. *dict. l. pen.* † Et quod
Paulus notat ita veram eſſe Labeonis ſententiam,
ſi non priùs is homo in eam valetudinem incide-
rit, propter quam operę eius inutiles factę ſint, eò
potius pertinet vt ne quidem in mortis vſque tem-
pus fructuum rationem ſemper habendam exiſti-
memus, quàm, vt illo caſu peremptare ſuo fato in
æſtimandis fructibus rei iudicatæ tempus ſpecte-
mus. Hoc enim ita demùm verè dicitur, ſi dolo aut
culpa poſſeſſoris homo perierit, vt idem Paulus ex
Trebatio & Pomponio refert *in d. l. fructus. 33. eod.* Et
valde mirandi ſunt, qui Labeonis ſententiæ Treba-
tij & Pomponij authoritatem obiiciant, ſed illi ma-
gis qui vt non ſolùm Labeonem cum Trebatio, ſed
etiam Paulum cum ſeipſo pugnantem faciant, con-
tra librorum omnium authoritatem, & manifeſtam
iuris rationem ſcripſerunt legendum eſſe *in d. l. fru-
ctus. ſi ſine dolo.* † Etenim ſi cùm ſine dolo aut cul-
4 pa poſſeſſoris petitus homo periit fructuum ratio
habeatur vſque ad rei iudicandæ tempus, quid ob-
ſeruabimus ſi dolus aut culpa poſſeſſoris interue-
niſſe proponatur? Iniquiſſimum ſanè fuerit dete-
rioris conditionis non eſſe eum cuius culpa, adeo-
5 que dolus arguatur. † Cùm verò hanc Pomponij &
Trebatij ſententiam Iuliano quoque placuiſſe Pau-
lus teſtetur, conſequens eſt vt quod ex eodem Iu-
liano Vlpianus refert *in l. Iulianus. 17. §. 1. de rei vindi-
cat.* poſſeſſorem poſt moram factam in reddendo
homine qui mortuus eſt fructuum nomine vſque
ad rei iudicatæ tempus condemnari debere, ſic acci-
piatur, ſi dolo aut culpa poſſeſſoris mortuus ſit ex
Pauli interpretatione, ne alioqui Iulianum aut ſibi
contrarium fuiſſe, aut doloſum ab eo cui nihil im-
putari poſſit non diſtinxiſſe fateamur, quorum alte-
rum abſurdum, alterum à Iuliani ſubtilitate alie-
num eſſe videtur. Ad rem verò non pertinet *l. ſi à
bonæ fidei. 21. D. eadem* quæ non de fructibus loquitur,
ſed de homine petito, & cùm adiicit præſtandos eſ-
ſe à poſſeſſore fructus eius temporis, quo poſſedit
oſtendit eius temporis quo ipſe non poſſedit fru-
ctum eum preſtare non debere. Nec ſanè aliter
ſine maxima poſſeſſoris iniuria conſtitui poſſet, qui
nullius doli aut culpæ arguitur, quique ab initio bo-
næ fidei poſſeſſor fuit. De illo enim lex loquitur,
non de malę fidei poſſeſſore. Quanquam hac par-
te, vt diximus, hoc eſt cùm de fructibus reſtituendis
quæritur, non bonę fidei poſſeſſor à prædone ſepa-
randus eſt, ſed is cuius dolo aut culpa homo periit
vel fugit, ab eo cuius culpa dolúſve argui non
poteſt.

Capvt VII.

Diſſenſiſſe Iureconſultos in quæſtione l. cùm quis. 38 §. qui hominem. D. de ſolut.

SVMMARIA.

1 *Africani ab Vlpiano diſſenſio in illa quæſtione, an qui hominem promiſit, ſtatulibero ſoluto liberetur.*
2 *Media Neratij ſententia ſuper hac quæſtione.*
3 *Nihil intereſſe in hac quæſtione, certum an incertum quis hominem promiſerit.*
4 *De quo promiſſore accipienda ſit Neratij ſententia.*
5 *Rationes Iureconſultorum in propoſita quæſtione diſſentientium.*
6 *Probabiliorem videri Vlpiani ſententiam.*

QVi hominem promiſit, ſi ſtatuliberum ſoluat, 1
quęſitum eſt an liberetur. † Africanus *in l. cùm
quis. 38. §. qui hominem. D. de ſolution.* magis putat ex-
pectandam non eſſe conditionem, ſed confeſtim
creditorem agere poſſe, & debitori condictionem
competere. Quod ait creditorem agere poſſe, o-
ſtendit debitorem liberatum non eſſe, & cõſequen-
ter ſolutum hominem condicere poſſe. Iuris enim
regula eſt, ex quibus cauſis liberatio contingit, ex
iiſdem ceſſare condictionem: & ex contrario ceſ-
ſante liberatione condictionem competere. *l. qui
hominem. 34. §. vlt. eod. l. ſi non ſortem 26. §. qui filiofami-
lias & §. ſi decem D. de condic. indeb.* At Vlpianus *in l.
ſtatuliberum. 9. §. penult. de ſtatulib.* Octauenum exiſti-
maſſe refert in propoſita ſpecie debitori liberatio-
nem contingere, ratione illa, quòd etſi ante ſolu-
tionem ſtatuliber ad libertatem perueniſſet, pro-
culdubio tota obligatio extingueretur. Ea namque
ſola in obligatione conſiſtere, quæ pecunia lui, præ-
ſtarique poſſunt: in quorum numero, libertas cenſe-
ri non poteſt. Quam ſententiam veram ſibi vide-
ri Vlpianus eo loco ſcribit, itémque Pomponius *in
l. ſi mihi. 92. D. de ſolut.* De condictione quid ſentiant
non exprimunt, hoc eſt, an debitori ea competat,
quam Africanus competere putat. Sed in dubio ſe-
quemur iuris regulam, vt quem liberari exiſtima-
runt, eundem condicere non poſſe crediderint. † 2
Verùm *in l. Neratius 63. de condict. indeb.* Caius ex
Neratio mediam quandam ſententiam refert, ac ſe-
quitur, nouam prorſus, & ſingularem, vt in propoſi-

ta specie debitor nec liberetur, nec condicere possit. Non liberari probat ex eo, quòd in plenum stipulatoris hominem non fecerit, quę etiam Africani ratio est in *d.l.cum quis.38 §.qui hominem.* Statulibero quippe libertatis casus implicitus esse dicitur *in l.vlt.D.si ex nox.caus.agat.* Posse autem condicere ideo negat, quòd hominem debitum dederit. Qua ex ratione manifestè *Accursij* sententia conuincitur, qui in horum locorum conciliationem, distinguendum putat, certúsne an incertus homo sit pro-
3 missus. † Etsi enim Neratius de certo homine loquitur, tamen verba captanda non sunt, cùm siue certus siue incertus promissus sit, illa semper ratio liberationem impediat, quòd in plenum stipulatoris homo factus non sit. Condictionem verò, ex Neratij sententia illud vtroque casu remoratur, quòd qui statuliberum soluit, promissum hominem soluerit. Nam cùm homine generaliter promisso, debitoris electio sit, *l.plerumque.11.§.vlt.de iur.dot.* apparet eum qui Stichum statuliberum soluit, non minus soluere quod debet, quàm qui Stichum ab initio promisit: Ne aliter interpretantibus obijci possit, eum qui in genere hominem promisit vt sibi consuleret, & liberiorem præstandi, quem vellet, potestatem haberet, deterioris conditionis esse non debere, quam qui ab initio certu homini pręstando se adstrinxit. Et quod Africanus indistinctè promissum hominem ponit, non eo pertinet vt de homine generaliter promisso senserit, sed vt intelligamus nihil hac parte interesse an certum, an incertum hominem quis promiserit. Rursus apud Vlpianum & Pomponium de homine certo tractari manifestum est, & tamen debitorem, si statuliberũ soluat, liberari dicitur.
4 † Nisi fortè hîc diuinare volumus, Neratium de eo promissore loqui, per quem statuliber factus est is qui ab initio promissus fuerat, quod tamen recipiendum non esse ipsa Neratij ratio demonstrat. Etenim si per promissorem factum proponeretur, vt statuliber fieret is qui promissionis tempore statuliber non erat, quo casu in dolo promissor esset, accommodatius & probabilius non liberari eum Neratius defendisset, ea ratione quòd ipsius dolo factum esset ne in plenum stipulatoris homo fieret. At cùm aliam rationem non adferat, quàm quòd homo stipulatoris in plenum factus nõ sit, idemque dici possit siue per promissorem siue per alium statuliber factus sit, apparet ex sententia Neratij distinctioni huic locum esse nõ posse. Quare, nisi me valde fallo, fatendum necessariò est quod proposui, Iureconsultos in quæstione ista dissensisse. Octauenum, Vlpianum, & Pomponium ab Africano. Caium verò, & Neratium ab omnibus. Atque huius dissensionis argumentum prębere videtur quod in *d.l.9.§.penult.de statulib.* Vlpianus ait, *tractatum est.* Id enim omnino sic accipi debet vt de quęstione ista inter iuris autores dubitatum, & disputatum sit: quod magis ac magis confirmant sequentia illa, *quæ sententia mihi videtur vera.* † Præ-
5 sertim cùm in vtramque partem rationes valde probabiles adduci possint. Nam quod Africano placet debitorem, qui statuliberum soluit, non liberari, optimam rationem habet, quia perfectè hominem stipulatoris non fecerit. Quod etiam addit, dandam ei condictionem, est ex iuris regula quam huius capitis initio retulimus. Neque tamen minus probabilis est illa Neratij ratio, vt condicere nõ possit, quòd hominem debitũ dederit: Debitum enim datum esse certissimum est. Ergo indebiti condici non potest. Postremo Octaueni, Vlpiani, & Pomponij sententia rationem perelegantem habet, quam supradicto loco Vlpianus refert, vt hominis debitor licet statuliberum soluerit, nihilominus liberetur: Nam & si ante solutionem ad libertatem peruenisset, tota obligatio extingueretur, cùm ea tantùm in obligatione consistant quæ pecunia lui præstarique possunt. Cur non ergo liberabitur, si eum soluat qui nondum liber est, ac nec fortasse vnquam libertatem consequetur? Et sanè si quis rationem hanc 6
paulò accuratius perpendat, horum sententiam longè probabiliorem esse fatebitur. Africani quippe, & Neratij rationem conuincit. Verum enim est, quod & Neratius ait, eum qui statuliberum soluit, hominem debitum soluere, cùm seruum deberet, statuliber autem seruus esse non desinat, vt in princip. *d.l.9.* Vlpianus ait. Cur igitur debiti solutione non liberabitur? Dices cum Africano, & Neratio, quia statulibero implicitus est casus libertatis. Id verò Vlpianus non negat, sed non ideò liberationem impediri debere contendit, quandoquidem, & si ante solutionem ad libertatem peruenisset, tota obligatio extingueretur.

Capvt VIII.

Emendatio l.Papinianus.23. D.de donat. inter vir.& vxo.

SVMMARIA.

1 *An omnes indistinctè donationes inter virum & vxorem sola donatoris morte confirmentur?*
2 *Dissensisse Vlpianum à Papiniano in hac quæstione.*
3 *Reijciuntur variorum responsiones ad duas Vlpiani & Papiniani leges contrarias.*
4 *Annui appellatione quid veniat?*
5 *Emendatur* l.quidam de pact.dotal.
6 *An* §. siue autem l.cum hic status *generaliter de omnibus inter virum & vxorem donationibus accipiendus sit?*
7 *Papiniani sententiam etiam Imperatoribus displicuisse.*
8 *Redditur ratio sententiæ Papiniani.*
9 *Vnam tantùm de donationibus inter virum & vxorem confirmandis à Seuero & Antonino orationem habitam fuisse, contra Duarenum ostenditur.*
10 *Tollitur vox* rectè è d.l.Papinianus.
11 *Ratio emendationis.*

DONATIONES inter virum & vxorem, quas iure ciuili non valere certum est, donatoris mor- 1
te confirmari post Diui Seueri, & Antonini constitutionem, nemo est qui nesciat. Dubitari tamen potest, An generaliter id verum sit, siue traditione, siue stipulatione interueniente donatio facta esse proponatur. Extat enim Papiniani sententia ab Vlpiano relata & probata in *l.Papinianus 23. D.de donat.inter vir.& vxor.* orationem Diui Seueri ad rerum duntaxat donationes pertinere: Proinde si maritus vxori suæ stipulanti spoponderit ipsius heredes conueniri non posse, licet durante voluntate maritus decesserit. † Cui sententiæ ex 2
contrario obstat *l.si stipulata.33.eod.titul.* in qua idem Vlpianus scribit, si mulier annum stipulata sit, id quidem ex stipulatu constante matrimonio petere non posse: sed si manente matrimonio, eadémque voluntate maritus decesserit, stipulationem ex Senatusconsulto confirmari. Et apertius *in l.cum hic status.*

status.32.§.fiue autem,18.eod.tit. idem Vlpianus ait.si-
ue res fuit, quæ donata est, siue obligatio remissa, do-
nationem effectum habituram, & generaliter vni-
uersas donationes, quę anteà impediebantur, ex o-
ratione valere, hactenus vt præmorientis donatoris
morte confirmentur. Ex quibus manifestè apparet
Vlpiani sententiam illam esse vt oratio Diui Seue-
ri, non ad rerum duntaxat, sed etiam ad verborum
3 donationes pertineat. † Nam quod vulgo respon-
detur, speciale esse in annuo, quod Vlpianus ait in
d.l.si stipulata. nihil minus quàm verum est, cùm ver-
ba illa, *quia in annuo quoque donatio vertitur*, ostendant
satis Vlpianum ita respondisse in annuo, non quòd
in alijs rebus aliter responsurus esset, sed quia annui
hac parte eadem ratio sit, quę aliarum rerum, cùm
in annuo quoque donatio vertatur. Ridicula est e-
tiam *Accursij* responsio, & interpretatio, qui stipula-
tionem annui de pecuniæ annuæ stipulatione intel-
4 ligit, † cùm tamen annui appellatione cibaria, & ve-
stiaria significentur, *l.annua.20.D.de annuis legat.* de
quibus accipiendam puto *l.si cui 14.eod* propter illa
verba, *ex dignitate personæ*, quæ proculdubio ad le-
gatarij non legantis personam referri debent. Reli-
ctis enim cibarijs & vestiarijs sine adiectione sum-
mæ, dignitas, & qualitas legatarij inspicienda est, vt
sciatur quæ cibaria, & vestiaria debeantur. Et ea ni-
mirum dubitandi ratio est propter quam in specie
d.l.si stipulata, promissio annui donationem conti-
nere non videbatur, quòd maritus vxori ex officio
cibaria & vestiaria prestare teneatur. Sed quanquam
vxorem alere maritus debet, nihil tamen ei alimen-
torum nomine donare potest *l.quidam.22.D.de pact.
dota.* vbi dicitur quod etiã annui nomine datur, spe-
ciem donationis esse. Hoc ita, nisi ab initio inter
virum & vxorem conuenerit, vt mulier se suosque
aleret. quo casu videri potest maritus non annuum
donasse, quàm cum alimentis debitis compensasse,
5 *argum.l.si quis.21.§.vlt.de donat.int.vir & vxor.* † Cæ-
terùm in *d.l.quidam.* obiter notandum est, malè vul-
go legi, *ac si inter virum.* &c. ne adiectio illa prorsus
inanis, & inepta sit, at potiùs tollendam particulam,
ac, tum maiusculis literis legendum *si inter se, & vi-
rum non conuenisset vt hæ mercedes sibi alimentorum no-
mine darentur.* Hæc enim verba continent formu-
lam exceptionis, quam mulieri dari non debere Iu-
lianus ait, vt *in l.si quis.17.§.4.de instit.action.* Rursus,
vt ad propositam disputationem redeamus, quod
idem Accursius respondet *ad d.§. fiue autem.* loqui
eo loco Vlpianum, non de promissione, sed de libe-
ratione ad quam procliuiores esse debemus, verum
6 etiam non est. † Generaliter enim scribit omnes
donationes quas prius non valere dixerat, ex ora-
tione confirmari. Prius autem, hoc est in *l.3.scien-
dum eod.titul.* quæ sumpta est ex libro pręcedente,
dixerat improbatas esse omnes inter virum & vxo-
rem donationes, siue donati corporis traditio facta
sit, siue stipulandi promissum, vel debitori accepto
latum sit, quibus etiam verbis ostendit nihil hac
parte promissionem ab acceptilatione differre. † At-
7 que huic sententiæ rectè conuenit *l.2.C.de dot.cau.
non numer.* in qua Imp. Alexand. rescribit gene-
raliter & indistinctè id quod à marito vxori con-
stante matrimonio donatum est, posse ab ipsius he-
redibus peti, si modò legitimè confecta donatio sit.
Legitimè verò conficitur duobus modis, traditione,
& stipulatione, vt rectè eo loco *Accursius* interpre-
tatur. Sed vt Papiniani sententiam defendat, malè
respondet *in d.l.2.* secutam fuisse traditionem, quod
repugnat postremis illis verbis, *ab heredibus mariti
quatenus liberalitas interposita est, peti potest.* Subsecu-
ta enim traditione, donatario non petitione, sed re-
tentione consuli oporteret, porro peti quod dona-
tum est nisi ex stipulatione non potest. Ex quo ap-
paret Papiniani sententiam non tantum Vlpiano,
sed etiam Imperatoribus non placuisse, proinde se-
quendam non esse; vt valde mirum sit hodie vulgò
ab omnibus interpretibus eam probari. † Habet ta- 8
men rationem non inelegantem, si orationis verba
spectes. Ait enim oratio, *heredem verò eripere*, &c. *d.l.
cùm hic status.§.ait oratio.* Eripi verò nisi quod pe-
nes alium sit non potest. At Vlpianus, & cæteri ad
orationis sentẽtiam potiùs quàm ad verba respexe-
runt, quæ cùm de confirmandis inter virum & vxo-
rem donationibus facta sit, idque ex æquitate con-
tra nimium iuris rigorem, nulla ratio est cur ad re-
rum potiùs quàm verborum donationes coanguste-
tur. Quæ cùm ita sint quærenda responsio est ad *d.l.
Papinianus.* quæ sola interpretes in hunc errorem
innexit. Ac facilis responsio esset, si ea lex alterius
quàm Vlpiani esset: dici enim posset, dissensisse Pa-
pinianum à cęteris, neque tam de cõciliatione quæ-
reretur, quàm de illo, quæ sententia probabilior vi-
deretur. Sed cùm Vlpianus *in d.l.Papinianus.* Papi-
niani sententiam probet, vix aliud dici potest quàm
Vlpianum variasse, & Papiniani sententiam, quàm
prius probauerat, postea improbasse. † Neque enim 9
probabile est, quod doctissimus *Duarenus ad titul.de
donat.int.vir & vx.* comminiscitur, duplicem de do-
nationibus inter virum & vxorem confirmandis o-
rationem habitam fuisse: priorem à Seuero, poste-
riorem ab Antonino Seueri filio. Illam ad eas dunta-
xat res pertinuisse quæ vxoris causa comparatæ es-
sent: Hanc verò pleniorem fuisse, & de omnibus
quę inter coniuges donationis causa geruntur, lo-
cutam esse. Priorem Papiniani tẽporibus factã fuis-
se, Posteriorem verò post occisum Antonini iussu
Papinianum, quòd parricidij publicus defensor esse
recusasset. Etenim pręter id quod nullo iuris loco
duplicis huius orationis mẽtio fit, pugnat etiam hęc
sententia cum *d.l.cùm hic status.* in cuius principio
Vlpianus ait Antoninum Augustum ante excessum
patris sui oratione in Senatu habita autorem fuisse
Senatui censendi vt donationes inter virum & vxo-
rem, quæ antea nec ab initio valebãt, nec donatoris
morte confirmabantur, in vim donationum causa
mortis defenderẽtur: ex quo apparet viuo Papinia-
no huiusmodi orationem in Senatu habitam fuisse.
Nisi fortè duplicem quoque Antonini orationem
comminiscamur: quamquàm ne hoc quidem ad id
de quo quærimus quicquam proficiet. Illius enim,
quæ ante excessum Diui Seueri habita est, interpre-
tationẽ Vlpianus facit, cùm ait generaliter vniuer-
sas donationes, quę antea non valebant, ex oratione
confirmari. Nec Duareni cõmentum adiuuat quod
ibidem Vlpianus addit, orationem Antonini nõ ad
ea tantùm quæ vxoris causa comparata sunt, sed ad
omnes donationes inter virum & vxorem factas
pertinere: ex quo infert ille priorẽ orationẽ, quam
Diui Seueri fuisse ait de iis tantùm quę vxoris cau-
sa comparata essent, cauisse. Quod si verè colligere-
tur, (falsum verò esse apparet *ex l.3 & l.si maritus.
to.C.de donat.inter vir & vxor.* non satis rectè Papi-
nianus putasset orationẽ Diui Seueri ad rerũ dona-
tiones pertinere. Sed nec ad ea quæ à marito vxoris

causa comparata sunt, pertinere Papinianus putabat, si ea stipulatione duntaxat promissa necdum tradita essent. Rerum namque donationes intelligebat, non quibus res aliqua donatur (omnem enim donationem alicuius rei esse necesse est) sed quæ ex rei traditione non ex stipulatione effectum sumunt. Denique eandem Diui Seueri, & Antonini orationem fuisse certum est, quę nunc à Seuero, nunc ab Antonino, nunc ab vtroque habita dicitur, quòd v-
10 troque superstite & imperante habita sit. † Igitur probabilius est in *d. l. Papinianus*, ab interprete additam esse dictionem *rectè*, quæ sola inextricabilem quęstionis huius exitum facit. Ea verò sublata dici poterit Vlpianum eo loco Papiniani sententiam referre duntaxat, non etiam probare: at in aliis locis manifestè improbare: quod in libris nostris non est nouum. Nam & in *l. si aliena. 10. §. vltim. D. de vsucap.* idem Vlpianus Scæuolæ sententiam refert, quam tamen improbat *in l. qui vas. 48. §. ancilla. de furt.* & Papinianus *in l. si fideiussor. 19. de dolo.* refert Neratium Priscum, & Iulianum respondisse fideiussorem qui promissum animal ante moram occidit, de dolo teneri, quoniam à stipulatione liberatus sit. Idem tamen in *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. 1. de solut.* vbi sententiam suam exponit, fideiussorem ex stipulatu
11 non de dolo teneri defendit. † Verissimum autem esse quod dicimus, ab imperito interprete additam esse dictionem illam, *rectè*, manifestè apparet ex glossa *Accursij*, qui ad verba illa, *Papinianus putabat*, sic notat, *& malè secundum quosdam*, quæ interpretatio nimium impudentis, & temerarij interpretis esset, si Vlpianus Papinianum rectè putasse scripsisset. Sed & interpretes ita notasset, *imo malè*, non *& malè*. quod euidens argumentum est in *Accursij*, & veterum libris dictionem illam in textu defuisse. Deesse autem debere, ex iis quæ toto hoc capite diximus, iam dubitare non oportet.

Caput IX.

An socius socio de damno infecto cauere compellatur.

SVMMARIA.

1 *Toties inutilem esse damni infecti stipulationem, quoties alia ratione sarciri damnum potest.*
2 *Quæstio* l. si ædibus. de dam. infect.
3 *Duo casus quibus inter socios necessaria est damni infecti stipulatio. & n. 4.*
5 *Secundum casum cum primo ab Interpretibus confusum esse.*
6 *Gemina secundi casus declaratio, & explicatio.* l. inter quos. 39. de dam. infect.
7 *Quid significent verba illa* l. inter quos. Quantum quis vicino præstat, tantùm ab eo consequi.

SI propriis meis ædibus vicinas communes ego & tu habeamus, & communes meis propriis ruinam minentur, ius est mihi inuito te per actionem Communi diuidundo consequi, vt communes nostras mihi reficere liceat, & impensas in refectionem factas pro qua parte dominus existis eodem iudicio Communi diuidundo, aut Pro socio restituas. *l. si ædes. 12. D. commun. diuid. l. si ædibus. 32. D. de damn. infect.* Neque hoc casu cogeris mihi cauere de damno in-
1 fecto, † quia magis obtinuit sententia existimantium toties damni infecti stipulationem interponi non debere, quoties alia actione sarciri damnum potest, vt in proposita specie contingit. *d. l. si ædibus. l. damni. 18. §. ex ciuus. cum §§. seqq. l. qui bona. 13. §. de illo. D. de dam. infect.* Vnde generaliter traditum est inter quos paries communis est ędificiorum nomine quę quisque propria habet, stipulationem damni infecti duobus duntaxat casibus necessariam esse, nimirum cùm aut alter solus ædificat, & vitium ex opere futurum est: Aut alter pretiosiora ędificia habet, & plus damni sensurus est decidẽte pariete, *l. inter quos. 39. eod.* Aliis casibus necessaria non est damni infecti stipulatio, sed tamen aliquando interponi solet, *d. l. si ædibus.* quod summopere animaduertendum est, vt intelligamus inutilem non esse iis casibus stipulationem, vt committi non possit (quod *Accursius* sensit ad *l. damni. 43. §. 1. eod.*) & Caium in *d. l. si ædibus, inutilem* dixisse pro *non necessariam.* † quod vel ex ipsa 2
illius legis quæstione apparet, quæ non de illo est, An socius socio de dãno infecto cauere possit, sed, An cauere debeat. Respondet verò Iureconsul. inutilem esse stipulationem, id est, caueri nõ debere quia socio alia actione, & remedio ciuili possit esse cõsultum: frustra autem is qui ciuilem actionem habeat honorariam desideret *l. 1. D. de Publician.* Idque apertius Pompon. declarat, cùm ait duobus casibus necessariam esse inter socios hanc de damno infecto stipulationem. *d. l. inter quos.* innuens aliis casibus necessariam non esse: vtiliter tamen interponi posse. quod apertius expressum est in *d. l. damni. 43. §. circa parietem. eod.* † Obseruandi verò sunt, & enar- 3
randi duo illi casus, quibus stipulatio de damno infecto inter socios necessaria esse dicitur. *d. l. inter quos.* Primus est, vt diximus, cùm ex sociis vnus solus ædificat, & ex ipsius opere damnum timetur. Nam si vterque ędificet, constat necessariam non esse stipulationem, *d. l. 43. §. 1.* quia cùm par vtriusque socij culpa, & periculum est, neutri aduersus alterum actio competit. *l. ex damni. 40. §. 1. in fin. eod.* Vno autem duntaxat ædificante ideò stipulatio necessaria est, quia iudicio Communi diuidundo, aut pro socio damnum factum sarciri non potest, cùm vtrunque iudicium non aliter locum habeat, quàm si de re communi agatur, quod hîc non euenit. Ponimus enim socij proprias ædes ex communi ruina damnum passas fuisse. Et hic casus rectissimè cõuenit illi regulæ quam supra ex Caio posuimus, vt damni infecti stipulatio tunc demum necessaria sit, cùm illius qui sibi timet, indemnitati alia occasione cõsultum
esse non potest. † Secundus casus, qui à Pomponio 4
proponitur, maiorem dubitationem habet ac subtiliori indiget inquisitione. Est autẽ eiusmodi. Si vnus ex sociis, qui communem habẽt parietem pretiosiora ædificia habeat, vt decidente pariete maius damnum passurus esse videatur. † In quo primum adnotã- 5
dus est omniũ ferè iuris interpretum error manifestissimus, existimantium intelligi id debere, si aut alter ex sociis, aut vterq. in communi pariete ædificet, quorum neutrum dici potest. Si enim vnus duntaxat ex sociis ædificet, non differet hic casus à superiore, quod (etsi Ioannem ita sensisse *Accursius* refert. *in d. l. inter quos.*) tamen Pomponij verbis non conuenit, quib. apertissimè duo casus ex superiore regula excipiuntur. Neq. verò vt aduersus socium ædificantẽ socius actionem habeat, requiritur vt is qui nõ ædificat pretiosiora ædificia habeat, sed illud sufficit vt ex opere eius qui ædificat, damnũ suis ædib. timeat is qui non ædificat: quo casu cùm ciuilem actionem non habeat, stipulatio ei necessaria est, vt diximus. Quòd si vterq. ędificet, distinguẽdum etiã non est an vnus ex iis maius dãnũ passurus sit, fortè quòd pretiosiora ædificia habeat, aut ædes meliùs instructas.

Cùm enim hoc casu vtriusque facto & opere partes decidat, Sabini, & Vlpiani sententia sequenda est, vt in pari vtriusque causa nihil alter alteri præstare debeat. *d.l. ex damn. 40. §. 1. eod.* Est igitur Pomponius de illo casu intelligendus, cùm neuter ex socius ędificat, alter tamen altero pretiosiora ędificia habet. At videtur hoc aduersari superiori regulę, quę damni infecti stipulationem iis casibus necessariam esse negat quibus alia actione damnum sarciri potest. Diximus enim eum qui pretiosiora ędificia habeat posse parietem, cuius ruinam veretur, reficere, tum impensas in refectionem factas iudicio communi diuidundo aut pro socio à socio pro qua parte parietis dominus est recuperare. *d.l. si ædibus.* Et hoc esse videtur, quod interpretibus omnibus tenebras offudit, vt Pomponij elegantiam percipere non potuerint.

6 † Animaduertere verò debuerunt posse hoc quoque casu contingere vt damni infecti stipulatio prorsus necessaria sit, fortè si is qui pretiosiora ędificia habet parietem communem reficere nolit. Quid enim si aut pecuniam in promptu non habeat, aut si quam habet fœnori potius collocare, quàm in refectionem impendere velit? Iniquum sanè esset periclitari eum, nec à socio de damno infecto pro ipsius parte stipulari posse. Quanquam enim dici quodammodo potest imputare eum sibi debere quod communem parietem non refecerit, pręsertim si reficiendi potestatem habuerit, tamen satis in ea punitur, quòd parietis communis decidentis iacturam pro sua parte patitur, & damni quod propriis ædibus datum est communi pariete pro sua tantùm parte repetitionem habet. Neque enim socius supra suam partem socio de damno infecto cauere compellitur, *d.l. damn. 4?. §. 1. versic. sed si maxime. eod.* Sed & pro ea parte damni dati repetitionem socius non haberet, si interposita stipulatio non esset, quia, vt iam diximus, quoties communis parietis vitio nulla alterius ex socius culpa damnum aliquod accidit, nihil socius socio pręstat, nisi damni infecti stipulatio interuenerit: quæ sanè dici necessaria non potest, si eum qui pretiosiora ædificia habet ruinosum parietem reficere ponamus, cùm iudicio Pro socio, aut Communi diuidundo ipsius indemnitati consultum esse possit. Neque huic nostræ interpretationi potest obiici, Pomponium in *d. l. inter quos.* nihil de hoc casu exprimere. Nam cùm dicat duobus duntaxat casibus necessariam esse inter socios de damno infecto stipulationem, sufficit duos casus proponi in quibus necessariam eam esse appareat. Quid ergo si iuxta parietem nobis communem ędificia habeamus vtraque eiusdem pretij & æstimationis? Et Pomponius in *d. l. inter quos.* scribit hoc casu quia vtriusque periculum æquale est, quantum quis vicino præstat, tantùm ab eo consequi. De † quorum etiam verborum sensu omnes,

7 quotquot vnquam fuere, interpretes dubitauerunt. Quibusdam placuit, quos *Accursius* refert, decidente pariete communi, & damno dato, alterum ex sociis alteri vicissim damnum resarcire iudicio Communi diuidundo, vel Pro socio. Quam interpretationem apertè conuincit regula *d. l. ex damn. 40. §. 1.* Malè tamen *Accursius* vt eam refellat, scribit in re communi damnum contingere non posse. Alioqui dicendum esset nunquam inter socios pro re communi stipulationem damni infecti interponi posse, quod falsissimum esse nec ipse *Accursius* in quibusdam casibus diffitetur. Neque ad rem quicquam facit *l. arbor. 19. §. si per eundem. D. commun. diuid.* vbi Paulus ait impensam factam in viam duobus communiter per eundem locum debitam negotiorum gestorum actione repeti, non Communi diuidundo, aut Pro socio. Primum enim obseruandum est reprehendi eo loco Pomponium, qui in illa specie ei ex sociis, qui impensam fecisset, actionem Pro socio, aut Communi diuidundo dandam esse contendebat. Multo igitur magis in proposito casu dedisset, hoc est cùm communis paries vtriusque ędibus ruinam fecit. Deinde Paulus eo loco de via communi loquitur, non de pariete cuius longè dispar & dissimilis ratio est. Etenim si per eundem locum via nobis debeatur, & in eam impensa facta sit, rectissima est Pauli ratio, vt Communi diuidundo agi non possit, quia iuris communio separatim intelligi nequeat: Quoniam si vię ius, quod incorporale est, ab ipso corpore separes, id est à loco per quem via debetur, nihil reperias commune in quod impensa facta sit: est enim facta in ipsum locum quem communem non esse certum est *l. 4. in princ. D. si seruit. vind. l. qui duo. 3?. D. de seruit. rustic. præd.* In qua ratiocinatione illud subintelligendum est, non nisi pro ea re quæ sit communis iudicio Communi diuidundo locum esse posse. *l. 1. commun. diuid.* Quod de communi pariete similiter dici non potest, quem, cùm & corporalis sit, & communis, in iudicium communi diuidundo venire nequaquam ambigendum est, *d. l. si ædibus. 32. de damn. infect.* Idem *Accursius in d. l. inter quos.* Pomponium sic intelligit, vt quantum socius socio præstat, tantum ab eo consequi possit interposita stipulatione, quod tamen, inquit, fieri non debet. Sed interpretatio hęc Pomponij verbis non conuenit, in quibus nihil est ex quo possit colligi interpositam fuisse stipulationem, vt illud taceam, quod iam sæpius repetij de damno, quod rei communis vitio contigit, nihil socium socio præstare debere. Mihi videtur, omnium iuris interpretum in horum verborum interpretatione errorem illum esse, quòd putant Pomponium de damno facto sarciendo disputare, cuius tamen verba de damno infecto loqui eum demonstrant. Ait enim quia periculum æquale est quantum socius socio præstat, tantum à socio eum consequi. At damno dato periculum amplius nullum est, sed damnum datum. Ad quod si interpretes animaduertissent, nunquam dubitassent qua actione damnum factum sarciri oporteat, an Communi diuidũdo, an Pro socio, an ex interposita damni infecti stipulatione, quorum omnium nihil dici potest. Omnino igitur ita Pomponius intelligi debet, vt non aliter socius socio de damno infecto caueat, quàm si vicissim sibi à socio caueatur, secundum quam interpretationem tantum socius à socio consequitur quantum præstat, scilicet damni infecti cautionem. Nam cùm æquale periculum est, iniquum fuerit vnum ex socius solum alteri cauere, nec dici potest vter cauere debeat: & qui sibi caueri vult, debet prius alteri cauere, vt in specie *l. 43. §. cum parietem de damn. infect.* At cum ęquale periculum non est, vt cùm alter ex sociis pretiosiora ędificia habet, non est necesse tantum eum præstare quantum consequitur. Cogitur enim socio, qui pretiosiora ædificia habet cauere de damno infecto, neque tamen ipse vicissim à socio eam cautionem consequi potest.

CAPVT X.

Conciliatio l. 28. D. de iur. fisc. cum l. vlt. D. qui potior. in pignor. habeant.

SVMMARIA.

1 *Etiam eos qui diuersis temporibus contraxerunt, eodem tamen tempore pignoris obligationem acquirere.*
2 *Sententia & ratio l.28.*ff.de iur.fisci.
3 *Cur tutoribus & curatoribus ante redditam administrationis rationem cum fisco contrahere non liceat?*
4 *Cur in specie* d.l.vlt. *Seia fisco præferatur in bonis post priorem obligationem ante nouationem quæsitis.*
5 *Priorem creditorem qui postea nouatione facta eadem pignora accipit in suum ipsius locum succedere.*
6 *Per* secundam obligatioonem *in* d.l.vlt. *nouationem significari.*

SI is, qui mihi obligauerat quæ habebat habiturúsque esset, cum fisco contraxerit, Vlpianus & Papinianus responderunt in re posteà acquisita fiscum potiorem esse. quia pignoris causam præuenerit in *l.28 D.de iur.fisc.* cui ab omnibus opponitur *l.vlt in princ. D.qui potior in pign.habeant.* vbi Scæuola in eadem vt videtur specie, respondet eum qui prius contraxit, fisco præferri debere. Ac sanè iuris regula sic se habet. vt qui prior est tempore, iure quoque potior sit, & in pignoris persecutione præferatur. Sed non semper tempore prior intelligitur ille qui prius contraxit, atis demum qui prius rem
1 obligatam habuit, † cùm possit contingere, vt qui diuersis temporibus contraxerunt, eodam tamen tempore pignoris obligationem acquirant, vt euenit cùm duobus futuræ res diuersis temporibus obligatæ sunt, quo casu traditum est vtrunque in pignore concurrere, *l.idémque.7.§.vlt.D.eod* Hoc ita, si eadem vtriusque creditoris causa, idémque fauor sit: nam si alter tacitæ hypothecę beneficium habeat, non solùm alteri concurrit, sed etiam tempore prior esse intelligitur, quia eo ipso quod contrahit, hypothecã habet, alter verò non aliàs, quàm si eam sibi acquirat, finitu perfectuque contractu cuius ea
2 accessoria est. † Quæ sententia & ratio esse videtur *d.l.28.de iure fisc.* in qua is qui prius cum priuato expressam hypothecam habente contraxerat, posteà cum fisco contraxisse proponitur, cui legis beneficio in omnium debitorum bonis tacita hypotheca constituitur. *l.aufertur.49.§.fiscus. D.eod.* vt mirum non sit si in bonis post vtramque obligationem quæsitis præferatur: non ex priuilegio, quod *Accursius* tentat, sed ex iure communi, quo qui tempore prior est in pignoris constitutione, idem, vt diximus, in pignoris persecutione potior quoque est. Quid ergo si vtriusque creditoris eadem causa, idémque fauor sit, ac vterque ex lege in debitoris bonis tacitam hypothecam habeat. Et dicẽdum est hic aliud seruari non debere, quàm si neuter tacitę hypothecę priuilegium haberet, quo casu diximus vtrunque in pignore concurrere, nec eum qui prius contraxit, posteriori præferri. *d.l.idémque.§.vlt.qui potior in pignor. habeant.* propter quam causam si à duobus pupillis mutuam pecuniam diuersis temporibus quis acceperit, & ex eorum pecunia rem aliquam comparauerit, placet alterum alteri in pignore non præferri, quia licet diuersis temporibus contraxerint, vtriusque tamen priuilegium eodem tempore incipit, hoc est cùm ex eorum pecunia res emitur, *d.l.idémque.in princip.* Quod cùm ita sit, malè *Bartolus in d.l.vltim.qui potior in pign.hab.* Seiam fisco ob eam causam præferri putat, quod duplex priuilegium haberet, temporis scilicet, & tutelæ: cùm in rebus post obligationem quæsitis temporis priuilegium nullum sit: tacita autem hypotheca, quę ratione tutelæ per legem conceditur, *l.pro officio.10. C.de administr.tut l.vnic.§.1.C.de rei vxor.action.* fauorabilior, & potentior non sit, quàm quę fisco tribuitur. Imò hanc fauorabiliorem esse apparet ex *lege 3.§.ex illa.D.ad leg.Cornel.de fals.* vbi Marcianus.
† refert ex Diui Seueri, & Antonini constitutione 3
falsi pœnam irrogari tutoribus, & curatoribus qui ante redditam rationem administrationis cum fisco contrahunt. Cuius constitutionis ratio alia non fuit, quàm singularis pupillorum fauor, quibus licet tacitam hypothecam habentibus, fiscus tamen ex sua tacita præferretur, si eorum tutoribus & curatoribus ante restitutam tutelam vel curam cum fisco contrahere permitteretur. Nam si fauore fisci ita constitutum esse diceremus, debuerant prohiberi cum fisco contrahere, non tantùm tutores & curatores, sed generaliter ij omnes quorum bona tacitè obligata sunt, quod nequaquam constitu-
tum est. Quare, † cùm quæritur cur in *d.l.vlt. qui* 4
potior in pignor.hab. Seia fisco præferatur, ratio est tacita hypotheca quam in tutoris bonis Seia habebat, peti non potest, cùm si mutuis priuilegiis inter se certarent, fiscus ei præferretur. Sed &, si quęratur cur ei fiscus non præferatur, commodè responderi non poterit, quoniam omnia tutoris bona expressè obligata habebat. Quanquam enim ratio hæc facit vt in bonis iam obligationis tempore quæsitis fisco pręferatur, *dict.l.vltim.§ 3.& l.8.eodem.* tamen in iis quæ post obligationem acquisita sunt idem dici nõ potest, vt ostendit *d.l.28.de iur.fisc.* quam, cùm generaliter loquatur, coangustandam non puto ad eum casum quo is qui priùs contraxit tacitę hypothecæ beneficiũ nõ habuit, cùm etsi habuit, tacita fisci hypotheca semper efficiat vt causam pignoris fiscus pręuenisse intelligatur. *d.l.1.ex illa. de falsis. l. quod quis.34 D.de reb.autho.iudic.possid.* Alia igitur ratio quęrenda est, cur in *d.l.vlt.* Seiam fisco præferri Scęuola responderit, nõ tantùm in bonis iam in obligationis tempore quęsitis, quod minorem dubitationem habet, sed etiã in aliis omnibus quæ post priorem obligationem tutor acquisiuit. *Accursius*, cuius sententiam plerique probarunt, sic Scæuolam interpretatus est, vt Seia fisco præferatur, in iis omnibus quę post priorem obligationem acquisita sunt, prius tamen quàm cum fisco contraheretur. Qua interpretatione si Scęuolæ verbis, & elegantię cõueniens esset, alia profectò facilior, & accommodatior excogitari non posset. Sed si rectè inspicias, non dubitabis aliud quiddam respondisse Scæuolam, quod & probabilius sit, & elegantius. Alioqui de illis tantùm rebus respondisset quas tutor prioris obligationis tempore habuit, non etiam de iis quas post priorem obligationem acquisiit, cùm existimandum nõ sit aliam rationem esse rerum iam obligationis tempore acquisitarum, & earum quæ posteà acquisitæ sunt, priùs tamen quàm cum fisco contraheretur. Probabilius igitur dici potest, Scæuolæ sententiam illam esse, vt in iis quoque bonis, quæ post fisci obligationem acquisita sunt, Seia fisco pręferatur, hactenus tamen vt in iis quæ post factam nouationem, & secundam obligationem acquisita sunt, non pręferatur: quod vtrunque maximam rationem habet. Nam in iis quæ post priorem obligationem, & ante nouationem acquisita sunt, ideo pręfertur, quòd nouationis potestate factum est, vt quæ priori obligatione futura bona dicebantur, ea facta sint præsentia, quæ scilicet eo tempore iam acquisita sunt.

Proinde

Proinde eo iure censeri debent quo ea quę prioris
obligationis tempore iam quæsita erant, vt in om-
nibus Seia fisco preferatur. Nec enim dicendum est
nouationem ei nocere debere, vt quæ anteà fisco
prior erat, eadem posterior fisco facta sit, argu. *l.1.*
5 *de nouat.* † cùm certi iuris sit priorem creditorem
qui postea nouatione facta eadem pignora accepit,
sibi ipsi in suum locũ succedere, & superioris tem-
poris ordinem retinere *l.3. in princip. l.creditor.12.§.*
Papinianus.D.eod At in iis quæ post nouationem
factam acquisita sunt, Papiniani, & Vlpiani senten-
tiæ locus erit, fiscus iure tacitæ hypothecæ causam
pignoris præuenisse censeatur. Idque est, opinor,
quod Scæuola ait, Seiam fisco præferri in iis etiam
rebus quæ post priorem obligationem acquisitæ
sunt, vt intelligamus non preferri in iis quę post se-
cundam obligationem, id est post nouationem ac-
6 quisitæ sunt. † Secundam enim obligationem in-
terpretari debemus, non eam quę cum fisco contra-
cta est, sed eam quæ cum Seia, cum qua etiam prior
contracta fuerat. Quòd si quis huic nostræ senten-
tiæ obiciat nouationem in proposito casu in frau-
dem fisci factam videri, qui si ea facta non esset, in o-
mnibus post suam obligationem quæsitis Seiæ præ-
ferretur. Respondebo, in fraudem non facere eum
qui sibi prospicit ne suum perdat, neve pignorum
quibus sibi cautum erat persecutionem amittat pro-
pter obligationem posteriorem cum fisco contra-
ctã, arg. *l.Iulianus 42. D.de acqu.hered.l.mater 17.§.1.si*
quis omis.caus.testam l.summ.a.21.D.de pecul. Planè ra-
tione pecuniæ post fisci obligationem creditæ non
prçferretur, quoniam hoc sine fisci & priorum cre-
ditorum fraude fieri non posset *d.l.12.§.Papinianus.*
qui pot.in pignore habeant.

CAPVT XI.

Emendatur l.si quis. 17. §.si impubes.D.de instit.act.

SVMMARIA.

1 *Pupillum qui tutoris authoritate institorem praeposuit, & locupletior factus est, institoria teneri.*
2 *Casus quo pupillus non locupletior factus institoria in solidum tenetur.*
3 *Sensus* d.l.si quis.§.3.
4 *In pari aequitatis causa pupillum alijs fauorabiliorem esse.*
5 *Pupilli vtilitatem, publicae vtilitati & causae cedere.*
6 *Cur pupillus ex facto institoris nõ mercem. sed alias res exercentis in solidum non teneatur.*

1 PVpillus† institoria actione tenetur, si tutoris
authoritate institorem præposuerit, & locuple-
tior factus sit, *l.verum. 9.cum l.sequ.D.de instit.action.*
itémque si ei qui prçposuerat heres extiterit, & in-
stitorem remouere tutores potuerint, nec tamen
voluerint *l.11.eod.* quod cùm vix aliam rationem ha-
beat, quàm quòd ab ipso pupillo tutorum authori-
tate propositus videatur is, qui à tutoribus remoue-
ri potuit, nec remotus est, ego sic accipiendum pu-
to, vt hoc etiam casu pupillus non nisi in quantum
2 locupletior factus est teneatur, arg. *d.l. 10.eod.* † Quòd
si nec locupletior factus sit, nec institorem remo-
uere tutores potuerint, separandus erit, institor qui
mercem exercet, ab aliis, vt qui cum illo contrahit
pupillum sibi obliget in solidum: qui cum aliis, ad-
uersus pupillum ex eorum contractibus agere nisi
in quantum locupletior factus est, non possit, *l.si quis*
mancipijs.17.§.si impubes. D.eod. vbi dissimilitudinis
ratio redditur *propter vtilitatem promiscui vsus*, ex qua
intelligitur loqui eo loco Iureconsultum de pupil-
lo qui locupletior factus non est, & cuius tutores
institorem remouere non potuerunt. Alioqui non
vtilitas promiscui vsus pupillum obligaret, sed na-
turalis ratio, quæ nec pupillum ex aliena iactura lo-
cupletiorem fieri patitur. *l.naturaliter.14 §.vlt.cum l.*
seq.de cond.indebit. licet ei qui cum institore contra-
xit imputari posset, arg. *l.planè 38.de petit.hered.* Item
illa, quòd remouendus fuit à tutoribus institor si e-
ius opera vti nollent. Idémque multò magis pro-
bandum esse Paulus ait, si ex contractu qui ante a-
ditam hereditatem intercesserit, agatur: tum horum
omnium rationem illam subiicit, *non enim imputan-*
dum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore e-
xercente mercem contrahat. Hîc ergo erratum esse pu-
to, & pro *sciens* legendum *nesciens*. Etenim æquum
non videtur aduersus pupillum institoriam actio-
nem in solidum dari ei, qui sciens eum qui instito-
rem præposuerat decessisse pupillo herede relicto
cuius tutores institorem nondum remouere potue-
runt, aut ante aditam à pupillo hereditatem cum
institore contraxit. Huic namque imputari pro-
culdubio potest quòd ita fecerit, aut planè non vi-
deo cui magis imputari possit. Sed etsi nihil ei im-
putari posset, satis erat Paulo, dicere non esse impu-
tandum ei qui cum institore mercem exercente
contrahat, nec debuerat addere verba illa *sciens do-*
minum decessisse. Quorsum enim addidit? An quòd
ei imputari possit si nescierit? Multò minus. An
quòd prius de eo locutus fuisset, qui sciens domi-
num decessisse cum institore mercem exercente
contraxisset? Minimè verò. Ergo cùm de eo lo-
quatur cui nihil imputari potest, probabilius est lo-
qui eum de nesciente, non de sciente. † Sensus au- 3
tem est, ei qui ignorans dominum decessisse cum
institore mercem exercente contraxit, nihil impu-
tari posse, & ideò propter vtilitatem promiscui v-
sus aduersus pupillum licet non factum locupletio-
rem in solidum actionem ei dari, cùm tamen is re-
gulariter non nisi quatenus locupletior factus est
ex suo aut alterius facto obligetur. Dices fortasse
nec ei quicquam imputari posse qui nesciens domi-
num decessisse contraxit cum institore mercem non
exercente. arg. *§ rectè Instit.de mand.l.inter.26.§.1.D.*
eod. neque tamen dubitandum esse, quin Paulus eo
loco inter mercis institorem, & alios manifestam
differentiam constituat. Et haud scio an res hæc
errori causam dederit. Sed qui Pauli rationem rectè
intelligat, facilè respondebit nihil quidem imputa-
ri posse ei qui ignorans dominum decessisse cum in-
stitore contraxit, siue mercem exercente, siue non,
at id non sufficere vt ei aduersus pupillum locuple-
tiorem non factum actio ex contractu institoris de-
tur. † Quamquam enim iniquum videtur nocere ei 4
probabilem ipsius ignorantiam. *d.§ rectè.* tamen ini-
quius esset pupillum, cui nihil etiam imputari pos-
set supra quàm locupletior factus sit, teneri, cùm
nec ipse pupillus qui contraxit, si conditionem
suam meliorem non fecerit, iure naturali tenea-
tur. *l.pupillus.59.de obligat.& act.l.quod pupillus.41.de*
condit. indebit. Sicque æquitas, contraria & ma-
iore æquitate tollitur, *vt in l.si seruus communis.61.*
§.quod verò. D.de fur. Nam in pari æquitatis cau-
sa longè fauorabilior est pupillus, quem quoniam
propter ætatis lubricum sibi consulere non potest,
& natura ipsa, cuius, vt ita dixerim, culpa fit ne sibi
consulere possit, & ciuilis legislator quibus facere
potest modis tuetur, vt nullum damnum sentiat.

5 † Sanè nō vsque adeò fauendum ei est, vt ipsius vti-
litati, publica causa, & vtilitas postponatur: & ideò
in mercis institore illud singulariter receptum est,
vt si quis ignorans dominum decessisse cum eo cō-
traxerit, etiam pupillum sibi obliget, quamuis ex eo
contractu locupletior factus non sit, quia vtilitas
promiscui vsus publica est. Hancque differentiæ
rationem pereleganter & concisè suo more Paulus
docet cùm ait, imputandum non esse ei qui nesciens
dominum decessisse cum institore mercem exer-
cente contrahat, ac si diceret, vt is qui cum institore
mercem exercente contraxit pupillum obligatum
habeat, sufficere vt nihil ei imputari possit, quod
contingit si nesciens dominum vita decessisse cum
6 institore contraxerit. † At vt is qui cum alio insti-
tore mercem non exercente contraxit, aduersus pu-
pillum locupletiorem non factum actionem para-
tam habeat, non sufficere vt nihil ei imputari pos-
sit, si illius causa publicæ vtilitatis fauorem non
contineat. Quæ etiam ratio est propter quam idem
Paulus simpliciter non dixit, nihil posse imputari
ei qui nesciens dominum decessisse cum institore
contraxit, sed adiecit, *mercem exercente*, ne quis fortè
existimaret de iis qui cum aliis institoribus contra-
hunt, idem dici posse, quibus quidem nihil impu-
tari potest si nescientes dominum decessisse contra-
xerint, sed non ideo pupillum si locupletior factus
non sit obligare sibi possunt. Prætereà quamuis
in institore mercem exercente singulari iure rece-
ptum esset, vt qui cum eo contraherent scientes do-
minum decessisse nihilominus pupillum obligatum
haberent, quod verum non est, attamen non verè
diceretur nihil iis imputari posse, *l. pen. D. de reb. cr.*
credit. Qui potius dicendum esset imputari qui-
dem iis posse cur contraxerint, sed eam rem non
facere quominus pupillum sibi obligauerint pro-
pter vtilitatem promiscui vsus. Quod tamen ab-
surdissimum esset. Nulla enim iuris parte succur-
ritur ei cui propria culpa imputari potest, ex regu-
la *l. quod quis. 203. de regul. iur.* Cùm igitur Paulus de
eo loquatur cui nihil imputari potest, itémque de
pupillo locupletiore non facto, vt suprà probaui-
mus, necessariò admittendum est quod volumus
pro, *sciens*, legendum esse, *nesciens*, quæ lectio Pauli
sententiam non solùm veram, sed etiam longè ele-
gantiorem facit, quàm vulgo ab interpretibus acci-
piatur.

CAPVT XII.

Quæ actio competat aduersus fideiussorem qui promissum hominem ante promissoris moram occidit.

SVMMARIA.

1 *Iureconsultos in proposita quæstione inter se dissensisse.*
2 *De dolo actionē quauis alia deficiente demum concedi.*
3 Vtilem actionem *dici quæ directa non est, non quæ restituta est.*
4 *Existimasse Papinianum in l. Stichum. §. 1. de solut. actionem ex stipulatu in fideiussorem, cuius facto homo promissus periit, competere.*
5 *Latinorum Interpretum ad superiorem quæstionem dissensio.*
6 *Papinianum in dicta quæstione sibi ipsi contrarium non fuisse.*
7 *Quomodo Iulianus cum seipso conciliandus?*
8 *An fideiussor ex mora sua principalem obligationem perpetuet?*

CVm dici soleat hominis promissi interitu ante
moram contingente promissorem liberari, *l. si*
ex legat. 23. de verb. oblig. elegans dubitatio est, quæ
actio competat aduersus fideiussorem, qui promis-
sum hominem ante promissoris moram occidit:
Quanquam enim promissoris mora fideiussoris ob-
ligationem perpetuat, tamen non idem in fideius-
sore receptum est, vt ipsius facto principalis quo-
que obligatio perpetuetur. Vnde fit vt homine pro-
misso à fideiussore occiso nulla promissoris mora
præcedente promissor liberetur, ac per consequen-
tias fideiussoris quoque obligatio, quæ accessoria
est, extincta videatur. At quoniam iniquum esset fi-
deiussorem sibi facto suo liberationem acquirere,
dubitandum non est quin obligatus maneat, † sed 1
quænam aduersus eum actio competat, nondum
constat. & ego inter ipsos iuris authores contro-
uersum fuisse arbitror. Nam Papinianus in *l. si fide-*
iussor. 19. D de dolo. Neratij & Iuliani sententiam
refert, vt fideiussor actione de dolo conueniendus
sit, neque ex stipulatione conueniri possit, quo-
niam liberato reo ipse quoque per consequentias
liberatus esse intelligitur. At idem Papinianus in
l. Stichum. 95. §. 1. de solut. scribit fideiussorem in ea-
dem prorsus specie, ex stipulatione nihilominus te-
neri, quemadmodum, inquit, teneretur si debitor si-
ne herede decederet. Cui Paulus subscribit in *l.*
mora. 88. D. de verbor. obligat. & in *l. cum filiusfamil. as*
49. eod. itémque Marcianus in *l. mora. 32. §. vlt. de vsur.*
quibus locis actionem ex stipulatu quam aduersus
fideiussorem dandam putant, vtilem non directam,
esse interpretantur. Sed & quod magis mirum est,
Africanus in *l. cum quis. 38. §. penul. de solut.* refert Iu-
lianum existimasse in fideiussorem qui promissum
hominem ante moram occidit, actionem ex edicto
restitui: quod si ita est, non videtur verum, quod in
d. l. si fideiussor. Papinianus ait Iulianum in ea fuis-
se sententia, vt fideiussorem de dolo teneri existi-
maret. Hæc enim prorsus contraria sunt, Fideius-
sorem actione De dolo teneri, &c. in eum actionem
ex edicto restitui: † quandoquidem certi iuris est 2
tories actionem De dolo cessare quoties actio ex
edicto restitui potest: nunquam enim De dolo a-
ctio nisi in subsidium, & quauis alia deficiente con-
ceditur, *l. Diuus. 7. D. de in integr. restitut. l. 1. §. idem*
Pomponius. D. de dolo. Ex quo eorum sententia re-
fellitur, qui vt Iulianum cum seipso, & cæteris con-
cilient, putant actionem ex stipulato, quæ ipso iu-
re perempta est, ex edicto De dolo restitui aduer-
sus fideiussorem, ob idque vtilem dici in *d. l. 49. de*
verb. oblig. & l. 32. §. vlt. de vsufruct. Quod Iuliani, &
Neratij sententiæ perspicuè aduersatur in *d. l. si fide-*
iussor. 19. de dolo. vbi manifestum est tractari de actio-
ne De dolo, non de actione ex stipulatu, quæ ex e-
dicto De dolo restitui possit, quæ si posset, actio De
dolo necessaria non esset: porrò cùm necessaria non
est, vtilis esse non potest. Sed & quibus locis scri-
ptum est fideiussorem vtili actione ex stipulatu te-
neri, edicti De dolo mentio nulla fit, † vt non sit 3
existimandum vtilem actionem à Iureconsultis di-
ci, quòd restituta sit, sed quod directa non sit, cùm
sublata principali obligatione, fideiussoria directa
remanere non possit. Minus placet Græcorum
subtilitas, qui distinguendum existimant an fideius-
sor dolo promissum hominem occiderit, an sine do-
lo, vt priore casu in eum actio De dolo detur, po-
steriore verò vtilis quam in factum appellant. † Et- 4
si enim nullo fideiussoris dolo interueniente, De
dolo

dolo teneri non potest, tamen Papinianus in *d. l. Stichum. 95. §. 1.* ostendit manifestè, ne si fideiussoris dolus interuenerit, teneri eum de dolo, sed actionem ex stipulatu superesse, perinde ac si promissor sine herede decederet. Nam debitorem Stichi aut Pamphili, qui Stichum interfecit, si posteà Pamphilus suo fato peremptus sit, competat fideiussori, qui promissum hominem de quo fideiusserat, occidit. Et aduersus debitorem de dolo actionem dandam esse ait, quia delicta non debeant esse impunita: qua ex ratione apparet loqui eum de debitore qui dolo Stichum occiderat, alioqui nec de dolo teneretur, sed potius in factum, nec delictum commisisse videretur qui imprudens occidisset. *l. si quis absente. 5. in versicul. longe. D. de obligat. & action.* Ergo quod sequitur, fideiussoris aliam rationem esse vt ex stipulatu non de Dolo conueniatur, de eo intelligi debet qui dolosè promissum hominem interfecit, vt horum recta comparatio sit, & ridiculus non sit Papinianus, qui moneat nullo dolo interueniente fideiussorem de dolo non teneri. Rursus quod scriptum est in *d. l. 49. §. vlt. de verb. oblig. & l. 32. §. vltim. de vsur.* fideiussorem vtili actione ex stipulatu teneri, non de actione in factum accipi potest, sed de actione ex stipulatu necessariò intelligendum est, secundũ Pauli sententiam in *l. mora. 88. de verb. oblig.* idque ex superioribus omnino sequitur. Nam qua ratione fideiussoris dolo interueniente actio de dolo aduersus eum non datur, eadem prorsus admittendum est, fideiussorem qui dolo careat in factum non teneri, cùm vtroque casu verum sit ex Papiniani sententia actionem ex stipulatu superesse: & actio in factum iis casibus locum non habeat, quibus dolo
5 interueniente de dolo agi non posset. † Postremò communis Latinorum interpretum distinctio probabilis non est, vt ita demùm fideiussor de dolo teneatur, si nulla prius contracta mora promissum hominem occiderit. Nam Iuliani & Neratij ratio, *quoniam debitore liberato per consequentias fideiussor quoque dimittitur*, docet fideiussorem, qui post contractam moram promissum hominem occidit, nihilominus de dolo teneri, quia cùm fideiussoris mora promissori non noceat, vt initio capitis diximus, consequens est vt hoc quoque casu, quemadmodum debitor hominis interitu liberatur, ita fideiussor per consequentias liberatus esse intelligatur. Neque verò aut in *d. l. fideiussor.* aut in *l. Stichum.* aliisque legibus distinguitur an fideiussor post moram suam promissum hominem occiderit, nécne: sed tantum in *d. l. 49 de verb. oblig.* Paulus ponit factam fuisse moram, quia non de homine occiso loquitur, sed fato suo perempto, quo casu mora nulla præcedente tam fideiussor quàm debitor liberaretur: Mora per debitorem contracta, vterque obligatus maneret. Propter quam causam additum est in *d. l. si fideiussor. ante moram*, scilicet debitoris non fideiussoris, vt ex ratione subiecta intelligitur. At si fideiussor solus in mora fuisset, solus quoque hominis morte non liberaretur, debitor liberaretur. Idémque est si citra moram promissum hominem fideiussor occiderit. Nam Papiniani ratio in *d. l. Stichum.* iis verbis, *quemadmodum tenebatur si debitor sine herede decessisset*, ostendit nouum non esse vt sublata principali obligatione, fideiussoria remaneat: quod si ita est, cur non ex stipulatu fideiussor tenebitur, licet nulla præcedente mora promissum hominem occiderit? Quare verius est, Iureconsultos in quæstione ista, vt aliis infinitis, dissensisse, nec fortè de eo quisquam dubitaret, si Paulus cum Neratio, aut Papinianus cum Iuliano conciliandus esset. At quoniam Papinianus & Iulianus, non inter se, sed sibiipsi contrarij visi sunt, hinc factum puto vt in conciliatione quærenda interpretes omnes cùm veteres, tum recentiores tantopere laborauerint. † Mihi verò Papinianus sibi contrarius fuisse 6
non videtur. Nam in *l. si fideiussor. de dolo.* Iuliani & Neratij sententiam, & rationem refert duntaxat, quã tamen nec probat, nec improbat. Sed in *l. Stichum.* quid sentiat apertè exprimit, scilicet sublata principali obligatione fideiussorem nihilominus obligatione retineri, idque probat exemplo debitoris qui sine herede decessit, à quo datus fideiussor non ideò liberatur, quominus ex stipulatu conueniri possit: ex quo ad Iuliani, & Neratij rationem facilè responderi potest. † Sed difficilius est Iulianum cum seipso 7
conciliare, quem Papinianus in *d. l. si fideiussor.* refert existimasse fideiussorem de dolo teneri, cùm tamen Africanus in *d. l. cum quis. 38. §. pen. de solut.* testetur ipsius sententiam illam fuisse vt in fideiussorẽ actio ex edicto restituatur: quæ media quædam sententia est. Etenim si aduersus fideiussorem, actio ex stipulatu restituatur, ex edicto fiet vt de dolo non teneatur. Itemque vt liberato debitore fideiussor ipso iure desinat teneri ex stipulatu, quod Papinianus, Paulus, & Marcianus non admitterent. Ego Iuliani sententiam istam fuisse arbitror, vt actio ex stipulatu, quę aduersus fideiussorem competebat, ipso iure per debitoris liberationem extinguatur: sed tamen restituatur ex edicto ex quibus caus. maior (de illo enim Iulianum loqui in *d. §. pe.* manifestissimum est) si dolus non interuenerit, quo casu nemo vnquam dixit de dolo agi posse. Quod si fideiussoris dolus adsit, necessariò agendum de dolo, quia hoc casu restitui non possit actio aduersus fideiussorem ex edicto illo generali, cui dolo interueniente nunquam locus esse potest. Alioqui superuacuum esset edictum De dolo, ex quo scilicet actio non datur, si alia competat vel ipso iure vel ope restitutionis, *d. l. 1. §. idem Pomponius, de dolo.* Semper autem restitutioni locus esset ex illa generali clausula *si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*: cùm dolus iusta causa sit restitutionis. Vnde Paulus in *l. cum miles. 30. §. vlt. ex quib. caus. maior.* monet aduersus eum qui Reipublicæ causa abfuit, & alienam rem vsucepit, restitutionem dari (scilicet ex edicto illo) licet, inquit, sine dolo malo abfuerit, vt intelligamus dolo accidente cessare restitutionem ex eo edicto, & de dolo agendum esse. Sic *in l. quidam 38. de dolo.* Vlpianus scribit eum qui deceptus debitorem acceptilatione liberauit, si minor sit, in integrum restitui posse, nempe ex edicto de minoribus: si maior, non posse, (nimirum ex edicto ex quib. caus. maior. quo maioribus succurritur) sed de dolo agere debere: quod & scriptum est *in l. 1. §. pen. eod.*
† Huic porrò Iureconsultorum dissensioni & controuersiæ causam dedisse videtur vetus illa quæstio, 8
An fideiussor ex mora sua, propriam obligationem perpetuet, de qua iam olim dubitatum fuisse Paulus refert in *l. si seruum. 91. §. nunc videamus. de verb. oblig.* vbi Pomponij sententiam magis probat existimantis perpetuare, eáque ratione confirmat, quod fideiussor obligationem suam facto suo tollere non debeat. Quod fortissimum argumentum est pro Papiniani, Pauli, & Marciani aduersus Iulianum, Neratiũ, & Africanum sententia. Si enim fideiussor ex facto suo sibi liberationem acquirere non potest, illud in proposito quæstionis necessariò relinquitur, fideiussorem, qui promissum hominem ante debitoris mo-

ram occidit, ex stipulatione nihilominus teneri, vt aduersum eum neque ex edicto actionem restitui, neque de dolo agi necesse sit. Ea verò sententia vt fideiussor ex propria persona obligationem suam perpetuare possit. Scæuolæ quoque placuit *in l. si libertus. 44. de oper. liber.* & quemadmodum æquior est, ita magis cōmuniter cæteris probata fuisse videtur.

Capvt XIII.

Explicatio l. si extraneus. 33. de iur. dot. & l. Nesennius. 41. de re iudicat.

SVMMARIA.

1 *An, & quando aduersus eum qui marito dotem promisit actio in solidum detur?*

2 *De quo donatore accipienda sit* l. si extraneus ff. de iur. dot.

3 *Reycitur conciliatio* d. l. si extraneus *cum* l. Nesennius de re iudic. *ab Accursio allata.*

4 *Dos vtrique cōiugi donata, an mulieri soli acquiratur?*

5 *Eum qui mulieri duntaxat dotem donatam voluit a marito insolidum eius nomine conueniri posse.*

6 *Et quidem tam constante quam soluto matrimonio.*

7 Extraneus *quis dicatur in* l. vlt. de iur. dot.

1 CVm † quæritur, an aduersus eum qui marito dotem promisit, actio in solidum detur, vt ei non prosit si facere non possit, certum est distinguendum esse an mulieris debitor fuerit is qui dotem promisit, an cùm debitor non esset, donandi animo dotem promiserit. Nam si debitor fuit, nulla ratio est cur non conueniatur in solidum, quemadmodum si marito delegatus non esset, ab ipsa muliere conueniretur. At si debitor non fuit, donandique animo dotem promisit, subdistinguendum puto, an vxori tantum an & marito donare voluerit, vt priore casu in solidum à marito conueniri possit, qui non ei donauit *l. Nesennius. 41. D. de re iudicat.* quemadmodum si is qui donare mihi volebat delegatus à me creditori meo stipulanti spoponderit, *l. pen. D. de nouat.* vel si cùm Primus tibi donare vellet, & tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit. *l. qui id quod. 33. §. vlt. D. de don.* vbi rationem Hermogenianus reddit quòd his casibus negotium suum gerat is cui promittitur, qui scilicet ab eo qui promittit nihil accipit. Quòd si marito quoque promissor donare voluit, dicendum est secundum Diui Pij Constitutionem eum qui ex liberalitate conuenitur non nisi in quantum facere potest conueniri debere, *l. Diuus. 28. de reg. iur. l. si extraneus. 33. de iur. dot.* 2 † quæ accipienda est de donatore qui non solùm mulieri, sed etiam marito donare voluit. De illo. n. loquitur qui promisit non ex necessitate, sed ex volūtate, hoc est donandi animo, ac proinde qui erga eum ipsum cui promisit, eam voluntatem habuit. Nam & sententiam suam Vlpianus confirmat ex Diui Pij constitutione, quam tamen certum est donatori non prodesse, nisi aduersus eum ipsum cui donatum est. *d. l. Nesennius. l. pen. de nouat. l. 33. §. vlt. de donat.* Nec probanda eorum sententia est, qui verba illa, *quemque in id quod facere posset, si conuenisset, condemnauerat*, de muliere intelligunt, cùm præcedentia omnia sint de marito, de muliere verò ne verbum quidem. Neque tamen id ita accipi volo, vt soli marito donauerit, (alioqui soluto matrimonio dotis exactionem mulier non haberet) sed vtrique coniugi donatum voluerit, marito constante matrimonio, vxori post solutum matrimonium, neutri verò in totum, vt Vlp. loquitur *in l. licet. 43. §. quoties. de iur. dot.* quæ dotis natura & conditio est. † Quod cùm ita sit, nil necesse est nos cum 3 *Accursio* comminisci, *in d. l. Nesennius*, donatorem factum fuisse debitorem prius quàm cum eo ageretur. Nec rursus quod alij respondent, *in l. si extraneus.* non maritum cum promissore, sed vxorem aduersus maritum soluto matrimonio agere: quod quanquā verum est, ad rem tamen non pertinet. Vlpianus enim marito imputari non posse ait quòd donatorem ad solutionem non præcipitauerit, quem si conuenisset in id duntaxat quod facere posset, condemnare fecisset. quæ postrema verba palàm est de marito aduersus promissorem, non de vxore aduersus maritum agente intelligi debere. Huic verò nostræ interpretationi non obstat quod in fine *d. l. si extraneus.* Vlpianus ait, in proposito casu id quod promissum est mulieri acquiri ad quam rei commodum respicit. Neque † enim id sic accipi debet, vt soli mulieri donatum sit, sed ita, vt cum vtrique coniugi donatum sit, magis tamen mulieri quàm marito acquiri 4 dicamus. Ad illam enim ipsius rei, ad hunc fructuum duntaxat commodum respicit. Quòd si mulieri soli donatum esset, dubitatio nulla esse posset, quin mulieri acquireretur, neque Sabini sententia interpretatione egeret, quæ tamen necessaria fuit, quoniam marito primùm donatio facta esse proponebatur. Fieri enim potest vt propter mariti personam donādi animo dotem promittat is, qui si alius maritus esset, promittere dotem nollet. arg. *l. sicut 8. §. sed si promiserit. D. quib. mod. pignor. vel hypoth. solu.* Et ob eā causam Paulus in *d. l. Nesennius.* de illo disertè loquitur, qui *pro muliere cui donare volebat dotem marito promisit*, quoniam in eo qui marito quoque donare voluit, dubitatio nulla esse poterat. † Denique si mulieri duntaxat donatum sit, non puto verum esse quod 5 Vlpianus ait, marito imputari non posse cur promissorem ad solutionem non præcipitauerit, & ab eo dotem in solidum exegerit. Alioqui dicendum esset, si Titius donare mihi volens delegatus à me creditori meo stipulanti spoponderit, isque priusquam cum eo ageretur, cùm tamen agi posset, facultatibus defectus sit vt amplius solidum ab eo consequi creditor non possit qui anteà potuit, meum periculū esse vt quod à Titio seruare creditor non poterit à me consequatur. eadem æquitatis ratione, quia ei pepercerit cui ego etiam pepercissem, quique erga me liberalis & munificus extiterat. Quod tamen vix est vt admittendum sit, ne qui semel liberatus est, creditoris facto, & culpa rursus obligetur. † Videndum autem est, cur in *d. l. Nesennius.* Paulus adie- 6 cerit *maximè, si cōstante matrimonio petat.* Si enim verba hæc sic accipiantur, vt soluto matrimonio agens maritus exceptione repellatur, iniqua erit Pauli sententia, cum soluto quidem mulieris morte matrimonio dos aduentia mariti locro cedat. *l. 5 de bon. damn.* & apud Vlpianum *tit. De duobus. §. aduentitia.* diuortio autem facto vel nullam dotis partem maritus petere possit, vel cùm petere potest, nulla ei exceptio obiici debeat. *l. si donaturus. 9. §. vlt. de cond. caus. dat.* vbi elegans ratio redditur, quia maritus suum negotium gerit: quam certum est, longè magis soluto, quàm constante matrimonio locum habere: cum hoc casu non nisi ratione fructuum: priore verò ratione proprietatis negotium suum maritus gerat. Ex quo etiam apparet Paulum sic intelligi non posse, vt cùm tam soluto, quàm constante matrimonio in solidum dotem petere maritus possit, multò magis tamen constante quàm soluto: Illud igitur superest, Pauli sententiam eam esse, vt tam hoc

quàm

quàm illo casu maritus, cui donatum non est, in solidum exigere dotem possit: sed maximè si constante matrimonio petat, quia tunc suum negotium gerat ratione fructuum qui pro oneribus matrimonij ad eum omnimodo pertinent: Quod soluto matrimonio indistinctè dici non potest, cum si diuortio solutum sit, & liberi nulli interuenerint, nullam dotis partem retinere debeat, sed integram exigere, & mulieri restituere, vt superiore libro diximus cap. 16. quo casu eum non tam suum, quàm mulieris negotium gerat, æquum est exceptionem quæ aduersus mulierem opponi posset, marito quoque obijci. *d. l. si donatarium. §. vlt.* quod *Accursius* non intellexit, Iam verò ad rem non pertinet, quod ex Labeone proponitur *in l. penult. C. de iure dot.* quoties de dote promissa agitur, non oportere in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. † Nam quod Paulus
7 notat id semper in extraneo verum esse, de illo intelligi debet, qui ex necessitate promisit, non qui ex voluntate, & donandi animo: hic enim ferè est vt extraneus non sit, qui parentis officio fungitur. Neque verò eum qui donandi animo dotem promisit Iureconsulti vnquam promissorem simpliciter appellant, sed vel donatorem, vel promissorem donandi animo, vt in *d. l. si extraneus. & l. Nesennius.* Dici etiam potest Labeonis temporibus, hoc est ante Diui Pij constitutionem, nondum obtinuisse vt donator vltra facultates non conueniretur: atque ideo Pauli notam sic intelligi debere, vt rectè Labeo senserit in extraneo, non vt hodie Labeonis sententia in quolibet extraneo vera sit, si donator extraneus dici potest. Nec obstat quod Paulus ait, in extraneo semper veram esse. Aliud enim est, in quolibet extraneo veram esse, quod falsum est, aliud verò in extraneo debitore veram esse semper. hoc est, tam constante, quàm soluto matrimonio: ad differentiam soceri, in quo distinguit an constante an soluto matrimonio dos ab eo petatur. quanquam re vera concludit aduersus Labeonis sententiam, neutro casu socerum condemnari in solidum nisi ex magna causa puta si quid dolo fecerit, quod pugnare videtur cum *l. sicut 21. & l. sed hoc ita. 21. de re iudic.* De quibus in sequenti capite videamus.

CAPVT XIV.

Emendatio l. sicut. 21. D. de re iudic.

SVMMARIA.

1 *An mulieris pater ex dotis promissione in solidum conueniri possit?*
2 *Distinctio qua Accursius duos Pauli locos in hac quæstione inuicem pugnantes conciliauit.*
3 *An de actione quæ soluto matrimonio competit accipienda sit* l. ex diuerso. ff. sol. matrim.
4 *Coniungitur Neratij & Pauli sententia, & difficultas ex coniunctione nascens indicatur.*
5 *Emendatio* d. l. sicut. *& emendatæ sensus.*
6 Vtique *pro* indistinctè.

QVi honor marito habetur, vt iudicio de dote non nisi in id quod facere potest, condemnetur *l. maritum. 12. D. solut. matrim.* eûdem socero quoque, hoc est patri mariti, cû de dote nurus agit, haberi certum est, *l. res iudicata. 15. §. vltim. D. eod.* quia vt in *l. seq.* Pomponius ait, parentis locum socer obtinet. † Sed si ex diuerso mulieris pater ex promis-
1 sione dotis à marito conueniatur, quæri solet, neque inter omnes constare videtur, an ei honor idem habendus sit. Dubitationem verò illud fecisse videtur, quod licet hic quoque socer parentis locum obtineat, tamen ex officio & necessitate dotem promisit, vt proinde illius conditio durior esse debeat, *arg. l. si extraneus. 33. de iure dot.* de cuius sententia superiore capite diximus. Paulus tamen in *l. ex diuerso. 17. solut. matr.* Proculum & Neratium scripsisse refert iustum esse, vt ei idem honor habeatur vt non nisi in quantum facere potest condemnetur. Quod † constante quidem matrimonio verissimum 2
est, adfinitatis scilicet veneratione, vt idem Paulus ait *in l. penult. de iure dot.* Sed soluto matrimonio quemadmodum adfinitas tollitur, ita soceri priuilegium finiri videtur, vt in solidum conueniatur, quomodo apertè Pomponius diffinit *in l. sed hoc ita. 22. D. de re iudicat.* vbi quod in l. præcedente Paulus indistinctè dixerat, socerum ex promissione dotis in solidum conueniri posse, Pomponius sic accipiendum ait, si soluto matrimonio conueniatur. Qua distinctione *Accursius* vtitur, vt duos Pauli locos, qui inuicem pugnare videntur, conciliet. † At 3
videndum est, ne & quod scriptum est *in l. ex diuerso.* socerum ex dotis promissione, non nisi in quantum facere potest teneri, sic accipiendum sit, si soluto matrimonio conueniatur: quod magis est, cùm vtriusque loci eadem ferè verba sint, nec de illo vnquam dubitatum sit, an socer constante matrimonio in solidum conueniri potuerit, quem certissimũ fuit non potuisse, sed de illo duntaxat, an soluto matrimonio idem honor ei habendus sit: de quo quæri solere Paulus ait *in d. l. ex diuerso.* † Quare subtilius 4
est, quod nonnulli tradiderunt, vtrumque Pauli locum sic coniungendum esse, vt quod vni deest, ex altero suppleatur. Aequum enim esse, quod & Neratius putabat, soluto matrimonio socerum ex dotis promissione in quantum duntaxat facere posset, condemnari, sed alio iure nos vti, vt in solidum condemnetur, ex eiusdem Neratij sententia. Habet tamen hæc quoque interpretatio illud incommodi, quòd verum non videtur ex Pauli sententia eo iure nos vti, vt socero non prosit exceptio si facere non possit, cùm idem Paulus *in l. pen. de iure dot.* scribat eam exceptionem socero ex causa & persona concedendam esse. Quid enim, inquit, si specie futuræ dotis induxerit generum, & cùm sciret se dotẽ præstare non posse, id egerit vt genero insidiaretur? Quibus verbis non obscurè ostendit socerũ si nullius doli & fraudis conscius sit, etiam soluto matrimonio in solidum non teneri, & eo iure nos vti, vt non nisi ex magna causa in solidum condemnetur. Nec admittendum est, quod *Accursius* putat, sententiam Pauli in *l. sicut. 21. de re iudic.* ita procedere, si socer dolo quid fecerit. Etenim præter id quod ex iis verbis, *sed alio iure vtimur,* apparet regulam illam colligi, vt in solidum teneatur, dici etiam non potest æquum esse honorem socero haberi qui generum dolosè induxit specie futuræ dotis quam sciebat se præstare non posse: † Ergo recepta lectio emendanda est, & ea potiùs sequenda, quæ in quibusdam codicibus reperitur, in quib. sic legitur. *sed alio & alio iure vtimur.* Cuius lectionis sensus est, æquum quidem esse, socerũ ex promissione dotis soluto matrimonio in solidum nõ condemnari. sed alio & alio iure nos vti, id est, eum nunc in solidum cõdemnari, nunc non condemnari. Regulariter non condemnari, ex causa tamen & persona condemnari, hoc est si dolo dotem promiserit, vel si talis persona sit quæ vix aliquo honore digna esse videatur, secundum distinctionem *d. l. pen. de iure dot.* 5

Atque ideò rectè *in l. seq.* ex Pomponio subiicitur hoc ita accipiendum esse, si soluto matrimonio dos à socero petatur. Nam si constante matrimonio, certo iure vtimur socerum suprà quàm facere possit non teneri, nec si dolosè dotem promiserit, aut eo honore indignus sit, adfinitatis scilicet ratione, vt *in*
6 *d. l. pen.* † Paulus ait. Itaque interpretor verba illa Pomponij, *succurrendum vtique est*, id est indistinctè, nec inspecto eo, an causa aliqua sit propter quam socer in solidum condemnari debeat. Quomodo *in l. frater à fratre. 38. de condict. indeb.* Africanus ait, *vtique quidem pro ea parte qua ipse patri heres extitisset, repetiturum*, id est, non admissa ea distinctione, An ex peculio fratris creditoris ad fratrem debitorem aliquid peruenerit; quæ distinctio posteà ponitur, cùm quæritur, An pro qua parte frater creditor heres extitit, repetitioni locus sit. Notãdum autem est, quod emendationem nostram, aut potius veterem lectionem valde confirmat, secundum hanc interpretationem fieri vt Neratij sententia, quam Paulus refert *in d. l. ex diuerso.* verissima sit, & planè eadem illa, quæ refertur *in d. l. sicut.* illo duntaxat addito, perpetuam eam non esse, si fortè magna aliqua causa aut soceri persona aliud suadeat, nec æquitas repugnet. Nam alio iure nos vti, quàm quod æquum sit, absurdissimum esset, nec Paulum vel Neratium aliter existimasse credendum est. Denique si regulariter aduersus socerum maritus in solidum agere posset, eoque iure vteremur, non puto Paulum id prætermissurum fuisse *in d. l. ex diuerso.* in qua Proculi, & Neratij sententiam sic refert, vt ab ea non recedat, nec alio iure nos vti exprimat.

CAPVT XV.

De quęstione, & sententia l. si Stichum 16. de verb. oblig. & l. qui decem 72. §. Stichum D. de solut. & liberat.

SVMMARIA.

1 *Duas rei alternatiuè stipulatus & aliquam ex causa lucratiua nactus an alteram ex stipulatu petere possit?*

2 *Illius rei quæ ad stipulatorem peruenit æstimationem à promissore eo casu præstari non posse.*

3 *An res quæ alternatiuæ stipulationis tempore mea erat, deinde mea esse desijt, inuito mihi à promissore solui possit?*

4 *Ex generali hominis stipulatione etiam eum qui stipulationis tempore stipulatoris fuit, et inuito à promissore rectè solui.*

5 *Perperam à quibusdam emendatum fuisse §. Stichum l. qui decem. de verb. oblig.*

6 *Dissensisse Papinianum à Marcello in quæstione illa, an in eo homine qui legatarij aut stipulatoris aliquando fuit, licet postea alienatus sit, legatum vel stipulatio consistat?*

TRitum est in iure ciuili duas lucratiuas causas circa eandem rem & personam concurrere non posse. Proinde si rem aliquam ex causa lucratiua stipulatus sim, quam postea ex causa quoque lucratiua nanciscar, stipulationem euanescere. *l. inter stipulantem 83. §. si rem. D. de verb. oblig. l. in perpetuum. 61. de solut.* quomodo & legatum extinguitur, si rei legatæ dominium ex lucratiua causa ad legatarium perueniat. *l. planè. 34. § quod si rem. l. huiusmodi. 84. §. qui seruum. de legat. 1.* † Vnde quæritur, si qui Stichum aut
2 Pamphilum alternatiuè stipulatus sit, & alterum ex causa lucratiua nactus sit, an alterum ex stipulatu petere possit. Cùm enim in alternatiuis stipulationibus electio sit promissoris *l. plerumque. 11. §. vlt. de iur. dot.* dicendum videretur stipulationem euanescere, cùm eum, qui stipulatoris factus est, promissor præstare non possit: eum verò quem præstare potest, præstare cogi non debeat vt salua ei electio sit. Verius tamen est in eius persona qui præstari potest stipulationem consistere, *l. si Stichum. 16. D. de verb. oblig.* Credo, quòd qui Stichum aut Pamphilum promittit, vtrumque separatim promittere intelligitur sub ea conditione, Si alterum non dederit, *arg. l. cùm ita. 9. de option. legat.* quæ conditio existit cùm alterum ex aliqua causa stipulator consecutus est: ille enim dari amplius non potest. Absolutè igitur, quasi stipulationis conditione existente petetur is qui præstari poterit *l. Stichum aut Pamphilum. 55. ibi, quem necesse habeo dare. D. ad leg. Aquil.* † Quod ego aduer- 2
sus *Accursij* sententiam sic accipiendum puto, vt promissor si illius qui ad stipulatorem peruenit æstimationem præstare velit non audiatur. Alioqui fiet vt duæ causæ lucratiuæ circa eandem rem & personam concurrant, cùm is qui rem habet ipsius quoque pretium & æstimationem habere intelligatur, indéque fiat vt qui ex duplici testamento eiusdem rei legatarius est, si prius rem ipsam ex altero consecutus fuerit, eiusdem æstimationem ex altero petere non possit. *§. si res aliena. Institut. de legat.* Quare ad rem non pertinet si quis Vlpianum obiiciat *in l. cum res. 47. § sed Stichus. de legat. 1.* vbi, si Stichus aut Pamphilus legetur, & alter ex iis in fuga sit vel apud hostes, præsentem deberi ait, vel absentis æstimationem. Multum enim interest an ex seruis legatis aut promissis alter ideò præstari non possit, quòd in fuga vel apud hostes sit, an quòd in stipulatoris dominiũ peruenerit. Nec enim illis casibus duæ causæ lucratiuæ circa eandem rem & personam concurrunt: quæ posteriore casu concurrerent. Denique si eius qui stipulatoris aut legatarij factus est æstimatio pręstari posset, absolutè verum non esset quod Pomponius ait *d. l. si Stichum.* reliquum deberi à stipulatore, nec quod Iulianus in *d. l. huiusmodi. 84. §. si Titio Stichus & in l. non quocumque. 82. §. vlt. de legat. 1.* alterum peti posse. Malè enim ageretur, & causa plus peteretur, si non relicta debitori electione, alter duntaxat, qui præstari potest, peteretur. *§. plus autem. Instit. de action.* † At si Stichũ aut Pamphilum stipulatus sim,
cùm iam meus esset Pamphilus, dubitatio maior est 3
an si postea meus esse desierit inuito mihi solui possit. Neque enim commode obiici potest, quod *Accursius* obiicit, duas lucratiuas causas circa eandem rem & personam concurrere non posse, cùm hic simul non concurrant, & solutionis tempore res amplius mea non sit. Marcellus tamen in proposito casu scripsit nec obligationem, nec solutionem in Pamphilo consistere, *in l. qui decem. 72. §. Stichum. D. de solut.* quia inutiliter quis rem suam stipulatur. *l. nemo. 82. & 87. de verb. oblig.* quæ autẽ ab initio inutilis fuit
stipulatio, ex post facto cõualescere nõ potest. † Sed 4
si hominem in genere stipulatus sim, aliud ibidem Marcellus probat, vt etiam vnum ex iis qui stipulationis tempore mihi seruiebant dando promissor liberetur. Tum subiicit, *vt quidam ipse & hic ex iis dari stipulatus est, qui eius non erant.* quorum verborum sententia illa esse videtur, effectu quidem ipso hoc quoque casu stipulatorẽ de iis sensisse videri qui sui non erant, quoniã ex suis neminem stipulari potuit. At quia generalibus verbis stipulatio cõcepta est, vt eam ab initio inutilem fuisse dici non possit, fieri vt promissor omnes soluere possit qui solutionis tempore

pore stipulatoris non sint, licet stipulationis tempore eiusdem fuerint, vt quamuis in obligatione esse non potuerint, tamen in solutione esse possint.

5 † Quod cùm Marcellus apertè scribat, eorum sententia probanda non est, qui putant legendum esse *non* per interrogationem, non *tamen*, existimantes Marcellum concludere hoc quoque casu hominem qui stipulationis tempore stipulatoris fuit, quemadmodum in obligatione, ita in solutione esse non posse. Nam & idem Marcellus scripsit, si quis duos homines promiserit, & Stichum soluerit, posse eum eiusdem Stichi dominium posteà consecutum dando liberari, *in l. si quis duos. 67. eod. tit.* & tamẽ negari nõ potest quin is qui duos homines stipulatus est, de iis vi ipsa senserit qui stipulationis tẽpore sui non erant, quemadmodum & is qui hominem in genere stipulatus est. Nec rursus dici potest quicquam interesse an stipulationis tempore Stichus stipulatoris fuerit, an ante solutionem eiusdem factus sit, cùm stipulatione rei promissæ dominium nacto, peræquè inutilis stipulatio fiat, ac si stipulationis tempore ea res stipulatoris fuisset. *l. nemo. 87. d. l. si Stichum. 16. dict. l. inter. 83. §. si rem. de verb. oblig.* Sed &, si ita stipulatus sim, *hominem ex his, quos Sempronius reliquit, dare spondes?* cùm tres Sempronius reliquisset, eorùmque aliquis iam meus esset, idem Marcellus scripsit mortuis quidem duobus, qui alterius erant, nullam obligationem superesse: sed si ante eorum mortẽ is qui meus fuit meus esse desierit, hactenus confirmari, & valere stipulationem, vt hic qui superest peti possit. *d. § Stichum in fi.* Ex quo apparet Marcelli sententiam illam fuisse, vt hominis stipulatione generaliter concepta, is quoque seruus solui possit qui ab initio aut ante solutionem stipulatoris fuit, si solutionis tempore alienus fuerit. Neque enim distinguendum arbitror, quod quidam distinguunt, an stipulationi modum aliquẽ, an nullum stipulator adiiciat, cùm id efficere non possit, vt in eo homine qui stipulatoris fuit stipulatio consistat, ac proinde vtroque casu stipulator vi ipsa de iis sensisse videatur qui stipulationis tempore ipsius non erãt. Ita enim semper in dubio interpretari debemus, vt stipulatio valeat potiùs quàm pereat.

6 *l. quoties. 80. de verb. oblig.* † Hæc quamquam ita sunt, & ex Marcelli sententia verissimè dicuntur, Papinianus tamen *in l. Mæuius. 66. §. duorum. de leg. 2.* aliud existimasse videtur, vt in eo homine qui legatarij aut stipulatoris aliquando fuit, licet posteà alienatus sit, nec legatum nec stipulatio constat. Cuius sententiæ rationem illam reddit, quòd hominis legatum orationis compendio singulos homines contineat, vt quemadmodum ab initio non consistit in his, qui legatarij fuerint, ita frustrà soluatur is cuius dominium posteà legatarius adeptus ẽst, tametsi dominus esse desierit. *Eadémque* inquit, *ratio stipulationis est*. Certè eadem stipulationi ratio conuenit. Nã, vt initio diximus, quemadmodum legatum, ita stipulatio eius rei non valet quæ ad legatarium, aut stipulatorem pertinet: & quemadmodum legatum, sic stipulatio hominis orationis compendio singulos homines continet. Rursus, quæ ratio Marcellũ mouisse videtur vt existimaret ex hominis stipulatione etiã eum solui posse qui anteà stipulatoris fuit, si modò solutionis tempore alienus fuerit, in legato quoque locum habet: quoniam cùm stipulationis, aut legati verba generalia sunt, stipulator aut legatarius agẽs, prohibè recusare non potest, quominus eum accipiat, qui appellatione hominis continetur, & cuius præstationem solutionis tempore nihil impedit. Quòd si obiiciat, stipulationis tempore obligationem in eo constitui non potuisse, in promptu contradictio erit, stipulationem generaliter de homine non de hoc aut illo conceptam esse, nouum autem non esse vt non expressum non noceat, quod expressum noceret. *l. nunquam 56. de cond. & demonst. l. si ita. 65. §. illi si volet. de leg. 3.* Atque ita ego, si solius Papiniani authoritas solius Marcelli authoritatem non vinceret, pro Marcello aduersus Papinianum disputarem. Eos enim in quæstione ista dissensisse negari non potest, quicquid *Accursius*, & cæteri causentur, neque dissensionis tollendæ gratia admittendum est quod ex recentioribus quidam vir clarissimus, & Iureconsultus elegantissimus tentauit, interpretis esse non Papiniani verba illa, *eadémque stipulationis ratio est*, quæ nos probauimus, etiamsi à Papiniano prætermissa essent, tamen ex eiusdem ratione prorsus intelligi debere: nec sanè hac parte inter stipulationem, & legatum dissimilitudinis rationem aliquam probabilem excogitari posse arbitror.

CAPVT XVI.

Ad §. vltim. l. 4. D. de condit. instit. de ratione introducenda cautionis Mucianæ.

SVMMARIA.

1 *Cur ita institutus, si seruum non alienauerit, quum solus heres scriptus est, sub impossibili conditione institutus videatur?*

2 *Sub impossibili conditione scriptum videri maritum ita ab vxore institutũ, si dotem nec petierit nec exegerit.*

3 *Cur in specie* d. §. vlt. *legitimis heredibus quorum interest, non caueatur, coheredi verò, cuius longè minus interest, caueatur?*

4 *Vera ratio ab authore affertur.*

5 *Differentia inter conditiones quæ in faciendo & eas quæ in non faciendo consistunt.*

6 *Cur in specie* d. §. vlt. *Muciana cautio locum non habeat?*

7 *Ratio cur in vltimis duntaxat voluntatibus, non etiam in contractibus cautio Muciana introducta sit?*

8 *In donationibus causa mortis Mucianæ locum non esse.*

VIx † quisquam adhuc rationem reperire potuit 1 eius quod ex Iuliano Vlpianus scribit *in l. 4. §. vlt. de condition. instit.* eum qui ita heres institutus est. Si seruum hereditarium non alienauerit cauentem coheredi implere conditionem: at si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione institutũ videri. Cùm enim is cui sub conditione non faciendi aliquid hereditas relicta est, ei cauere debeat Muciana cautione, ad quem iure ciuili deficiente conditione hereditas pertinere potest. *l. is cui. 18. D. de cond. & demonst.* eaque cautio pro cõditionis implemento habeatur. *l. Muciana. 7. princip. D. eod.* videbatur in proposito casu conditionem sic commodè impleri posse, si legitimis heredibus ab intestato venientibus huiusmodi cautio præstaretur. Nam si quis dicat cautioni locum non esse, quòd hæc conditio viuo herede, scilicet serui morte impleri possit. *l. cùm tale. 72. §. Titius. l. hoc genus. 106. eod.* facilè refelletur ex eo quòd coherede dato cautioni locum esse Iulianus putabat, quo tamen casu obiici etiam potest cautionis Mucianæ vtilitatem nullam esse in iis cõditionibus, quæ alterius, quàm cui iniunctæ sunt morte impleri possunt. Sed hoc ad rem non pertinat nisi conditiones ad mortem alterius respiciant: quod hic non cõtingit, vt ex recentioribus nõnulli erudi-

te,& subtiliter obseruarũt. Minus etiam dici potest,
quod *Accursius* tentat, cautioni locum esse non pos-
se, quia nemo sit cui caueatur. Nam legitimis hære-
dibus caueri potest, &, si vera est regula *dict. l.is cui.*
multò magis iis cauendum est, quorum ratione to-
tius hæreditatis interest, quàm cohæredi, ad quem
deficiente conditione pars dũtaxat hæreditatis per
2 tinebit.† Nec simile est exemplum quo *Accursius* v-
titur ex *d.l.Muciana.§.vl.* vbi maritus hæres scriptu-
sub ea conditione, Si dotem nec petierit nec exege-
rit, sub impossibili conditione scriptus dicitur, quia
nemo sit cui caueat. Ibidem enim ratio subiũgitur,
quòd ipso iure impleta videatur conditio, cùm ne-
mo sit quem maritus de dote cõuenire possit adeũ-
do hæreditatem. Quæ ratio sic explicari debet, cau-
tionem Mucianam ideò interponi, vt aditam hære-
ditatem vel acquisitum legatum restituat is qui ac-
cepit, si postquam acceperit conditio defecerit, *d.l.*
is cui.& l.cum sub hac.67. de conditio.& demonstr. At
post aditam hæreditatem à marito ex asse scripto,
conditionem illam, Si dotem neque petierit, neque
exegerit, deficere non posse, cùm eo tempore nemo
futurus sit, à quo peti, aut exigi dos possit. Quod in
casu proposito similiter dici non potest. Nam licet
solus hæres scriptus sit is cui conditio illa adscripta
est, Si seruum hæreditarium non manumiserit, aut a-
lienauerit, manifestum est hæreditatis aditioné neu
efficere vt conditio impleatur, nec seruus alienari
possit, qui potius nisi adita hæreditate alienari verè
nõ potest. Illa igitur dubitatio semper manet,† Cur
3 legitimis hæredibus quorum interest non caueatur
cohæredi verò cuius longè minus interest cauea-
tur. Neque rursus verum est quod *Bartolus* vult, hu-
iusmodi conditionem De non alienando facilè re-
spui & insuper haberi, cùm in fauorem serui adiicia-
tur, ne alterius quàm hæredis seruitutem experia-
tur, vel eius qui hæredis hæres sit. Aut si conditio
hæc respuenda est, quærenda ratio erit, cur fauore
cohæredis non reiiciatur, cui omnimodo præstanda
cautio est vt conditio impleatur. Postremò, nec eo-
rum opinio probanda est, qui Iuliani sententiæ ra-
tionem illam afferunt, quòd post aditionem seruus
hæreditarius alienari prohibitus, hæreditarius non
sit: frustrà verò eius solius temporis ratione quo ia-
cet hæreditas, mox aditurus hæres legitimis hæredi
caueret se hæreditarium seruum non alienaturum.
Etenim secundùm hanc interpretationem dicen-
dum esset, inutilem duntaxat fore cautionem, quam
tamen Iulianus ait locum habere non posse, ob id-
que impossibilem esse conditionem, quæ, si aliqua
ratione cautio præstari posset, impossibilis non es-
set, nec ideò minus impleri deberet, quòd vtilitatis
nihil haberet, quemadmodum contingit, si hæres
institutus sit sub ea conditione, Si hæreditarium ser-
uum manumiserit: quo casu traditum est de facto
implendam esse conditionem, licet ante aditam
hæreditatem facta manumissio prorsus vana & inu-
tilis sit, *l.mulier.20.§.1.de condition.institu.* Sed & co-
hærede dato eadem ratio faceret, vt cautioni locus
esse non posset, quæ tamen ex Iuliani & Vlpiani
sententia omnino necessaria est. Denique si hæres
ex asse ita scriptus sit, Si Stichum nõ alienauerit, nec
testator hæreditarium dixerit, idem probandum, pu-
to vt sub impossibili conditione scriptus videatur:
quod vtique falsum esset, si cautionem ea sola ratio
impediret, quod seruus hæreditarius iacente dunta-
xat, non etiam adita hæreditate dicatur. Hic enim
hæreditarium seruum interpretari debemus, non
propriè eũ, qui sit iacentis hæreditatis, sed impro-
priè eum qui testatoris fuit, & successionis iure hæ-
redi acquisitus, ad differentiam eius qui nunquam
testatoris fuit, vt inferius dicemus.† Ego verò, si quid 4
mei iudicij est, puto non ineleganter dici posse, Hæ-
redem ex asse scriptum, Si seruum hæreditariũ non
alienauerit, ideò sub impossibili conditione institu-
tum videri, quòd cùm ante aditam hæreditatẽ con-
ditionem implere debeat, eam tamen non nisi adita
hæreditate implere potest. Ac quidem ante aditam
hæreditatem implere debere, ipsa conditionis natu-
ra demonstrat, quæ institutioni frustrà adiiceretur,
si ea non impleta ex institutione adiri hæreditas pos-
set: quò etiam pertinet *d.l.mulier.20.§.1.de condit.in-*
stit. Porrò, ante aditam hæreditatem implere eã non
posse ex eo intelligimus quòd si, vt ante introductũ
Mucianæ cautionis remedium contingebat, hæres
ita institutus decesserit non alienato seruo hæredi-
tario, non ideò tamen conditionem impleuisse vi-
deri possit, quia quòd non alienauerit magis impu-
tandum sit quòd non potuerit, quàm quòd noluerit:
cùm ante aditam hæreditatem alienare non potue-
rit. † Et hæc differentia est inter eas conditiones 5
quæ in faciendo, & eas quæ in non faciendo consi-
stunt, quòd illæ etiam ante aditam hæreditatem de
facto impleri possunt *d.l.mulier.§.1.* hæ non possunt:
quæ si possent, Muciana cautione nil opus esset. Post
quam inducta iam rectè eas omnes non faciendi con-
ditiones impossibiles esse dicimus, quę nec ipsius re-
medio, nec alterius, quàm eius cui adscriptæ sunt,
morte impleri possunt. Quanquam autem hæc de
qua quærimus, eiusmodi est, vt serui morte viuo hæ-
rede impleri possit, quoniam tamen, vt initio capitis
diximus, de serui morte testator non cogitauit, fit vt
quia Mucianam cautionem non admittit, impossi-
bilis rectè dicatur, id est talis quæ statim impleri nõ
possit. Nam expectata serui morte impleri eã posse
apertissimum est. † Cur verò Muciana cautio hic 6
locũ non habeat, ratio ex testatoris voluntate pe-
tenda est: quæ in proposito casu talis fuit, vt hæres
post aditam hæreditatẽ conditionis satisfaceret, cui
scilicet ante satisfacere nequeat, hæc verò præposte-
ra conditionis natura est. Vtrumque enim testator
voluit, & hæredẽ prius hæredẽ non esse quàm con-
ditionem impleuisset, & conditionẽ prius non im-
pleri quàm adita hæreditas esset: quæ cùm prorsus
contraria & pugnantia sint, in dubio melius est vt
hæreditas adeatur, & conditio tanquã impossibilis
reiiciatur: impossibilis enim est quæ ante aditã hæ-
reditatem impleri non potest. Quod si hæres ita in-
stitutus cohæredẽ habeat, conditio hæc impossibilis
non est, quoniam vtrique testatoris voluntati rectè
satisfieri potest, vt nimirũ hæreditas ab eo qui purè
scriptus est adeatur, tum conditio ab altero implea-
tur. Neque enim, quod ad testatoris voluntatẽ per-
tinet, quicquã interest vter prius hæres sit, vt con-
ditio impleatur, si modò aliquis testamentarius hæ-
res sit. At quia testamentariũ hæredẽ habere omni-
modo voluit, ob idque talẽ conditionem adscripsit,
quæ non nisi post aditã hæreditatẽ impleri possit, di-
cimus voluntatẽ ipsius non fuisse vt deficiente con-
ditione legitimi hæredes admitterentur, atque ideò
vel ex ratione *d.l.is cui.* nulla ratio est cur iis cautio
præstetur. Cohæredis alia ratio est, ad quem ex vo-
luntate testatoris deficiente conditione hæreditas
perueniet: vt postquàm in eo testatori satisfactum est
quòd ex testamento hæredem habet, in eo etiam sa-
tisfiat vt seruus hæreditarius non alienetur. Diuer-
sum

ſum verò eſt ſi de ipſius hæredis ſeruo teſtator conditionem adſcripſerit hoc modo, *Titius hæres eſto ſi Stichum ſeruum ſuum non alienauerit.* Licet enim ex aſſe Titius hæres ſit, non ideò tamen ſub impoſſibili conditione ſcriptus eſſe dicetur, cùm huiuſmodi conditio talis non ſit quæ poſt aditionem hæreditatis impleri debeat: eámque ob cauſam legitimis hæredibus cauendum erit. Quæ ratio eſt propter quam Iulianus ſupradicto loco de ſeruo hæreditario loquitur, non quòd aliud probandum ſit. Si teſtatos ſeruum ſuum alienari prohibuit, vt ſuprà diximus. Illud etiam difficile eſt, needum ſatis fortaſſe
7 explicatum. † Cur in vltimis voluntatibus duntaxat, non etiam in contractibus Muciana cautio introducta ſit. Nam ſi centum ſtipulatus ſim ſub ea conditione, Si in Capitolium non aſcendero, conſtat quandiu certũ non eſt me aſcendere non poſſe, hoc eſt me viuo, ſtipulationem committi non poſſe, ſed moriente me, quaſi tum demum ſtipulationis conditione exiſtente hæredi meo actionem ex ſtipulatu dari, perinde ac ſi, cùm moreres ſtipulatus eſſem, *l. ita ſtipulatus. 115. de verb. oblig. §. at ſi ita. Inſt. eod.* Et diſſimilitudinis huius ratio illa eſſe videtur, quòd ſi in vltimis voluntatibus conditionis euentus expectaretur, fieret vt quamuis exiſtente conditione ſuprema tamen defuncti voluntas intercideret, neque hæreditas aut legatum hæredi aut legatario acquireretur. Cùm enim ipſo mortis inſtanti duntaxat conditio exiſtat, conditionis autem exiſtentia non faciat vt quod ſub conditione relictum erat eo ipſo acquiſitum intelligatur, ſed tantùm vt perinde ſit, ac ſi ſ relictum eſſet purè *l. eis qui 13. de cond. inſtit.* apparet hæreditatem non agnitam, aut legatum non acquiſitum (neque enim pendente conditione acquiſi potuit) in hæredis aut legatarij hæredem transmitti non poſſe. Atque ita, contra voluntatem teſtatoris, legatum intercideret, cuius conditio viuo legatario extitiſſet. Quod in ſtipulationibus & contractibus dici non poteſt. in quibus iam inde ab initio acquiritur obligatio, licet petitio in euentum vſque conditionis ſuſpendatur. *l. vſusfructus. 26. de ſtipul. ſeruor.* & ideo exiſtente conditione eo tempore quo ſtipulator moritur, nihil prohibet in ipſius hæredes ſtipulationem tranſire, vt ex ea agere poſſint. Hæc autem ratio facit vt in iis conditionibus quæ viuo hærede aut legatario impleri poſſunt, Mucianæ cautioni locus non ſit. quoniam omiſſa ea fieri poſſit vt teſtatoris voluntas exitũ ſortiatur. † Hinc
8 etiam colligo in donationibus cauſa mortis eidem cautioni locum non eſſe. *arg. d. l. 7. de cond. & demon.* quæ de legatis duntaxat, & hæreditatibus loquitur, non etiam de donationibus cauſa mortis. ex quibus obligatio & acquiſitio præſens naſcitur, ſi modò per ſtipulationem contrahantur. Et quod Iuſtinianus ſcribit in *Nouel. 22. de nuptiis.* extra illius Nouellæ tractatum verum non videtur, vt in donationibus cauſa mortis, Mucianæ cautioni locus ſit inter coniuges duntaxat, ne quod in honorem bene tranſacti matrimonij relictum eſt, ei non acquiratur cui honor habitus eſt, at ipſius hæredi cui ratione matrimonij nihil relinqui oportuit. Sed & Iuſtinianus de iis duntaxat donationibus loquitur, quæ à morientibus relinquuntur: quarum diuerſa ratio eſſe videtur ab iis quæ mortis tantùm cogitatione fiunt. Nã quæ huius generis ſunt ad contractuũ propius quã ad vltimarum voluntatum naturam accedunt: illæ verò legatis potius in omnibus ferè comparantur, *l. vlt. C. de don. cauſ. mort.* quæ eo ipſo quòd diſtinctionem hanc tollit, oſtendit iure vetere ita Iureconſultos diſtinxiſſe. & etiam hodie diſtinguendum eſſe, præterquàm in caſu *d. l. vlt.* hoc eſt, cùm de donationis inſinuatione quæritur. Illæ enim, quæ in teſtamento relinquuntur, non poſſunt ante conditionis euentum accipi: quod ſecus eſt in aliis quæ ſtipulatione perficiuntur. Sanè diſſimilitudinis ratio, quæ à nonnullis affertur, vt in vltimis voluntatibus Muciana cautio inducta ſit, non etiam in contractibus, quòd teſtatorem veriſimile ſit modum potius, quàm conditionem facere voluiſſe, in contractibus autem hæc interpretatio admitti non poſſit, ad rem non pertinet. Alioqui dicendum eſſet in iis quoque cõditionibus quæ viuo hærede aut legatario impleri poſſunt, huic cautioni locum fore, aut alia ratio quærenda erit cur in illis potius quàm in his modum facere teſtator voluerit: quod rationem nullam habet.

CAPVT XVII.

Emendatur l. quid de creditore. 11. in fine. D. de damn. infect.

SVMMARIA.

1 *Etiam ſuperficiario & vſufructuario de damno infecto cauendum eſſe.*

2 *Diſſenſio inter Marcellum & Vlpianum in quæſtione, an creditori pignoratitio, vel ei qui bona fide à non domino emit, de damno infecto cauendum ſit.*

3 *Reijcitur diſtinctio inter pignoratitium creditorem, & bonæ fidei emptorem ab Accurſio propoſita.*

4 *Bonæ fidei emptori potius quàm pignoratitio creditori cauendum eſſe.*

5 *Conciliatur* l. 13. §. ſuperficiarium. cum l. quid de creditore. ff. de damn. infect.

6 *Tolluntur verba ſurreptitia ex* l. Ariſto. 58. ff. de acquir. hæred.

EDicto Prætoris De damno infecto conſtitutum eſt, vt is à quo cautio poſtulatur, ſic caueat vt ſatiſdet ſe ſi quid damni fiat præſtaturum, & quicquid ſtipulatoris intererit reſtituturum ſi dominus non ſit ædium quarum nomine cautio poſtulatur: eam ſoli domino ſatiſdationem Prætor remittit. *l. Prætor. 7. D. de damn. infect.* Sed & ſi quis dominus non ſit, ſuo tamen nomine promittat, domini iure cenſebitur, vt repromittere duntaxat, non etiam ſatiſdare debeat, *l. qui bona. 13. in princip. & §. 1. D. eodem.* vbi eum qui bona fide, à non domino emit ſatiſdare non debere Vlpianus ait, ratione illa quòd ſuo nomine id faciat. Hinc ſuperficiarius, vſufructuarius, & creditor ſatiſdant? *l. hoc amplius. 9. §. quæſitum. l. quamuis. 10. l. ſi finita. 25. §. ſi quæ ſint. & §. ſeq. D. eod.* ſcilicet alieno nomine id faciunt non ſuo. Nam idem reſpondendum eſt cùm quæritur. cui cauere debeat is cuius ædes proximam ruinam & damnum minantur. † Nam & ei qui dominus non ſit cauendum eſt. *dicta l. decimatertia. §. ſuperficiarium.* vbi ſuperficiario, & vſufructuario cauendum eſſe ſcribitur. Puto, quòd quamuis ſuo nomine non promittant, ad quos nimirum ædes non pertinent, ſuo tamen nomine ſtipulantur, ad quos ædium vſus, & fructus ſpectat: propter quam cauſam domini appellatione contineri dicuntur. *l. 1. D. ſi ager vectig. l. in venditione. 8. D. de rebus author. iudic. poſſid.* ſcilicet eùm pro re in qua ſuperficiem, vel vſumfructum habent, aliquid ſibi dari vel fieri poſtulant, non

etiam si quid ab ipsis petatur quod ad proprietatis
potiùs, quàm superficiei vel vsusfructus causam per-
tineat. Prioris generis est cautio iis præstanda: poste-
2 rioris illa, quæ ab ipsis præstari debet. † De pigno-
ratitio creditore & eo qui bona fide à non domino
rem emit, dubitatio maior est, an iure suo de damno
infecto caueri postulent. Quanquam enim Vlpia-
nus in *d. § superficiarium.* apertè scribit, ei qui à non
domino bona fide emit ex Marcelli sententia cauen-
dum non esse, iniquum tamen videtur nullo reme-
dio subueniri ei cui nihil imputari possit. arg. *d. l. si fi-
nita. §. Iulianus scribit. eod.* & cuius in omni ferè iuris
parte eadem quæ domini ratio est, in eo præsertim
quod iam diximus, vt quemadmodum dominus, ita
hic satisdare non debeat, sed tantùm repromittere,
d. l. 7. & 13. eod. tit. Auget etiam dubitationem, quòd
in *l. quod de creditore. 11. eod.* Vlpianus aduersus Mar-
celli sententiam scribit æquissimũ se putare vt cre-
ditori pignoratitio caueatur, & per stipulationem
succurratur: quem tamen constat ex contrario dete-
rioris conditionis esse quam bonæ fidei emptorem,
in eo vt cùm hic repromittere duntaxat, ille tamen
satisdare debeat. Quibus rationibus motus *Accursius*
dixit, Marcelli sententiam in *d. §. superficiarium.*
de iuris rigore defendi posse, sed de æquitate, vt ipse
loquitur, aliud probandum esse, vt ei quoque qui à
non domino bona fide emit, quemadmodũ pigno-
3 ratitio creditori caueatur. † Eam tamen inter hos
differentiam esse, quòd creditori cauendum est, licet
pignoris possessionem nactus sit, quia ex nudo pacto
actionem hypothecariam habeat: emptori verò non
aliter quam si rei bona fide emptæ possessionem na-
ctus sit: atque ita intelligendum esse Vlpianum in
d. l. quod de creditore. vbi inter pignoratitium credito-
rem & bonæ fidei emptorem differentiam manife-
stam constituit. Sed cùm de eo creditore loquatur,
qui pignus iam accepit, nec minus emptio consensu
solo contrahatur quàm hypotheca, apparet distin-
ctionem hanc *Accursij*, nec Vlpiani verbis, nec iuris
rationi conuenire. Generaliter enim de bonæ fidei
emptore Vlpianus loquitur, nec distinguit an ei tra-
dita possessio sit, nécne. At neque vllo iuris loco scri-
ptum est, bonæ fidei emptori cauendum esse, vt pro-
inde temerarium fortasse videri possit quod *Accur-
sius* Marcelli sententiam de æquitate falsam esse ait:
& id supplet, quod Vlpianus supplendum non puta-
4 uit. † Ego verò mihi persuadere non possum, credi-
tori pignoratitio vtiliter caueri, & bonæ fidei em-
ptori non caueri: at potius huic cauendum, illi non
cauendum esse existimo. Alio namque remedio cre-
ditori succurri potest, vt scilicet debitori denunciet
vicioas ędes ruinam minari: quo facto si post inter-
positam cautionem damnum datum sit, quod eo no-
mine pręstabitur, creditori in pignus cedet: si verò
debitor admonitus cautionem non postulabit, ęquũ
erit creditori actionem de dolo accommodari si
damno dato pignus in eam causam peruenerit vt ex
eo debitum amplius seruari non possit. At bonæ fi-
dei emptori neque hoc neque alio vllo modo cõsu-
li potest, quem tamen iniquissimum sit periclitari &
eam rem amittere cuius dominium longo vsu cape-
re posset. Sed & Vlpianus in *d. l. quod de creditore.* iis
verbis, *nam nec in huius persona committi stipulationem,*
ostendit manifestè quod volumus, maiorem esse ra-
tionem vt bonæ fidei emptori, quàm creditori ca-
ueatur, in eoque ductum fuisse Marcelli sententiam,
quòd in vtroque ius idem constituabat, & stipulatio-
nem, nec in huius (id est bonæ fidei emptoris) perso-
na committi existimabat. Cui consequenter dicen-
dum est, quod apud Vlpianum sequitur, æquissimũ
esse vt huic succurratur, sic accipi debere vt Marcel-
li sententia in altero duntaxat vera sit, & in altero
iniqua. Vera in pignoratitio creditore, iniqua in bo-
nę fidei emptore, quem proculdubio Vlpianus in-
telligit, cùm ait, *huic succurrendum esse.* De illo enim
proximè locutus fuerat, vt dubitandum non sit ea
quæ sequuntur, *id est creditori, per stipulationem,* inter-
pretis esse, non Vlpiani. Quod enim Vlpian. dixerat,
huic, subtilis interpres interpretatus est, *id est credi-
tori*, tum illud, *prospiciendum*, ita, *per stipulationem*: ex
quo posteà factum est vt in textum illa omnia irre-
pserint, *id est creditori per stipulationem*, quæ manife-
stum est superioribus parum aptè coniungi, ac po-
tius ita in textum inserri debuisse, *huic, id est credito-
ri prospiciendum per stipulationem.* † Interpretem fefel- 5
lit quod in *d. l. 13. §. superficiarium.* Vlpianus ait bonæ
fidei emptorem inutiliter de damno infecto stipula-
ri. Nec animaduertit Vlpianum eo loco Marcelli
sententiam referre duntaxat, non etiam probare,
quam & refert & improbat in *d. l. quod de creditore.* Id
verò non esse nouum, suprà ostendimus cap. 8. † Si- 6
milem errorem obseruaui in *l. Aristo. 28 D. de acquir.
hered.* in cuius fine verba illa, *deliberanti de adeunda
hereditate*, puto addita esse textui ex glossa interpre-
tis explicantis dictionem *heredi*, in textu positam: vt
facile est ex totius legis contextu & lectione ani-
maduertere. Nisi quis malit dicere transposita esse,
& in textu post dictionem *heredi* reponenda. V-
trumque enim probabile: alterutrum verò prorsus
necessarium esse videtur. Sed posterior hæc inter-
pretis additio recta est, vt ipse titulus ostendit, & *l.
Aristo. 5. D. de iur. deliber.* Prior verò, de qua hoc capi-
te diximus, tam falsa est meo iudicio, quàm magni
momenti.

CAPVT XVIII.

Interdicta quædam esse duplicia tam recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis.

SVMMARIA.

1 *Interdictorum diuisio in simplicia & duplicia.*
2 *Duplicia interdicta non tantùm esse retinendæ posses-
sionis, sed etiam adipiscendæ & recuperandæ?*
3 *Perperam à Cuiacio sublata esse verba vltima* l. 2. §. de
interd.
4 *Quo sensu interdicta duplicia tam recuperandæ quàm
adipiscendæ possessionis esse dicantur?*
5 *Cur Iustinianus exhibitoria & restitutoria interdicta
duplicia esse neget?*

INter † multas interdictorũ diuisiones, & differen- 1
tias, vna illa est, vt quædam simplicia sint, quędam
duplicia. *l. 2. in prin. D. de interd.* Simplicia sunt, in
quibus actor à reo distinguitur, nec vterque eorum
inter quos interdictum redditur actoris & rei mune-
re fungitur. Duplicia verò, in quibus ex contrario
quis actor reúsve sit discerni non potest, & par v-
triusque litigatoris conditio est. *§. tertia. Instit. eo.* vbi
additur simplicia esse omnia quę aut restitutoria, aut
exhibitoria sunt: Duplicia autem prohibitoria dun-
taxat: nec ea quidem omnia, sed quędam duntaxat,
vt interdictum *vti possidetis*. & *vtrubi*, quæ retinen-
dę possessionis interdicta sunt, *d. l. 2. in princ. §. reti-
nendæ. Instit. eod.* Nam, vt Vlpian. ait *in l. 1. §. 1. De vti
possid.* interdictum *vti possidetis*, prohibitorium est ad
retinendam possessionem. Hinc porrò intelligimus
dupli-

duplicia interdicta paucissima esse, simplicia verò
longè plura, ac ferè omnia. Cùm enim interdictorū
quędam sint restitutoria, quædam exhibitoria, alia
prohibitoria, Iustinianus supradicto loco innuere
videtur, restitutoria, & exhibitoria omnia simplicia
esse, itémque prohibitoria, nisi quæ sunt retinendæ
possessionis, vt illa *vti possidetis*, & *vtrubi*. Sed non ita
intelligi Iustinianus debet. Paulus namque *in d. l. 2.*
de interd. ex qua is Institutionum locus sumptus est,
quanquam initio ait simplicia esse interdicta exhi-
bitoria, & restitutoria, itémque prohibitoria, præ-
terquam retinendæ possessionis, tamen in fine legis
subiicit esse etiam interdicta quædam duplicia tam
recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis.† Quo-
2 rum verborum sensus ille est, Duplicia esse inter-
dicta, non tantùm quæ ad retinendam possessionem
pertinent, sed etiam quæ ad recuperandam aut adi-
piscendam, scilicet, quæ sunt huiusmodi vt in iis par
vtriusque litigatoris conditio sit. Exemplum autem
interdicti duplicis quod adipiscendæ possessionis
gratia proponatur, sumi potest ex Saluiano interdi-
cto. Etenim si colonus res suas in fundum duorum
pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique domino
in solidum obligatæ essent, constat non tantùm ipsis
duobus dominis aduersus extraneum, sed etiam in-
ter ipsos Saluianum interdictum reddi posse, *l. 1. §.*
1. D. de Saluian. interd. quo posteriore casu vtrumque
actorem & reum esse necesse est, priusquam scia-
tur vtrius conditio melior esse debeat, cùm sibi v-
terque idem ius adferat, & vindicet. Idémque de in-
terdicto *Quorum bonorum* dici potest si duobus e-
iusdem hereditatis bonorùmve possessio data esse
proponatur: quo etiam casu cùm ab initio dici non
possit quis actor aut reus esse debeat, duplex inter-
dictum reddi necesse est. Rursus recuperādæ posses-
sionis interdicta *Vnde vi*, & *De vi armata*, duplicia
esse possunt, licet restitutoria sint. Fortè si me ædium
aut fundi possessione tu vi deieceris, ego autem ex
continenti te quoque vi deiecero, vt in *l. 3. §. cum igi-*
tur. de vi & vi armata. Nam si tu aduersus me inter-
dictum impetraueris, & ego aduersus te, quòd vter-
que nostrum se vi deiectum esse dicat, non potest
apparere quis actor, aut quis reus sit, prius quam cō-
3 stet quomodo, & cui vis facta sit. † Verum igitur est
quod Paulus scripsit in *d. l. 2. §. vlt. de interd.* *Sunt etiā*
(ita enim & rectius in plerisque editionibus legitur)
interdicta vt diximus, duplicia tam recuperandæ quam
adipiscendæ possessionis. Nec ratio vlla est cur postrema
hæc verba vel reiiciantur in legem proximè sequē-
tem, vel tanquam spuria tollantur, vt ex recentiori-
bus vir doctissimus *Iacobus Cuiacius* author est. Quē
illud sanè fefellit, quòd Pauli sententiam illam esse
putat, vt interdicta quædam sint quæ ideò duplicia
dicantur, quòd sint adipiscendæ, & recuperandæ si-
mul possessionis. Hoc verò nimis euidenter absur-
dum, & ridiculum est. Neque defendi potest exem-
plo quod adfert *Accursius* eadem interpretatione
deceptus. Nam interdictum *Ne vis fiat ei qui in pos-*
sessionem missus est, licet prohibitorium, & restituto-
rium sit, tamen ad recuperandam & adipiscendam
simul possessionem non pertinet. Ergo illorum ver-
borum ex nostra interpretatione sensus ille magis
probandus est, vt interdicta duplicia nō tantùm sint
retinendæ possessionis, de quibus initio legis Paulus
dixerat, sed etiā adipiscendæ, & recuperandæ. † Du-
4 plicia, inquam, non quòd sint adipiscendæ, & recu-
perandæ simul possessionis (quod fieri nullo modo
potest) sed quia siue sint adipiscendę tantùm, siue re-
cuperandæ tantùm, non appareat quis actor in iis,
aut quis reus dici possit. Ac sanè sublatis illis verbis,
tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis, manca
& inutiliter adiecta videbuntur quæ remanebunt,
sunt etiam interdicta vt diximus duplicia, nec commo-
modè explicari poterunt. Elegans tamen dubitatio
est, Cur tam in *d. l. 2. in pr.* quàm apud Iustinianum,
cùm de interdictis duplicibus agitur, exempla su-
mantur ex interdictis retinendæ possessionis scili-
cet, *vti possidetis*, & *vtrubi*, non etiam ex aliis quæ adi-
piscendæ aut recuperandæ possessionis gratia di-
ctantur. † Ac rursus, Cur Iustinianus supradicto loco
exhibitoria & restitutoria interdicta duplicia esse 5
neget, quæ tamen nos duplicia esse posse ostendi-
mus. Nam interdicta Vnde vi. & De vi armata, quæ
sola sunt recuperandæ possessionis, restitutoria non
prohibitoria sunt. Et puto commodè responderi pos-
se, Interdicta retinendæ possessionis, quæ prohibito-
ria sunt, magis propriè duplicia dici, quòd simplicia
esse nequeant: & ipsis edicti verbis ita proponan-
tur, vt non appareat pro quo aduersus quem propo-
nantur, sed vtrique ex litigatoribus pari conditione
promittantur. Quod in aliis omnibus tam restituto-
riis quam exhibitoriis, & prohibitoriis, itémque tam
adipiscendæ quàm recuperandæ possessionis diuer-
sum est, vt longiore singulorum commemoratione
intelligi facilè potest. Cætera igitur ex sui natura, &
origine omnia simplicia sunt: Possunt tamen etiam
duplicia esse, si quando talis casus contingat, vt in
reddendo interdicto reus ab actore discerni non
possit. At quæ retinendæ possessionis interdicta
sunt, sui natura, & origine sunt duplicia, adeò vt vix
simplicia esse possint.

CAPVT XIX.

Emendatur l. Lucius. 32. D. de donat.

SVMMARIA.

1 *Donationes lege Cincia quantum fieri potuit coangusta-*
tas fuisse.
2 *Vera quæstio & species* d. l. lucius.
3 *Ratio emendationis & responsi Scæuolæ in* d. l. lucius.

NOn possum probare, aut intelligere, quam ra-
tionem habeat, quod Scæuola respondit in *l.*
Lucius. 32. ff. de don. in facta donatione, *Hospitio illo,*
quamdiu volueris vtaris superioribus dietis omnibus gra-
tuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistola notum
tibi facio, donatoris heredes voluntatem mutare pos-
se. Cùm enim donatum sit quandiu donatione vti
donatarius voluerit, non quandiu donatori placue-
rit, apparet manifestè id actum esse vt viuente & vo-
lente donatario ne quidem à donatoris heredibus
donatio reuocari possit. † Nec est quòd quis obiiciat
legis Cinciæ potestate coangustatas quantum fieri 1
potuit donationes vt strictissimè accipiantur, & in
dubio sic, vt contrà donatarium interpretatio fiat.
Quantumuis enim strictè donationem hāc accipias,
tamen efficere non poteris vt quod disertè actum
& donatum est non præstetur, nisi dicas lege Cincia
prohibitam eam fuisse, quod tamen verum non esse
ex eo intelligimus quod Scæuola non obscurè in-
nuit ab ipso donatore reuocari illam non posse. Pla-
nè si simpliciter facta esse proponatur non adiectis
illis verbis, *quandiu volueris*, fatebor ex legis Cinciæ
potestate si voles sic eam accipi debere vt donatoris
morte reuocetur, si ipsius heredes voluntatem mu-

tent. Non tamen hanc dubitandi rationem fuisse ar-
bitror ad *l. Aquilius. 27. D. eod.* in cuius specie si do-
natio mera esset, dubitari non oporteret quin non
solùm ab Aquilij Reguli hæredibus reuocari posset:
sed etiam ab ipso Regulo, quòd facta esset ab eo iu-
uene, id est, vt interpretor, minore, licèt aliàs iuuē-
nis appellatio alium sensum & significationem ha-
beat *l. non alter. 59. § vltim. D. de legat. 3.* At donatio-
ne sic concepta, *Dono tibi quamdiu volueris*, nulla ra-
tio est vt durante donatarij voluntate donatio re-
2 uocetur. † Quare probabilius est apud Scæuolam
de alio quæri, & aliam speciem tractari, de illo scili-
cet, qui donationis finem non in donatarij volun-
tatem contulerat, sed in potestate sua retinuerat, vt
pro eo quod vulgo legitur, *quamdiu volueris*, lega-
mus *quamdiu voluerim*: quo casu quamuis me quan-
documque volente reuocari donatio possit, tamen
mortuo me in eadem voluntate videbatur hæredes
meos voluntatē mutare non posse, quasi mea morte
irreuocabilis facta sit donatio cuius reuocandæ po-
testas ex arbitrio meo & voluntate pendebat. Quo
enim instanti morior, certum esse incipit me am-
plius voluntatem mutare non posse. Sed Scæuola
ad donatoris mentem respiciens, ipsius hæredes vo-
luntatē mutare posse respondit, quòd ex modo illo
donationi adiecto *quamdiu voluerim*, appareat mani-
festè id actum esse donationis tempore, vt ex dona-
tarij voluntate donationis reuocatio non penderet.
Secundùm quem eam sic interpretamur, vt quod si-
bi donator excepit, suis quoque hæredibus exce-
pisse intelligatur arg. *l. si pactum 9. ff. de probat.* Atque
† hanc quam restituimus veterem lectionem fuisse,
3 conijci facile potest ex glossa *Accursij*, qui in propo-
sita specie responsum Scæuolæ ea in ratione habe-
re putat quòd ab ipso quoque donatore si viueret
donatio reuocari posset: quod nec verum esset, nec
verisimile ab *Accursio* dictum, si donatio in dona-
tarij voluntatem collata esse proponeretur. Nam &
illi ipsi qui legis Cinciæ potestatem tantam fuisse
aiunt quanta profectò non fuit, fatentur donatio-
nem sic factam, *Dono tibi quamdiu volueris*, ab ipso do-
natore reuocari non posse. Cùm vero donationis re-
uocandæ facultatem sibi testator reseruauit, verum
est quod *Accursius* ait eum donationem reuocare
posse: & rectissima ratio est vt donatoris hæredibus
permittatur id quod ipsi donatori permitteretur.
Sed & idem *Accursius* ad *d. l. Aquilius*, scripsit dona-
tionem, de qua agitur in *l. Lucius*, esse precariam. At
precaria non est si donem tibi *quamdiu volueris*, sed si
donem *quamdiu voluerim l. 1. D. de precar.* Erroris au-
tem causa illa proculdubio fuit, quòd in plerisque
veteribus libris litera *m* scribitur hac nota ʒ, quæ
non multum distat à litera *s*. Vnde & in *l. Titia. 62.
in fi. D. de iure dot.* manifesto errore scriptum est, *da-
tus* pro *datum*. Denique vnius literæ in alteram mu-
tatio facillima fuit, & in libris omnibus frequentis-
simè occurrit.

Capvt XX.

In l. transigere. 18. C. de transact. verba illa, *Excepto adulterio*, addita esse ab imperito interprete.

SVMMARIA.

1 *Cur adulterij crimen ab alijs criminibus sanguinis pœnam ingerentibus in* d. l. *distinguatur?*
2 *Iure vetere relegationis tantùm pœnam adulteris fuisse irrogatam.*
3 *De crimine adulterij tam accusatorem quàm reum transigere posse.*
4 *Reijciuntur variæ emendationes* d. l. transigere, *ab Interpretibus proposita.*
5 *Rationem reddi non posse cur posterioribus Imperatorum constitutionibus de crimine adulterij transigere non liceat.*
6 *Verba illa*, citra falsi accusationem *quid significent* in d. l. transigere.
7 *Corruptam esse sententiam* l. si mulier. 4. ad S.C. Turpill.
8 *De causa falsi non de crimine falsi licere transigere.*
9 *De criminibus sanguinis pœnam ingerentibus nec transigere nec pacisci licere.*

NVlla in Codice lex, quæ obscuriorem tractatū
habeat quàm *l. transigere. 18. C. de transaction.* in
cuius interpretatione de duobus præcipuè quæri so-
let. Primùm, Cur ex priore regula, qua continetur,
De criminibus capitalibus sanguinis pœnam inge-
rentibus transigere & pacisci licere, adulterij crimē
excipiatur, & hac parte à cæteris distinguatur. Dein-
de, An ex posteriore regula, quæ habet De crimini-
bus sanguinis pœnam non ingerentibus transigere
non licere, falsi crimen excipiatur iis verbis, *citra
falsi accusationem.* † Ac quidē quod ad priorem dubi- 1
tationem pertinet, nulla videtur ratio reddi posse,
cur adulterij crimen à cæteris separetur, aut iure ve-
tere, aut nouo. Etsi enim iure vetere de crimine a-
dulterij transigere & pacisci non licebat, quin actor
in Senatusconsulti Turpilliani pœnam incideret, *l.
de crimine. 10. C. ad l. Iul. de adult.* non tamen in eo à
reliquis differebat, quoniam iuris veteris regula illa
erat, de criminibus capitalibus, sanguinis pœnā nō
ingerentibus transigere & pacisci non licere citra
falsi accusationem, vt apparet ex posteriore parte *l.
transigere.* † Iure autē vetere, hoc est ante Constan- 2
tis & Constantij tempora obtinebat vt adulterij cri-
men sanguinis pœnam non irrogaret, at ne quidem
deportationis, sed tantùm relegationis, vt recentio-
res omnes communiter sentiunt, & rectissime pro-
bant, tum ex *l. si quis viduam. 5. D. de quæst.* in qua a-
dulterium cum incestu coniunctum deportatione
duntaxat coercetur, tum ex infinitis alijs iuris locis
adeóque ipsis verbis legis Iuliæ, quibus adulterij
damnata mulier testis esse prohibetur, & qui adul-
terij damnatam vxorem ducit, coercetur. Neque du-
bitant, quin Triboniani sint verba illa, *si quocunque
modo capitalem pœnam exasserit. in l. castitati. 9. C. ad leg.
Iul. de adult.* quemadmodum & quod in *Institut.* scri-
ptum est *tit. de public. iudic.* lege Iulia de adulteriis
temeratores alienarum nuptiarum gladio puniri:
neque ego de illo amplius dubitari posse arbitror. † 3
Nouo autem iure postquam adulterij crimen ca-
pitale factum est, vt sanguinis pœnam ingerat, nihil
etiam dici potest cur non de adulterio, vt de aliis
omnibus criminibus sanguinis pœnam ingerenti-
bus, transigere, & pacisci concedatur, ex perpetua &
eleganti ratione *l. 1. de bon. eorum qui sibi mortem con-
sciuer.* quòd honesta sit qualibet ratio redimendi
sanguinis. Quamquam enim ratio hæc reorum
magis propria est, tamen ad accusatores quoque ac-
commodatur, quos subscriptionis necessitas adstrin-
xit, *dict. l. quamuis in fine.* cuius vis illa est, vt pœnæ
talionis subiiciantur: & frustra reis permitteretur,
sanguinem suum redimere, si accusatores de iisdem
crimi-

criminibus transigere vel pacisci prohiberentur. Idque manifestè probat *l. transigere*, quæ etsi de accusatore loquitur, non de reo (vt apparet ex eo quod in falsi, id est Senatusconsulti Turpilliani accusationem actores incidunt non rei, & is propriè transigere & pacisci dicitur, qui rem aliquam gratis vel accepto aliquo remittit: non is cui remittitur, *l. 1. D. de transact.*) in priore tamen parte ait, De criminibus sanguinis pœnam ingerentibus transigere & pacisci licere, quod proculdubio sic accipiendum est, vt accusatores de iis transigentes, aut paciscentes in S.C. Turpillianum non incidant, ne si iis metus Senatusconsulti libera transigendi & paciscendi potestas auferatur, nulla reis miseris redimendi sanguinis spes aut ratio supersit. Et quemadmodum par delictũ est accusatoris prævaricatoris, & rei fugientis veritatis inquisitionem, vt ait *d. l. de crimine.* ita par vtrique danda est licentia, & quod vni conceditur, alteri quoque concedendum. Hæc cùm ita sint, apparet manifestè *in l. transigere*, verba illa, *excepto adulterio*, non esse Impp. Dioclet. & Maximiani, quorum temporibus crimen adulterij pœnam sanguinis non irrogabat, vt diximus, cùm tamen priore regula *l. transigere*, sit de criminib. sanguinis pœnam ingerẽtibus, vt ex posteriore apparet, in illis verbis, *de aliis verò criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt*. Exceptio autem, vt dici solet, de regula esse debet: †in quo de-
4 ceptus vir quidam doctissimus, & magni inter temporum nostrorũ Iureconsultos nominis, legem *transigere*, sic emendauit, transpositis detractisque negationibus, vt per elegantem ipsius sententiam omnino perturbauerit. Alij, vt nihil immutarent, scripserunt verba illa, *excepto adulterio*, Triboniani esse respicientis ad posteriorum Imp. Constitutiones, quibus crimen adulterij capitale factum est, & eorum numero quæ sanguinis pœnam irrogant. Eo tamen ex iure vetere retento, vt de illo trãsigere, & pacisci nõ liceat, quemadmodũ olim non licebat, quoniam hac parte iuri veteri expressè derogatum non sit, sed in illo duntaxat vt sanguinis pœnam ingerat, quod olim non ingerebat. At ex iis quæ suprà diximus horũ quoque sententia apertissimè refellitur. Nam cùm ex iuris ratione sic comparatum sit, vt de criminibus sanguinis pœnam ingerentibus transigere liceat, dubitandum non est, quin permissa intelligatur transactio pactumque de crimine adulterij, ea ipsa constitutione qua id crimen capitale factum est. Obidque Constantinus *in d. l. quamuis. C. de adult.* cuius temporibus ex Constantis, & Constantij constitutione crimen adulterij pœnam sanguinis iam irrogabat, iis personis quibus adulterij accusatio permittitur, legem imponit vt crimen abolitione, si voluerint, compescant, quasi ei iuri, quod anteà obtinuerat *l. abolitionem. 16. C. eo.* derogatum esset priorum Impp. Constitutionibus, quibus aliud constitutum non fuerat, quàm vt capitale esset crimen adulterij, quòd prius capitale non erat. Neque tamen ex ea Constantini lege rectè, meo iudicio, quis inferat, Tribonianum *in l. transigere.* verba illa *excepto adulterio*, addidisse, qui si aliquid addere voluisset, raptus potiùs quàm adulterij crimen excepisset. Nam & Diocletiani temporibus crimen raptus pœnam sanguinis ingerebat, vt constat *ex l. qui cœtu. 5. §. vlt. D. ad leg. Iul. de vi publ.* & extat Iustiniani Constitutio *in l. vnic. C. de rap. virg.* qua expressè sancitum est, vt de eo crimine non solum transigere & pacisci non liceat, sed etiam criminis vindictam per dissimulationem negligere non possit is ad quem criminis delatio & persecutio pertinet. Ergo verisimilius est addita esse verba illa, *excepto adulterio*, ab imperito interprete, ad id respiciente quod crimen adulterij sanguinis pœnam ingerit, neque tamen de eo trãsigere aut pacisci licet: nec animaduertente, Diocletiani, & Maximiani temporibus quorum ea lex est, exceptionem hanc adiici non potuisse: hodie verò non tantùm adulterij, sed etiam raptus crimen excipiendum esse: idque ex posteriorum Impp. Constitutionibus potius, quàm quòd in his criminib. proprium aliquid sit, propter quod in iis ius diuersũ ab aliis constitui debuerit. † Quod qui intelliget, nun- 5
quam in quærenda dissimilitudinis ratione laborabit, quæ licet ab omnibus quæsita, nondũ tamẽ, quod sciam, ab aliquo inuẽta est. Quis enim illam probet, quòd transactio & pactio de crimine adulterij sine lenocinij suspicione fieri non possit? cùm certum sit lege Iulia de adulteriis non teneri maritum qui gratis iniuriam suam remisit, *l. mariti. 29. § plectitur. D. de adult.* qui vtique teneretur si in lenocinij suspicionem incurreret, quemadmodum tenetur is qui pro comperto stupro pecuniam accepit. *d. §. plectitur.* De quo Iurecõsultus loquitur *ind. 2. §. 2. eo.* quem verisimile est ab initio stuprum aut adulterium passum fuisse, vt postea pecuniam acciperet. Et qui dotis commodum vindictæ domus suæ præponere nõ erubescit, vt Papinianus ait *in l. miles. 11. §. socer. eod.* Manifesta quoque est lenocinij suspicio, cùm alicuius ope, consilio, dolo malo factum est, vt vir fœminave in adulterio deprehensi pecunia, aliáve qua pactione se redimerent. *l. si cuius. 14. eod.* Sed si dolus nullus adsit, nec pecunia, lenocinij suspicio cessat, neque ideò minus de adulterio pacisci prohibitum est. *dict. l. de crimine.* Quæ ab aliis ratio affertur, vt de crimine adulterij transigere, & pacisci non liceat, quia de adulterio accusare possint coniunctæ duntaxat personæ, quibus concedendum non est vt priuata commoda honori suo præferant, recta etiam, & propria non est. Nam & ante Constantini constitutionem *in l. quamuis*, adulterij accusatio publica erat, & cuiuis de populo competebat, neque tamen de ea transactio, aut pactum fieri poterat. Et marito, patrique, licet coniunctis personis, semper concessum fuit propriam iniuriam gratis remittere. *d. §. plectitur in fin.* Vera igitur ratio, Cur olim de crimine adulterij transigere & pacisci non licuerit, alia quærenda non est, quàm quæ *ex d. l. de crimine.* satis apertè colligitur, quòd præuaricator sit is qui de crimine non capitali paciscitur, vel transigit. Quòd si quis quærat, Cur ergo capitali facto crimine adulterij de illo transigere & pacisci non liceat, cùm præuaricator non sit qui de crimine sanguinis pœnam ingerente transigit, aut paciscitur, Respondebo frustra rationem quæri eius quod contra certissimam iuris veteris rationem à posterioribus Imperatoribus constitutum est, apud quos est pro ratione voluntas. Quamquam quod in crimine raptus à Constãtino primum inductum, deinde à Iustiniano auctum, & confirmatum est, rationem aliquam habere videtur propter atrocitatem delicti, quod, vt Iustinianus ait, præter homicidium grauius quiddam adnexum habet. Sed in adulterio nec delicti atrocitas tãta est, nec reddi ratio alia potest, propter quàm reo permittendum non sit sanguinem suum quibus facere potest modis redimere. Sequitur iam vt de posteriore regula *l. transigere*, videamus. † Est 6
autem huiusmodi, De criminibus capitalibus sanguinis pœnam non ingerentibus transigere non li-

cere, *citra falsi accusationem*, in quibus posterioribus verbis maxima quoque dubitatio incurrit, an falsi crimen ex regula excipiatur, quasi de eo transigere liceat, an potius is eorum verborum sensus sit, vt qui de crimine non capitali, id est, sanguinis pœnam non ingerente transigit, in Senatusconsulti Turpilliani accusationem incidat. Quę posterior interpretatio recentioribus plerisque magis probata, mihi prorsus necessaria esse videtur. Nam præter id quod Latini sermonis ratio vix patitur vt *citra falsi accusationem* dicamus, pro *excepta falsi accusatione*, illud etiam verum non est, de crimine falsi transigere licere: cùm neque dissimulationis ratio reddi possit, neque dubitandum sit in S. C. Turpillianum incidere eũ qui de crimine falsi transigit: sicut in cæteris criminibus sanguinis pœnam non ingerentibus contingit. Idque euidenter meo iudicio probat *l. quæsitũ. 5. D. ad S. C. Turpill.* in qua quod dicitur eũ qui libello Principi dato falsum se obiecturum minatus est, si non obiecerit Turpilliano Senatusconsulto non teneri, innuit satis aliud probandum esse in eo, qui crimen falsi obiecisset, & denunciasset. Quod apertius intelligitur ex *l. 1. § accusationem. vers. atquin Papinianus. eod.* vbi Vlpianus ex Papiniani sententia scribit mulierem quæ idcirco ad falsi accusationem nõ admittitur, quòd suam suorúmve iniuriam non persequatur, Senatusconsulto Turpilliano non plecti, vt intelligamus mulierem quæ ad falsi accusationem ideò admittitur, quòd suam, suorúmve iniuriã persequatur, si desistat Senatuscõsulto teneri, *l. si fœmina. 5. C. eo.* Ex † qua, dicto *§. accusationem*, apparet, vt hoc
7 quoque notemus, corruptam esse Papiniani sententiam in *l. mulier. 4. D. eod.* in qua proponitur mulierem, quæ falsi crimen iniuriæ propriæ post interpositam denunciationem desistens omisit, Senatusconsulto non teneri, at potius legendum esse, *non iniuriæ propriæ*, si Vlpiano credimus Papiniani sententiam referenti *in d. versicul. atquin Papinianus.* & si verum putamus, quod certi iuris esse ait *d. l. si fœmina.* quam *Accursius* cum *dicta l. mulier.* conciliare non potest: Absurda enim est Ioannis distinctio, quam probat, an mulier pacto an citra pactum ab accusatione destiterit, cùm in Senatusconsulti interpretatione Paulus moneat nihil interesse an ita quis ab accusatione desistat, vt cum aduersario de compositione criminis loquatur, an ita vt affectum & animũ accusandi deponat, sed sufficiat eum non peragere reum quem accusauerat, *l. ab accusatione. 6. eod.* Cæteri verò conciliationis modi ab *Accursio* relati nec ipsi *Accursio* probantur, nec ipsi malo interpreti probari possunt. † Ergo de crimine falsi transigere non 8
licet citra Senatusconsulti Turpilliani accusationem: quod si ita est, falsi crimen ex generali regula excipi non debet. Neque iis locis quibus super falso transactum esse legimus, de falsi crimine transactum esse intelligere debemus, sed de causa falsi, quæ iam ciuiliter intentari, & exerceri potest, *l. de fide. 16. cum seq. C. ad legem. Cornel. de fals.* in quo reprehendendi sunt qui scribunt se non intelligere quid sit de crimine falsi transigere, si aliud sit quàm de falso instrumento transigere. Longè enim differentia sunt transigere de falso instrumento, & de crimine falsi transigere: Aut si hęc differentia non sunt, ego planè non intelligo quid illud sit quod scriptum est *in d. l. de fide.* ei qui de fide instrumenti quærat duplicem litigandi viam tributam esse, per accusationem & per priuatam disceptationem. † Ex eo porrò quod volu- 9
mus *in l. transigere.* verba illa, *citra falsi accusationem*, de Senatusconsulti Turpilliani accusatione intelligi debere, (nam Senatusconsultum ad eos pertinet qui aut falsa crimina intendunt, aut falsas reorum excusationes admittunt. *l. 1. D. ad Senatusconsultum Turpill.*) intelligimus posteriorem regulam *l. transigere.* vt de criminibus sanguinis pœnam non ingerentibus transigere non liceat, sic accipiendam esse, vt de his ne pacisci quidem permissum sit: vt omnino differant crimina sanguinis pœnam non ingerentia ab aliis de quibus & transigere & pacisci licere lex ait. Nempe in Senatusconsultum Turpillianum incidit non tantùm qui transigit, sed etiam qui paciscitur, aut quo alio modo ab accusatione desistit. *l. in Senatusconsultum. 15. eod.* Idque manifestius probat *l. de crimine.* quæ de adulterij crimine nec pacisci licere ait, quod tamen non aliam ob causam iure vetere obtinebat, quàm quòd de criminibus sanguinis pœnam non ingerentibus & transigere & pacisci non licere, vt apparet ex eo quod in *d. l. de crimine.* præuaricator dicitur is qui de adulterij crimine paciscitur. Facit etiam quod Paulus primo Sententiarum scribit, de quibus transigere non licet, nec pacisci licere. Sanè priusquam accusatio instituta sit multùm interest an pecunia accipiatur, an liberalitate accusatio remittatur. Illud fieri non potest, hoc verò potest. *l. 6. §. pactusve. D. his qui notant. infam. l. marit. 29. § plectitur. de adult. l. qui coetu. 5. §. vltim. D. ad leg. Iul. de vi public.* In quorum locorum interpretatione cæcutientes vulgares interpretes pactum à transactione distinxerunt, ac pleraque alia, vt error ex errore sequitur, contra iuris rationem & principia commenti sunt.



ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER III.

Capvt I.

De natura Prætoriarum cautionalium stipulationum.

SVMMARIA.

1 *Prætoriarum stipulationum diuisio.*
2 *Cautionalium stipulationum eam esse naturam vt præcedentem obligationem nouent ac perimant.*
3 *Explicatur* l.sed etsi ff.de euict.
4 *Quam actionem nouet damni infecti stipulatio quæ cautionalis est?*
5 *Ratam rem haberi stipulatio an sit cautionalis, an vero iudicialis?*
6 *Cautionales stipulationes cur instar actionum habere dicantur?*
7 *Cautionales stipulationes induere naturam actionum quas nouanter perimunt.*
8 *Iudicialium stipulationum natura.*
9 *Communes stipulationes quæ dicantur?*



1 Rætoriæ † stipulationes, aut iudiciales sunt, aut cautionales, aut communes. *l.1.de Prætor.stipul.* Iudiciales Vlpianus diffinit, quæ propter iudicium vt ratum fiat interponuntur, cuiusmodi esse ait stipulationes Iudicatum solui, & De noui operis nunciatione. Cautionales eas, quę instar actionis obtinent, & vt sit noua actio intercedunt, vt stipulationes De legatis, De tutela, Ratam rem haberi, & Damni infecti. Communes denique illas, quæ fiunt iudicio sistendi causa. Ac de iudicialibus quidem stipulationibus dubitatio nulla esse potest, cur iudiciales dicantur: scilicet quia propter iudicium interponuntur. Nam & tres clausulæ quæ continentur stipulatione Iudicatum solui, De iudicato soluendo, De re defendenda, & Dolum malum abfuturum esse, omnes ad iudicij securitatem, & confirmationem pertinent. *l.6. l.ex clausula.17. D.iud.solui.* Et stipulatio quoque de noui operis nunciatione eam conditionem habere dicitur, Si iudicatum fuerit, siue causa aliqua acciderit, neque res defendetur. *l.stipulatio.21.§.habet de operis noui nunciat.* † Sed de stipulationibus cautionalibus, dubitatio est non inelegans, cur proprio nomine cautionales appellantur, cùm ea omnium stipulationum communis natura sit, vt ideò interponantur, quò quis tutior, & securior sit, vt idem Vlpian.scribit in *d.l.1.de Prætor.stipulat.* Ego ex earum diffinitione, puto rectè colligi & explicari posse cur cautionales dicantur. Nempe quoniam intercedūt vt sit noua actio, vt est in Florent.vel si vulgatam lectionem sequi volumus, vt fiat nouatio. Vtriusque enim lectionis idem sensus est, huiusmodi stipulationem ideò interponi, vt pristina actio, quę stipulatori competebat, in stipulationem iure nouationis transfundatur, proinde tota stipulatoris cautio in stipulatione cautionali consistat. Id verò singularum cautionalium stipulationum exemplis facilè ostendi potest. Stipulatio quæ legatorum, vel fideicommissorū nomine interponitur, nouat actionem ex testamento, vt qui legatum sibi relictum stipolatus est, amplius ex testamento agere non possit. *l.si sub conditione.25. D.de accept. l.si Stichum.8.§.1.D. de nouat.* vbi quod dicitur ita demùm nouari actionem ex testamento si id actum sit, non eò pertinet, vt specialiter id agi necesse sit (hoc enim noua primùm Iustiniani Constitutione inductū est in *l.vlt. C. de nouat.*) sed vt nouationem semper fieri intelligamus, nisi specialiter in cōtrarium actum sit. Quomodo *in seq.§.* scriptum est, nouationem fieri si id actum sit, vt nouetur, id est, inquit lex, vt Seius debeat, quod Titius promisit. Et apertius *in l.dotem.30.de iur.dot.* Iureconsultus, quòd dixerat dotem priore matrimonio datam facto postea diuortio nō aliter conuerti in posterius matrimonium, quàm cùm hoc agitur, subinde sic explicat, dummodo hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud conuenisse. Et de hac fortasse nouatione Papinianus intelligendus est *in l.cùm filius.76.§.heres meus. D.de legat.2.* Sic stipulatio Rem pupilli saluam fore, tutelę actionem nouat, & perimit, vt ex stipulatu agi necesse sit. *l.si pupillus.9.D.de nouat.* Sic stipulatio duplæ, quę in rerum pretiosarum venditione interponi solet, actionem ex empto nouat, *l.ex empto.11. §.qui autem.D.de action.empt.* in illis verbis, *siue stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, siue non est interposita, ex empto non tenebitur.* † ex quibus explicandum est quod scriptum est in *l.sed etsi.18 de euict.* 3
ex dupla quoque stipulatione vel ex empto potest conueniri. Nimirum ex stipulatione, si stipulatio interuenerit, Ex empto, si stipulatio, non interuenerit (quod non intelligens Baro, verba illa, *ex empto*, expungenda esse putauit.) Neque enim aliter ex empto agi potest, quàm si ex stipulatione agi non possit. *l. si servum.4 D.de action.empt.* in cuius specie dubitandi ratio illa erat, cur ex empto agi non posse videretur, quòd dupla promissa esset. Ac non ideò minus ex empto agi posse Paulus respondit, quia ex stipulatione prius agi non possit, quàm emptori aliquid abfit hæc enim illius stipulationis forma, & conditio est. Quòd si ex stipulatione agi posset, ex empto procul dubio agi non posset, idque ipsa Pauli ratio demonstrat. Et quod ait *l.si venditione.60. de euict.* venditorem euictionis nomine teneri ad simplam, & ex natura actionis ex empto in id quod interest si in venditione dictum non sit, quantum pro euictione præstare eum oporteat, ostendit manifestè interposita duplæ stipulatione ex empto in id quod interest agi non posse, licet supra duplam intersit. Planè aliarum rerum nomine de quibus in venditionibus caueri solet, an ex empto agi posset,

dobitatum fuit. Cassius negabat, illa, vt verisimile est, ratione, quòd interposita duplæ stipulatione, nouata, & perempta sit ex emptn actio. At Iulianus, cuius sententiam Vlpianus probat, deficiente dupla ex empto agendum putabat, *d.l.ex empto.§.Cassius.de act.empt.* Credo, quod in duplæ stipulatione contrahentium animus ille esse videatur, vt litis duntaxat æstimationem taxent, non etiam si quid prætereà intersit. Sic stipulatio qua heres sub conditione scriptus substituto cauet nihil se ex ea hereditate diminuturum, de qua Paulus tractat *in l.inter omnes.12.D.qui satisd.cogant.* & in *l.Paulus.8.de Præt.stipul.* actionem ex testamento nouat, vt si quid promissor ex hereditate diminuerit, iam ex stipulatu, non ex testamēto teneatur. *d.l.inter omnes*, in iis ver-
4 bis, *& si obtinuerit, committi stipulationem.* † De damni infecti stipulatione dubitatio esse potest, quam actionem nnuet, cùm oolla stipulatione interposita de damno facto nulla actio competitura esset, vt elegāter Vlpianus docet *in l.Prætor ait.7.§.1.& Caius in l.6.D.de damn.infect.* Sed non ideò mious cautionalis dici debet: imò eò magis, quòd ea nōn interposita nollo remedio ei qoi damnum passus esset, cautum esse posset, vt semper verum sit in huiusmodi stipulatione tetam stipulatoris cautionem consistere. Quòd si talis casus contingat, in quo citra damni infecti stipulationem de damnn facto agi possit (vt euenit si facto hominis damnum detur, vt in specie *l.si fistula.18.D.de seruit.vrban.præd.* aut si is qui damnom timet, in possessionem missus non sit admissus, quibus casibus si damnum fiat in factum tenetur is qui cauere noluit, *l.si finita.§.vltim.D.de damn.infect.*) interposita stipulatio actionem in factum nouabit, quomodo intelligi debet, quod scriptum est in *d.l.si fistulæ sed & damni infecti stipulari à te potero.* Scilicet vt si stipulatus sim, posteà in factum agere non possim. Eò magis quòd subsidiaria est in factum actio, neque cum alia concurrere potest. Stipulatio, quæ vsusfructus nomine inter proprietariom & vsufructuarium interponitur, nouat actionem in rem, quæ finito vsufructu proprietario cōpeteret. Denique stipulatio de rato, quam Vlpian. inter cautionales enumerat, nouat condictionem, in cuius locum interponi dicitur. *l.vltim.§.vltim.D.ratam rem haber.* Videtur enim id tacitè inter contrahentes agi, vt condictio perimatur, & sola actio ex stipulatu ei qui indebitum soluit aduersus procura-
5 torem competat. *l.si sine.22.§.quoties.D.eod.* † Quod si ita est, quis pnpitiis auribus eos audiat, qui Vlpianum reprahendunt, aut eos qui verba illa, *& ratam rem haberi*, ex Vlpiani textu euellūt? Atqui, inquiūt, stipulatio De rato maxioa ex parte ad iudicij securitatem & confirmationem pertinet. Ergo iudicialis est. Imò iudicialis dici non potest, cùm non ideò interponatur vt iodicium ratum fiat, quin potiùs vt sibi stipulator consulat in eum casum quo iudicium irritum constituetur. Adeò vt in eios quoque vtilitatem committi possit, cuius intersit iudicium irritum fieri, fortè si condemnatus, falso procuratori litis æstimationem soluerit, neqoe dominus rem ratam habeat. Neque enim semper stipulatio hæc cōmittitur in id quod stipulatoris interest ratam rem haberi: sed in id quoque qood ipsius interest à falso procuratore deceptum eum non esse, *l.si procurator.18.* ibi *quòd damnatus soluit.D.eod.* Ex his apparet omnium cautionalium stipulationum naturam illam esse, vt præcedentem actionem nouent & perimāt
6 † Restat nunc, vt de illo videamus, cur instar actionom habere dicantur, *dict.l.1.de Prætor.stipulat.l.non solum.10.rem rat.haber.l.si ambo.10.§.vlt.de compensat.l.actionis.37.de obligat.& action.* An quòd ad instar actionum à Prætore petantur, & dentur ex edicto? Ita nonnulli putant, quorum sententia probabilis non videtur. Etsi enim de stipulatione damni infecti verè dicitur, vt non aliter committi possit quàm si à Prætore pro tribunali postulata sit. *l.4.§.hoc autem iudicium.D.de damn.infect.* tamen de duplæ stipulatione idem dici non potest, quam certum est sine Prætoris iussu interponi, vt vel ex eo intelligitur quod licet dupla promissa non sit, tamen ex empto ad duplam agi potest. *l.quòd si nolit.31.§.qui assidua.D.de ædilit.edict.* Ac rursu stipulationem Ratam rem haberi, nemo dixerit ex speciali Prætoris imperio interponi, quam tameo Vlpianus caotionalem esse
ait. † Igitur verius fortasse fuerit, cautionales stipu- 7
lationes ob eam causam dici habere instar actionū, quòd actionum quas nouant & perimunt naturam induunt, & vicem repræsentant, vt ex omnium enumeratione intelligi potest. Nam legatorum nomine interposita stipulatio in omnibus eodem iure cēsetur, quo ex testamento actio, si superesset, censeretur, adeò vt nec in stipulatoris heredem pendente conditione transmittatur, quoniam nec legatum transmittitur licet conditionalis stipulatio trāsmittatur, *l.1.§.si quis sub conditione.D.vt legat.vel fideicom.nomin.caueat.* vbi additur huic stipulationi easdem causas & conditiones inesse, quæ actioni ex testamento: proinde si qua sit exceptio, quę petenti legatum opponi soleat, eandem quoque ex stipulatu agenti opponi posse. Vnde fit vt si serui legati nomine legatarius stipuletur fugitiuum eū non esse præstari, nihil veniat in stipulationem, quia qualis sit, talis ex testamento præstari debeat. *l.si legatis.56.de legat.1.* Sic stipulatio Rem pupilli saluam fore, quemadmodum tutelę actionem nouat, ita ipsius naturā induit vt prius ex ea agi non possit, quam tutelę agi posset si interposita stipolatio noo esset: & ex quibus causis tutelę agi noo posset, ex iisdem neque ex hac stipulatione agi potest, *l.1.l.4.generaliter.D.rem pupill.salu.for.* Quo etiam pertinet *l.cùm pupillus.9.D.eodem.* in qua sic Pomponius argumentatur, vt ostendat ea omnia quę in tutelæ iudiciū veniunt, in hanc quoque stipulationem venire. Proinde tutorem quā in restituenda tutela aliquandiu moram fecit, fructuum nomine & vsurarum medij temporis teneri, vt in *l.seq.* Africanus ait: non alia ratione quā quòd hæc actionis tutelæ, qoæ bonę fidei est, natura fit: licet in actionem ex stipulato nec fructus nec vsuræ veniant nisi post litem contestatam. *l.videamus.38.§.si actionem de vsur.* Et hoc est quod Iureconsul. ait in *l.aliam.29.D.de nouat.* perire priuilegium tutelæ, si post pubertatem tutelæ actio nouetur: vt intelligamus facta nouatione per stipulationem Rem pupilli saluam fore, quæ ante pubertatem interponitur, *l.2.l.seruum.6.D.rem pupill.salu.for.* non ideò tamen tutelę priuilegium perire. Idémque de duplæ stipulatione, & aliis cautionalibus omnib. dicendum est, vt instar eius actionis habeant in cuius locum interponuntur: propter quam causam in *l.non solum.20.D.rem rat.hab.* dicūtur repræsentare vicem actionum. Et in eam rem textus est perelegās in *l.vlt.ff.eod.* vbi Africanus ait stipulationem Ratam reum haberi, interponi in locom condictionis, & ideò stipulatione teneri eū, qui, si stipulatio interposita non esset,
condictione teneretur. † Iudicialium stipulationum 8
alia natura est, quæ non aliam ob causam interponuntur,

nuntur, quàm vt iudicium tatum fiat, non etiam vt
nona actio fit, & vetus perimatur. *l. si Stichum. 8. §.*
9 *idem Celsus. ff. de nouat.* † Ex quo apparet quænam
communes stipulationes dicantur: Eæ scilicet, quæ
non solùm ad iudicij securitatem, & confirmatio-
nem pertinent, sed etiam priorem actionem nouãt,
& periment. Cuiusmodi esse Vlpianus ait stipula-
tionem Iudicio sisti. *d. l. 1. de Prætor. stipul.* Efficit e-
nim vt quod pristina actione petebatur, ex ipsa sti-
pulatione præstandum sit, siue in duplum esset actio,
siue tripli, aut quadrupli. *l. 2. §. vlt. in cau l. seq. ff. qui sa-
tisd. cogant. l. vlt. si quis in ius vocat. non ier. l. quoties. 91.
de verb. oblig.* Ac præterea propter iudicium inter-
ponitur, vt ipsa stipulationis verba demonstrant.
Malè tamen id nonnulli probant ex *l. si eum 10. §. qui
iniuriarum. ff. si quis caution.* vbi quod dicitur hanc
stipulationem dari propter ipsam rem non sic acci-
pi debet vt propter iudicium detur: sed propter in-
iuriam: sequitur enim, *iniuriarum autem actio heredi
non competit.* Sensus verò est, non posse heredem age-
re ex stipulatione interposita propter actionem in-
iuriarum, quoniam nec iniuriarum agere potest, nec
ipsi stipulatori, si vellet, omissa iniuriarum actione
ex stipulatu agere permitteretur. Scilicet quoniam
hæc stipulatio communis est, nec tantum iudicialis
sed etiam cautionalis, & ideò actionem iniuriarum
propter quam interponitur, sic repræsentat, vt quẽ-
admodum illa, ita hæc neque heredi, neque aduer-
sus heredem competat.

CAPVT II.

Valde corruptam esse l. in hoc. 14. D. commun. diuid.

SVMMARIA.

1 *Quibus casibus impensæ communi nomine factæ per a-
ctionem communi diuidundo repetantur?*
2 *Obscuram esse Pauli illationem in verbis,* quæ cùm
ita sint. d. l. 14.
3 *Nec directum nec vtile iudicium communi diuidundo
ei competere qui rei communis partem alienauit.*
4 *Nota ad* l. si quis putans ff. communi diuid.
5 *Reycitur interpretatio dicti versiculi* quæ cùm ita
sint. *ab Accursio proposita.*
6 *Restitutio verborum quæ in* d. l. 14. *corrupta videntur.*
7 *Cur impensas nec communi diuidundo iudicio, nec ne-
gotiorum gestorum actione repetat qui fundum com-
munem alienauit.*
8 *Additur linea integra in* d. l. 14. versic. sed diuer-
sum. *eiusque sensus proponitur.*
9 *Deesse in Pandectis Florentinis mediam lineam in* l.
muto. 6. §. 1. ff. de tutel. & in l. quid ergo. 90. ff. de
leg. 1.

1 NOn † semper impensæ in rem communem fa-
ctę iudicio Communi diuidundo repetuntur,
sed ita demùm si communi nomine factæ sint, hoc
est, ab eo, qui sciuit se socium habere. *l. in hoc iudiciũ.
14. D. commun. diuid.* Impensæ igitur factę à socio, qui
fundum suum proprium esse existimabat, iudicio
Communi diuidundo repeti non possunt: At quo-
niam si vindicaretur fundi pars, per exceptionem
doli mali retineri possent, *l. sumptus 48. de rei vindic.*
& doli mali exceptio bonę fidei iudiciis inesse dici-
tur. *l. hæres fundi. 84. §. qui seruum. de legat. 1. l. sed & si. 21.
D. solut. matrim.* magis est vt si cum socio qui impen-
sas fecit agatur Communi diuidũdo, æquitate ipsius
iudicij eas retinere possit, quia bonæ fidei iudicium
est Communi diuidundo. Hinc fit vt si partem suam
alienauerit socius, qui impensas fecerat, quoniam
cum eo Communi diuidundo agi non potest, nihil
habeat vnde impensas retinere possit: Emptor ta-
men quemadmodum si rei vindicatione conueni-
retur, impensas à venditore factas per doli exce-
ptionem retinere posset, ita si Communi diuidundo
iudicio conueniatur, ipsius iudicij ęquitate eas reti-
nere poterit. *dict. l. in hoc iudicium.* In qua sequitur,
*Quæ cùm ita sint, rectissimè dicitur etiam impendiorum
nomine vtile iudicium dari debere mihi in socium etiam
manente rei communione.* † Hic illud primùm expli- 2
cari non potest, qua ratione Paulus ex præcedenti-
bus inferat impendiorum nomine actionem dari
socio qui impensas fecit in fundum communem,
quem suum proprium esse existimabat, cùm potius
ex iis quę prius dixit, & quæ mox subiicit, appareat,
nec directum, nec vtile iudicium dandum esse ei
qui in fundum communem quasi in proprium im-
pensas fecit, (de quo Paulum loqui ex principio le-
gis apparet) quoniam eo animo non fecit vt sibi ali-
quem obligaret. *l. si quis cum. 29. D. eod.* † Deinde ab- 3
surdum videtur iudicium Communi diuidundo ei
dari qui rei communis partem alienauit, cùm neque
directum competere possit sublata communione,
neque vtile ex æquitate dandum sit ei cuius facto
res communis esse desiit, licet aduersus eũ dari pos-
sit. *l. si quis putans. 6. in princip. D. eod.* † in cuius spe- 4
cie obseruandum est sumptus in rem communem
factos esse ab eo, qui communem esse sciebat, sed in
socij persona labebatur, quo casu vtile est iudicium
Communi diuidundo ei, qui sumptus eo animo fe-
cit, vt sibi aliquem obligaret. *d. l. in hoc iudicium. & l.
si quis cum D. eod.* Ergo quod Paulus ait in *dict. versic.
quæ cùm ita sint*, neque ex superioribus inferri po-
test, neque ex iuris ratione verum est. † At nec *Ac- 5
cursij* interpretatio placet, existimantis Paulum in
d. versic. quæ cùm ita sint. casum, vt ipse loquitur, mu-
tare, & incipere de illo dicere, qui in fundum com-
munem impensas fecit quem sibi cum alio commu-
nem esse sciebat, sed cum quo communis esset, igno-
rabat. Nam in præcedentibus nihil est ex quo id
colligere possimus, & ridiculum videtur mutatio-
nem casus comminisci in iis verbis, *quæ cùm ita sint*,
in quibus ex contrario manifestum est, Paulum ali-
quid ex præcedentibus inferre: Ac pręterea inter-
pretatione *Accursij* admissa defendi non poterit
quod Paulus ait, vtile iudicium socio dandum esse
qui fundi, quem communem esse sciebat, partem a-
lienauit. Licet enim eo animo impensas fecerit vt
sibi alium obligaret, non ideò tamẽ vtile iudicium
Communi diuidundo habere potest, cùm ipse fece-
rit vt res communis esse desierit, sed tãtum negotio-
rum gestorum. *d. l. in hoc iudicium. versic. diuersum. ita si.
d. l. si quis cum.* vbi quod dicitur iudicium communi
diuidundo mihi sufficere, quia non negotium socij
gero, sed propriam rem tueor, ostendit negotiorum
gestorum agere non posse cum iudicium Commu-
ni diuidundo sufficit. *l. si quis putans. §. cæterum eod. l. si
communes. 40. D. de negot. gest. l. Prætor. 9. §. generaliter.
D. de reb. author. iudic. possid.* At rursus manente rei
communione socius qui impensas fecit negotiorum
gestorum agere non potest, sed Communi diuidun-
do. *d. versic. diuersum.* in illis verbis, *quia in ea causa
sunt, vt mihi actio dari deberet.* Nullo igitur casu ve-
rum esse potest quod Paulus ait, socium aduersus
socium vtile iudicium habere, etiam manente rei
communione. † Quare non dubito quin totus hic 6

Pauli locus valde corruptus sit, ac primum ita restituendus, vt in illis verbis, *vtile iudicium dari debere*, addita negatione sic legamus, *dari non debere*. Moueor quod ei qui dum proprium fundum existimat impendia fecit, neque directum, neque vtile, neque negotiorum gestorum, neque Communi diuidundo iudicium dari potest, cum sibi neminem obligare voluerit, *d.l. in hoc iudicium, & d.l. si quis cum.* quæ eiusdem Pauli est. Deinde quia secundum receptam lectionem verba illa *etiam manente rei communione*, ostendunt multo magis dandum esse vtile iudicium sublata communione, quod falsum est, & ex
7 iis ipsis quæ prius Paulus dixit, omnino refellitur. † Cùm enim ratione impensarum, quas venditor fecit in fundo, quem suum proprium esse existimabat, competat emptori retentio, vt proximè Paulus dixit, rationis est vt eas venditor petere non possit, neque directo iudicio Communi diuidundo, quia sublata communio est, neque vtili, quod ex æquitate datur, non solùm quoniam ipsius facto sublata est communio, sed etiam quia iniquum sit socium easdem impensas duobus præstare: venditori scilicet, & emptori cui retentione cautum est. Quæ ratio facit vt venditori non tantum Communi diuidundo, sed etiam negotiorum gestorum actio denegetur. Nam quod in eadem lege Paulus ait ei dandam actionem negotiorum gestorũ, illo casu verum est quo impẽsæ factæ sunt ab eo, qui fundum communem esse sciebat. Rursus illo casu, quo emptori impensarum nomine retentio non competit, cui scilicet fundi tantùm pars vendita est. Vix enim est vt totum fundum vendat is, qui se fundi partẽ duntaxat habere intelligat, quomodo *Accursius* rectissimè interpretatur. Cui non obstant verba illa, *etsi alienauero prædium*, cùm prædij pars quælibet rectè prædium dicatur, *l. planè vlt. 34. §. vlt. de legat. 1. l. dotale. 13 §. 1. D. de fund. dotal.* Quemadmodum ex diuersa illa, *si alienauero partem meam, in verso sic cæterum*, sic necessariò accipienda sunt, si totum fundũ, quem meum proprium esse existimabam, alienauero, cuius tamen pars duntaxat mea erat. Alioqui fundi tantùm parte alienata, siue is pro indiuiso communis erat, siue pro diuiso, nullam emptor pro impensis in meam factis retentionem habere potest, quemadmodum nec eam partem socius meus vindicare. Sequitur apud Paulum, *etiam manente rei communione*. Quibus verbis secundum nostram emendationem proponit casum magis dubitabilem de socio qui rem communem, quam propriam esse putabant, non vendidit; vt nihilominus nulla ei actio competat. Cuius sententiæ rationem statim non aperit, sed tacitè obiectionem quandam diluit, ex qua sententiæ huius ratio facile intelligi potest. Ait autem, *Diuersum est enim cùm quasi in rem meam impendo quæ sit aliena aut communis.* Hic verò manifestissimus error est cùm in superioribus de illo tantùm Paulus locutus sit, quasi in rem suam
8 impendit quæ communis erat. † Nec planè video, quomodo corrigi possit, nisi integram lineam addamus, & sic legamus;

Diuersum est enim cùm quasi
in rem alienam aut communem, & cùm quasi
in rem meam impendo quæ sit aliena aut communis.

Vt sensus sit, multum interesse vtrum quis impẽdat, quasi in rem alienam, aut communem, an verò quasi in rem suam, quę sit aliena, aut communis. Hoc enim casu, id est, inquit Paulus, vbi quasi in rẽ meam impendo (quod adiici necesse non fuisset, si ita Paulus scripsisset, *diuersum est enim cùm quasi in rem meam impendo*) me retentionem duntaxat habere, quia mihi neminem obligare volui. At cùm puto rem Titij esse quæ sit Mæuij, aut esse mihi communem cum alio quàm est, quoniam id ago vt alium mihi obligem, me actionem quoque habere, scilicet Communi diuidundo manente communione, vel negotiorum gestorum sublata communione. Ita namque explico quod sequitur, *& sicut negotiorum gestorum actio datur mihi aduersus eum cuius negotia curaui, cùm putarem alterius ea esse: ita & in proposito igitur*. (Sic enim & rectius vnico contextu in quibusdam libris legitur) *etsi alienauero prædium danda mihi erit vt Iulianus quoque scribit negotiorum gestorum actio*, quia tempore alienationis in ea causa fuit prædium vt mihi actio dari deberet, scilicet communi diuidundo. *d.l. si quis cum eod.* Non sufficiente actione Communi diuidundo quod contingit, sublata communione facto illius qui impensas fecit, necessariò ad actionem negotiorum gestorũ recurrimus. Etsi autem plærisque minus probabile videbitur integram lineam, in Florentinis potissimùm, Pandectis deesse, error tamen probabilissimus est propter duplicis lineę simile principium & similem finem. Neque id iis nouum erit qui infinitis Pandectarum Florentinarum locis similes errores obseruarunt, † Nam & in *l. muto. 9. §. 1. D. de tutel.* simili 9
errore quo in *d.l. in hoc iudicium.* cùm scriptum esset,

quàm
si satis dederit, h.e. nõ aliter ei gerere permittendum quàm
si rem saluam fore cauerit.

media linea à Florentino librario pretermissa est. Sic denique, ne videamur in similibus erroribus cõquirendis, qui passim occurrunt, diligentes videri, in *l. quid ergo. eod. de legat. 1.* nemo non videt malè in Florentinis integram lineam deesse, & ex aliis codicibus sic legendum esse, *Planè si pluribus filiis institutis in eos verbis legatorum bona diuiserit, voluntatis ratione, legatorum actio &c.*

CAPVT III.

Nouationem iure Digestorum quibusdam casibus non aliter fieri, quàm si id specialiter expressum sit.

SVMMARIA.

1 *Quibus coniecturis veteres iuris authores nouationem ex verisimili stipulantium voluntate intercessisse putauerint?*
2 *Nouationem iure vetere etiam tunc intercessisse quum id tacite actum est vt nouatio fiat.*
3 Et *pro* aut *substituitur in* l. hominem. 32. ff. de nouation.
4 *Legem* sæpe. 53. de V.S. *ad legis aut edicti interpretationem non ad hominum conuentiones pertinere.*
5 *Emendatio & explicatio* l. si is cui ab. ff. de nouat.
6 *Nouationem aliquando ex mente contrahentium etiam repugnantibus Scripturæ verbis factam censeri.*
7 *Interpretatio* d.l. si is cui 26. de nouat. *ab Accursio allata reijcitur.*
8 *Casus quibus non aliter iure antiquo fiebat nouatio quàm si id specialiter actum esset.*
6 *An nouatio facta censeatur si in posteriore stipulatione tantundem sit quantum in priore?*
10 *Duplici actione repetitionis datis iure Digestorum consultum fuisse.*

IVRIS veteris regula fuit, non aliter nouationem fieri, quàm si inter contrahentes id actum sit. *l. a. D. de*

D. de nova. Ad quã Iustinianus addidit in *l. vlt. C. eo.* vt
numquam id videatur agi, nisi cùm expresse dictum
est. Plærumque enim iure vetere facti quæstio re-
linquebatur an id inter contrahentes actum esset
vt nouatio fieret, néc ne, quas iuris veteris ambigni-
1 tates Iustinianus appellat. † Erant verò coniecturę
quædam, ex quibus veteres iuris autores nouatio-
nem ex verisimili stipulantium voluntate introdu-
cebant vt si posteriore stipulatione amplius quàm
priore contineretur, vel si mutata debitoris persona
creditor quod sibi à Titio debebatur, à Sempronio
stipularetur. *§. præterea. Instit. quib. mod. tollit. obligat.*
Vnde Vlpianus in *l. scire debemus. 29. de verb. oblig.* ait
nouationem non fieri si ab eo qui decem debebat,
postea decem & quinque stipuler, quoniam tot sint
stipulationes quot summæ sunt, indéque fiat vt po-
sterior stipulatio priore vberior & plenior non sit:
Ergo sit ab eo qui decem debebat, quindecim stipu-
ler, dicendum est ex Vlpiani sententia nouari prę-
cedentem obligationem, & in sequentem transfun-
di. Sic Iulianus in *l. qui vsumfructum. 58. eod.* nouatio-
nem fieri ait. si is qui vsum vel iter stipulatus erat,
posteà fructum vel actum stipuletur: quia posterio-
re stipulatione amplius quàm priore contineatur.
Rursus cùm quod mihi Titius debet, à Sempronio
stipulor, id tacitè agi videtur vt nouatio fiat, hoc est
vt Titius liberetur, & ipsius obligatio in Sempronij
personam transferatur. *l. vlt. §. vlt. D. de nouat.* Quam
ob causam eleganter Celsus dicebat in proposita
specie nouationem ita demùm fieri, si id actum sit,
vt nouetur, id est, inquiebat ille, vt Sempronius de-
beat quod Titius promisit. *l. si Stichum 8. §. si quis ita.
D. eod.* quasi differentia non sint id agi, vt Sempro-
nius debeat quod Titius promisit, & id agi vt noua-
2 tio fiat. † Quod igitur plærisque Digestorum lo-
cis scriptum est, ita demùm nouationem fieri si id
actum sit, non sic accipiendum est vt expresse id agi
necesse sit (hoc enim ad Iustiniani Constitutionem
pertinet) sed vt tacitè id agi videatur nisi contrariũ
expresse actum sit. *dict. l. si Stichum. 8. §. 1. iuncta l. 1. de
Prætor. stipul.* (de qua primo huius libri capite dixi-
mus) *l. dotem. 30. D. de iur. dot. l. te hominem. 32. de nouat.*
in qua Paulus rationé reddens, cur si cùm tu homi-
nem, & Seius decem mihi debeat, ego ab olio stipu-
ler nouãdi causa, quod te & Seium mihi dare opor-
teat, vtraque tua scilicet, & Seij obligatio nouetur:
Respondet quoniam vtraque in posteriorem stipu-
3 lationem deducta sit. † Qua ex ratione, vt hoc
quoque adnotemus, appares in illis verbis, *quod te,
aut Seium.* legendũ esse & pro *aut*: cùm manifestum
sit, in alternatiua stipulatione vtramque rem non
contineri nisi hactenus, vt alterutra præstetur, non
etiam ex vtraque peti possit. Et ideò Marcellus,
cuius sententiam Vlpianus refert, & probat in *d. l. si
Stichum. 8. §. si decem. eod.* rectè putabat in proposito
casu, neque te, neque Seium liberari: sed in potesta-
te promissoris esse vtrum liberare malit. Idque *Ac-
cursius* non negat, neque tamen & pro *aut* legere
audet, sed inepta interpretatione, *aut* pro & scri-
4 ptum esse ait. † quam in rem abutitur *l. sæpe. 53. de
verb. signific.* in qua, quod dicitur coniunctionem
pro disiunctione, & vicissim disiunctionem pro cõ-
iunctione sæpe accipi, ad legis aut edicti interpre-
tationem pertinet, non ad hominum conuentio-
nes, in quibus, quoniam duorum consensu perfi-
ciuntur, coniuncta pro disiunctis, aut disiuncta pro
coniunctis accipi non possunt, nisi manifesta illa sit
contrahentium voluntas. *l. pen. in fin. C. de verb. & ver.
signific.* Alioqui dicendum erit, nihil interesse an in
stipulatione aliove contractu dictum sit, *aut*, vel &.
quod absurdum est, pugnatque cum *l. inter stipulan-
tem. 84. §. si stipulante. D. de verb. oblig.* ac alijs innume-
ris iuris locis. † Sic & in *l. si is cui. 26. D. de nouat.* eun- 5
dem errorem inesse suspicor in illis verbis, *quod ille,
aut quod ille debeat*, in quibus etiam & pro *aut* legen-
dum esse arbitror, licet *Accursius* dissentiat. Etsi e-
nim idem in ea specie Celsus respondere videtur,
quod Marcellus in *d. l. 8. § si decem eod.* nimirum vt
neutra ex prioribus obligationibus perempta sit, sed
in secundi promissoris potestate sit, vtram perem-
ptam velit (& hoc esse videtur quod *Accursium* fe-
fellit, errorique causam dedit) tamen si sequentia
inspicias non idem à Celso quod à Marcello respõ-
sum esse fateberis. Nam apud Celsum sequitur, ita
demùm in potestate Attij esse pro quo velit solue-
re, si fingamus ita actum fuisse vt alterutrum daret.
Alioquin, inquit, vtrumque stipulatus videtur, & v-
trumque nouatum si nouandi animo hoc fiat. Quis
verò dixerit, ea stipulatione *quod ille, aut quod ille de-
bet*, vtrumque quod ille, & ille debet contineri? At-
qui, inquies, illud quoque dici non potest ita con-
cepta stipulatione *quod ille, & quod ille debet*, neutrum
nouari, & in potestate promissoris esse vtrum ex de-
bitoribus liberare malit. Nam apertè Caius repu-
gnat in *l. vlt. §. vlt. eod.* † Fateor: si nihil prætereà pro- 6
ponatur. Sed si fingamus ita actum, vt promissor
alterutrum dumtaxat daret, absurdum non erit scri-
pturam ad contrahentium voluntatem accommo-
dari. Quemadmodũ ex cõtrario, ita cõcepta stipula-
tione *quod ille, aut quod ille debet*, si fingamus ita inter
contrahentes actũ vt vtrumque detur, dubitandum
nõ est vtrãq. stipulationem nouari, licet stipulatio-
nis verba repugnare videantur. Semper enim in sti-
pulationibus cæterisque contractibus sequimur id
quod actum est, *l. semper. 34. de reg. iur.* At cùm ista sti-
pulatus sum, *quod ille, aut ille debet*, fingendum non est
ita actum vt alterutrum detur, cùm ex ipsis stipula-
tionis verbis id actum esse manifestè appareat. † Et 7
ridiculè *Accursius*, quod lex ait, *alioquin*, sic interpre-
tatur, *si hoc fingamus actum vt vtrumque det.* Ineptè
enim subiicerentur verba illa, *vtrumque stipulatus vi-
detur.* Sic igitur Caius intelligendus est, vt in pro-
posita stipulatione nisi fingamus ita actum vt pro-
missor alterutrum daret, stipulator vtrumque stipu-
latus videatur, quòd tum demùm verè dicitur cùm
stipulatus est, *quod ille, & quod ille debet. d. l. te hominem,
& l. vlt. §. vlt. de nouat.* (Eodem errore in *l. cùm in
fundo. §. vlt. de iur. dot.* puto scriptum *aut* pro & in il-
lis verbis, *promisit, aut soluit.*) Porrò quo casu stipula-
tor vtrumque stipulatus fuisse videtur, vtrumque e-
tiam nouasse intelligitur. *d. l. si is qui.* in qua quod ad-
ditur, *si nouandi animo hoc fiat*, ita interpretandum
est, sicut diximus, vt nouandi animo fieri videatur
nisi contrarium expresse actum sit. *d. l. vlt. §. vlt.* † Ex 8
his verò quæ toto hoc cap. scripsimus, apparet plæ-
risque casibus iure Digestorum contingere potuis-
se vt non aliter nouatio fieret quàm si id specialiter
actum esset: iis scilicet, quibus nihil erat ex quo col-
ligi posset, eam contrahentium voluntatem fuisse,
vt nouatio fieret. Fortè, si posteriore stipulatione mi-
nus quàm priore contineretur: vt in specie *l. qui v-
sumfructum. 58. de verb. obliga.* vbi Iulianus scribit cùm
qui stipulatur actum, deinde iter: vel fructum, dein-
de, vsum, nihil agere nisi se nouandi animo ita face-
re specialiter expresserit. Nimirum, quia minus est
in vsu, quã in fructu: minus in itinere, quàm in actu.

Adeò autem verum est posteriore stipulatione qua
minos continetor, priotém non nouari, vt etsi dele-
gatus sit is qui minus promisit ab eo qui anteà plus
promisetat, nouatio tamen non fiat. *l.cum qui 46 si à*
re.D.de verb.oblig. vbi tamen eadem exceptio addi
potest, quæ in *d.l.qui vsumfructum.* additur, nisi stipu-
lator nouandi animo se ab alio stipulari specialiter
expresserit. † Quòd si in posteriore stipulatione
9 tantumdem sit, quantum io priore, multum interes-
se dicendum est an idē in vtraque stipulatione pro-
missor sit, an verò delegatus sit is qui secunda stipu-
latione promisit. Priore casu nouatio non fit nisi id
specialiter exptessum sit. *d.l scire.29.eod.* Posteriore
verò nouatio fit. *d l.8.§.si quis ita. de nouat.* Sic in *l.*
aliam.29.eo. Paulus ait post pubertatem tutelæ actio-
nem nouari, itémque post diuortium actionem de
dote, si id specialiter actum sit. Quoniam verisimile
non est mulieris quæ post diuortium à marito do-
tem stipulatur, vel pupilli qui post pubertatem à tu-
tore, voluntatem illam esse vt actio de dote, vel tu-
telę nouetur, & in stipulationē transfundatur: cùm
iis longè consultius sit agere de dote, vel tutelæ, quę
bonę fidei actiones sunt, quàm ex stipulatu quę stri-
cti iuris est: Multa namque priuilegia habet actio
de dote, itémque tutelæ, quæ actio ex stipulatu non
habet. Hinc verè petēda ratio est eius quod ex Pro-
culi sententia Pomponius scribit in *l.si diuortio.21.de*
verb.oblig. mulierem quæ centum duntaxat in dote
habebat, si diuortio facto ducenta dotis nomine sti-
puletur, centum duntaxat ex stipulatu petere, alia
10 centum actione de dote deberi.† Duplex enim fuit
iure Digestorum ad repetitionem dotis compatata
actio, vna quæ rei vxoriæ, seu De dote dicebatur, &
bonæ fidei erat, *§.fuerat. Instit.de action.l.in bona.36.D.*
de pecul.l.sed & si.21.D.solut.matrim. altera ex stipula-
tu stricti iuris ante nouam Iustiniani Cōstitutionem
l.vnic.C.de rei vxor.action. Nemo autem dixerit mu-
lierem quæ bonæ fidei actione De dote tuta est, ex
stipulatu id agere vt bonæ fidei actio in strictā trās-
fundatur. Quæ ratio facit, vt si dos ex stipulatu de-
bita fuerit marito, fortè promissa ab extraneo (nam
promittendo dotem omnes obligantur. *l promitten-*
do.41.de iur.dot.) eamque maritus ab vxore stipule-
tur, nouatio fiat, neq dos dupletur, vt Vlpianus ait
in *d.l.si Stichum.8.§.vlt.D.de nouat.* Nimirum quo-
niam actio ex stipulatu, ex qua primùm dos debeba-
tur, vberior non erat ea quæ ex posteriore stipula-
tione competit, personę autem mutatio efficit vt in-
terpretemur stipulatorem nouandi animū habuisse,
& à priore obligatione recedere voluisse. Idem de
tutelæ actione dicendum est, vt post pubertatem
non nouetur, nisi id specialiter exprimatur, quia nō
sit verisimile priuilegium actionis tutelæ amittere
voluisse eum, qui à tutote stipulatus est. Quod si an-
te pubertatem stipulatus sit, quoniam ex stipulatu
actio, tutelę actionis naturam induit, & repræsen-
tat, iisdémque priuilegiis, & præstationibus gaudet,
sit vt tutelæ actionem nouet etiamsi id specialiter
non exprimitur, quemadmodum primo huius libri
capite explicauimus. † Simile etiam est qood ait
11 *l.si rem 31.§.si duo.de nouat.* correum stipulandi, post
contractam obligationem stipulātem à reo promit-
tendi posse eum nouatione liberare ab altero cor-
reo stipulandi cùm id specialiter agit. Quia nisi spe-
cialiter id agat vt nouatio fiat, non potest videri eo
animo stipulari vt nouet: at potius dicendum est
inutilem esse posteriotem stipulationem, qua illud
ipsum promittitur, quod iam debebatur. *l.qui bis.*
18. de verb.oblig. Planè si correus stipulandi credi-
tori suo delegauerit reum promittendi, apparet id
actum esse vt nouatione debitor liberaretur, *d.§.si*
duo in fin. vt non sit necesse id specialiter agi quia id
actum esse ex ipsa delegatione intelligitur. At cùm
nihil est ex quo nouandi animus colligi possit, vt
cùm correus stipulandi id ipsum stipulatur quod
iam stipulatus erat, rectissimè dicitur nouationem
ita demùm fieri, si id specialiter actum, hoc est di-
ctum sit. † Quæ cùm ita sint, eorum obseruatio 12
reiicienda est, qui tribus illis Digestorum locis, hoc
est in *l.qui vsumfructum. 58.de verb.oblig.l.aliam.29.l.si*
rem.31.§.si duo. à Triboniano addita putant verba il-
la, *si id specialiter actum est*: quæ nos ostendimus ab
ipsis Iureconsultis prætermitti non potuisse: & qui-
bus locis pretermissa sunt, ex iuris ratione omnino
subintelligi debere.

CAPVT IV.

Herede post aditam hereditatem restituto in integrum, substitutioni locum fieri.

SVMMARIA.

1 *Bartoli sententia super hac quæstione retinetur.*
2 *Soluuntur argumenta contra Bartoli sententiam allata.*
3 *Filium etiam abstinentem, nomine tamen heredem patris esse.*
4 *Hereditatem aditatem, deinde per abstentionem vel per restitutionem omissam pro adita non haberi.*
5 *Distinctio à Doctoribus inter abstentionem & restitutionem in hac quæstione proposita improbatur.*
6 *Ratio dubitandi & decidendi in* l.6.§.si filius.ff.de bon.libert.
7 *Patrono nunquam tantum indulgeri vt in eius fauorem à iure communi recedatur.*
8 *An cum minor annis postquàm ex parte heres extitit, restitutus est, eius partis onus coheres suscipere cogatur.*
9 *Responsio ad* l.ait Prętor.§.sed quod Papinianus.ff.de min. *quę contra Bartoli sententiam facere videtur.*
10 *Respondetur ad alteram obiectionem* ex l.vltim.de successor edict.*petitam.*
11 *Distinguendum esse in proposita quæstione inter legitimam & testamentariam hereditatem.*

ANceps dubitatio est de qua in vtramq. partem
disputari probabiliter potest, An si heres insti-
tutus, cui substitutus datus est, hereditatem adierit,
túmq. ętatis beneficio restitutus sit, substitutio, quæ
hereditatis aditione euanuerat, in integrum restitu-
tione conoalescat. † *Bartolus* conualescere credidit, 1
cuius sententiam veteres ferè omnes interpretes se-
quuntur. At recentiores improbant, & fiscum tan-
quam ad bona vacantia admitti contendunt. Mihi
opinio Bartoli longè probabilior videtur. † Etsi e- 2
nim dici solet, quod illi obiiciunt, post aditam here-
ditatem vulgares substitutiones expirare. *l.post adi-*
tam.5.C.de impub.& aliis substit. absurdū tamen vide-
tur, & contra testatoris voluntatem aditā hereditatē
interpretari, eam quæ post impetratā restitutionem
io integrum est pro non adita, cùm restitutio faciat,
vt qui heres fuit, nunquā fuisse videatur, & perinde
habeatur, ac si hereditatem non adiisset. Quòd si
obiicias eum qui semel heres fuit semper heredem
manere. *l.eo qui soluendo.88.de hered.instit.* Responde-
bo non

bo non tam heredem esse quàm nudum heredis no-
men gerere, vt Iureconsultus loquitur in *l.2.§.adoptiui.D.ad S.C.Tertull.* cùm à Prætore heredis loco
non habeatur *l.necessarijs.57.de acquir.hered.* Nec ve-
risimile esse testatorem de tali herede cogitasse, qui
non nisi nomine heres sit: at potius de illo qui de-
functi personam effectu repræsentet, ac in omnia i-
3 psius iura vniuersamque rem succedat. † Alioqui fi-
lio in potestate constituto vulgariter substitui non
posset, cùm is quantumuis abstineat, facere tamen
non possit quin nomine patris heres sit. *d.§.adoptiuus.*
propter quam causam dici solet nõ esse sine herede
eum qui suum heredem habeat, quamuis se absti-
nentem, *l.cùm quasi.30.§.sed etsi suus de fideic.libert.*
licet à Prætore heredis loco non habeatur *l.si filius.12.de interrog.act.* Igitur ex verisimili testantis volun-
tate dicendum est, fisco adeoque legitimis heredi-
bus præferendum esse substitutum postquàm heres
qui prius adierat in integrum restitutus est. Quo-
modo Scæuola respondit in *l.ex contractu.44.D.de re iudicat.* in cuius specie apparet substitutũ siue vul-
gariter, siue pupillariter datus esset in vulgarem ca-
sum succedere, ex eo quod viuo pupillo, & in bona
defuncti eum admitti lex ait, neque tamen vulgaré
substitutionem immixtione pupillæ sic expirare, vt
4 non eiusdem abstentione reuiuiscat. † Abstentionis
enim eadem quæ restitutionis potestas, & vis est, vt
hereditas adita, pro non adita habeatur. Vnde fit vt
si pupillæ, quę post immixtionem abstinuit, substitu-
tus nullus datus sit, sed coheres, ea portio quæ ad
pupillum peruenerat, coheredi accrescat. *d.l.ex contractu.* quamuis verum sit ius accrescendi in portio-
nibus agnatis locum non habere. *l.vnic.§.his ita.C.de caduc.toll.* Nimirum quoniam ferè est vt agnita
non sit ea portio quæ post aditionem repudiata est.
5 † Nec eorum subtilitas probanda est, qui abstentio-
nem à restitutione separant: cùm tam abstentionis
quàm restitutionis beneficium ex Prætoris iurisdi-
ctione sit. *d.l.necessarijs.* indeque fiat vt tam is qui
abstinuit, quàm qui restitutus est, heres nomine
maneat: neuter verò à Prætore heredis loco habea-
tur. *d.l.cum quasi.§.sed etsi suus.de fideic.libert.& l.3.§.adopt.ad S.C. Tertull.l.& si ex medica.6.§.si filius.D.de bon.libert.* vbi Vlpianus scribit nihil interesse an
heres à liberto scriptus abstinuerit, an in integrum
restitutus sit: vtroque enim casu patronum ad inte-
stati liberti successionem admitti. At cùm is demùm
testatus dicatur cuius hereditas adita non est, *l.intestatus.64.de verb.signif.* apparet aditam dici non pos-
se eam, quę post aditionem abstentione, aut in inte-
6 grum restitutione repudiata est. † Idque Vlpianus
innuere videtur iis verbis, *quamuis nomine heres sit,*
quibus eleganter & concisè dubitandi decidendiq.
ratio continetur. Videbatur enim exclusum patro-
num à successione liberti, cuius hereditatem filius
ex testamento adiuerat. Sed quoniam filius post ab-
stentionem aut restitutionem nomine duntaxat he-
res est, eleganter Vlpianus respondet admittendum
7 esse patronum: † Neque alia huius sententiæ ratio
est: ex qua intelligitur nihil hac parte contra iuris
ciuilis regulas propter ius & reuerentiam patrona-
tus constitutum esse, vt quidam autumant: cui scili-
cet nulla iuris parte vsque adeò indulgetur vt in pa-
troni fauorem à iuris ratione recedatur. Et exem-
plum quo vtuntur ex *l.qui duos.9.§.si cum filio: D.de reb.dub.* magis dissimile est: quia quod in dubio pa-
ter ante filium mortuus esse pręsumitur, *d.l.qui duos.§.cum in bello.* non fit ex certa aliqua iuris aut naturę
regula, sed ex communi parentum voto, & naturæ
ordine, qui tamen sępissimè turbatur *l.nam etsi.15.D.de inoffic.l.scripto.7.D.vnd.libert.* vt mirum non sit si
in dubio patronatus reuerentia incertam iuris præ-
sumptionem elidat. At quod summa iuris ratione
constitutum est, ex sola patronatus reuerentia im-
mutari non potest, cuiusmodi illud est quod dici-
mus, Restituto herede substitutum admitti, vel non
admitti. † Denique Iureconsultus in *l.si minor.61.de* 8
acquir.hered. Diui Seueri Constitutionem refert, vt
si minor annis postquam ex parte heres extitit in
integrũ restitutus sit, eius partis onus coheres susci-
pere non cogatur, sed bonorum possessio creditori-
bus detur. Quo rescripto opus non fuisset, si ex iuris
ratione agnita portio post restitutionem in inte-
grum coheredi non accresceret. At quia iniquum
videbatur ei inuito accrescere, qui aditionis tem-
pore partem duntaxat hereditatis acquisiuisset, ne
alioqui Prætoris beneficium in concedenda resti-
tutione in integrum ei captiosum sit, cui nihil im-
putari possit. *l.Paulus.8.de Prætor.stipulat.* optimam
rationem habet Seueri rescriptum, vt totius here-
ditatis onera inuitus subire non compellatur. At-
que hoc quidem fauore coheredis constitutum est:
sed vt ei volenti accrescat, fit proculdubio ex sum-
ma iuris ratione, quæ inter coheredes iuri accres-
cendi locum facit. Nec dici potest cur hac parte
fauorabilior coheredis quam substituti causa esse
debeat, cum vix alio colore coheres ad coheredis
portionem deficiẽtem vocetur quàm quòd rei quo-
dammodo substiturus videatur, *l.si Titio.61.§.vlt.de leg.2.* nec inter se ferè in alio differant, quàm quòd
coheres tacita, substitutus verò expressa testatoria
voluntate nitatur: vt proinde ad conseruandam de-
functi voluntatem fauorabilior substituti, quã co-
heredis causa esse debeat. Certè huius fauorabi-
lior, quàm illius esse non potest. † Verùm huic no- 9
stræ sententię obiiciuntur duo iuris loci, quibus nec
Bartolus, nec qui *Bartoli* sententiam secuti sunt, re-
spondere potuerunt. Primus est in *l.an Prætor.7.§.sed quod Papinianus, de minor.* vbi Vlpianus Papinia-
ni sententiam refert, vt minore post aditionem re-
stituto substitutus seruus necessarius nec liber nec
heres esse possit. Nisi hereditas non sit soluendo:
ex Diui Pij, & Seueri constitutione. Qua exceptio-
ne *Bartolus* in suæ sententiæ confirmationem abuti-
tur, nec animaduertit aliis casibus regulam consti-
tui, vt substitutio hereditatis aditione perempta re-
stitutione in integrum non conualescat. Nisi re-
spondeamus quod verum est, aliam rationem esse
heredis serui necessarij, aliam alterius substituti.
Cùm enim necessarius heres ille sit, qui omnino,
& protinus post testatoris mortem heres est, vt Iu-
stinianus diffinit in *§.1.Instit. de hered.qualit.& differ.* apparet seruum, qui non nisi necessarius heres
esse potest, postquàm alter heres extitit, ex substi-
tutione heredem esse non posse: cùm is qui prius
heres fuit, per restitutionem heres esse non desi-
nat. Vnde Papinianus rectè dicebat semper sub-
stitutum seruum excludi, nec eum casum exci-
piebat, Si hereditas soluendo non sit. Sed quo-
niam quæ ratio facit vt contra iuris regulam in-
stitui possint serui necessarij, licet cum iis testamen-
ti factio non sit, vt scilicet ipsorum potius quàm
dominorum bona væneant, eadem locum habet
cùm heres scriptus post aditionem restituitur, quia
cũ eo creditores agere nõ possunt: Diui Impp. Pius,
& Seuerus rescripserũt, permittendum hoc casu ser-

uo necessario vt ex substitutione heres esse possit: quasi vtiles actiones non tam habere, quàm excipere videatur. Alioqui non potest Prætor vtiles actiones seruo decernere, cuius persona iure Prætorio prorsus incognita est, quemadmodum & iure ciuili, nisi hactenus vt heres necessarius esse possit. At bonorum possessor necessarius esse non potest. Ergo quod de seruo Papinianus putabat, non idem de aliis dici potest, quos Prætor vtiles bonorum possessores efficit vt actiones vtiles habeant, quemadmodum in fine *d. §. sed quod.* Vlpianus ait: nec iam ex
10 eo loco *Bartoli* sententia impugnari potest. † Altera obiectio est ex *l. vlt. de success. edict.* ad quam difficilior responsio videtur. Apertè enim Papinianus scribit cognatum inferioris gradus, edicti successorij beneficium non habere, si prior ex propria parte possessionem acceperit, licet ob auxilium ætatis abstinendi facultatem impetrauit, ob idque fisco ea bona tanquam vacantia deferenda esse. Etsi verò de cognato inferioris gradus, non de substituto loquitur, eadem tamen vtriusq. ratio esse videtur vt post aditam ab altero hereditatem aut petitã bonorum possessionem excludantur, & fisco postponantur. Quomodo *Accursius* ratiocinatur, qui ad *d. l. vlt.* sic notat. *Sic in l. post aditam. C. de impub.* Sanè quod addit de *l. si minor. de acq. hered.* ridiculũ est. Repugnat enim ea lex potius quàm conuenit Papiniani respõso, vt suprà explicauimus.
11 † At videamus ne dici possit, multum interesse, an de legitima, an de testamentaria successione quæratur. In testamentaria, hereditatem agnitam haberi pro non agnita, si non cum effectu agnita sit, quia voluntati testatoris prius satisfactum dici non possit. Legi verò, & Prętori satisfactum esse statim atque vni hereditas aut bonorum possessio delata, vel acquisita est: neque id præterea legem aut Prætorem requirere, vt cum effectu acquiratur. Vnde fiebat iure vetere, vt si suus heres aut proximus agnatus delatam sibi hereditatem repudiasset, sequentis gradus liberi, aut agnati non admitterentur. Hoc enim est quod dici solebat in suis, & agnatis successionem non esse *l. 1. §. sciendum. D. de suis & legit. §. placebat. Instit. de legit. agnat. success.* Quod tamen, quoniam iniquum videbatur, Prætor sic temperauit, vt ij ex capite *vnde agnati* exclusi, ex sequenti *vnde cognati* admittantur. *d. § placebat.* Vnde intelligi potest, si vni ex cognatis delata sit bonorum possessio, isque eam repudiauerit, eum qui sequentis gradus sit edicti successorij beneficium habere, vt quemadmodum Prætor iniquum existimauit solam delationem proximo agnatorum gradui factam sequentes excludere, ob eamque rem cùm ex capite *vnde agnati*, exclusi essent, eos ex capite *vnde cognati*, admisit. ita in constituendo iure bonorum possessionis *vnde cognati* prouiderit vt ex sola delatione vni facta sequentes non excludantur, quia hìc nullum sequens caput sit, ex quo admitti possint, sed ita demùm si prior gradus bonorum possessionem acceperit, quod ostendunt illa Papiniani verba, *cùm prior ex parte propria possessionem accepisset.* Priore igitur possessionem accipiente sequentium ius omnino tollitur, licet postea prior abstineat, & successorij edicti potestas perimitur, quod ideò duntaxat propositum est ne bona diutius vacua iaceant. *l. 1. de success. edict.* Qua etiam ratione puto si proximus agnatus hereditatem adierit, tùmque ætatis beneficio restitutus repudiauerit, sequentes admitti non posse, nec *vnde agnati*, nec *vnde cognati*, arg. *d. l. vlt.* Nec obstant *l. 2. § si quis adi-ta. & l. 2. § si bonorum. D. ad S.C. Tertullian.* Habent enim propriam rationem ex verbis S.C. vt Iurecon. ait, quod ab *Accursio*, & vulgaribus interpretibus ignoratum, à recentioribus eleganter & rectè obseruatum est.

CAPVT V.

Emendatio l. inter causas. 26. §. sed cùm seruus. D. mand.

SVMMARIA.

1 *Quam actionem habeat is, cui seruus alieno mandato ab eo emptus furtum fecit?*
2 *Iniquum esse vt ob furtum etiam mea culpa à seruo alieno factum noxalis actio mihi non competat.*
3 *Culpæ nomine leuem culpam in iure significari.*
4 *Vera quæstio* d. §. sed cum seruus. *eiusque resolutio.*
5 *Emendatur* d. §. sed quum *& emendati sensus proponitur.*
6 *Locatorum vel commodatorum serui de suo dolo in solidum teneri.*
7 *Casus quo mandatarius cui seruus emptus culpa mandatoris furtum fecit, non in solidum sed noxali tantùm actione aduersus mandatorem experiri potest.*

SI † seruus quem mandatu meo emisti, furtum tibi fecerit: quæstio est an aduersus me noxalẽ dunta- 1
xat furti actionem habeas, an contrarium mandati in omne id quod tua interest. Et si quidem culpa mea dolove factum sit vt damnum passus sis, fortè si talem seruum emi mandauerim de cuius moribus te non monuerim, constat me in solidum teneri. *l. si seruus communis. 61. §. quod verò. de furt.* Sed si mea nulla culpa sit, æquius est te mandati actione aliud non consequi, quàm vt tibi seruus noxæ dedatur. *l. inter causas. 26. § sed cùm seruus. D. mandat.* Vbi exceptio subiungitur, *si tamen sine culpa tua id acciderit.* Ergo si culpa tua furtum tibi seruus meus fecerit, ne quidem noxali actione experiri poteris. Atqui vix est vt furtum tibi sine culpa tua fiat. *l. cum duobus. 52. §. damn. D. pro socio.* Vix igitur est vt noxali agere possis.
† Quod tamen iniquissimum esse nemo nega- 2
uerit. Neque enim ex culpa & negligentia tua seruo meo permitti debet vt furtum tibi faciat. Nisi fortè omissis duodecim tabularum legibus Lacedęmones aut priscos Gallos imitari volumus, apud quos furta non modò impunita, sed etiam laudi habita fuisse legimus, si sic fierent vt ἐν τῷ ἔργῳ fures nõ deprehenderentur. Ac sanè quod infinitis iuris locis scriptum est, ex furto serui dominum noxali actione teneri, accipiatur cum ea distinctione, si non eius cui furtum factum est culpa intercesserit, (deterior enim mandatarij, quàm aliorum conditio esse non debet,) fiet vt facilè iuris regula illudatur, & delicta impunita remaneant. Nec receptam lectionem rectè tueri possis, licet verba illa, *sine culpa tua,*
de insigni & lata mãdatarij culpa intelligas. † Quod 3
tamen commodè facere non possis, quoniam quibus iuris locis culpam indistinctè Iureconsulti dicunt, leuem, non latam, aut leuissimam intelligunt. *l. 2. § 1. l. 4. § vlt. l. in actionibus. 5. de in. iur. l. semper. 15. §. eum autem. D. quod vi aut clam. l. quæsitum. § illud. de precar. l. contractus. 25. de regulis iuris.* Deinde quãtumuis lata & insignis culpa sit eius, cui furtum fit, satis tamen in eo coercetur quòd integram totius damni æstimationem consequi non potest, nec vsq. adeò plectẽdus est vt ei serui nomine noxalis actio denegetur. Finge mercatorẽ tabernã in loco publico no-

ctu

ctu apertam reliquisse atq. ita ipsius merces à seruo eius subtractas esse: Insignis profectò ipsius culpa est, neque tamen ausis negare ei te noxali actione teneri, si à seruo tuo furtũ factũ esse appareat. Multò igitur magis in mandatario idem probãdum est, qui licet in culpa sit, verisimiliter tamẽ furtum passurus non erat si tui gratia mandatũ non suscepisset. † De-
4 nique Iureconsultus *in d. §. sed cum.* non quærit an mandatarius ob furtum serui noxaliter agere possit aduersus mandatorem (id enim erat sine dubio, vt idem Paulus ait *in l. pen. commod. & l. si damnum. 45. D. locat.* neque in eam rem Neratij authoritate opus erat) sed an noxali actione contentus esse cogatur, ne contrario mandati iudicio in solidum agere possit. Hoc verò difficile videbatur, quia licet æquum sit non oportere cuiquam plus damni per seruum euenire, quàm quanti ipse seruus sit, multo tamẽ æquius est nemini officium suũ, quod eius, cum quo cõtraxerit, nõ etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse: vt Africanus disputat *in l. si seruus. 61. §. quod verò D. de furt.* Sed hoc demùm rectè dicitur, eũ mandantis culpa argui potest, quæ si nulla sit, maior ratio est vt is qui mandauerat, & cui nihil imputari potest, noxę deditione liberetur. Planè si seruũ petat indemnem mandatarium præstare compelletur. *l. si seruus T itij. 70. de legat. 2.* Atque ita supradicto loco Paulus ex Neratij sententia respondet, mandatario noxalem duntaxat, non in solidum actionem competere, *si tamen*, inquit, *sine culpa tua id acciderit.* igitur cùm ipsius mandatarij culpa furtũ factum est, dicemus ei non tantùm noxalem, sed etiam in solidum agere licere. Ita enim ex superiorib. omnino sequitur, quod tamen absurdissimum est. Neque aliud dicere Accursius potest, quàm verba illa de mandatarij in emendo culpa intelligi debere, quod nec posteriorem hanc dubitationem tollit, nec verum est, cùm apertè Paulus de mandatario loquatur, cuius culpa furtum accidit. † Emendanda igitur est vul-
5 gata lectio, & pro *tua*, legendum *mea*, vt simili errore in *l. si mandatu. 45. §. vlt. D. eod.* scriptum est *tuam*, pro *meam*. Et se orsus erit, noxalem duntaxat actionem tibi competere, non contrariam mandati in solidum, nisi culpa mea furtum acciderit. Hoc enim casu, id est vt sequentia explicant, si scissem furem esse seruum, nec tibi prędixissem vt posses præcauere, tunc quanti tua interfit, tantùm me tibi præstare debere. Mihi namque culpa hæc imputari potest, licet non reticuerim dolo malo, vt facilè contingit. Sed in actione mandati, itémque depositi, culpa hac parte à dolo separanda non est, *d. l. 61. §. quod verò. de fur.* In commodato, locatione, & similibus aliud obseruandum est, vt qui commodauit seruum vel locauit, si ab ipso furtum factum sit nõ vltra serui pretium teneatur, *d. l. 61. §. circa commodatum.* vbi additur, *si non dolo quid fecerit.* Ita enim legendum est retenta negatione, quæ in vulgaribus libris omnibus est, licet in Florentinis malè desit. † Absurdum namque
6 fuerit, commodatorem aut locatorem serui, si dolo aliquid fecerint, non vltra serui pretium teneri, vt idem Africanus scribit *in l. si seruus. 31. in fin. de pignor. action.* aut eos quorum dolus argui non potest ne quidem ad serui pretium teneri: horum quippe melior conditio esse debet, quàm si dolum fecissent. Idque apertè scriptum est *in d. l. pen. commod. l. si dominum. 45. D. locat. & d. l. si seruus. 61. §. 1. de furt.* vbi dicitur bonæ fidei conuenire, vt in huiusmodi iudiciis doli nomine in solidum teneatur is qui dolũ commisit. quæ etiam sententia est illius exceptionis, *nisi quod in his amplius sit*, id est, nisi præter serui furtum, domini quoque dolum intercessisse proponas. Eodem planè sensu quo *in d. §. sed cum.* Paulus scribit, *nisi culpa mea id acciderit.* † Et tamen quod diximus 7
mandatario aduersus mãdatorem in solidum actionem dari si mandatoris culpa furtum factum sit, exceptio subiicienda est, nisi mandatarij quoque culpa argui possit. Quid enim si ipse vltrò custodiam seruo dederit argenti fortè vel nummorum, cùm alioquin dominus nihil vnquam tale fecisset? Hoc casu aliter obseruandum est, vt mandatario non in solidum, sed noxalis tãtùm actio detur. quomodo Africanus intelligendus est in *dict. l. 61. §. hac ita puto. de furt.* quamuis magnus Africani interpres dissentiat: quem proculdubio hic Pauli locus fefellit. Cæterũ nec quæuis mandatarij culpa impedit quominus in solidum agere possit, sed ea duntaxat, quę furto causam dat, vt in exemplo illo Africani, cùm mandatarius seruo empto custodiam argenti vel nummorum vltrò committit. Est enim quod sibi imputet cur commiserit cùm sciret dominum nunquam tale quid fecisse. At si forte per imprudentiam nummos suos in arca aperta reliquerit, & eos seruus emptus subripuerit, licet in culpa quodammodo sit, in solidum tamen aget, quia furto causam nõ dedit, nec vltrò custodiam commisit.

CAPVT VI.

Ad l. propter. 7. C. de adulter.

SVMMARIA.

1 *An sponsus sponsam de adulterio iure mariti accusare possit?*
2 *Quomodo accipiendum sit Diui Pij rescriptum* in l. si vxor. §. Diui. ff. ad leg. Iul. de adult.
3 *Quomodo legatur* d. l. propter. C. de adult.
4 *Verba illa*, quasi sponsa, *quem sensum habeant in* l. si vxor. §. si minor. ff. ad leg. Iul. de adult.

NOndum † inter omnes constat an sponsam de 1
adulterio sponsus iure mariti accusare possit. Quidam enim sunt hac de re iuris loci in vtramque quæstionis partem ancipites, qui nisi distinctione adhibita commodè explicari non possunt. Primùm autem distinguendum arbitror, an accusationis tempore maritus ille sit qui de adulterio sponsam accusare vult, hoc est eam, quæ adulterij tempore sponsa fuit, an verò sponsaliorum tẽpore accusatio instituatur. Rursus si iã accusationis tempore contractum matrimonium est, an adulterium eo tempore commissum esse dicatur, quo sponsa vxor esse potuit, an eo, quo vxor nondum propter ætatem esse potuit. Si sponsaliorum tempore accusatio instituatur, non puto iure mariti accusare posse eum, qui maritus non est, &, vt apertius dicã, solum maritum, non sponsum iure mariti accusare posse existimo. Nam & ea, quæ vni desponsa adulterium commisit, posteà alteri à patre in matrimonium tradi potest, quo casu de adulterio priorem sponsum agere non posse Papinianus respondit *in l. miles 11. §. quærebatur D. ad leg. Iul. de adulter.* non quod aliis casibus sponso sponsam iure mariti accusandi potestas concedatur, sed vt intelligamus in proposito casu, si priori sponso nupta post adulterium sponsa fuisset, futurum vt de adulterio iure mariti accusari posset. Quod ipsum tamen non indistinctè verum est, sed ita demùm si adulterij commissi tempore vxor esse potuit, ea, quæ de adulterio accusatur. *l. propter. 7. C. eod.* quæ propter hanc

causam de violata virgine adulta loquitur, itémque
de eo qui postea maritus esse cœpit, vt ostendat ne-
que eam quæ adulterium commisit, quo tempore v-
xor esse nondum potuit, neque etiamsi vxor esse po-
tuit, iure tamē mariti à sponso accusari posse, prius-
quàm maritus esse cœperit. Idque apertius tractat
Vlpianus in *l. si vxor.13. §. si minor.6. D. eod.* vbi scribit
si minor duodecim annis in domum deducta mari-
ti, adulterium commiserit, mox apud eum ætatem
excesserit, vxorque esse cœperit, non posse eam iure
viri de adulterio quod ante ætatem nupta commi-
sit, accusari. Posse tamen quasi sponsam accusari ex
rescripto Diui Seueri, de quo prius dixerat *in §. Di-
ui.* quoque cautum est vt in sponsa etiam adulterium
vindicetur, quia neque matrimonium qualecunque,
nec spem matrimonij violare permittatur.† Ex quo
apparet non sic illud Diui Seueri rescriptum intel-
2 ligi, vt sponsa iure mariti accusetur, sed vt de adul-
terio accusari possit, nunc iure mariti, si tempore a-
dulterij vxor esse potuit, posteaque maritus esse cœ-
pit is qui adulterij tempore sponsus fuerat, nunc
3 iure extranei, si duo hæc, aut ex iis alterum desit. †
Scio esse qui in *d. l. propter*, malunt legere, *propter vio-
latam virginem quæ posteà adulta esse cœpit*, quod si re-
ctum esset, vtique Alexandri rescriptum cū Vlpiani
responso pugnaret. Alexandri sententia esset, mari-
tum iure viri accusare posse eam quæ adulterij tē-
pore sponsa fuit, & impubes, & posteà adulta esse
cœpit. Vlpiani verò, non posse hanc iure mariti ac-
4 cusari, sed quasi spōsam. †Sed nec illud probo quod
iisdem placet, illa Vlpiani verba, *quasi sponsa*, sic in-
telligi, vt præcessent sponsalia, priusquam ea in ma-
riti domum deduceretur. Potius enim ostendunt
sponsalia nulla præcessisse sed nuptias, quæ tamen
propter ætatem nuptiæ non fuerunt. Vnde & Vlpia-
nus ait, *ante ætatem nupta*. Quanquam verò spōsa fuit,
tamen quasi sponsa accusari potest ex sententia re-
scripti Diui Seueri: quo factum est, vt suprà dixi-
mus, vt in sponsa quoque adulterium vindicetur
propter spem matrimonij: Quæ longè maior, certè
non minor est in nupta ante ætatem, licet verè nec
nupta nec sponsa sit, quàm in sponsa, ob idque iusta
adueniente ætate vxor esse incipit, nec nouis nuptiis
opus est, quæ in sponsa requiruntur. *l. doti promissio.*
68 D. de iur. dot. Nihil igitur interest an spūsalia præ-
cesserint, an non: si modò sine sponsalibus spes ali-
qua matrimonij fuit eo tempore quo adulterium
commissum esse dicitur: hoc est si ante ætatem nu-
pta fuit.

CAPVT VII.

Ad §. Cato. 4. D. de verb. oblig. noua coniectura.

SVMMARIA.

1 *Factorum quæ in stipulationem deducuntur diuisio in diuidua & indiuidua.*
2 *An ex facti indiuidui stipulatione stipulatoris heredes in solidum agere, promissoris vero heredes in solidum conueniri possint?*
3 *Distinctio inter heredes stipulatoris & heredes promissoris in hac quæstione adhibita.*
4 *Dissimilitudinis inter vtrosque ratio.*
5 *In facti indiuidui stipulatione promissoris heredes omnes ex vnius facto teneri, quum heredis in ea mentio fit.*
6 *Facti indiuidui stipulatione in rem concepta stipulatoris heredes omnes agere, & promissoris teneri.*
7 *Distinctio proposita in d. §. Cato inter facti diuidui & indiuidui stipulationem, eiusque ratio.*
8 *Verba illa §. Cato.* quod nisi in solidū peccari non poterit, &c. *constructionem non recipere.*
9 *Differentia inter* committi stipulationem & committi in stipulationem.
10 *Reijcitur interpretatio dicti versiculi* quod nisi à *Duareno allata.*
11 *Noua dicti versiculi emendatio.*
12 *Differentia inter stipulationem iter fieri, & stipulationem amplius non agi.*
13 *Stipulationem hanc* Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat, *similem esse stipulationi*, Titium heredémque eius rem ratam habiturum, *non autem stipulationi* Iter fieri *ex Paulo contra Catonem ostenditur.*
14 *Error Catonis* in d. §. Cato.
15 *Ratio pro Catone.*
16 *In facti indiuidui stipulationibus quibus pœna adiectio, & in quibus heredum mentio fit, pœnam ab eo per quem factum est proportione hereditaria exigi.*
17 *Pauli ad Catonem notam ab Accursio intellectam non fuisse.*

DE huius §. sententia nemo vnquam fuit, qui non
valde dubitauerit, aut qui in eius interpretatio-
ne sibi satisfecerit. Habet enim nō modò obscuris-
simum tractatum, sed etiam verba vsq. adeò ambi-
gua, & contorta, vt vix quicquā rectè ex iis conijci
posse videatur. Sed priusquā de verbis dicamus, tota
quæstio, de diuiduis & indiuiduis faciēdi stipulatio-
nibus breuiter explicanda est, ac paulò altius repetē-
da.† Omnia facta, quæ in stipulationem deduci pos- 1
sint, diuidua vel indiuidua sunt. Diuidua dicuntur,
quæ pro parte fieri, pro parte non fieri possunt. Indi-
uidua verò quæ vel nulla ex parte vel in totum fieri
necesse est. Prioris generis illa sunt, Agere Ratū ha-
bere, cæteraque eiusmodi. Posterioris autem Iter fie-
ri, Habere licere, Per te nō fieri quominus mihi ire
agere liceat, & similia. Ac in diuiduis quidem dubi-
tatio nulla est, quin si in stipulationem deducta sint,
defuncto stipulatore, aut promissore inter heredes
ipso iure, & ex lege duodecim tabularum diuidātur.
Sed de indiuiduis tota quæstio est, quib. in stipula-
tionem deductis stipulatio indiuidua dicitur.† Quæ- 2
stio autē in eo est, an ex huiusmodi stipulationibus,
promissoris aut stipulatoris heredes in solidū agere
aut conueniri possint, adeò vt vnius facto aduersus
cæteros quoque aut in cæterorum vtilitatem stipu-
latio committatur. De quo eleganter & accuratè Iu-
reconsulti Vlpianus & Paulus tractant *in l. 2. §. item
si in facto l. 3. & l. 4. D. de verb. oblig.* † Primùm autem 3
distinguendum est inter heredes stipulatoris, & he-
redes promissoris. Si promissor plures heredes reli-
querit, & vnus ex iis fecerit quod non fieri opor-
tuit, indistinctè dici potest cæteros quoque teneri,
sed familiæ erciscundæ iudicio repetere posse quod
præstiterunt, ab eo, cuius facto stipulatio in solidum
commissa est. Si verò stipulator pluribus heredibus
relictis decesserit, & quæratur an vno ex iis prohibi-
to, cum fortè promissum esset, Per promissorem
non fieri quominus stipulatori ire agere liceat, cæ-
teri qui prohibiti non sunt ex stipulatu experiri
possint, Paulus distinguit an stipulationi pœna a-
liqua adiecta sit, necne. Pœna enim non adiecta
stipulationem non committi, nisi pro parte eius, qui
prohibitus est, quia cæterorum non interfit. Pœnā
adiecta in solidum committi stipulationē, hoc est,
ita vt quisq. pro parte hereditaria ex stipulatu agere
possit, quia pœnæ adiectio efficiat vt quærendum

non

non sit an singulorum intersit, sed illud duntaxat
inspiciendum quæ sit quantitas, & conditio stipula-
tionis, vt licet nihil agentium intersit, stipulationis
conditionem extitisse sufficiat. Sed tamen qui pro-
hibiti non sunt si ex stipulatu agant doli exceptio-
ne submoueri poterunt, vt Paulus monet in *§. vlt. d.
l. 2.* quoniam ipsorum nihil interest, satisque pro-
missor in eo punitur, quòd ei, qui prohibitus est,
præstat quanti ipsius interest. † Huius porrò dissi-
4 militudinis, quam inter stipulatoris & promissoris
heredes constituimus, rationem Vlpianus reddit *in
l. 3. eod.* quod interest prohibiti à nemine prohiberi:
coheredum verò illius qui prohibitus est, nihil in-
terest coheredem prohibitum fuisse. Sed hic quo-
que sub distinguendum arbitror, an sic concepta sti-
pulatio sit, *Per te non fieri, neque per heredem tuum, quo-
minus mihi, herodique meo agere liceat*, an ita vt here-
dis mentio non fiat, hoc modo, *Per te non fieri quo-
5 minus mihi agere liceat*. † Ac priore duntaxat casu
verum esse arbitror quod *in d. l. 2. §. vlt. & l. 3.* dicitur
promissoris heredes omnes vnius facto teneri, & v-
no ex stipulatoris heredibus prohibito, in cætero-
rum quoque persona stipulationem committi. Nam
si heredis mentio in stipulatione facta non sit, ma-
gis esse puto vt neque alius promissoris heres te-
neatur quàm is per quem factum est quominus sti-
pulatori ire agere liceat: neque ex stipulatoris here-
dib. quisquam ex stipulatu agere possit præter eum
qui prohibitus est. Idque meo iudicio faciunt ver-
ba stipulationis, ex quibus actiones omnes, quæ De
stipulationibus incurrunt decidi & terminari de-
bent. Si enim cùm ab vno ex promissoris heredibus
prohibitus esses, aduersus alium à quo prohibitus
non es experiaris ex ea stipulatione in qua heredis
mentio facta non sit, obiici tibi poterit ex iis verbis
stipulationis, *Per te non fieri*, alium conueniri non
posse, quàm per quem factum est: per eum verò ni-
hil factum esse contra quem experiris. Aut si cùm
coheres tuus prohibitus esset, non tu, stipulationem
in tua quoque persona commissam esse intendas, æ-
què tibi obiici poterit ex iis stipulationis verbis,
quominus mihi ire agere liceat, nullam tibi actionem
acquisitam esse, cui, si velis, ire agere liceat. Quòd si
heredis mentio in stipulatione adiecta sit, prohi-
bentis coheres recusare non potest quominus pro
sua parte actionem excipiat: cùm ad hoc sufficiat
Per heredem factum esse ex iis stipulationis verbis,
neque per heredem. Quemadmodum & coheres il-
lius, qui prohibitus est, ex iis verbis, *heredique meo*, re-
ctè ex stipulatu agere potest, licet prohibitus nó sit,
quia ad hoc vt stipulatio committatur, sufficiat he-
redem stipulatoris prohibitum esse. † Quod si ne-
6 que promissoris neque stipulatoris persona demon-
strata sit, sed ita fortè concepta stipulatio sit, *iter fie-
ri, habere licere*, idem dicendum est vt omnes promis-
soris heredes teneantur, licet per eos factum nihil
sit, itémque omnes stipulatoris heredes agere pos-
sint, etiam qui prohibiti non sunt, quia stipulatio-
nis verba aliud non requirant quàm vt iter factum
non sit, non inspecto eo an per te, an per alium, me
petente an coherede meo factum non sit. His verò
7 cognitis explicandus nobis est *§. Cato.* † In eo pri-
mum Catonis distinctionem Paulus refert, vt pœna
certæ pecuniæ promissa, Si quid aliter factum sit,
mortuo promissore, si ex pluribus heredibus vnus
contra quàm cautum est fecerit, ab omnibus pœna
committatur pro portione hereditaria, si id factum,
de quo cautum est, indiuiduum sit, veluti *iter fieri*.

Ab vno verò pro portione sua si diuisionem reci-
piat, veluti, *amplius non agi*. Cuius differentiæ ratio-
nem illam Cato reddebat, *quod in priore casu omnes
commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non pote-
rit illam stipulationem, Per te non fieri, quominus mihi ire
agere liceat*. † Hæc enim §. verba sunt, in quorum 8
tamen constructione magnus interpretum labor
est, neque sanè videntur commodè construi posse,
nec si Priscianum, cęterosque nobiliores Grammati-
cos consulamus. Primùm enim *peccari illam stipula-
tionem* Latinè dici non potest pro *committi stipulatio-
nem* vt parum acutè quidam scripserunt, existiman-
tes dici solere *committi stipulationem*, pro *committi in
stipulationem*, quod falsum est. † Nam committi sti- 9
pulationem aliud non est, quàm diem aut conditio-
nem stipulationis cedere: quomodo dicimus *com-
mittitur stipulatio*. At *peccatur stipulatio* quis dixerit?
Sed neque ita Paulus scribere potuit *quod nisi in soli-
dum committi non poterit illam stipulationem*. Palam
enim scribendum esse *committi non poterit illa stipula-
tio*. Deinde stipulatio *Iter fieri* longè differt ab illa
Per te non fieri, &c. vt suprà diximus. Quòd cùm ita
sit, inepta erit Pauli ratio, si sic intelligatur, vt in sti-
pulatione *iter fieri* ideò omnes coheredes stipula-
tionem commisisse videantur, quòd nisi in solidum
peccari non potuerit aduersus illam stipulationem
Per te non fieri, &c. † Ineptior verò si ex *Duareni* sen- 10
tentia (qui Taurellum secutus omnium pessimè lo-
cum hunc interpretatus est) verba illa, *quod nisi in
solidum peccari non poterit*, parenthesi circumscriba-
mus, & sequentia *illam stipulationem* ad præcedentia
illa referamus, *omnes commisisse videntur*. Idque cla-
rum & apertum est. † Proinde iam dubitari non o- 11
portet quin Florentina & communis, qua nunc vti-
mur, lectio emendanda sit, ac potius ita legendum,
quod in priore casu omnes commisisse videntur quod (sine
accentu pro *id quod*, non pro *quia*) *nisi in solidum pec-
cari non potuit, vt in illa stipulatione Per te non fieri quo-
minus mihi ire agere liceat*. Quod à me superioribus
annis obseruatum, & nobilissimo mihique charissi-
mo adolescenti Alexandro Guerino communica-
tum, cùm singulas tituli de *verb. obligat.* leges com-
muni studio & diligentia percurreremus, posteà in
vetere libro sic scriptum comperi, cuius authoritas
me in priore sententia magis ac magis confirmauit.
† Habet verò hęc lectio sententiam perelegantem, 12
ex qua ratione differentię à Catone redditam eam
esse intelligimus. vt in priore casu, hoc est in stipu-
latione *iter fieri*, vno non faciente stipulatio in soli-
dũ committatur, quia videantur omnes coheredes
cõmisisse, id quod nisi insolidum committi & pec-
cari nõ potuit. Posteriore autem casu, hoc est in sti-
pulatione *amplius non agi*, nõ videntur omnes com-
misisse quod in partem committi potuit, quod ta-
meo à Catone prætermissum est, quasi id ex præce-
dentibus & comparatione stipulationis *iter fieri* sa-
tis intelligeretur. † Hac porrò stipulatione *iter fieri* 13
Cato illi similem esse dicebat *Per te non fieri quomi-
nus mihi ire agere liceat*, vt hæc quoque in solidum
committatur aduersus omnes promissoris heredes,
si per aliquẽ ex iis factũ sit quominus mihi ire age-
re liceat: quia quod per vnũ fiat, per omnes factum
esse videatur. Sed hanc Catonis similitudinem Pau-
lus reprobat iis verbis, *sed videamus ne non idem hic
sit*, id est ne nõ satis rectè stipulatio hæc, de qua pro-
ximè dictum est, *Per te non fieri*, &c. similis esse dica-
tur illi *iter fieri*: At potius similis sit illi *Titium here-
démque eius ratum habiturum*, vt quemadmodum ex

hac solus ille heres tenetur qui ratum non habet,&
solus is agit à quo petitum est: ita ex illa, *Per te non
fieri quominus mihi ire agere liceat*, solus ille teneatur
stipulatori per quem factum est quominus ei ire a-
gere liceret, & ex plutibus stipulatoris heredibus
alius experiri non possit, quàm cui ite agere non
permittetur. Atqui, inquies, manifesta est inter hu-
iusmodi stipulationes differentia, cùm stipulatio De
rato factum diuiduum contineat, illa verò, *Per te*
14 *non fieri*,&c. factum indiuiduum. † Et hoc nimirum
est in quo Cato fallebatur, nihil interesse existimás
an heredis mentio in stipulatione facta sit, an non:
sed illud tantùm distinguens an diuiduum, an in-
diuiduum factum stipulatione contineatur, cùm ta-
men prior quoque distinctio necessaria sit, & mani-
festam rationem habeat, quam nos suprà explicaui-
15 mus. † Quòd si obiicias in stipulationibus indiui-
duis per omnes factum videri, quod per vnum ex
omnibus factum est. Respondeo id eò pertinere, vt
si heredis mentio facta sit, sufficiat aliquem ex here-
dibus id fecisse quod nisi in solidum facere non po-
tuit. Sed stipulatione sic concepta, vt illius tantùm
persona demonstrata sit, per quem fiat id, de quo
non faciendo stipulatio interponitur, hac ratione
abuti non debemus, vt quod ab vno ex heredibus
factum est, à cæteris omnibus factum esse interpre-
temur. Verum enim est per eos nihil factum fuis-
se. Idque eo magis probandum est, quòd Paulus de
ea stipulatione loquitur, cui pœna subiecta est: quo
casu absurdum non est pœnam exigi ab eo per quē
factum est pro ipsius portione hereditaria, tum ex
stipulatione aduersus alios agi, vt per eos non fiat
quominus stipulatori ire agere liceat. Cùm pœna
præmissa non est, nō ita explicari res potest. Is enim
per quem factum est, in id quod stipulatoris interest
conuenitur, nec nisi pro portione sua hereditaria.
Vnde fit vt aduersus cæteros quoque ex stipulatio-
ne agi necesse sit ad id quod interest cùm stipulato-
ris in solidum intersit à nemine prohiberi, quia hu-
iusmodi factum indiuiduum est. Idque licet in sti-
16 pulatione heredis mentio facta non sit. † At pœna
præmissa, quæ commodè diuidi potest, nec impedit
quominus in solidum ex stipulatione agi possit ad-
uersus cæteros per quos nihil adhuc factum est, vt
stipulatorem ire agere patiantur, commodè hęc in-
terpretatio admitti potest, vt pœna exacta ab eo qui
prohibuit pro ipsius portione hereditaria, cæteri
nullo modo teneantur, si modò per eos nō fiat quo-
minus stipulatori ire agere liceat. Obseruandum
verò est, quod mirificè distinctionem nostram con-
firmat, omnibus iuris locis quibus dicitur stipulatio-
nem hanc *per te non fieri*,&c. vno prohibente in soli-
dum committi, ita stipulationem concipi vt heredis
mentio fiat, veluti in *l. heredes. 25. §. in illa. ff. famil er-
cisc. l. 2. §. item si in facto. l. 3. l. in executione. 85. §. quod si
17 stipulatus. ff. de verb. oblig.* † *Accursius*, cuius tempo-
ribus nondum corrupta erat vera lectio quam vete-
rem fuisse dicimus, bene vidit reprehendi à Paulo
Catonem in eo, quòd stipulationem *Iter fieri* illi si-
milem esse diceبat *Per te non fieri*: sed quid sibi Pau-
lus velit non intellexit, vt ex ipsius glossis perspice-
re quiuis potest, maximè verò ex glossula in illis
verbis *non fieri*, in qua notat eandem esse illam sti-
pulationem de qua prius idem Paulus dixerat in *l. 2.
§. item si in facto.* Quod si admittas, planè non video
quænam eius loci sententia aut interpretatio exco-
gitari possit. Cæteræ, quæ in hunc vsque diem ab
aliis excogitatæ sunt, tam improbabiles & à Pauli
verbis alienæ sunt vt vix dignæ videantur, quæ vel
referantur, vel ratione potiùs quàm silentio refel-
lantur.

CAPVT VIII.

Emendatio. §. vlt. l. 4. de verb. obligat. & l. Prætor. 20. §. hoc autem interdictum. de oper. noui nunciat.

SVMMARIA.

1 *Corruptam esse* d. §. vlt. *lectionem.*
2 *Vtilitas quid significet?*
3 *Accursij interpretatio ad §. incertam* l. 2. ff. de Prætor. stipulat.
4 *Ex stipulatione damni infecti & aliis quæ incertam quantitatem continent, obligationem defuncti promissoris inter heredes pro hereditaria portione vtilitatis causa scindi.*
5 *Reiicitur quorundam interpretatio ad* d. §. vlt. l. 4. de verb. oblig.
6 *Emendatio* d. §. vlt.
7 *Differentia inter opus publicum & priuatum, ad damni infecti stipulationem pertinens.*
8 *In quo differat damni infecti stipulatio, à noui operis nunciatione.*
9 *Emendatur & explicatur* §. hoc interdictum. l. 20. de noui oper. nuntiat.

QVoniam superiore capite de indiuiduis sti-
pulationibus diximus, *& §. Cato. l. 4. de verbor.
obligat.* explicauimus, placet hoc etiam capite ali-
quid addere de sententia & emendatione *§. vlt. dict.
l. 4.* † cuius lectio mihi corruptissima esse videtur. 1
Neque enim verum est, quod Paulus in eo scribit,
ex parte stipulatorum vtilitatis causa receptum esse,
vt si is qui duplam stipulatus est decesserit pluribus
heredibus relictis, vnusquisque ob euictionem suæ
partis pro portione sua actionem habeat, idémque
esse in stipulatione fructuaria, damni infecti, & ex
operis noui nūciatione. Nam & idem Paulus in *l. 2.
§. incertam. de Prætor. stipulat.* scribit in huiusmodi sti-
pulationibus, & similibus, quæ incertā quantitatem,
hoc est, eius quod interest præstationem continent,
summa ratione fieri, vt vno ex stipulatoris heredibus
vincēte in partem eius stipulatio committatur, hoc
enim facere verba illa stipulationis, *quanti res est*. At
quod summa ratione fit, vtilitatis causa receptū esse
dici non potest, nec summam rationem interpretari
possumus æquitatem à stricta ratione differentem,
si verum est quod in *d. § incertam.* Paulus ait, id fieri
ex ipsis verbis stipulationis. Quod enim tale est, vi-
deri non potest fieri ex æquitate rationi strictę cō-
traria. † Nec rursus dici potest, quod quidam tenta- 2
uerunt, vtilitatem eo loco pro eo quod interest vsur-
pari. Etsi enim quibusdā iuris locis eo sensu vtilitatis
appellatio sumitur, tamē vix est vt in proposita quę-
stione sic accipiatur, cùm ea demum vtilitatis causa
recepta esse dici soleant, quæ contra summam stri-
ctamq. iuris rationem ex æquitate recepta sunt. † *Ac- 3
cursij* quoque interpretatio displicet ad *d. § incertam.*
vbi notat summa ratione fieri vt inter promissoris
heredes obligatio diuidatur, cùm tamen apertè lex
dicat summa ratione fieri, vt vno ex heredibus sti-
pulatoris vincente in partem eius stipulatio com-
mittatur. idque fieri ex illis verbis stipulationis, *quan-
ti res est*, quæ nihil aliud significant quàm id quod
interest. *l. vlt. D. eod.* Heredum verò stipulatoris am-
plius

plius non intereſt quàm pro hereditaria cuiuſque
portione. Summa igitur ratione ſit non vtilitatis cau-
ſa, vt pro ſua quiſque parte ex ſtipulatu actionē ha-
4 beat.† Neque tamen id ita accipi velim, quaſi exiſti-
mem in perſonis heredum promiſſoris, defuncti ob-
ligationem non ſcindi. Quod enim ſcriptum eſt *in*
d. §. incertam. quamuis poſſit dici ex perſona heredum pro-
miſſoris non poſſe deſcendentem à defuncto ſtipulationem
diuerſam conditionem cuiuſque facere, non eò pertinet
vt corrigatur quod prius dictum erat, ſcindi obli-
gationem in perſonis heredum: ſed vt intelligamus
eam inter promiſſoris, & ſtipulatoris heredes diffe-
rentiam eſſe, quòd quamuis in omnibus idem ius ſit,
tamen in promiſſoris heredibus vtilitatis cauſa rece-
ptum eſt, quod in perſona heredum ſtipulatoris
ſumma & ſtricta iuris ratione obtinet. Iuris enim ra-
tio facere videtur, vt ex perſona heredum obliga-
tionis conditio non immutetur. *l. 2. §. ex his de verbor.*
oblig. Ipſi autem promiſſori pro parte nec reſtitutio
nec defenſio contingere poteſt, quin ſi in ſolidum
ſtipulationi non ſatisfecerit, in ſolidum condemne-
tur, *dict. l. 4. in fin.* At quoniam id quod ſtipulatori
præſtandum eſt commodè diuiſionem recipit, & ini-
quum videtur eum qui hereditatis partem tantùm
habeat integrum onus ſentire, vtilitatis cauſa rece-
ptum eſt vt obligationis conditio in promiſſoris he-
5 redum perſona immutetur. † Quod ſi ita eſt, eorum
interpretatio probabilis non videtur qui in *d. l. 4. §.*
vlt. verba illa, *ipſi autem promiſſori*, ſic explicant, *ex*
parte promiſſoris, vt quod de ipſo promiſſore Paulus
ait, de promiſſoris heredib. intelligatur. Hoc enim
nec Pauli verbis, nec iuris rationi conuenit, ex qua
verum eſt promiſſoris heredes partis præſtatione li-
berari. *l. in executione. 85. §. in ſolidum l. cum ex cauſa.*
119. de verb. oblig. l. ex damni. 40. §. pen. de damn. infect. l.
ſupra 11. §. officium. D. aqua pluu. arcend. Denique nulla
hac parte inter promiſſoris & ſtipulatoris heredes
differentia eſt, niſi quòd in his ſumma & ſtricta iuris
ratione, in illis verò ex æquitate, & vtilitatis cauſa
defuncti obligatio ſcinditur. *d. l. 2. §. incertam. de Præ-*
6 *tor. ſtipulat.* † Vnde coniicio in *d. l. 4. §. vlt. de verb. o-*
blig. malè ſcriptum eſſe, *Hæc vtilitatis cauſa ex parte*
ſtipulatorum recepta ſunt, idque potius ex imperiti in-
terpretis gloſſa in textum irrepſiſſe. Sequitur vt vi-
deamus de emendatione *l. Prætor. 20. § hoc autem in-*
terdictum. (ex illis namque verbis initium §. ſumen-
dum eſt, non ex illis, *aducitur & illud*) *D. de operis noui*
nunciat. Illud enim mirũ atque adeò falſum eſt quòd
Vlpianus ait, ſi is qui in publico ædificat non ſatis-
dederit, ſed tantùm repromiſerit, poſſe eum prohi-
beri quominus ædificet, nec permittendum eſſe in
publico ædificare, priùs quàm appareat quo iure
7 quis ædificet.† Etenim certi iuris eſt, in noui operis
nunciatione cùm de repromiſſione aut ſatiſdatione
quæritur, ita obſeruari vt de eo opere quod in pri-
uato fit, ſatiſdari: de eo verò quod in publico, dun-
taxat repromitti oporteat. *l. 1. §. ſtipulatio itaque. de Præ-*
8 *tor. ſtipul.* † In quo differt noui operis nunciatio à
damni infecti ſtipulatione, in qua ex contrario ſic
diſtinguitur vt ratione eius quod fit in flumine pu-
blico ſatiſdationem exigat: pro re verò propria, nu-
da repromiſſione contenta ſit. *d. l. 1. §. item ex cauſa. l.*
Prætor. 7. §. 1. l. quis bona. 13. §. 1. D. de damn. infect. Cuius
diſſimilitudinis illa fortaſſe ratio eſt, quod publicè
intereſt rei publicæ damnum non fieri, eaque res ma-
gni momenti ſit. At nouum opus fieri in flumine pu-
blico non ita magni eſſe momenti, & is qui in pu-
blico ædificanti nouum opus nunciat, & de alieno
iure contendit non de ſuo, & tanquam alieni iuris
petitor repromiſſione contentus eſſe debet, vt Pau-
lus ait in *l. non ſolum. 8. §. ſi cum poſſem. de oper. noui nun-*
ciat. Vtcumque verò ſit, illud apertiſſimum eſt, ei
qui nouum opus nunciat ædificanti in publico re-
promittendum duntaxat non etiam ſatiſdandum
eſſe: neque defendi poſſe ſententiam *d. §. hoc autem*
interdictum. quia cùm nihil interſit an qui in publico
ædificat, repromittat: an qui in priuato, ſatiſdet. *l. de*
pupillo. 5. §. ſi is cui. D eo. apparet Prætoris interdictum,
quo vim fieri vetat ei qui pro opere facto in loco
priuato ſatiſdedit, ad eum quoque protrahi debere
qui ratione operis in publico facti repromiſit, vt
non magis huic quàm illi vim facere liceat quo mi-
nus cœptum opus perficiat. Sed me illud etiam mo-
uet, quòd cùm interdicti verbis nihil de loco publi-
co dicatur, incongrua & parùm accommodata vide-
tur ratio illa, *neque permittendum fuit in publico ædifi-*
care, &c. † Quorſum enim *in publico?* An quòd in pri- 9
uato ędificans repromiſſione liberetur? Id verò dici
non poteſt, nec vlla alia probabilis eorum verborum
ſententia excogitari: nullam certè hactenus excogi-
tatam eſſe intelliges, ſi *Accurſij* gloſſas, aliorumque
omnium interpretum Commentarios inſpicias, &
perlegas. Igitur probabile eſt ea verba, *in publico*, ſic
emendanda eſſe vt legamus *in eo loco*, quæ interdicti
verba ſunt *d. l. Prætor. 20. in princ. § deinde.* Eſt enim
conueniens in interdicti interpretatione, ipſius in-
terdicti verbis Vlpianum vſum eſſe. Significant au-
tem *in eo loco in quem nunciatum eſt ne quid noui operis*
fieret, vt ex toto interdicti contextu intelligi poteſt.
Illa verò ſequentia, *priùs quàm appareat quo iure quis*
ædificet, quę etiam Accurſius male explicat, ſic acci-
pienda ſunt, priuſquàm ſatiſdatum ſit. nam vt in §.
pręcedente Vlpianus ait, interpoſita ſatiſdatione, ni-
hil intereſt an iure, an iniuria quis ædificet, cum ſe-
curus ſit is qui opus nouum nuntiauit poſteaquàm
ei cautum eſt.

CAPVT IX.

Ad l. lex Cornelia. 28. D. de vulgar. & l. pater. 10. D. de cap. & poſtlim.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio & ſubdiſtinctio Iuliani in quæſtione illa, an pupillaris ſubſtitutio lege Cornelia confirmetur.*
2 *An pupillares tabulæ lege Cornelia confirmentur ſi patre iam mortuo filius in hoſtium poteſtatem inciderit, & apud eos deceſſerit.*
3 *Ex lege Cornelia directas, non vtiles actiones dari.*
4 *Interpretatio* §. 1. d. l. pater.
5 *Ratio cur impuberis captiui legitima hereditas per legem Corneliam deferatur.*
6 *Legis Corneliæ fictionem ad eum quoque caſum extendi quo filius mortuo patre ab hoſtibus captus eſt, & apud eos deceſſit.*
7 *Cur legis Falcidiæ poteſtas per Prætoris edictum in eas inducta ſit qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem poſſident.*
8 *An ſi filius in ciuitate viuo patre captiuo deceſſerit, ex lege Cornelia pupillares tabulæ confirmentur, ſi pater deinde apud hoſtes deceſſerit.*
9 *Interpretatio Accurſij ad* l. quod ſi. 11. ff. de capt. & poſtlimin. reuer.
10 *Contra eam obiectio, & reſponſio.*
11 *De quo herede accipienda ſit* l. pen. de ſuis & legit. hered.
12 *An, quum filius pubes viuo patre captus, apud*

hostes decedit patre iam mortuo in ciuitate, an, in-quam illa filij hereditas ad proximum agnatum per-tineat, & an patris hereditas dici possit?

1 IN † quæstione illa, an pupillaris substitutio lege Cornelia confirmetur, Iulianus in *l. lex Cornelia. 28. D. de vulgar. & pupill. substit.* monet distinguen-dum esse, an pater, an filius apud hostes decessisse proponatur. Etenim patre apud hostes mortuo, si post ipsius captiuitatem filius in ciuitate decesserit, siue viuo adhuc, siue mortuo parte pupillares tabu-las ex lege Cornelia confirmari, quemadmodum & cætera omnia quæ testamento ante captiuitatem fa-cto continentur Ratione illa, quòd licet filius viuo patre sui ioris effectus esse videatur, tamen ex iuris ratione pater qui non redit ab hostibus iam ex eo tempore quo captus est decessisse intelligatur, vt ad-uersus quorundam sententiam Papinianus disputat in *l. pater 10. in princip. D. de capt. & postlimin.* Sed si pa-tre in ciuitate mortuo filius apud hostes decesserit, idem Iulianus in *d. l. lex Cornelia*, subdistinguendum ait an patre adhuc viuo, an iam mortuo filius in ho-stium potestatem peruenerit. Priore casu legi Cor-neliæ locum non esse, quia per eam non efficiatur vt heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate re-liquit. Idque nullam recipit dubitationem. At po-steriore casu non incommodè dici hereditatem pu-

2 pilli ex ea lege ad ipsius substitutos pertinere. † Hic verò casus est de quo probabilius dubitari potest. Nam Papinianus in *d. l. pater. §. vlt.* disertè scribit legẽ Corneliam de tabulis secundis nihil locutam, eius duntaxat personam demonstrasse qui testamenti fa-ctionem habuisset. Quod si ita est, pupillares tabulas in proposito casu ex lege Cornelia confirmatas es-se dici non potest, licet ibidem Papin. subiiciat Præ-torem non minus patris, quàm legis voluntatem sub-sequi debere, & substituto vtiles actiones dare. Hoc enim potius ostendit ex lege Cornelia substitutio-nem pupillarem non confirmari, quæ si confirmare-tur directæ non vtiles actiones substituto darentur, cùm lex Cornelia & hereditatem, & heredem fa-ciat. *l. filiusfamilias. 18. D. ad legem Falcid. l. captum. 9. l. in postliminij. 14. Cod. de postlim. reuers.*

3 † Ex quo refel-litur eorum adnotatio, qui ex lege Cornelia vtiles tantùm actiones dari existimant, idque probari pu-tant ex *d. l. pater. 10. §. vlt.* vbi tamen non à lege, sed à Prætore vtiles actiones substituto dandas esse dici-tur. Ideo autem directas Prætor non dat, quia here-dem facere non potest. *§. quos autem. Instit. de bonor. possess.* Nec rursus dici potest, quod iidem volunt, Præ-torem ex mente legis Corneliæ vtiles actiones sub-stituto dare, cùm apertè Papin. dicat legem Corne-liam de secundis tabulis nihil locutam esse, quin e-ius personam tantùm demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. Et quemadmodum ineptè quis diceret Prætorem ex mente legis 12. tab. vocare emã-cipatos ad successionem intestatorum parentum, li-cet ea lex nihil de emancipatis dixerit, & suorum agnatorũmque duntaxat personam demonstrauerit, ita rectè meo iudicio dici non potest ex mente legis Corneliæ pupillares tabulas confirmari, de quibus ea lex nec locuta est, nec intelligi potest, cùm ex cõ-trario eius personam demonstrauerit qui testamenti

4 factionem habuisset. † Et quod Papinianus ait nõ ef-se alieoum Prætorem subsequi non minus patris quàm legis voluntatem, non sic accipi debet vt non minus ex legis, quàm ex patris voluntate substituto vtiles actiones à Prætore dentur, sed sic potius, vt quemadmodũ ei cui legitima impuberis captiui he-reditatem lex Cornelia defert, Prætor bonorum pos-sessionem dat ad tuendam legis Corneliæ volunta-tem, (nam legum quoque tuendarũ causa plerúque bonorũ possessionem dat, *l. sed cum patrono. 6. §. pe-nult. D. de bonor. poss.*) ita ei quem pater filio impu-beri substituit vtiles ex testamento actiones decer-nat, vt rectam & sanam patris voluntatem confer-uet, cui nec Cornelia, nec vlla alia lex repugnat. Suf-ficit enim, nihil Prætorem contra legem facere, li-cet quod facit, nec ex verbis, nec ex mente legis fa-ciat. *l. nemini. 28. §. quod eum. D. ex quib. caus. maior.* At-que ita Papinianus intelligendus est in *dict. l. pater. §. vltim.* non quomodo eum ratiocinari comminis-cuntur, qui in illis verbis, *quoniam verum est ne impu-berem quidem factionem testamenti habuisse*, pro *quo-niam*, malunt legere *quanquam*. † Cum tamen si quæ- 5
ratur, Cur impuberis captiui legitima hereditas per legem Corneliam deferatur, accommodatior ratio reddi non possit, quàm quoniam verum est ne im-puberem quidem testamenti factionem habuisse. Id enim consequens est ei quod prius Papinianus di-xerat, legem Corneliam de secundis tabulis nihil locutam eius duntaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. Quod de successio-ne testati intelligendum esse apertissimum est: nam successionem intestati illud impedire non potest quòd testamenti factionem non habuerit is de cu-ius successione agitur alioqui nec pupilli, nec furio-si, similiúmque personarum hereditas ab intestato vlla esset, quod falsum est, *l. 1. de suis. & legit. l. bona. 22. D. de capt. & postlim.* quæ cùm ita sint, illa adhuc du-bitatio superest, Cur Iulianus in *dict. l. lex Cornelia.* pupilli hereditatem in proposito casu ex lege Cor-nelia ad ipsius substitutos pertinere respondent. In Florentinis quidem legitur, *non commodè dicitur*, quæ lectio omnem hanc dubitationem tollit. † Sed 6
cùm in sequenti casu, si viuo patre filius in hostium potestatem peruenerit, in quo diuersum ius constitue-re Iulianus videtur, legi Corneliæ locum non es-se existimet, Florentina lectio probabilis non est, ac longè probabilius dici potest verba illa, *ex ea le-ge*, sic accipienda esse vt legis Corneliæ fictio ad eum quoque casum protrahatur. Si mortuo patre fi-lius ab hostibus captus sit, non quòd ex eiusdem le-gis potestate substitutus pupillo heres esse possit, sed quia ei Prætor vtiles actiones det, quas vtique non daret si non ad hunc quoque casum legis Corneliæ fictionem accommodaret. Dico fictionem, non po-testatem quoniam verum est legis Corneliæ pote-statem qua illa est vt hereditatem, & heredem faciat hoc casu inductam non esse, vt ex superioribus ap-paret. Planè fictionem inductam esse, hoc est vt filius impubes apud hostes mortuus in ciuitate decessisse videatur. Atque hoc *Accursius* non intellexit, qui si-mile esse putat quod de lege Falcidia scriptũ est in *l. 1. § ad eos. D. ad l. Falcid.* legis Falcidiæ potestatem per Prætoris edictum in iis quoque inductam fuisse qui omissa causa testamenti hereditatem possident. † Hoc verò Prætor facere potuit, cum legis Falcidiæ 7
potestas alia non sit quàm vt heres totius hereditatis quadrantem habeat, eò magis quòd ex eiusdem Præ-toris iurisdictione fit vt aduersus heredẽ, qui omis-sa causa testamenti ab intestato hereditatem possi-det, legatariis actio detur, quibus nulla iure ciuili cõpetebat, *l. 1. D. si quis omissa caus. test.* Illud autẽ, vt le-gis Corneliæ potestas in pupillaribus tabulis de qui-bus locuta non est inducatur, facere Prætor non po-tuit, quoniã nec heredẽ facere potuit. † Alter casus 8
æquè

æquè dubitabilis est, si filius in ciuitate viuo patre captiuo decesserit, An ex lege Cornelia pupillares tabulæ confirmentur si pater apud hostes decesserit. Et ad hanc quæstionem respondens Papinianus in *l. quod si filius. 11 de capt. & postlim.* ait nihil esse, quod de secundis tabulis tractari possit, siue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, siue quoniam non reuerso eo, exinde filius sui iuris fuisse vi-
9 deatur ex quo pater hostium potitus est. † Quod rectè *Accursius* sic interpretatur, vt siue reuerso, siue non reuerso patre pupillares tabulæ irritæ fiãt, quas corruere certum est, siue viuo patre filiusfamilias decedat, siue de patris potestate exeat, *l. coheredi. 41.*
10 *§. cum filio. D. de vulgar.* † Nec obstat quod quidam obiiciunt patrem qui ab hostibus reuersus non est ipso captiuitatis momento decessisse retrofingi, proinde pupillum in ciuitate mortuum post patrem decessisse videri. Recta enim collectio non est, cùm ad filij personam legis Corneliæ fictio non pertineat: verum autem sit filium, qui patre viuo decessit, eodem viuo de ipsius potestate exiisse. Neque similis ratio est filij post patrem in ciuitate mortui, de quo Papinianus loquitur in *d. l. pater in prin.* Hunc enim quia patri superfuit, verum non est de patris vini potestate exiuisse qui ab hostibus quandocumque rediẽs filium in potestate habere potuit ex postliminij fictione. At cùm filius patre apud hostes viuo moritur, postliminij spes extinguitur, & quo temporis instanti filius moritur certum esse incipit patrem quandocumque redeuntem numquam filium in potestate habiturum. Vnde fit quod Papinianus ait, vt filius exinde sui iuris fuisse videatur, ex quo pater ab hostibus captus est. Et hoc quoque *Accursius* non intelligens, malè *Bulgari* sententiam sequitur qui in illis verbis, *videtur fuisse*, negationem ad-
11 dendam esse existimabat. † Cui sententiæ aduersatur *l. pen. D de suis & legit.* in qua idem Papinianus respondet, si pater apud hostes moriatur, defunctũ iam in ciuitate filium videri patremfamilias decessisse, ideóque hæredem habere posse. Quod tamen de legitimo hærede accipiendum esse titulus ipse demonstrat, neque ad pupillariter substitutum protrahi potest, quoniam quæ ratio facit, vt filius legitimum hæredem habeat, scilicet quia paterfamilias decessisse creditur, eadem pupillarem substitutionẽ impedit & extinguit, quæ aliter valere non potest quàm si filius in patris viui potestate retineatur, tum patre mortuo, impubes moriatur. Quòd si pater captus sit ab hostibus, mox filius, & ibi ambo decedãt, Papinianus in *d. l. 11. de capt. & postli.* ait sufficere substituto leg. Corneliã, id est, vt ego interpretor, necessarium non esse Prætoris auxilium, quod in posteriore legis præcedẽtis specie necessarium esse dixerat. Sed hoc ita demum, si filius reuersus in ciuitate impubes decedat. Ita enim Papinianum intelligendũ esse rectè omnes conueniunt, & constat ex *l. si pater. 29. de vulgar.* vbi ex Scæuola eadem sententia proponitur. Ex his verò intelligimus etiam si pubes filius viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hostium potestate decesserit, patris hæreditatem ex lege duodecim tabularum non filij ex lege Cornelia ad proximum agnatum pertinere, *d. l. lex Cornelia. 28. §. vlt. eod.* vbi sine ratione quidam legere malunt *impubes*, quàm *pubes*. Cùm tamen de illo casu, quo filius viuo patre captus decedit apud hostes, patre in ciuitate mortuo, proximè Iulianus dixerit, & verba illa, *quare etiamsi*, de nouo casu eum
12 tractare manifestè ostendant. † Nouus autem casus est cùm filius pubes viuo patre captus apud hostes decedit patre iã defuncto in ciuitate, in quo de pupillari substitutione tractari non potest, cùm pubertate substitutio pupillaris finita sit, sed de legitima duntaxat patris, & filij hæreditate, hoc est an fictione legis Corneliæ aliqua filij hæreditas esse intelligatur, quæ ad proximum agnatum pertineat, an verò solius patris hæreditas sit quæ ex lege duodecim tabularum proximo agnato deferatur. Et quemadmodum filio impubere mortuo apud hostes patre in ciuitate viuo, lex Cornelia pupillarem substitutionẽ non confirmat, quia per eam non efficitur vt hæredes habeat is, qui nulla bona in ciuitate reliquit, ita filio pubere mortuo lex Cornelia facere non potest vt eius hæreditas aliqua sit quæ ad proximum ipsius agnatum pertineat. Ad eum igitur patris hæreditas ex lege duodecim tabularum pertinebit. *d. §. vlt.* in quo verba illa, *ad agnatum proximum*, generaliter intelligenda, & tam ad filij quàm ad patris hæreditatem referenda sunt: quod ab emendatoribus non obseruatum, errori & emendationi causam dedisse videtur.

CAPVT X.

Iuliani, & Papiniani ab Africano dissensio.

SVMMARIA.

1 *Filio in stipulatione solutionis causa adiecto etiam post capitis deminutionem rectè solui, ex Iuliani & Papiniani sententia.*

2 *Contraria Africani sententia.*

3 *Seruo solutionis causa adiecto ne quidem post manumissionem ex Africani sententia solui posse.*

4 *In legibus Papiniani & Iuliani filium solutionis causa adiectum stipulationis tempore emancipatum non fuisse.*

5 *Papiniani ratiocinatio in* l. Stichum. 95. §. vsumfructum. 6. de solut. *quomodo intelligenda.*

6 *Improbatur sententia Africani, & Papiniani retinetur.*

7 *Ratio cur vsusfructus per capitis deminutionem amittatur.*

8 *Cur adiecto solutionis causa superueniens capitis deminutio solui non impediat.*

IVlianus † in *l. eum qui. 56. §. qui sibi. ff. de verborum* 1
obligat. scribit, Patre sibi aut filio suo dari stipulante, filij personam solutionis tantùm gratia in stipulatione adiectam intelligi, & ideò siue manenti in potestate, siue emancipato filio rectè solui posse. Cui Papinianus consentit in *l. Stichum aut Pamphilum. 95. § quæsitum. & §. vsumfructum. D. de solu.* quibus locis ait filium solutionis gratia adiectum videri, & ei qui solutionis gratia adiectus est capitis diminutionem non nocere quominus ei rectè solui possit, quia & sic stipulari possum, Mihi aut Titio cùm capite minutus erit, dari? † Sed huic Iulia- 2
ni, & Papiniani sententiæ Africanus ex diametro repugnat *in l. cùm quis. 38. in princip. D. eodem.* vbi adiecto solutionis causa non aliàs rectè solui posse ait, quàm in eodem statu maneat quo fuit cùm stipulatio interponeretur. Proinde siue in adoptionem, siue in exilium ierit, vel aqua & igni ei interdictum, vel seruus factus sit, non rectè ei solui, quia stipulationi conuentio hæc tacitè inesse videatur, si in eadem causa maneat. Siue igitur maxima, siue media, siue minima capitis diminutio interuenerit, (singularum enim exempla Africanus ponit) Africani sententia est adiecto capite

minuto solui non posse: & quamuis de filio emancipato non loquatur, ratio tamen qua vtitur ostendit separandam non esse hanc capitis diminutionem à cæteris, licet in meliorem statum mutari videatur is qui sublato patriæ potestatis vinculo paterfamilias
3 fit. † In quo manifestè *Accursius* labitur. nec animaduertit idem de eo dici posse, qui cùm stipulationis tempore seruus esset postea manumissus est. Hunc enim è seruitute in libertatem vindicatum, in meliorem statum mutatum esse certum est. & tamen ei solutionis gratia adiecto, post manumissionem solui
4 non posse Africanus supradicto loco scribit. † Similis quoque eorum error est, qui apud Iulianum, filiũ solutionis gratia adiectum iam stipulationis tempore emancipatum fuisse dicunt, cùm verba illa, *vel manenti in potestate, vel emancipato filio rectè soluitur*, solutionis non stipulationis tempus demonstrent. Et sequentia, *neque ad rem pertinet, quòd quis filio suo dari stipulatur sibi adquirere*, de eo intelligi non possint qui stipulationis tempore emancipatus fuit: quemadmodum nec illa præcedentia, *neque interest sibi aut extraneo cuilibet an sibi aut filio suo quis stipuletur*, cùm filius emancipatus verè extraneus sit. *l. quinetiam 55. §. vlt. de rit. nu.* nec vlla dubitandi ratio sit quominus filio emancipato dari pater stipulari possit, si modò coniuncta sua persona stipuletur. Alioqui si solius filij personam comprehendat, stipulationem illa ratio impedit, quòd extraneo stipulari nemo possit, non quòd pater, qui filio suo stipulatur, sibi acquirere intelligatur. Atque huic interpretationi congruit Iuliani ratiocinatio, qui ex eo quod dixerat nihil interesse an sibi aut extraneo, an sibi aut filio suo in potestate constituto quis stipuletur, infert eidem filio solutionis gratia adiecto solui posse, siue in potestate manenti, siue emancipato, scilicet post stipulationẽ, vt recta, & accommodata illatio sit. Sic quod Papinianus scribit *in d. l. Stichum. §. vsumfructum de solut.* si mihi aut Titio vsumfructum dari stipulatus sim, Titio capite minuto facultatem soluendi Titio non intercidere, de illo accipi non potest qui iam stipulationis tempore capite minutus erat, alioqui stipulationis verba sic concipi oportuit, *Mihi aut Titio capite minuto vsumfructum dari*, & ridiculus esset Papinianus, qui de illo quæreret, quod dubitationẽ nullã haberet, ineptior verò illa ratio *quia & sic stipulari possumus. Mihi aut Titio, cùm capite minutus erit, dari.* Nam qui negat solutionis causa adiici posse eum qui stipulationis tempore capite minutus est, illud multo magis negauerit, posse quem solutionis causa ad-
5 iici in id tempus quo capite minutus erit. † At elegans erit Papiniani ratiocinatio, si sic intelligatur, vt adiectio solutionis causa post stipulationem capite minuto solui nihilominus possit, quia & ab initio stipulatio potuerit ita concipi vt adiecto solueretur, cùm capite minutus erit, vt intelligamus per capitis diminutionem nihil accidere propter quod stipulationis conditio immutari debeat, præsertim verò, cùm is qui solutionis causa in stipulatione adiicitur, aliam ob causam non adiiciatur, quàm vt ei rectè soluere possit, cuius fidem stipulator exploratam habet: quæ per capitis diminutionem non diminui-
6 tur. † Negandum igitur est ex Papiniani sententia, quod Africanus existimat stipulationi in qua solutionis causa aliquis adiicitur, tacitè conditionem illam inesse, si in eadem causa maneat is qui solutionis causa adiectus est. Hoc enim nimis scrupulosum est, nec rationem vllam habet, præter asperam iuris subtilitatem, quæ efficit vt per capitis diminutionem persona immutari intelligatur, quæ tamen reuera eadem manet. Ad quod respiciens Papinianus, eo argumento vtitur, quia & sic stipulari possumus, *Mihi aut Titio cùm capite minutus erit dari?* Neque tamen eodem argumentandi genere probare possis, quod quidam obiiciunt, vsumfructum capitis diminutione non amitti, quia in id tempus constitui possit quo quis capite minutus erit. Dissimilis enim ratio est vsufructuarij, & eius qui non nisi solutionis causa
adiicitur. † Vsusfructus per capitis diminutionem amittitur, quoniam personæ debetur, is verò qui ca- 7
pite minuitur alius quodammodo, esse videtur. *l. 2. & 3. D. de capit. minut. l. seruus. 27. §. vlt. D. de adim. legat.* Proinde extincta persona cui vsusfructus debebatur, ipsum quoque vsumfructum extingui necesse est
l. 3. §. vlt. quib. mod. vsusfruct. amitt. † Sed qui solutionis 8
causa adiicitur, licet per capitis diminutionem mutari videatur, non ideò tamen solutionẽ accipiendi facultatem amittit, quandoquidem nouum non est, vt qui solutionis gratia adiectus sit, alteri quàm ipsi soluatur, vt contingit si furiosi, vel pupilli persona adiecta sit. Nam ita tutori vel curatori pecuniam rectè dari, sicuti conditionis quoque implendæ causa rectè pecunia tutori vel curatori datur. Quod igitur in duabus personis recipitur, quæ reuera diuersæ sunt, vt altera solutionis gratia adiiciatur, alteri verò soluatur, nimirum quoniam vel pupillum vel furiosum in stipulatione solutionis causa adiicit, tutoris, aut curatoris potius, quàm pupilli aut furiosi personam respexisse, & fidem secutus esse intelligitur, idem multò magis in vna eademque persona recipiendum est, vt quæ solutionis gratia adiecta est, licet iuris fictione per capitis diminutionem, & status mutationem alia esse videatur, non ideò tamen solutionem accipiendi potestatem amittat, quandoquidem ipsius fides, quam ab initio stipulator secutus est, eadem prorsus est, quæ stipulationis tempore fuit, neque, vt supra dictum est, per capitis diminutionem diminuitur.

CAPVT XI.

Emendatio l. pen. D. de iur. codicill.

SVMMARIA.

1 *Quæstio & summa* l. pen. ff. de iur. codicill.
2 *An in specie* d. l. pen. *in totum, an verò pro parte duntaxat filius ea quæ a se in codicillis relicta sunt præstare debeat?*
3 *Dubitatio nata ex specie in* d. l. pen. *à Marcello postea proposita.*
4 *Marcelli sententia in dicta quæstione quænam fuerit?*
5 *Verba illa* pro parte dimidia in d. l. pen. *Marcelli non interpretis esse.*
6 *Verba illa*, Imo duntaxat partem debet. *tolluntur è* d. l. pen.
7 *Quænam fuerit Marcelli sententia in altera specie & quæstione* d. l. pen.
8 *Cur in eadem lege filius eorum quæ pro parte præstari non possunt nihil præstet.*
9 *An libertates & seruitutes pro parte, an verò in solidum præstentur quum testator duos heredes legitimos habens ad vnum tantum codicillos scripserit.*
10 *Marcellũ in proposita quæstione a Papiniano dissentire.*
11 *Integra legata omnia præstari ab eo qui pro parte tantum heres est, si testator cogitans alium sibi pro parte successorem futurum.*

IN † specie *l. pen. D. de iur. codicill.* elegans quæstio proponitur, An filius ad quem pater codicillos scripse-

scripserat, parte posteà intestato defuncto, natoque posthumo, ea quæ in codicillis relicta sunt præstare compellatur, & an pro dimidia parte duntaxat, an in totum. Ac quidem agnatione sui heredis codicillos euanuisse dici non potest, quoniam, vt eleganter Paulus ait in *l. ab intestat. 16. D. eod.* ab intestato factis codicillis relicta etiam posteà natus intestati successor debet, & quicunque ab intestato succeesserit, locum habent codicilli, quorum ab intestato vnus
2 tantum casus est. † Sed de illo magis Marcellus dubitat, ac longè probabilius dubitari potest, An in totum, an pro parte duntaxat præstare filius debeat ea quæ à se in codicillis relicta sunt. Nam posthumū ad quem testator codicillos non scripsit, & de quo, vt Marcellus loquitur, codicillorū tempore nihil sperauit, ad eorum quæ in codicillis relicta sunt præstationem vrgeri, absurdū atque adeò iniquū esset, licet natus hereditatis partem fratri ab intestato auferat.
3 Quamquam autem Marcellus apertè scribit, pro parte dimidia duntaxat filiū ad quem codicilli scripti sunt conueniri posse, dubitatio tamen ex eo nascitur, quod paulò post subiicit, in alia specie, cùm quis duobus filiis superstitibus decedens ad alterum duntaxat codicillos scripsit, cùm alterū mortuū esse existimaret, simili modo dici posse omnia perinde debere filium ad quem codicilli scripti sunt, atque si solus patri heres extitisset: quo casu dubitatio nulla esse potest, quin relicta in codicillis in solidum præ-
4 stare compelleretur. † Ex quo inferri posse videtur Marcelli sententiam eam fuisse, vt in priori specie filius non pro parte dimidia duntaxat, sed in solidum conueniri possit ad ea præstanda quæ ab ipso testator reliquit, cùm de posthumo nascituro non cogitaret. Idque euidentius conuici ex eo potest, quod apud Marcellum ex Vlpiani notis subiicitur, *Vlpianus notat, imò duntaxat partem debet*: quibus verbis cùm Marcelli sententia manifestissimè reprehendatur, consequens est, vt contrà Marcellus existimauerit, scilicet in solidū non pro parte dimidia dūtaxat filiū
5 teneri. † Atque ita ratiocinantes nonnulli, verba illa, *pro parte dimidia*, in principio legis posita interpretis esse arbitrantur, & contra Marcelli sententiam in textū perducta. Quod tamen mihi verisimile fieri non potest. Primùm, quoniam si ex sequentibus cōiici potest quod illi volunt, & apertū esse aiūt, Marcelli sententiam illam esse vt is ad quem codicillus scriptus est, in solidū teneatur, vix quisquam tam imperitus interpres esse potuit, qui nulla ratione motus eam Marcelli sententiam tam malè contorserit, & peruerterit. Solent enim quæ ea interpretum glossis in textum irrepserunt, aut ab imperitis interpretibus textui assuta sunt, eiusmodi esse, quæ verisimilem erroris colorem aliquem habeant. Sed neque illud probabile est, Marcellum in ea fuisse sententia, vt filium qui partem duntaxat hereditatis habeat in solidum teneri existimauerit, ad præstationem eorum, quæ ab ipso relicta sunt cùm pater eum solùm heredem fore existimaret: hoc enim nimis durum, &
6 iniquū esset. † Denique me illud valde mouet quod in Pandect. Florentinis, quorum præcipua authoritas est, verba illa desunt, quæ in aliis codicibus leguntur, *Vlpianus notat*: sine quibus tamen, quæ sequuntur, *imò duntaxat partem debet*, commodè explicari non possunt, tum quia Marcellus sibi in eo contrarium fuisse verisimile non est, tum quòd postea subiiciatur *eorum tamen, quæ pro parte præstari non possunt, nihil omnino præstandum.* Scribendum enim fuerat, *præstabit*, si mediis illis verbis *imò duntaxat partem debet*, prior oratio interrupta esset. Ex quo facilè moueor, vt sentiam hæc potius verba *imò duntaxat partem debet*, imperiti esse interpretis, cùm neque Vlpiani sint, nisi illa quoque *Vlpianus notat*: quæ imperitus quoque interpres addidit, addenda esse existimemus, neque in præcedentibus aliquid sit, ex quo coniici possit, Marcelli sententiam eam esse vt filius ad quem codicilli scripti sunt, ea quæ à se relicta sunt, in solidum præstet. † Nam quod ait, si quis 7
duobus superstitibus filiis decedens ad alterum codicillos scripserit, cùm alterū ex his prius decessisse existimaret, simili modo dici posse omnia perinde debere filium ad quem codicilli scripti sunt, atque si solus heres patri extitisset, non eò pertinet vt hoc casu filius in solidum teneatur, quem pro dimidia tantùm parte teneri paulò antè Marcellus dixerat. sed eum sensum habet, vt non minus hoc casu codicilli valeant, quam si solus in rerum natura fuisset is quē testator codicillis onerauit. Aliud enim est filiū debere omnia, vt Marcellus loquitur, aliud verò debere integra, vt ij interpretantur, qui dum Marcellum non excusant, Vlpianum quoque accusant, quòd Marcelli sententiam apertissimis verbis conceptam non intellexerit. Filius ad quem codicilli scripti sūt, omnia debet quæ à se relicta sūt, integra tamen non debet, sed pro parte dimidiæ duntaxat: quod satis apertè Marcellus significat iis verbis *simili modo*. Inepta igitur est illa reprehensio *imò duntaxat partem debet*. aut inepti potius qui Vlpiani eam esse arbitrantur, nec inepto interpreti tribuendum animaduertunt. Cùm verò sic Marcellus scripsisset, vtroque casu, hoc est siue superstitibus duobus filiis, siue vno duntaxat, & posthumo posteà nato, pater codicillis ad alterum factis decesserit, non nisi pro dimidia parte conuenire eum posse, eleganter scribit, *eorum tamen quæ pro parte præstari non possunt, nihil omnino præstandum*: quod vtique non verè diceretur, si filius omnia à se relicta in solidum præstare com-
pelleretur. † At quoniam pro dimidia tantum parte 8
tenetur, si dimidiam præstare non possit, æquius visum est nihil eum præstare, quàm totum præstare. Ratione illa, quòd ea quæ pro parte præstari non possunt, videatur pater non fuisse filio ablaturus, nisi eū sibi solū successorem futurum putaret, quo modo Marcellus in *d. l. pen.* argumentatur. In quo tamen Papiniani aliud iudicium fuisse videtur, qui in *l. cum pater. 77. §. cùm existimaret. 29. de leg. 2.* in simili specie respondit releuandum quidem pro parte dimidia eū, qui non nisi pro ea parte heres est, sed libertates ab eo præstandas, quas damni causa intercidere du-
rum esset. † De seruitutibus quæ pro parte præstari 9
non possunt, quid sentiat eo loco non aperit. Sed in *l. cum filius. 76. eo.* apertè scribit separandas esse hac parte seruitutes à libertatibus: Libertates in solidum præstari, quæ nec partis præstationem, nec æstimationem recipiunt. Seruitutes licet pro parte præstari non possint, tamen nullatenus præstari: sed quoniam æstimari commodè possunt, si integræ petantur, partis æstimationem præstandam esse, nisi malit legatarius alterius partis æstimationem heredi præstare vt redempta parte seruitutis ab eo qui partem hereditatis euicit, integram seruitutem legatarius consequatur. In libertatibus non idem dici potest: quia cùm æstimationem non recipiant, partis æstimatio præstari non potest: vnde fit vt ab eo qui pro parte tantùm heres est, libertas præstanda sit, neque seruus quicquam pro libertate heredi dare compellatur: Sed is à quo libertates relictæ sunt, ab eo qui

hæreditatis partem abstulit, redimere partem debet, vt Papinianus ait in *l. qui grauis.11.cum l. seq. D. de ser. cod.* Nam vt libertas non intercidat, cogitur is à quo relicta non est partem quam in seruo habet, ei à quo libertas relicta est vendere. In quo damnum patitur is, qui cùm pro parte duntaxat hæres sit, libertatis tamen integrum onus sentit. Sed huius damni causa libertatem intercidere nimis durum Papiniano videtur ac longè durius, quàm hæredem, qui hæreditatis partem lucretur, supra partem ex qua hæres est
10 in aliquo grauari. † Hæc cùm ita sint, fatendum est, Marcellum *in d. l. pen. de iure codic.* à Papiniano dissentire, cùm quod ait, nihil omnino præstandum esse eorum omniū quæ pro parte præstari non possūt, de libertatibus duntaxat intelligi possit, non etiam de seruitutibus, quæ saltem in æstimatione partis restitutionem recipiunt. Marcelli ratio elegans est, quia verisimile sit non fuisse partem filio ablaturū ea, quæ pro parte præstari non possunt, nisi eum sibi solum successorem futurum existimasset. Sed Papinianus benignior videtur, quippe durum esse propter damnum hæredis, eam testatoris voluntatem
11 interpretari, quæ libertatem auferat. † Porrò ex ea Marcelli ratione intelligimus integra legata omnia præstari ab eo qui pro parte tantùm hæres est, si testator cogitauit alium sibi pro parte successorem futurum, vt in specie *l. post emancipationem. 40. de leg. 3.* in qua Scæuola respondit, patruum à quo vt legitimo hærede testatrix petierat vt hæreditatis partem auunculo suo daret, integra legata à se relicta præstare compellendum, licet ad vtrumque vt proximum cognatum ab intestato successio deuoluta sit. Nimirum, quoniam, vt rectè *Accursius* animaduertit, non contra testatricis spem vterque succedit, sed ex ipsius voluntate, licet alio tramite, vt *Accursius* loquitur, quam testatrix sperauerat.

CAPVT XII.

Malè à nonnullis emendatum, & ab aliis explicatum. §. donationis. l. cū pater. de leg. 2.

SVMMARIA.

1 *Retinetur Florentina lectio* in d. §. donationis.
2 *Matrem in specie d. §. donationis. intestatam decessisse.*
3 *Et quidem pluribus heredibus relictis.*
4 *Ex quibus verbis matris fideicommissum in d. §. induci possit?*
5 *Cur in specie d. §. non ex donatione sed ex fideicommisso petatur quod per epistolam donatum est?*
6 *Dubitandi ratio, propter quam fideicommissum in d. §. filio relictum non videtur.*
7 *Explicatur Papiniani ratio* in l. miles. 75. de leg. 2.

SVnt qui in *§. donationis. 26. l. cum pater. 77. de leg. 2.* malint legere *instituto* quam *intestato*, & ita in ve-
1 teribus libris scriptum esse affirment. † Quibus ego adsentiri non possum: & Florentinam receptámque lectionem longè rectiorem esse arbitror, secundum quam mater quæ filium habebat, pluribus hæredibus ab intestato decessisse proponitur, cùm plures filias haberet. Ita enim ponendum est, licet filiarum mentio nulla fiat, quoniam de illo tantùm cui donatio prædiorum facta est, apud Papinianum quæ-
2 rebatur. † Et matrem testamentum non fecisse apertius intelligitur ex illis literis ad æditum missis. *Instrumentum voluntatis meæ post mortem meam filio meo tradi volo*, ex quibus apparet, nullum voluntatis matris instrumentum fuisse præter donationis prædiorum epistolam, quam in æde sacra apud æditū deposuerat. Porrò per epistolam hæredis institutio fieri non potest, sed legatum duntaxat aut fideicommissum relinqui *l. & in epistola. 22. C. de fideic.* Matrē igitur ab intestato diem suum obiisse ponendum est †, 3
adeoque pluribus hæredibus relictis: alioqui filio à semetipso fideicommissum relinqui non posset, & cùm is solus hæres esset, frustrà de fideicommisso quæreretur. Quemadmodum & pluribus hæredibus relictis fideicommissum prædiorum filio relictorum non valet pro qua parte hæres est, sed pro cohæredum portionibus duntaxat, de quibus Papiniani responsum intelligi debet. Cur verò pro iis portionibus fideicommissum filio debeatur, *Accursius*, cæterique interpretes vulgò ignorasse videntur, qui ex iis literarum verbis, *post mortem meam*, fideicommissum induci existimant. & in proposito casu dubitandi rationem illam adferunt, quòd ad æditum, non ad filium literas mater miserat, quasi si ad filium misisset, dubitari minus posset an ei fideicommissum
deberetur. † Vnde Papiniani rationem sic interpretantur, vt quæri non oporteat cum æditiuo, an cum filio mater locuta sit, sed illud duntaxat, in quē voluntatis suæ intentionem direxerit. Ego verò Papiniani sententiam longè diuersam & elegantiorem esse arbitror: & ex donationis prædiorum epistola, non ex literis ad æditū missis fideicommissum induci existimo. Nam & in *l. miles ad sororem. 75. in prin. eod. tit.* idem Papinianus in eadem fere specie, ex sola donationis epistola ad sororem scripta fideicōmissum deberi respōdit, licet nullas ad alium literas scripsisse testator proponeretur. † Sed in vtraq. specie illud maiorem dubitationem habere videtur, 5
Cur non ex donatione petatur, id quod per epistolam donatum est, cùm cei ti iuris sit, in absentem per epistolam donationem conferri posse: & eo demū tempore vires sumere, cum rem donatam accipit is cui donata est, *l. absenti. 10. D. de donat.* Ac sanè ita est, si eo tempore in rerum natura sit is qui donauit: nā cum donatio mutuum donantis, & donatarij consensum requirat, fieri non potest vt vtiliter donatarius consentiat eo tempore, quo donator consentire amplius non potest. Ob eámque causam in *d. l. miles.* adiicitur, testatorem eam donationis epistolam post mortem suam aperiri mandauisse, quoniam si eo viuo aperta fuisset, soror ex donatione non ex fideicōmisso octingentos aureos petiisset. Eadem ratione in *d. § donationis.* literarum ad æditum missarū mentio fit vt intelligamus viua matre filium donationem prædiorum agnoscere non potuisse. Qui etiam sensus est eorum verborum, *ignorante filio*, quia sciente eo frustrà de fideicommisso quæreretur, cum donatio sufficeret. † Dubitandi autem ratio, propter quā 6
fideicommissum in proposito casu filio relictū non videbatur, illa erat, quòd in donationis epistola mater cum filio, non cum cæteris hæredibus ab intestato successuris locuta fuerat: cum tamen absurdum videatur fideicommisso obstringi eum, cuius fidei nihil commissum est, nec quicquam possis committere fidei eius cum quo non loquaris: idque significant verba illa Papiniani, *verbis fideicommissi non sub. nixam.* Sed respondet, fideicommissum quocunque voluntatis indicio induci, neque tam de illo quæri oportere cum quo de supremis locutus sit is, qui fideicommissum relinquit, quàm de illo, in quem voluntatis suæ intentionem direxerit. † In *d. l. miles,* 7
quemad-

quemadmodum eàdem quæstio proponitur, ita eadem ratio licet aliis verbis ex Papiniano ponitur, iis verbis, *Placet enim consistere fideicommissum, et si defun. Et ius cum eo loquatur, quem precario remuneratur.* *Accursius* verò, & cæteri, quemadmodum Papiniani rationem *in d. § donationis*, non intellexerũt, ita eam quæ in *d. l. miles.* posita est, malè, & miserè sunt interpretati. Quos proculdubio corrupta eius loci lectio fefellit: neque enim legẽdum est *ac si*, sed *et si*, vt à clarissimis, & subtilissimis Iureconsultis *Petro Fabro, & Iacobo Cuiacio* iampridem obseruatum, multisque apertissimis comprobatum est. Quo posito, facile est intelligere Papiniani rationem in *d. § donationis*, sic interpretandum esse, vt cùm in proposita specie ex donationis prædiorum epistola appareat eam fuisse matris voluntatem vt donata prædia filius haberet, non ideò minus fideicommissum ei relictum intelligatur, quia cum eo non cum cæteris hæredibus mater locuta sit. Aliud enim inspiciendum non esse, quàm in quem voluntatis suæ intentionem direxerit.

Capvt XIII.

Ad l. si heres. 110. D. de legat. 1.

SVMMARIA.

1 *Vulgata dicta legis interpretatio reijcitur.*

2 *Duplex Accursij ad eandem legem interpretatio improbatur.*

3 *In d. l.* si heres *actionem de dolo in heredem ad hoc dari vt legatario actio ex testamento restituatur.*

4 *Cur heres qui seruo generaliter legato seruum furem legatario sciens dedit, ex eius damno in solidum non teneatur?*

5 *Distinctio Accursij, Bartoli & aliorum inter actionem ex testamento, & actionem ex contractu.*

6 *An heres qui ignorans seruum furem legatario dedit, ex eius facto teneatur?*

1 Male † ab omnibus interpretibus acceptam puto *l. si heres. 110. D. de leg. 1.* quam vulgo sic intelligunt, vt heres generaliter seruum dare iussus quem ipse voluerit, si sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, duplici actione legatario teneatur, De dolo, & Ex testamẽto. De dolo ratione eius quod interest vt legatarium indemnem præstet Ex testamento in id vt alium hominem præstet, quoniam pessimi præstatione liberatus non sit, quoniam ex testamento conueniri possit. Hanc verò interpretationem refellunt vltima illa legis verba, *& hunc pro noxæ dedito relinquat.* Etenim absurdissimum fuerit existimare heredem qui actione de dolo teneatur ad id omne quod propter furtũ legatarij interest, prætereà actione ex testamento seruum pro noxæ dedito relinquere compelli: cùm noxalis actio eam semper conditionem habeat, si damnum nõ præstetur, &c. vt Vlpianus loquitur *in l. 6. § 1. de re iudic.* iudicium solius noxæ deditionis nullum sit, sed pecunia-
2 riam condemnationem sequatur. † Eàmque ob caussam *Accursius* ea verba sic interpretatur, vt electionem legatario tribuat, an de dolo in id quod interest agere velit, an ex testamẽto in id vt sibi alius homo præstetur, & is qui iam præstitus fuerat, pro noxæ dedito relinquatur. Quod etiam Africani verbis conuenire non videtur, quæ ostendunt heredem ad id præcisè teneri, vt alium hominem prestet, & prius præstitum pro noxæ dedito relinquat. Debuerat enim scribere, *ad hoc etiam tenetur*, aut quid aliud simile, si heredi duplicem actionem competere posse existimasset. Alia quoque *Accursij* interpretatio placere non potest, licet plerisque probabilior videatur vt iis verbis, *sed quoniam verum est*, à priore sententia Africanus recedat. & heredem non de dolo in solidum teneri existimet, sed ex testamento duntaxat in id, vt alium hominem præstet, & furem noxæ dedat. Nam præter id, quòd tam facilè sententiam mutasse Africanum verisimile non est, illud etiam defendi vix potest, heredem, qui seruum furem legatario dedit, licet sciens dederit, actione ex testamento liberatum non esse. Fateor legatarium, si ex testamento agat non cogi eum seruum accipere, qui sit omniũ pessimus: & ea actione consequi posse vt sibi alius detur: sed si acceperit, licet ignorans, heredẽ actione ex testamento liberatum, ob idque de dolo conueniendũ esse omnino contendo. † Et illud est quod 3
Africanus ait, de dolo malo agi posse, quod vtique falsum esset si ex testamento actio superesset. Nec sequẽtia repugnant, quæ ideo dũtaxat adiecta sunt, vt intelligamus in proposita specie legatario actionem de dolo dari, nõ in id omne quod sua interest, sed in id tantùm vt ei arbitrio iudicis actio ex testamento restituatur, qua heredẽ compellat alium hominẽ non pessimum præstare, & eum qui furtum fecit pro noxa relinquere. Et hoc adiici necesse fuit, quoniã regulariter De dolo actio in id datur, quod agentis interest *l. arbitrio. 18 D. de dolo.* sed tamen datur etiam aliquando in id vt pristina actio restituatur. *d. l. arbitrio. § penult.* præsertim cùm restituta actione res ad eum statum reducitur, in quo erat priusquam dolus committeretur, vt in proposito casu cõtingit. † Verùm hic illa iniquitas occurrere vi- 4
detur, quòd si damnum à seruo datum serui æstimationem superet, iniquum fuerit heredẽ cuius dolo id contingit in solidum non teneri, neque hoc casu dici possit restituta actione ex testamento arbitrio iudicis dati De dolo, omnia in pristinum statum restitui, nisi quidquid legatarij interest, ei ab herede eadem actione sarciendum admittamus Exemplo eius quod in *l. si seruus. 31. D. de pignor. action.* idem Africanus scribit, debitorem qui sciens furem seruum pignori dedit creditori, non liberari si eum apud creditorem pro noxæ dedito relinquere paratus sit, sed præterea actione pignoratitia creditorem consecuturum vt indemnis præstetur, & damnum omnimodo decidatur. † Scio *Accursium, Bartolum*, & 5
cæteros, qui toti *Accursij*, & *Bartoli* vestigiis insistunt, actionem ex testamento ab actione ex contractu distinguere. Sed cùm dissimilitudinis rationem nullam afferant, probabilius dici potest, heredem idcirco legati serui nomine in solidum non teneri, quòd is legatarij factus sit, vt quamuis eum dolo heres soluerit, alieni tamen serui factum minus quàm sui præstare debeat. Satisque dolus ipsius in eo coerceatur, quòd, & alium seruum dare, & eum quem prius dederat legatario relinquere compellitur, *pro noxæ dedito*, vt Africanus ait. Ex quo intelligi potest, si serui pretium litis æstimationem superet, in heredis potestate esse si velit damni præstatione seruum recuperare. Ea enim est noxæ deditionis natura, quemadmodum initio capitis diximus, vt pecuniariam condemnationẽ sequatur. Sed &, si damnũ à seruo datum ipsius æstimationem superet, poterit quidem heres etiam ab initio legatario seruum extorquere: at prudẽtius faciet, si eum legatario relinquat pro noxæ dedito, ne si eum legatario abstulerit, posteà ex ipsius furto in solidum cõueniri pos-

ſit, quamquam & legatarius ſi volet iuſtè ſerui reſtitutionem recuſabit priuſquam ei litis æſtimatio ſufferatur, arg. *l. ſi ſeruus 70. de leg.* 1. In pignore, locatione, commodato, & cæteris contractibus, in quibus dominium in accipientem non transfertur, æquius eſt eum qui furem ſeruum doloſè tradidit, ſerui ſui factum præſtare, hoc eſt damnum ab eo datum in ſolidum reſarcire, vt ſuprà *cap.* 5. probauimus.
6 † At verò, hîc illa quoque dubitatio incurrit, ſi ignorás heres ſeruũ furem legatario dederit, an æquè teneatur: nam hoc caſu de dolo malo agi non poſſe certum eſt. Sed tamen quoniam illud ſemper verum eſt, heredem in hoc teneri, vt non peſſimum det, rectiſſimè dicetur, hoc quoque caſu heredem ad hoc teneri, vt alium hominem præſtet, & hunc quem iã dedit, pro noxæ dedito relinquat. Quid ergo, inquies, an non deterioris conditionis eſſe debet, qui ſciens, quàm qui ignorans ſeruum furem legatario ſoluit? Ita ſanè, in eo ſcilicet vt aduerſus ſcientem actio ex teſtamento reſtituatur iudicio De dolo, aduerſus ignorantem verò in factum verbis temperanda actio danda ſit, vt Vlpianus loquitur *in l. non debet* 11. *§. vlt. de dolo.* Nam ex quibus cauſis dolo intercedente de dolo agitur, ex iiſdem ſi dolo agi non poſſit, actioni in factum ſubſidiariæ locus eſt.

CAPVT XIIII.

Emendatio noua §. quoniam. l. cùm tabulas. D. de his quæ vt indignis.

SVMMARIVM.

1 *Legatum relictum concubinæ cum qua ſtuprum contractum non eſt, auferri non poſſe.*
2 *Nec libertam in ſpecie* d. § quoniam *plurium concubinam fuiſſe, nec patronum plures concubinas habere voluiſſe contra Accurſium oſtenditur.*
3 *Vera Papiniani ſententia in* d. §. quoniam.
4 *Quo pertineat illud quod Papinianus dicit*, in ea ſtuprum non contrahi quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur?
5 *Coccey Caſſiani exemplum a Papiniano allatum quo pertineat.*
6 *Reijcitur* dicti *§. constructio & interpretatio ab Accurſio & Bartolo allata.*
7 *Verba illa* d. §. quoniam, pleno honore dilexerat, *non de maritali honore ſed de concubinatu eſſe accipienda.*
8 *Concubinam* pleno, *vxorem* pleniori *honore diligi.*
9 *An in* d. §. quoniam *Ruffina Caſſiani concubina fuerit?*
10 *Emendatur* d. §. quoniam, *& emendati ſenſus proponitur.*
11 *Vt ingenua concubina ſit, quid requiratur?*
12 *Cur in* d. § quoniam *Caſſianus Ruffinam alumnam appellauerit.*

DIci † ſolet nec ſtuprum nec probrum in ea contrahi, quæ ſe patroni concubinam eſſe patitur, *l. probrum. 41. de rit. nupt.* Quòd eò pertinet, vt ſi qua mulier ingenua ſe alicui in concubinam tradiderit, matrisfamilias honeſtatem habuiſſe dici non poſſit, vt eodem loco Marcellus ait, licet non ideò ſtuprũ in ea contractum fuiſſe intelligatur, vt Papin. ſcribit in *§. quoniam. l. cum tabulis. D. de his quæ vt indig.* Nẽpe ſi in concubinatum aſſumpta ſit cum teſtatione aut ſine teſtatione, cùm obſcuro loco nata eſſet, vel vulgò quæſtum feciſſet, *l. 3. D. de concubin.* Cuius rei effectus ille eſt, vt quod ei relictum eſt cum qua ſtuprum contractum non eſt, tanquam indignæ auferri non poſſit *d. §. cum tabulis.* De cuius ſententia alioqui obſcuriſſima, & à nemine hactenus rectè explicata, dicendum nobis eſt aduerſus veterum, & recentiorum omnium interpretationes. † Primùm enim apertè labitur & cæcutit *Accurſius* qui Papin. ſententiam illam eſſe putat, vt excuſetur liberta, ſi patrono ſuo petenti eam in concubinam non conſentiat, cùm is aliam haberet, quia nemini iure duas concubinas habere liceat. Nam quod Papinianus ait eius qui concubinam habuit, quod teſtamento relictum eſt actionem non denegari, non eam rationẽ habet, quòd plures concubinas habere nõ poſſit patronus, qui libertam concubinam habere vult, cùm iam aliam haberet. ſed quoniam, vt ipſe Papinianus ait, in ea ſtuprum contrahi non placuit, quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur. At ſecundum *Accurſij* interpretationem debuerat Papinianus ſcribere ſtuprum in ea non contrahi quæ ſe patroni cõcubinam eſſe patitur. Ac fortaſſe ita *Accurſius* legit ſublata negatione, quæ tamen in Florentinis cæteriſque omnibus quibus nunc vtimur libris nõ deeſt. Argumentum coniecturæ præbet, quòd in illis verbis, *non placuit*, ſic notat *licet alij ſit concubina*, ac ſi ſẽſus eſſet, in eo differentem eſſe conditionem libertæ & patroni, quòd cùm illa pluribus concubina eſſe poſſit citra ſtuprum, hic tamen plures concubinas habere non poſſet. Ego verò quemadmodum Florẽtinam receptamque lectionem elegantiorem, & rectiorem eſſe arbitror, ita *Accurſij* interpretationem prorſus ineptam & ridiculam eſſe contendo. Cùm in toto Papiniani reſponſo nihil ſit ex quo colligi poſſit libertam pluribus concubinam fuiſſe, vel patronum plures concubinas habere voluiſſe. Quod vtrumque tamen ex *Accurſij* interpretatione comminiſcendum eſt. Minus tamen mirandum ſit malè ab eo omnia explicari quæ nec ab alio vllo quod ſciam rectè explicata ſunt. † Mihi videtur Papiniani ſententiam eam eſſe, vt recta conſecutio non ſit ſi quis inferat ſtuprum commiſiſſe mulierem, ex eo quòd ſe alterius quàm patroni concubinam eſſe paſſa eſt. Fieri namque poſſe, vt ſiue liberta, ſiue ingenua ſit ea de qua quæritur, concubina eſſe poſſit eius qui patronus non ſit, neque tamen ſtuprum in ea contrahatur. Quid enim ſi aut obſcuro loco nata ſit, aut vulgo quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit? His caſibus probrum fortaſſe in ea muliere eſſe intelligitur: certè matrisfamilias honeſtatem nõ habet *d. l. probrum.* at de ſtupro argui non poteſt: ideoque quod ei teſtamento relinquetur, tanquam indignæ non auferetur, quod vtique auferretur, ſi ſtuprum in ea contractum eſſe diceretur. † Ergo quod Papinianus ait ſtuprum in ea non contrahi quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur, non eò pertinet, vt in ea ſtuprum contrahatur quæ patroni concubina (hoc enim multo minus dici poteſt) ſed vt in ea quoque non contrahatur quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur: vt quoties & ſtupro quæritur, diſtinguendũ non ſit, an patronus, an non patronus ſit is qui concubinam habuit, ſed tantùm an liberta ſit, an ingenua, & ſi ingenua, an obſcuro loco nata ſit, aut vulgo quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit, néc ne. Cæterùm illud perpetuò obſeruabitur, vt ſi ſtuprum contractum ſit, quod teſtamento concubinæ datum eſt, tanquam indignæ auferatur, ſi contra-

ctum

5 ctum non sit, non auferatur. †Quæ cum ita sint, con-
sequens est exemplum quod Papinianus de Cocceio
Cassiano subiicit eò pertinere, vt quod Cassiani te-
stamento ipsius concubinæ datum est, tanquam in-
dignæ non auferatur, licet ea se non patroni concu-
binam esse passa esset. Ita enim esse ex eo apparet,
quòd Rufinam ingenuā fuisse Papinianus ait: quod
si ita est, nec ea, nec ipsius filia patronum habere po-
tuit. Hunc igitur Cassianum Papinianus refert Ruf-
finam ingenuam honore pleno dilexisse, Ruffinę ve-
rò filiam, quam testamento Cassianus nepti cohere-
dem datam appellauerat, vulgo quęsitam apparuisse.
6 † Sic enim scriptum est & construendum, non quo-
modo *Accursius*, qui dum in verborū constructione
subtilem & peritum Grammaticum agit, prorsus in-
dignam Iureconsulto, & fatuam interpretationem
comminiscitur. Ait verò Cassianū qui Ruffinam in-
genuam concubinam habuerat, eiusdem filiam vul-
go quæsitam appellasse vt sibi concubina esset, quam
testamento coheredē nepti dederat, quamque ipsius
alumnam esse apparuit. Sicque omnia Papiniani ver-
ba contorquet, & perelegantem eius loci sentētiam
manifestè destruit. In quo confirmando, quòd per se
spicuissimum est, diutius non immorabor. Neque ta-
men permittere possum, licet addere penè pudeat,
Accursij interpretatione deceptum *Bartolum*, cùm
meliorem excogitare non posset, æquè malè ad eum
locum notasse, Papiniani sententiam illam esse, vt
inimicitiæ inter legatarium, & testatorem proue-
nientes absque legatarij culpa ipsum legato non
priuent: quo nihil, vt ita dicam, incommodatius, & à
Papiniani mente alienius excogitari potest. Alij,
quibus quoque tam obscuri loci interpretatio diffi-
cilis est, licet elegantius quid afferant, non tamen
7 omnia rectè explicant. † Ac in ipso interpretationis
limine offendunt, dum verba illa, *pleno honore dilexe-
rat*: de maritali honore intelligunt, ac Ruffinam Cas-
siani vxorem fuisse ponunt. Quod si verè diceretur,
parùm accommodatè Papinianus eo exemplo pro-
baret non auferri tanquam indignæ quod non con-
cubinæ relictum est cum qua stuprū contractū non
est. Cur enim Cassianū pleno honore Ruffinam dile-
xisse diceret, si non ea, sed ipsius filia Cassiani concu-
bina fuisset, ab eòque nepti coheres data? Rursus si
Cassiani vxor Ruffina fuit, eiusdem filia Cassiani ci-
tra stuprum concubina esse non potuit, quemadmo-
dum nec iustas nuptias cum ea contrahere potuis-
set. §. *adfinitatis.* iūcto §. *ergo Inst. de nupt.* Rectius igi-
tur *Accurs.* (& hoc duntaxat rectè) verba illa, *pleno
honore dilexerat*, non de maritali honore interpreta-
tur, sed cum eo temperamento, *vt concubinam tamen.*
8 † Quod si diutius repugnes, & contendas concubi-
nam pleno honore diligi non posse, dicam cum *Ac-
cursio*, imò posse concubinam pleno honore diligi,
sed vxorem pleniori Et si adhuc vrgebis, sequar eam
lectionem quam in plerisque libris extare plerique
notant, & legam *pleno amore*, non *honore*, quod de cō-
cubina non minus quàm de vxore dici potest, cùm
inter vxorem & concubinam dignitate duntaxat,
non etiā adfectione intersit, *l. item legato. 49. §. penult.*
9 *de legat. 3.* † Ergo Ruffinam Cassiani concubinā fuis-
se necessariò ponendum est. Atqui, inquies, nihil ei
testamento Cassianum reliquisse Papinianus ait,
sed ipsius filiæ: quem tamen diximus hoc exemplo
nihil aliud agere, quam vt ostendat nō auferri quod
relictum est concubinæ. Igitur vel Ruffinæ filiam
Cassiani concubinam fuisse, vel si Ruffina concubi-
na fuit, ipsam non eius filiam testamēto Cassiani ne-
pti coheredem datam esse dicendū est. † Et hoc ni- 10
mirum est quod me mouet, vt locum hunc corruptū
esse mihi omnino persuadeam. Facilè autem restitue-
tur, si nullo addito aut sublato, illa duntaxat verba,
cuius filiam, alieno loco posita, in suum referantur, id
est post illa *nepti coheredem datam appellauerat*, sicq. le-
gamus, *cuius filiam vulgo quæsitam apparuit.* Qua le-
ctione admissa sensus erit elegans, & apertus, Ruffi-
nam Cassiani concubinam fuisse, & à Cassiano in i-
psius testamento sub alumnæ appellatione nepti co-
heredem datam esse: ac cùm ab ea tanquam indigna
hereditatis partem fiscus vindicaret, iudicasse opti-
mos, maximosque Principes nihil ei auferendum,
quòd cum ea stuprum contractū non esset. Ita enim
Papiniani exemplum ad §. sententiam accommoda-
dum est. † At quoniam Ruffinam Cassiani concubi- 11
nam ingenuam fuisse dixerat, ingenua autem con-
cubina esse non potest nisi aut obscuro loco nata sit
aut vulgo quæstum fecerit, aut testatrix præcesserit.
d. l. 3. de concubin. necesse fuit Papinianum verba illa
addere, *cuius filiam vulgo quæsitam esse apparuit*, vt in-
telligeremus Ruffinam, cuius filia in vulgo quæsitam
fuisse apparuisset, vulgo quæstum fecisse (hoc enim
ex illo necessariò sequitur) proinde talem fuisse quæ
licet ingenua, concubina tamen esse potuerit. Eàm-
que ob causam hereditatis controuersiā à fisco Ruf-
fina patiebatur, quòd cùm ingenua esset, Cassiani
concubina citra stuprum esse non potuisset. † Quæ 12
etiam ratio fuit propter quam Cassianus, cùm eam
heredem ex parte scriberet, ac vereretur ne ab ea tā-
quam indigna testamenti commodum auferretur,
quam scilicet ingenuam esse sciebat. (neque enim
vulgo eam quæstum fecisse putabat, vt ex eo colligi
verisimiliter potest, quòd illam pleno amore dilige-
bat) alumnam testamento Ruffinam appellauerat,
vt alumnæ potius quàm concubinæ iure apud se vi-
xisse crederetur. Sed nihil alumnæ appellatio profi-
cere potuisset, cùm fiscus ei stuprum obiiceret, quòd
ingenua & concubina fuisset, nisi ipsius filiam post
Cassiani mortem vulgo quæsitam esse apparuisset.
Propter quod iudicatum est nihil ei auferendum es-
se, quia stuprum non commisisset, licet se non patro-
ni concubinam esse passa fuisset. Mitto verò quod
vir doctissimus scripsit legendum esse *quæstum fecisse*.
pro *quæsitam*. Nam si aliter locus hic non emendare-
tur, nihil in eo esset quod emēdationē exigeret. cùm
ingenua non minus concubina esse possit, si vulgo
quæsita sit, quàm si vulgo quæstum fecerit. Etenim
vulgo quæsita obscuro loco nata est. quæ parentem
nullum demonstrare potest, ideoque citra testatio-
nem concubina esse potest, *d. l. 3. de concub.*

CAPVT XV.

In l filius. 28. D. de liber. & posth. in princ. pro *institui*, legendum esse *substitui*.

SVMMARIA.

1 *Prior dictæ legis species.*
2 *Posterior species. & in ea quæstio. an herede scripto ex parte filio coheres post ipsius mortem institui possit?*
3 *Verborum Tryphonini in posteriore specie interpretatio a quibusdam allata reijcitur.*
4 *Emendantur verba Tryphonini. & pro* Instituí *legitur* substitui.
5 *Quando filio ex asse instituto substitui possit, vt coexclu-so substitutus admittatur?*

IN † priore huius legis specie Tryphoninus ponit 1
filiū à patre in cuius potestate erat, sub conditione

institutum, quæ non erat in ipsius potestate, & in defectum conditionis exhæredatum. Ergo sic intelligo vt in casum exhæredationis datus ei fuerit substitutus. Nam cùm ex asse institutus esset, vt ex eo colligi potest quod de filio ex parte scripto posteà loquitur, necesse fuit in casum exhæredationis substitutum dari: alioqui exhæredatio non valeret, si nemo ex testamento hæres esset. *l. filium. 20. §. sed cum exheredatio. D. de bonorum possess. contra tabul. l. si patronus. 12. §. ex testamento. D. de bon. libert.* At Tryphonini verba ostendunt in ea specie, quam tractat, valituram fuisse exhæredationem, si viuo filio institutionis conditio defecisset, & exhæredationis extitisset. Substitutus igitur filio ex asse instituto datus erat, & postea defuncto filio pendente conditione tam institutionis quàm exhæredationis, dubitabatur an si exhæredationis conditio existeret substitutus admitteretur. Finge filium ex asse scriptum, Si nauis ex Asia intra annum veniret, Si non veniret, exhæredatum, eique in hunc casum substitutum datum, Tum priusquam nauis ex Asia veniret, intra annum filium decessisse. Si nauis post annum non venerit, Tryphoninus negat substitutum admitti, licet substitutionis conditio euenerit: quoniam testamentum ipso iure nullum sit, in quo filius præteritus fuit, qui quamdiu vixit neque institutus fuisse dici potest, neque exhæredatus. Eo autem moriente conditionis euentus expectari non potest, cùm absurdum sit, testamentum sustineri à substituto, qui non nisi in exhæredationis casum substitutus est, ac de quo testator non cogitauit, nisi in id tempus quo exhæ-
2 redationis conditio existeret. † Et hæc prior huius legis species est. De posteriore verò, quæ longè maiorem habet dubitationẽ, sic Tryphoninus scribit, *herede autem scripto ex parte filio, coheres post mortem filij institui potest.* Quorum verborum sensus ideò difficilis est, quod vix casus reperiri posse videtur, quo post filij mortem cohæres institui possit. Siue namque vetus filius cohæredem habuit, siue nõ habuit, & siue institutionis conditio extiterit, siue defecerit, necesse est frustrà cohæredem dari filio qui iam inde ab initio aut institutus, si conditio institutionis extiterit, aut si defecerit exhęredatus fuisse intelligatur. Non enim quemadmodum conditio, ita dies retrotrahi potest: vnde fit vt hæreditas quę sub conditione dari potest, ex die tamen dari non possit, sed vitio temporis sublato institutio maneat. *l. hereditas 34. D. de hered. inst.* Ergo post filij mortem cohæres institui non potest, quin purè institutus intelligatur: (quòd si ita est, frustrà Iureconsultus scribit post mortem filij institui cohæredem posse, cùm & multò magis ante mortem institui possit, & post mortem institutus ante mortem scriptus esse censeatur) vel si cohæres post mortem filij scriptus, nõ purè scriptus esse intelligitur, testator toto eo tempore quo filius vixit intestatus decessisse intelligitur, filius autem post mortem suam exhæredatus, *l. si ita scriptum. 13. §. vlt. D. de liber. & posthum.* Ac præterea si post filij ex parte scripti mortem, cohæres ex alia parte institui potest, vt quamuis filius pendente conditione decesserit, testamentum nihilominus sustineatur, fiet vt existente conditione filius dum vixit hæres fuisse retrofingatur, nec pro sua parte duntaxat, sed etiam pro parte cohæredis, ne pro parte testatum pro parte intestatum patrem decessisse dicamus. Atque ita nihil cohæredi institutio proderit. Deficiente verò conditione, ne filius quandiu vixit præteritus videatur, dicendũ est iam inde ab initio exhæredatum eũm intelligi. Atqui nullus eo tempore hæres fuit, neque fuisse fingitur: cohæres enim datus post mortem filij non potest retrofingi hæres fuisse, proinde nec filij portionem accrescendi iure acquisiuisse. Igitur exhæredatio nõ valuit: & necessariò concludendum est nullo casu fieri posse, vt hærede scripto ex parte filio, cohæres post ipsius mortem instituatur. † Scio quibusdam 3
placere sic Tryphoninum intelligi vt filio ex parte scripto sub conditione casuali adiectus sit cohæres sub eadem conditione, qui testamentum sic sustineat, vt post mortem filij existente conditione institutionis vterque pro sua parte ab initio hęres fuisse videatur. Sed interpretatio hæc à Iureconsulti verbis nimis aliena est, non solùm quoniam nihil de conditione cohæredi adiecta exprimunt, sed etiam quia sub eadem conditione institui cohæres non potest, quin filio substitutus detur. Alioqui fieret vt licet viuo filio institutionis conditio deficeret, exhæredatio tamen filij non valeret, quippe qui à nemine exhæredatus inueniretur. At manifestum est, vt initio capitis diximus, eam Tryphonini sententiã esse, vt in proposita specie filius ritè exhæredatus sit, si eo viuo institutionis conditio deficiat. Tum verò, aliud est cohæredẽ institui posse post mortẽ filij, vt Tryphoninus loquitur, aliud verò posse hærede esse post mortẽ filij, vt illi interpretãtur. Hoc fieri facile potest: illud nullo modo, nullóque casu. † 4
Tentandum igitur est, quod inscriptio capitis pollicetur, an pro *institui.* rectius legi possit *substitui.* In quòd sane procliuior sum. Verba enim manifestè ostendunt id omnino Tryphoninũ agere, vt doceat multũ interesse an filius ex asse, an pro parte duntaxat hęres scriptus sit sub cõditione casuali si ea pendente decesserit. Priore casu, substitutum nõ admitti post filij mortẽ, licet institutionis cõditio defecerit, quia cũ testamentũ sustinere nõ possit propter eam rationẽ, quam suprà attulimus, fiat necessariò vt filius quandiu vixit, præteritus fuerit, ob idque testamentũ nullũ fecerit. Posteriore verò substitutum admitti, quia nihil impediat quominus testamentũ sustinere, conditionisque euentũ expectare possit. Vnde fit, vt si post filij mortẽ exhæredationis conditio euenerit, cohæres idemque substitutus filij portionẽ ex substitutione consequatur. Idémque est, etsi alius quã cohæres substitutus esse proponatur: sed de cohærede lex loquitur vt filio ex parte scripto cohæredem ex alia parte datum esse intelligamus, quoniam ex parte scriptũ hęredem si cohæres nullus datus sit, ex asse scriptum interpretamur. † Quid? An 5
nõ filio instituto ex asse substitui potest, vt eo excluso substitutus admittatur? Ita sanè, si viuo filio institutionis conditionẽ defecisse proponas. Sed in specie *l. filium.* h. e. filio ante cõditionis euentum, aut defectum mortuo, dico substitutum ex asse post ipsius mortem admitti non posse, licet institutionis conditio defecerit. Ergo verba illa, *herede scripto ex parte filio coheres post mortem filij substitui potest*, hũc sensum habent, fieri non posse vt post mortem filij admittatur substitutus, qui viuo eo admitti non potuit: nisi eo casu quo filius ex parte tantùm scriptus est, ei cohærede dato. Hoc igitur casu securè testatur pater, qui sic testatur vt intestatus fieri nullo casu possit. At cùm ex asse filium hæredem scribit, substitutum ei dare non potest, hoc est sic testatur, vt si ei substitutum sine cohęrede dederit, testamentum ad causam intestati recidere facilè possit.

CAPVT

CAPVT XVI.

Ad l.item veniunt.20. §. ait Senatus. D.de pet.hered.

SVMMARIA.

1 *Legem Papiam ad heredes ex asse scriptos nõ pertinuisse.*
2 *Quomodo accipiendus sit* d. §. ait Senatus.
3 *Reijcitur triplex Accursij ad* d. § *interpretatio.*
4 *Differentia inter caduca & vacantia bona.*

1 QVod † Vlpianus in Titulis scribit, *tit.de caducis*, legem Papiam, quæ partes heredum ante a-
pertas tabulas defunctorum caducas faciebat, & fisco
deferebat, ad heredes ex asse scriptos non pertinuis-
se, verissimum sanè est, & plerisque iuris ciuilis locis
comprobatum *l.1.§.vlt.D.de iur.& fact.ignor.* Neque
tamen eam ob causam Senatusconsulti, quod de pe-
titione hereditatis factum est, verba sic concepta
sunt, *cùm antequam partes caducæ fisco peterentur, l.item*
2 *veniunt.20.§.pridie Idus D.de petit. hered.* † Sed quod
(vt idem Vlpianus, Senatusconsulti interpretatio-
nem faciens, in *§. ait Senatus*, subiicit) sic euenerat
vt partes caducę fisco peterentur: Senatusconsulto
enim locus est & si hereditas ex asse caduca fiat.
Quod ipsum tamen non sic accipiendũ est, vt nihil
hac parte intersit, an ex parte an ex asse scriptus he-
res ante apertas tabulas decesserit, sed vt nihil refe-
rat an pars vna pluresve, an tota hereditas caduca
facta sit. Facilè autem fieri potest vt hereditas ex asse
caduca fiat, si fortè plures heredes ex partibus scri-
pti omnes ante apertas tabulas decessisse proponan-
tur. Nec facilior, aut accommodatior, aut verior ho-
3 rum verborũ interpretatio quærenda est.† *Accursius*
iuris veteris ignoratione in eo apertè labitur, quòd
Vlpianum de herede ex asse scripto intelligit, quem
ante aditam hereditatem decessisse fingit. Atqui siue
ante aditam hereditatem post apertas tabulas, siue
ante apertas tabulas ex asse scriptus heres decesserit,
certum est caducam fieri hereditatem non posse, vt
fisco deferatur. Secunda quoque *Accursij* interpreta-
tio non placet, vt Vlpianus de ea hereditate loqua-
tur, quæ propter delictum heredis caduca facta est:
nam propter delictum heredis, hereditas non fit ca-
duca, sed publicatur: quæ longè differentia sunt.
Quemadmodum & si propter heredis fidem illicitè
datam (quæ tertia *Accursij* interpretatio est) heredi-
tas ab eo auferatur, vt in specie *l.ex facto.44.§. Iulius.*
D.de vulg.& pupill.substit. non ideò hereditas caduca
4 fit, sed heredi tanquam indigno aufertur. † Atqui
Vlpianus supradicto loco de caduca hereditate lo-
quitur, & cùm mox separet vacantia à caducis, ostẽ-
dit manifestè caduca se intelligere ea quæ ab aliquo
ceciderunt, proinde quæ ei acquisita non sunt, non
autem generaliter ea omnia quæ fisco ex legibus, &
constitutionibus acquiruntur. Nam & vacantia om-
nia fisco acquiruntur, adeòque ipso iure, non quem-
admodum caduca quę ex lege Iulia, vt Vlp. *d.tit de*
caduc. scribit. Vnde etiam fit, vt vacantia, illa scilicet,
quæ nunquam alterius esse potuerunt quàm fisci, *l.1.*
diuus. D.de iur. fisc. ad fiscum sine onere pertineant.
l.quod Diuo. 50. D. de manumiss.testam. Caduca verò
cum oneribus suis quibus obstringi potuit is à quo
ceciderunt. *l.cùm fisco.9.D.de S.C. Syllan.l.2.§. vlt. D.*
si quis aliq.testar.prohib. l. 38. §. 1 l.61 de rit.nupt.l.in fa-
cto.60.§.vlt. D.de cond.& demonstr. Quanquam autem
aliquandò bona vacantia pro caducis accipi viden-
tur, vt in *l.quidam.96 §.quoties.de leg.at.1. l. recusare.6.*
§.2.ad S.C. Treb. tamen apud Vlpian. in *d.§. ait Sena-*
tus. dubitatio esse non potest quin caduca à vacanti-
bus distinxerit, quemadmodum & tam vacantia,
quàm caduca, ab alijs quæ ex alia quacunque causa
ad fiscum peruenerunt.

CAPVT XVII.

Explicantur omnes leges tituli C.de inoffic. donat & Nouell.92.

SVMMARIA.

1 *An donatio inofficiosa pro debita duntaxat portione reuocetur?*
2 *Effectus querelæ inofficiosi testamenti.*
3 *Querelam inofficiosæ donationis, inofficiosi querelæ similem esse.*
4 *Sensus* l.1.C.de inoffic.donat.
5 *Distinguendum esse in specie* l.2.d.tit. *inter donationem inofficiosam filio emancipato factam, & eam quæ in filium sub patris potestate constitutum collata est.*
6 *Cur in* d.l.2.*donatio in filium in sacris patris constitutũ facta per arbitrium familiæ erciscundæ reuocetur?*
7 *Inofficiosæ donationis querelam locum habere, siue testatus siue intestatus donator decesserit.*
8 *Dicta querelæ locum non esse vbi alio remedio minus odioso actori consultum esse potest.*
9 *Species & sententia* l.5.C.dict.tit.
10 *Ad quam vsque quantitatem inofficiosa donatio in liberorum fraudem facta per liberos reuocetur.*
11 *Probatur per* l.6.d tit *per inofficiosæ donationis querelam res ad intestati causam reuocari.*
12 *Explicatur* l.4.C.de cont.empt.
13 *Differentia proposita ad intellectum* l. 7. C. de inoff. don. *inter hæc verba*, Reuocari id quod immoderatè gestum est, & Reuocari quatenus immoderatè gestum est.
14 *Error interpretum in* d.l.7.
15 *De qua quarta intelligenda sit* l. si liqueat. 8. & l.si mater 7.d.t.
17 *Multa sæpe in legibus Codicis supplenda esse, quæ ex rescriptis verbis colligi non possunt.*
17 *Alia coniectura* ad.d.l.si liqueat.
18 *Sententia* l.Titia 87.§.Imperator.ff.de leg.2.
19 *Ius nouum circa inofficiosas donationes, eiusque ratio.*

NVnquam † mihi persuadere potui, quod sibi in- 1
terpretes fere omnes persuadent, inofficiosam
donationem intervertendæ inofficiosi querelæ gra-
tia factam pro debita duntaxat portione reuocari,
Nam quemadmodum in fraudem querelæ inofficio-
si testamenti, donationes huiusmodi inofficiosę ex-
cogitatæ sunt, vt frustra de inofficioso testamento
quæreretur is, qui etiam eo rupto legitimam portio-
nem non haberet, licet vniuersa, quæ defunctus in
bonis habuisset mortis tempore, bona consequere-
tur, ita remediũ quod in fraudis huius fraudẽ exco-
gitatũ est, eiusmodi esse necesse est, vt qui de inoffi-
ciosa donatione agit, tantundem consequatur, quan-
tum si inofficioso testamẽto experiretur.† Atqui ius 2
querelę inofficiosi testamenti sic comparatum est vt
qui egit, & obtinuit, rescisso testamento, non falci-
diam dũtaxat, quam vulgo legitimam vocant, sed &
vniuersam hereditatem consequatur, si fortè solus
sit, aut si alius æquè proximus adsit, eam saltẽ portio-
nem quæ ab intestato eum contingit. *l. mater. 19. &*
pass. D. de inoff test. Idem ergo in querela inofficiosæ
donationis obtinere dicendum est, vt pro ea parte
rescindatur, quam ab intestato haberet is cuius in
fraudem facta est, si donatio facta non esset. Alioqui

eueniret, vt fraudis suæ fructum impius pater sentiret, si filius qui per querelam inofficiosi testamenti aut vniuersam, aut dimidiam hereditatis partem obtineret, idem querela inofficiosę donationis agens,
3 non nisi debitam portionem obtinere posset.† Hinc
est quod in *l.vlt. C. de inoff. donat.* Imp. Constantius rescribit dubitari non oportere, quin immodicarum donationum querela in omnibus (sic enim legendum est, non *omnibus* aut *omnis*) ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus introducta sit, vt actionis vtriusque vel vna causa, vel similis existimanda sit. Quod cùm generale sit, *Accursij* interpretatio recipienda non est, qui regulariter quidem verum id esse admittit, sed tamen aliud probandum ait, cùm quęritur in quantum inofficiosa donatio per querelam reuocetur. Etenim vix vlla est lex sub eo tit. *De inoffic. donat.* quæ hanc inofficiosæ donationis querelam, inofficiosi testamenti querelæ non comparet, licet in omnibus de illo potissimum quęratur, Ad quam vsque quantitatem inofficiosa dona-
4 tio reuocetur. *l.1.2.4.5.6.7.& 9.eod.*† Nam quod in fine *l.1.* dicitur, *non integra iuxta formam de inofficioso testamento constitutam, subuenari vobis, vtpote quartam partem non habentibus, desideratis.* non eò pertinet vt per querelam inofficiosæ donationis ad quartam duntaxat partem agatur, sed vt de inofficiosa donatione agere non possit is, qui quartam habet, quemadmodum nec de inofficioso testamento agere posset. At ea contrario, quemadmodum is cui minus quarta relictum est de inofficioso queri potest, si res in ea causa sit vt rupto testamento legitimam portionem habere possit, ita si inofficiosa donatio facta sit in legitimę, & querelæ inofficiosi fraudem, donationis inofficiosæ remedio locus erit: Vtraque porrò actione, si actor obtineat, tantundem obtinebit, quantum si nulla donatio, nullum ve testamentum factum
5 esset.† Idque apertius ostendit *l.2.eod tit.* in cuius specie, cùm proponeretur pater omne patrimonium suum impetu quodam immensæ liberalitatis in filium effudisse, distinguitur an is in patris potestate permanserit, an emancipatus fuerit, vt priore casu is cui nihil donatum est quartam duntaxat partem debitę ab intestato portionis incolumen habeat: Posteriore verò, ad similitudinem inofficiosi testamenti querelæ de inofficiosa donatione queratur: hoc est non quartam duntaxat debitæ ab intestato portionis partem, sed dimidiam hereditatis consequatur. Ita enim necessariò is locus intelligi debet, non solùm quòd in querela inofficiosi testamenti sic eueniret, sed etiam vt effectus aliquis sit illius distinctionis, an suo an emancipato filio donatio facta sit. Huius porrò distinctionis ratio illa est, quòd cùm emancipatus is fuit, in quem collatata donatio est, alieno adminiculo non indiget donatio, sed suis ipsa viribus nititur, & subsistit, vt *d.l.2.* ait. Proinde per querelam inofficiosæ donationis rescindi eam necesse est: quod cum sit, ad causam non factæ donationis res redit. At cùm filius, cui donatio facta est, in patris potestate permansit, donatio non valet. propter vinculum patriæ potestatis. *l.sine emancipatus.17.C.de donat.* nec patris silentio & morte confirmatur. *l.si donatione. 13.C. de collat.* (quod tamen hodie secus est, post Iustiniani Constitutionem in *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.*) Ergo nec per que-
6 relam inofficiosę donationis rescindi potest.† Sed quoniam vniuersi patrimonij donatio, non tam simplex donatio, quàm supremi iudicij ordinatio esse videtur, arg. *l.si filia. 20.§.si pater. D.famil.ercisc.* officio arbitri familię ercisc undæ congruit, sic adiudicationes facere & bona inter fratres ex asse scriptos diuidere, vt à testatoris voluntate quàm minimù fieri poterit recedat. *l.filij.16.C.eod.* Id verò commodius facere non potest, quàm si ei cui nihil donatum est, quartam portionis ab intestato debitę partem præstet: ei verò in quem inofficiosa donatio collata est, quod deducta fratris legitima reliquum erit, adiudicet. Hoc igitur casu inofficiosæ donationis quærelę locus non est, quoniam donatio per se non valet, sed alieno adminiculo indiget, non quidem Iustiniani constitutione in *d.l.25.C. de donat. inter vir. & vxor.* vt ridiculè *Accursius* interpretatur, sed officio arbitri familię erciscundæ: quod tale esse debet, quemadmodum diximus, vt vniuersi patrimonij donationem iure supremæ voluntatis eatenus tueatur, quatenus ęquitas, iúsque patitur. Hactenus autem patitur, quatenus nullum fratri in legitima
pręiudicium fiat.† Et hęc omnia vera sunt, siue post 7
eam nanitum immensis donationibus in vnum filium collatis patrimonium ambos filios pater ex asse heredes scripserit, siue ab intestato defunctus sit. Vtroque enim casu, siue ex testamento, siue ab intestato, inane duntaxat heredum nomen liberis relinquitur, atque ideo eadem ęquitatis ratione inofficiosa donatio ab eo cui nihil relictum est, aut minus quàm
oporteret, reuocari potest, *l.3.C.de inoff.donat.*† in *l.* 8
4.eod. illud etiam notatu dignum est, quod querela inofficiosę donationis in eo comparatur querelę inofficiosi testamenti, vt quemadmodù hęc, sic illa ei non competat cui alio minus odioso remedio consultem esse potest quamuis extraordinario: ex quo magis confirmatur quod volumus, eandem in omnibus querelę vtriusque rationem, causam, & finem es-
se.† Sequitur in *eod. tit. l.si totàs. 5.* de cuius sententia 9
dicendum nobis aliquid est, aduersus eorum interpretationē qui ea eo potissimù loco probari putant inofficiosam donationem non nisi ad debitù vsque bonorum subsidium reuocari. At primùm obseruandum est, proponi eo loco factam donationem omnium bonorum à patre qui eo tempore alios liberos non habebat, quàm in quos donationem contulerat, quo casu vix est vt initio inspecto inofficiosa donatio dici possit, quæ in liberorù, aut querelę inofficiosi testamenti fraudem excogitata non est. At si postea ex eodem aut alio matrimonio liberi nati sint, inofficiosa sit, quæ prius inofficiosa non fuit: cum in eo res sit, vt liberi ex secundo matrimonio suscepti contra paternæ pietatis officium, debita sibi successione fraudentur. Quod cùm nec ratio naturalis, nec ciuile ius admittat, meritò ab Impp. rescriptum est, id quod ad submouendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractù, vt filij, vel nepotes posteà ex quocunque legitimo matrimonio nati debitum bonorum subsidium consequantur, ad patris patrimonium reuerti. Sed hoc ad quæstionem no-
stram non pertinet.† De illo enim duntaxat quæri- 10
mus, Ad quam vsque quantitatem inofficiosa donatio in liberorum fraudem facta, siue re & consilio, siue re tantùm fraus interuenerit, per liberos reuocetur Finge in specie *d. l.si totas.* patrem post susceptos ex secundo matrimonio liberos nolle reuerti ad se eam bonorum donatorum partem, quam ad eum reuerti lex ait, hoc est quæ ad liberorum ex secundis nuptiis legitimam satis sit quærimus, an & quatenus inofficiosæ donationes reuocari possint. Hîc enim euenit vt donationes huiusmodi, quę primùm sine

fraudę

fraude factę sunt, ex post facto inofficiosę & fraudu-
lentæ inueniantur: adeoque interuertendæ inoffi-
ciosi testamẽti querelę animum habere pater intel-
ligitur, qui iuris beneficium recusat, hoc est rerum
donatarum partem ad se reuerti non vult, vt liberis
suis post donationes susceptis non tantùm succes-
sionis suę emolumentum, sed & euertendi inofficio-
si testamenti facultatem eripiat. Ad hunc verò ca-
sum non pertinet *d. l. si tot. u.* in cuius specie de illo
tantùm pater quærebat, qua potissimum ratione fa-
cere posset vt liberis ex eodem aut secundo fortè
matrimonio natis debitam iis legibus portionem
relinqueret. Videbat enim prudentissimus pater,
vel se inuito relinquendam esse, iis quos ingratitu-
dinis causam aliquam commisisse dicere non pote-
rat. Cogitabat, si nihil iis relinqueret, aut minus
quàm iure oporteret, futurum vt donationes in fra-
tres factas reuocarent, iisque paternæ liberalitatis
fructum eriperent. Frustrà verò hęc omnia, si pro
legitima duntaxat portione inofficiosæ donationes
reuocarentur. Quid enim interesset, an eæ à libe-
ris quibus nihil donatum erat, post patris mortem
reuocarentur, an viuo patre, si vtroque casu ad eun-
dem modum reuocarentur? Ergo vel ex eo maxi-
mè loco, si subtilius intueare, rectissimè colligas
quod volo, liberos post donationes susceptos, si iis
debitum bonorum subsidium non relinqueretur,
post mortem patris inofficiosas donationes reuoca-
turos esse pro iis portionibus quæ ab intestato ad
11 eos pertinerent. † Idem confirmat quod in *l. cum do-
nationibus. 6. C. eodem.* dicitur, de enormitate dona-
tionum ad exemplum inofficiosi testamenti Præsi-
dem prouinciæ iurisdictionis suæ partes exhibere
debere: quod iam suprà sic explicauimus, vt per v-
tramque querelam res ad intestati causam reuoce-
12 tur. † Quam interpretationem præter ea quę iam
diximus, mirificè confirmat. *l. cum res. 4. C. de contr.
empt.* cuius verba illa vltima, *ne vel exemplo inofficiosi
testamenti possit hæc auocare*, ostendunt manifestè in-
officiosam donationem à filio in solidum reuocari
aduersus extraneum cui omnia bona à matre filij
donata & tradita esse proponebantur. Nam quod
ait, *hæc*, necessariò referendum est ad præcedentia il-
la, *omnia bona tibi ab ea donata, & tradita*, quicquid
Accursius causetur, qui perpetui sui, communisque
erroris memor, notat reuocari à fisco quæ mater ex-
traneo donauerat quatenus immoderatè donaue-
rat. Quod si verè diceretur, vtique falsum esset quod
lex ait *hæc*, de quibus paulò ante dixerat, hoc est o-
mnia donata & tradita per inofficiosæ donationis
13 querelam auocari. † Nec obstat quod in *l. si mater.
7. C. de inof. donat.* rescribitur, immodicis donationi-
bus à matre in vnum ex liberis collatis, eum cui mi-
nus legitima relictum est, posse agere vt quod im-
moderatè gestum est reuocetur. Longè enim dif-
ferentia hæc sunt, Reuocari id quod immoderatè
gestum est, & Reuocari quatenus immoderatè ge-
stum est. Prius verum, posterius falsum est. Quem-
admodum rectè quis dixerit, testamentum in quo
mater extraneo tantùm reliquit, vt filio minus legi-
tima portione reliquerit, per inofficiosi querelam
rescindi posse: neque tamen verè dixerit rescindi
hoc casu testamentum, quatenus extraneo plus quã
filio relictum est. In totum enim rescinditur. Sic
rectè dici possit, si quis rem centum aureis dignam,
ducentis & decem emerit, rescindendam esse em-
ptionem propter immodicam læsionem, neque ta-
men eodem modo dici possit, rescindendam esse
duntaxat quatenus læsio immodica est, hoc est vl-
tra dimidiam iusti pretij, vt in proposito casu ven-
ditor liberetur si decem restituat: alioqui frustrà ei
electio daretur, *l. 2. C. de rescind. vend.* qui hoc sem-
per mallet, quàm restituto integro pretio rem suam
recipere. Sic denique in specie *l. liberto 26. D. de bon.
libert. & l. si libertus. 16. de iur. patro.* in bonis liberti mi-
noris centenario patronus nullum ius, nullamque
partem habet, quam haberet si libertus mortis tem-
pore centenario maior esset. Nec ea quantitate quæ
supra centum excurreret, contentus esse cogeretur,
eo prætextu quòd sublata ea, in cæteris bonis, quæ
essent intra æstimationem centum, nullum ius ha-
beret. Captiosa igitur argumentatio est, si quis di-
cat, Inofficiosas donationes, & immodicas reuoca-
ri, quoniam inofficiosæ, & immodicæ sunt. Reuo-
cari igitur eatenus duntaxat, quatenus inofficiosæ,
& immodicæ sunt. † Similis quoque eorum error 14
est, qui ex eo quod *dict. l. 7.* ait filium qui quartæ par-
tis dimidium non habet de inofficiosa donatione
agere posse, inferunt, non igitur posse agere, nisi
quartæ partis dimidium consequatur. Aliud enim
est eum qui legitimam portionem non habet, que-
ri posse: Aliud non posse queri, nisi vt legitimam
portionem habeat, vt suprà diximus in interpreta-
tione *l. 1. C. eod.* Nulla igitur in toto eo titulo, aut a-
bi lex est, quæ inofficiosam donationem hac parte
ab inofficioso testamento separet. Et miri sunt qui
scribunt admodum multas in eo titulo Constitu-
tiones esse quibus ostenditur inofficiosam donatio-
nem pro debita duntaxat portione reuocari. † Sed 15
eos præcipites egit vn. *l. si liqueat. 8. C. eodem.* in qua
idipsum apertè exprimi videtur iis verbis, *quod do-
natum est, pro ratione quartæ diminuetur*. At quartæ ap-
pellatio ambigua est, duplicémque sensum commo-
dè admittit. Potest enim de quarta portionis ab in-
testato contingentis intelligi: potest etiam de ipsa
portione ab intestato contingente, quæ quarta est,
si fortè quatuor vnius patris, aut matris liberi esse
proponantur. Atque hoc posteriore sensu in *d. l. si
liqueat.* intelligi quartam probabilius est, non solùm
quia priorem interpretationem iuris ratio non ad-
mittit totque leges de quibus suprà diximus, sed
etiam quoniam in eadem lege additur, *ad instar inof-
ficiosi testamenti conuicti*. Apertè autem falsum est,
id quod extraneo fortè relictum est testamen-
to quod inofficiosum conuictum est, diminui pro
ratione duntaxat quartæ portionis ab intestato
contingentis. Nec sanè memini vllo iuris loco
quartam dici simpliciter eam quæ est quarta de-
bitę portionis, sed vel cum adiectione illa *debitæ por-
tionis*, vel paulò post additam eiusmodi adiectionẽ,
vt in *l. Papinianus. 8. § si quis mortis. § quoniam. & §.
quarta. & pass. D. de inoffic.* Legitima portio, vel De-
bita portio sanè dicitur, præsertim in Codice. Sed &
in *l. si mater. 7. C. de inoffic. donat.* verba illa, *quartæ par-
tis dimidium*, de dimidio quartæ partis, quartæ, in-
quam, eius portionis, quæ ab intestato contingeret,
intelligi non possunt: sed de dimidio quartæ totius
hereditatis. Quod dimidium quartæ, quarta ipsa
est, si quartã intelligas legitimam portionem quæ
querelam excludit, id est quartam debitę portionis.
Quis ergo miretur in *l. si liqueat.* verba illa, *pro ratione
quartæ*, de quarta totius hereditatis intelligi? Mira-
rer potius eam quartam intelligi, quam liberis ad
excludendam inofficiosi querelam relinqui necesse
est, idque prorsus nouum existimarem. Coniectu-
ram quoque iuuant verba illa *l. si liqu at. in vnum fi-*

liam, quæ innuere videntur tres ad minus in ea spe-
cie liberos matri superstites fuisse: alioqui melius
dixissent Impp. *in fratrem tuum.* vt in *l. prace.* Quod si
iam ex ipsis verbis legis tres liberos fuisse intelligi-
mus, non valde incommoda, aut commentitia inter-
16 pretatio erit, si quatuor fuisse ponamus. † Sæpissimè
enim in legibus Codicis id euenit, vt multa sup-
plenda sint, quę ex rescripti verbis colligi non pos-
sunt, quòd ad casus propositos ea rescripta accom-
modabantur, & superfluum videretur in ipso rescri-
pto id addere, quod ex facto proponebatur. Quod
à plerisque non obseruatum, fecit, & etiamnum
facit, vt infinitę Codicis leges, alioquin faciles si ad
accommodatam facti speciem applicentur, diffici-
les, ac propemodum inexplicabiles existimentur. †
17 Si hæc ad *l. si liqueat.* responsiu non placeret (placet
autem maximè) ea verba, *pro ratione quartæ*, potius
tollerem, quàm mihi persuaderem inofficiosam do-
nationem non nisi pro debita portione reuocari.
Me namque pręter manifestam iuris rationem plu-
rium legum authoritas magis moueret, quàm vnius
18 solius. † Sed ex omnibus quæ multa sunt, & senten-
tiam nostram apertissimè comprobant, apertissima
vna est *l. Titia.87.§ Imperator. de leg.* 2. ad quam fa-
tentur omnes planè nescire se quid commodè re-
sponderi possit. Ita enim de tot tantisque interpre-
tibus benignè existimandum est potius, quàm sibi
eos satisfecisse in iis interpretationibus, quæ vix ru-
di, & imperito tyroni satisfacere possint. In quibus
singulis refellendis ideò diutius non insistemus.
Hoc tantùm addemus, si qua lex est quę ei Alexan-
dri rescriptu minus conuenire videatur, ad eam po-
tius quæri responsionem oportere, quàm ex ea, de
sententia § *Imperator.* dubitare. Primus enim Imp.
Alexander fuit qui eo rescripto querelam inofficio-
sæ donationis, ad exemplum querelæ inofficiosi te-
stamenti introduxit. Et rescripti verba sic aperta
sunt, vt nec dubitationi, nec responsiuni locum re-
linquant. † Sanè post Iustiniani Constitutionem
19 *92. de immens. donat.* iuri veteri hactenus derogatum
est, vt si vni ex liberis minus legitima relictum sit,
neque is ex bonis quæ supersunt legitimam inte-
gram consequi possit, actione de inofficiosa dona-
tione experiri nequeat, sed ad supplementum agere
compellatur, vt quod ex inmensis donationibus ex-
currit, cum fratribus sic exęquetur, ne per donatio-
num immensitatem minus habeant quàm iis legi-
bus debeant. Nempe quemadmodum iure vetere
par & eadem in omnibus vtriusque querelæ inoffi-
ciosi testamenti, & inofficiosæ donationis causa, &
finis fuit: ita nouissimo iure postquam constitutum
fuit vt filius, cui institutionis titulo aliquid relictum
est, licet minus legitima, de inofficioso testamento
agere non possit, sed ad supplementum duntaxat: il-
lud quoque constitui rationis fuit, vt de inofficiosa
donatione actio nulla sit vbi aliquo relicto ad sup-
plementum agi potest. Ergo si nihil vni ex filiis re-
lictum sit, quemadmodum hodie inofficiosi testa-
menti querelæ locus adhuc est, ita de inofficiosa
donatione agi poterit: vtroque autem casu iure ve-
tere vtemur, vt ad eam vsque portionem testamen-
tum, vel donatio reuocetur, quæ ad actorem ab in-
testato pertineret. Neque enim ad hunc casum
Iustiniani Constitutiones pertinent, quæ in iis casi-
bus in quibus iuri veteri expressè non dero-
gant secundum id rectamque iuris ra-
tionem interpretandæ
sunt.

CAPVT XVIII.

Deesse negationem in l. pen. §. 1. D. de adim. legat.

SVMMARIA.

1 *An fideicommissum à legatario relictum, deinde fidei-commisso ademptum, ad legatarium, an vero ad heredem reuertatur?*
2 *Quis sit animus testatoris aliquid legatarij fidei committentis?*
3 *Differentia inter heredem cui pecunia pars aliqua alimentis libertorum destinata prælegata est, & eum cui testator legatorum diuisionem mandauit.*
4 *Potiorem esse in specie* d. l. pen. § 1. *legatarij quam heredis causam.*
5 *Ratio responsi Sceuolæ in* l. Lucius. 88. §. Scæuola. 13. de leg. 2.
6 *Additur negatio in* d. l. pen. §. 1.
7 *Ratio dubitandi in* d. §. 1.

FIlius † matri suæ heredi ex parte institutæ qua- 1
tuor prędia legauit, eiusque fidei commisit, vt
ex his duo socero restitueret: deinde codicillis so-
cero fideicommissum ademit. Cùm quæreretur an
nihilominus ea prędia ad matrem ex prælegatione
pertinerent, consultus Scęuola respondit, nihil pro-
poni, cur ad matrem pertinerent in *l. filio. penult. §. 1.*
D. de adim. leg. At potius videbatur nihil proponi
cur ad matrem non pertinerent. Nam quod pro-
ponebatur ademptum esse socero fideicommissum,
potius suadere videbatur vt pertinerent, cùm in fi-
deicommissis regulare sit vt potiorem causam ha-
beat is cuius fides electa est, hoc est legatarius, cuius
fidei testator commisit, quàm heres à quo legatum
reliquit *l. Iulianus. 60. de legat.* 2. Qua ex ratione in-
telligimus ius hoc ex voluntate testatoris descen-
dere, quem verisimile est id cogitasse vt is cuius fi-
dem elegit, si contingeret fideicommissum defice-
re, potior esset herede quem eò minus dilexisse in-
telligitur, quòd nihil ei committendum putauit,
magisque legatarium fideicommissario, quàm he-
redem coniungit. Hoc verò si ita est, parum in-
terest an fideicommissarij morte, an ademptione fi-
deicommissum deficiet. Vtroque enim casu testa-
toris voluntas est, vt quandocunque aut quomodo-
cunque fideicommissum deficiet, legatarius heredi
præferatur. Eoque apertior hęc testatoris voluntas
est, cùm ademptione fideicommissum extinguitur,
quod legatum ademptum non est: Nec nisi iniqua
& improbabili interpretatione fieri potest, vt adem-
ptum videatur, quod fideicommissi nnere solutum
est. † Quanquam enim testantis ab initio legatarij 2
fideicommittentis animus ille esse videtur, vt non
legaturus fuisset, nisi de fideicommissario cogitasset,
tamen illud quoque animo agitasse eum apparet,
vt quemadmodum fideicommissarij potiorē quàm
legatarij causam esse voluit, ita si fideicommissarius
nullus sit, ac inter legatarium & heredes res agatur,
huic ille præferatur. Etenim dici non potest lega-
tarium, cuius fides in fideicommisso electa est, tan-
quam nudum ministrum à testatore electum esse:
quod si verè diceretur, vtique heredi non noceret,
quominus fideicommissum deficiens apud ipsum
remaneret *l. si quis Titium 27. de leg.* 2. quæ omnium a-
pertissimè probat, in dubio non videri testatorem,
qui à legatario fideicommissum relinquit, legatarij
tanquam ministri personam elegisse. † Quod &
Papinianus 3

Papinianus monet *in l.pecunia.8.D.de alim leg.* vbi diuersam constituit rationem heredis cui pecuniæ sors aliqua alimentis libertorum destinata prælegata est,& eius cui legatorum diuisionem testator mādauit. Hanc enim rem ait præsentem ac momentaneam coram, hoc est, nudum ministerium iniungere. Alimentorum verò præbendorum necessitatem oneribus menstruis atque annuis verecundiam quoque pulsantibus adstringi. Ex quo infert, libertis quibus alimenta prestabantur defunctis nullam propterea ceteris coheredibus aut indebiti condictionem, aut vtilem actionem, aduersus eum cui pecunia in eam rem prælegata erat, dari: Aduersus eū autem cui legatorum diuisio mandata est dari: ne contra testatoris voluntatem lucrum ex testamento sentiat is cui cura potius iniuncta quàm aliquid relictum est, *l.Lucius.78.§.1.D.ad S.C.Trebell.* Sic Paulus in *l.si quis eum 37.D.de cond. & demonstr.* respondit eum cui seruus legatus est, sub eo modo, vt manumitteret, quem ipse testator manumittere non poterat, non esse quidem cogēdum id facere, quod contra legem facere iussus est, sed tamen neque à legato esse eum repellendum, quoniam inquit, magis legatarium aliquod commodum in hoc seruo,
4 quam heredem habere testator voluisset.† Hoc verò magis mirum est, quàm quòd volumus ea prędia, quę mater heres ex parte scripta socero restituere rogata erat, si postea fideicommissum socero ademptum sit, matri nihilominus deberi. Nam hoc casu nihil in legis fraudem fit, & si quis heredis fauor esse debet, matris heredis ex parte institutæ, eiusdemque legatarię maiorem quàm solius heredis fauorem esse fatendum est. Vnde & in illo Pauli casu apertè contra Modestinus respondit in *l.si quis duos.31.de legat.2.* nec legatum libertatē deberi, nempe propter fraudem legi factam, non quòd perpetuò vera non sit Pauli ratio in *d.l.si quis eum.* quod legatarium magis quàm heredē dilexisse testator videatur: sed quia indignus sit cuius voluntas seruetur is, qui legi maximè fraudem facere voluit. Sic denique Scæuola, cuius illud quoque responsum est de quo disputamus, in *l.pater filium 38.§.fideicommisit de legat.3.* consultus an fideicommissum ab eo cui duo millia legata erant relictum his verbis. *à te Petroni peto vti ea duo millia solidorum reddas collegio cuiusdam templi*, si postea collegium dissolutum sit, ad legatarium pertineat, an verò apud heredem remanere debeat, respondit, Petronium iure petere si modò per eum non stetit parere defuncti voluntati. Et, vt breuiter dicam, non est, quòd sciam, vnus in vniuerso iure locus qui in simili specie potiorem heredis
5 quàm legatarij causam faciat † Sanè in specie *l.Lucius.88.§.Scæuola de leg.2.* eidem Scæuolæ placet legatarium, qui legatum restituere ancillæ testatoris rogatus est, si legatum non habeat, petere id non posse. An quod ex testatoris voluntate melior heredis conditio sit, quàm legatarij? Minimè verò. Et eam ob causam si legatum legatarius habeat, restituere id non compellitur, nec ancillæ heredis cui fideicommissum relinqui non potuit, nec ipsi heredi cuius ancilla est, quia quod ex testatoris hereditate profectū est, eiusdem heredi nec legari nec fideicommitti potest. At quoniam illud quoque verum est: quod initio capitis diximus, magis à testatore dilectum videri fideicommissarium quàm legatarium, & in proposito casu testatoris voluntas illa fuit, vt centum legata, per fideicommissum ad heredem peruenirent, fit ex eiusdem voluntate, vt heres qui sibi per actionem consulere non posset, per retentionem consulat, & doli exceptione legatarium repellat, qui id petat, quòd statim ex testatoris voluntate eidem restituturus esset si ius pateretur. Alioqui non ex solo quod fideicommissum ab initio inutile est, legatarius à legati, quòd vtiliter relictum est, petitione repelleretur, *d.l.si quis eum.37. de cond. & demonstr.* Idem igitur multo magis improbandum est si fideicommissum ab initio fuit, sed posteà ademptum, aut fideicommissarij morte extinctum, vt his casibus legatarius nihilominus debeatur id, quod alteri restituere rogatus erat. Sublata namque fideicommisso, illud ex testatoris voluntate manet, vt heredi legatarius pręferatur. Quod cū ita sit manifestum, falsum & iniquum est quod Scæuola respondit in *d.l.penult.§.1.de adim.legat.* si matri heredi ex parte scriptæ quatuor prædia filius prælegauerat, & ex iis duo per fideicommissum socero restitui iusserat, adempto codicillis fideicommisso nihil proponi cur ea duo prædia ad matrem pertinerent. † Nec excusari Scęuola potest, quin librarij accusentur, quos verisimilius est quàm Scæuo- 6
lam negationem omisisse: quæ si addatur, hoc modo, *nihil proponi cur ad matrem non pertinerent*, elegans, & verum Scæuolę responsum esse omnes proculdubio fatebuntur. Ita verò legendum esse præter manifestam iuris rationem, ipsa quoque responsi verba ostendere videntur. Illa enim, *nihil proponi*, eò pertinent vt intelligamus dubitandi rationem, eo loco propositam, sufficientem non fuisse, vt in *tot.l.Titia.*
19.D.de ann.legat.& alibi pass.† Dubitandi autem ratio illa erat. quòd codicillis fideicommissum socero 7
datum ademptum fuerat, vt apparet ex iis verbis, *an nihilominus*, quæ alium sensum habere non possunt, quàm hunc. An quamuis ea prędia socero adempta sint, nihilominus ex prælegatione ad matrem pertinerent. Ea namque dubitandi ratio facere videbatur, vt non pertinerent, non autem vt pertinerent. Consequens igitur est Scæuolam, qui dubitationem hanc minus sufficientem esse satis innuit, respondisse nihil proponi, id est fideicommissi ademptionem propositam non facere. cur ea prędia ad matrē non pertinerent. Quis enim existimasset, facere vt pertinerent? Ego sanè addendam esse negationem nil dubito, nec à me his libris verius quicquam obseruatum esse planè mihi persuadeo.

C A P V T XIX.

Emendatur l.cùm quis.38.§.1.D.de solut.

1 *Dissensio Vlpiani & Africani in quæstione illa, an debitor qui iussu mariti donare volentis vxori soluit, liberetur. & an mariti nummi fiant?*
2 *Ratio Africani in* d.l.38.§.1 *quomodo accipienda?*
3 *Pugna* l.qui negotia.mand. *cum* l.singularia.15.& l.rogasti.11.ff.si cert.pet.
4 *Vlpiani & Africani actiones in dictarum legum quæstione.*
5 *Reijciuntur conciliationes* d.l.38.§.1.*cum l.3.§.*vlt.ff. de donat.int.vir.& vxor. *ab Accursio & Odofredo allata.*
6 *Delentur verba* post diuortium è d.§.1.l.38.

PVgnat † ex diametro *l.cùm quis.38.§.1.de solu.cum* 1
l.3.§.vlt.de donat.inter vir.& vxor. Ibi Africanus scribit, si maritus vxori donaturus debitorem suum iusserit ei soluere, neque debitorem liberari, neque mariti nummos fieri: nam si fierent, & vtique debi-

tor liberaretur. Hic verò Vlpianus ex Celſi ſententia magis probat vt mariti fiant nummi, ac per conſequentias debitor liberetur. Cuius ſententiæ rationem illam reddit, quod ſi donatio iure ciuili non impediretur, is rei geſtę ordo futurus eſſet, vt pecunia à debitore ad maritum, deinde à marito ad vxorem perueniret. Porrò celeritate coniungendarum actionum inter ſe, vnam occultari: neque nouum eſſe aut mirum quod per alium accipias, te accipere. Idem enim contingere ſi is qui ſe creditoris tui procuratorem eſſe ſimulauerit, à debitore tuo ignorante te pecuniam acceperit, vt pecuniam tuam factam, tibique non debitori tuo furti actionem competere dicamus. Africanus ſuæ ſententiæ rationem aliam non reddit, quàm quòd nummi mulieris non fiant. Quod etſi verum eſt, nihil tamen ex eo rectè inferri poſſe videtur. Nam ex Celſi ſententia Vlpianus reſponderet, vxoris quidem factos non eſſe, at mariti factos eſſe, hocque vnum præcipuè inſpici debere. Alioqui dicendum fore, ſi eam pecuniam debitor marito ſoluiſſet, tum vxori maritus donaſſet, quia vxoris facta non eſſet, liberatum debitorem non eſſe. † Quare Africani ratio ſic ac-
2 cipienda eſt, vt in ea ſubintelligamus, nummos qui mulieris non fiunt, mariti quoque fieri non poſſe. Nam quod Celſus dicebat celeritate coniungendarum inter ſe actionem vnam occultari, quæ tota eius ſententiæ ratio eſt, Africanus non admitteret, qui neque fictionem breuis manus (ſic enim idem Vlpianus appellat *in l. licet. 43. § quoties. de iur. dot.*) vllo alio caſu admittendam putauit, niſi in eo, vt ſi tibi debitorem meum iuſſero dare pecuniam obligeris mihi quamuis nummos meos non acceperis. *l. qui negotia. 34. mand.* vbi quod Africanus ait hoc benignè receptum eſſe, indicat id ipſum admittere, non quia admittendum, ſed quia admiſſum ſit, vt ſi iam benignè receptum non eſſet, nec is recipiendum putaret. † Hinc etiam nata eſt celebris illa &
3 iam ferè ab omnibus admiſſa inexplicabilis *ἀντινομία d. l. qui negotia. cum l. ſingularia. 15. & l. rogaſti. 11. ſi certum petat.* in quibus ob eandem rationem Vlpianus & Africanus inter ſe manifeſtiſſimè diſſentiũt. Nam ſi me pecuniam mutuam rogaueris, & ego cùm non haberem, lancem tibi dedi vel maſſam auri vt eam vẽderes, pecuniaque vtereris, aut ſi cùm ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas, conuenerit vt crediti nomine eam habeas, Vlpiano placet creditam fieri pecuniam, téque mihi ex mutuo obligari. Africano contrà neutro caſu poſſe nuda cõuentione fieri creditos nummos, qui mei non fue-
4 runt. † Vlpiani ratio eſt, quòd ſi tibi debitorẽ meum iuſſero dare pecuniam, obligaris mihi, quaſi breui manu pecunia à debitore ad me, tum à me ad te peruenerit. Cur non igitur quod in duabus perſonis recipitur, multò magis in vna perſona recipietur? Ac ſanè ſi vllo alio caſu breuis manus fictio admittenda eſt, vix reddi ratio poteſt, cur non in hoc admitti debeat. Sed Africanus reſpondet, ex eo, quod benignè receptum eſt, non debere argumentum ſumi: denique iuris rationem non pati vt quicquam meum ſiat, quod mihi traditum non ſit, ſed ab alio ſuo nomine acceptum. Ergo quemadmodum in iis ſpeciebus manifeſta eſt Africani ab Vlpiano diſſenſio, ita & in ea de qua quærimus fatendum neceſſariò eſt conciliationis rationem afferri
5 nullam poſſe. † Nam quod *Accurſius* dixit, in Africani ſpecie mulierem ſciuiſſe donationem non valere, at apud Vlpianum ignorauiſſe, tam ineptum eſt quàm commentitium, cùm neutra lex diſtinctionis huius argumentum aliquod præbeat, & Africanus aliã ſuæ ſentẽtiæ rationẽ nõ afferat, quã quòd nummi mulieris non fiant. Quis verò dixerit, ideò magis valere donationẽ, quod donationem valere mulier putauerit? quòd ſi hoc etiã caſu donatio nõ valet, ex conſequenti nummos mulieris non fieri neceſſe eſt. Æquè inepta eſt *Odofredi* ſententia, diſtinguentis an conſtante matrimonio an poſt diuortium debitor mulieri ſoluerit: Nam poſt diuortium factam ſolutionem Africanus vtique dixiſſet, ſi ea præcipuè ratione motus fuiſſet. Verùm huic diſtinctioni cauſam proculdubio dederunt verba illa quæ apud Africanum ſequuntur, *furti tamen actionem in propoſito mihi poſt diuortium competituram, quando mea interſit interceptos nummos non eſſe.* Sic enim ab *Odofredo* accepta ſunt vt poſt diuortium pecuniam acceperit mulier, ſciens mutatam mariti voluntatem. Quod ſi ita eſſet, fruſtrà Africanus ſcripſiſſet marito poſt diuortium competituram furti actionem: facto enim poſt diuortium furto, certum erat non niſi poſt diuortium furti actionem competere poſſe. Rurſus vt marito aduerſus eam quæ vxor fuit actio furti competat, non ſufficit factam eſſe poſt diuortium ſolutionem, niſi & illud comminiſcare, diuortio reuocatam fuiſſe donationem, quod plærumque non fit. *l. cum hic ſtatus. 32. § ſi diuortium. de donat. int. vir. & vxor. l. 3. de aur. & argent. legat.* At ne hoc quidem ſatis erit, niſi addas mulierem animum furandi habuiſſe, cùm ſine affectu furãdi furtum non fiat. quorum tamen omnium Africanus nil meminit, licèt in priore ſpecie cùm de eo loquitur qui reuocato mãdato ſolutionem acceperat, ideò eum accepiſſe dicat, vt nummos lucraretur, ſeu furaretur. † Quare 6
dubitandum mihi non videtur, quin verba illa *poſt diuortium*, delenda ſint, ineptoque interpreti potiùs quam Africano tribuenda, cùm Africanus dicat furti actionem competituram mihi non *marito*, de quo prius in tertia perſona locutus fuerat. Ad hæc *competituram in propoſito*, hoc eſt in ſpecie propoſita de qua conſultus eo loco reſponderat: erat autem ſpecies propoſita de Titio, qui poſt reuocatum mandatum ab ignorante debitore ſolutionem acceperat, non de muliere cui debitor conſtante matrimonio ſoluere iuſſus poſt diuortium ſoluerat. Ita verò Africanus facere ſolet, vt cùm poſt aliquot argumentationes ad propoſitam quæſtionem reddit, verbis illis vtatur, *in propoſito*, vel *in propoſita ſpecie*, vt in *l. Stichus. 16. de pecul. legat. l. ex aſſe 28. ad S.C. Treb. l. tutor. 19. § fin. ad Vell. d. l. qui negotia. 34. mandat. l. ſeruus. 30. de action. empt.* Quod cùm ineptus ille interpres non intelligeret, & ad proximam ſpeciem verba illa referri crederet, marito autem aduerſus vxorem nonniſi poſt diuortium furti actionem dari intelligeret, Africanum ſic interpretatus eſt, vt marito furti actio poſt diuortium competitura ſit, quam certum eſt, conſtante matrimonio, competere non poſſe. *l. 2. C. rer. amot.* Sed animaduertere debebat, nec ratione furti quod conſtante matrimonio factum eſt maritum furti agere poſſe poſt diuortium. *l. 2. D. eodem.* in qua Iureconſultus rationem inquirens cur aduerſus mulierem quæ mariti res amouit, rerum amotarum, non furti actio poſt diuortium detur, rationem illam adſert quòd in honorem matrimonij turpis actio aduerſus vxorem denegetur: quæ etiam ratio eſt *l. ſi quis vxori. 52. in princip. de furt.*

CAPVT

CAPVT XX.

Emendatur l.vlt. D.de pact.dot. & l. interest.6.C.de vsufruct.

SVMMARIA.

1 *Quæstio* l.vltim.de pact.dotal.
2 *Primus error in ea lege commissus.*
3 *Maritum in* d.l.*fundi æstimati non fundi venditi pretium restituere,nisi fundum ipsum malit restituere,*
4 *Tollitur vox* ducenta,*& substituitur*,centum.
5 *Alter huius legis error in verbis*, neque ei pactum conuentum remitti oportere.
6 *Accursij de his verbis sententia.*
7 *Pugnantia & contrarietas in* l.1.C.de vsufr.
8 *Emendatur finis* d.l.6.
9 *Quænam fuerit dubitandi ratio in* d.l.6.
10 *Cur in* d.l.*res in dotem data & æstimata oppignorari possit,alienari vero nisi volente muliere non possit.*

1 APud † Iauolenum in *l.vlt.D. de pact.dot.* quæstio
talis proponitur. Fundus æstimatus centum in
dotem datus fuerat: tum vxor cum viro pactum cō-
uentum fecerat, vt diuortio facto idem fundus eo-
dem pretio vxori restitueretur. Postea volente mu-
liere is fundus ducentis venditus est, & subsecutum
diuortium. Quæsitum est, quid vxori restituendum
esset. Iauolenus refert Labeonem putasse, viro po-
testatem fieri debere, vtrum velit ducenta, vel fun-
dum reddere, neque ei pactum conuentum remitti
oportere. Ego duobus huius responsi locis erratum
2 esse arbitror. † Primùm quod Labeo dicebat, & Ia-
uolenus probat in viri arbitrio esse vtrum velit fun-
dum an ducenta reddere, vix intelligere possum:
cùm pacto conuento id actum sit vt eodem pretio
fundus restitueretur: *eodem*, inquam, *pretio*, id est ha-
bita ratione augmenti, & diminutionis, vt loquitur
l.æstimatio.50 D.sol.matr. quod si ita est, sequitur vt si
fundus restitutionis tempore ducentorum aureo-
rum sit, non aliter à muliere repeti possit, quàm si
centum marito præstet: quemadmodum si imminu-
ta æstimatione quinquaginta duntaxat aureorum
esset, mulier præter fundum, quinquaginta petere
iure conuentionis posset. *l.si inter.21.C.de iur.dot.* †
3 Cùm igitur alienato mulieris voluntate fundo fa-
ctum sit, vt ad ipsius fundi præstationem maritus o-
mnimodo non compellatur, danda ei electio est,
an fundum ipsum, an verò centum velit reddere.
Ducenta enim eum dare, si fundum nō reddat, nul-
la ratio est: qui si fundum redderet centum à mu-
liere consequeretur, nec nisi centum mulieri reddi-
disse videretur. Alioqui dicendum erit, parùm cau-
tè Iureconsultum marito electionem dare, an fun-
dum, an ducenta velit reddere: nisi fortè ineptior sit
maritus, qui malit ducenta mulieri dare, quàm fun-
dum ipsum: dignum quidem ducentis, sed tamen
cuius restitutione, centum ipse lucraretur. Nec est,
quòd quis dicat, mulierem cùm de alienando fun-
do consensit, in eo etiam videri à priore pacto re-
cessisse, ne eodem pretio fundus restitueretur, sed
illa ipsa ducenta quæ ex fundi venditione confecta
sunt præstarentur. Neque enim hoc, quod omnium
maximi momenti est, Iauolenus prætermisisset, si
verè dici posset: qui & curiosus fuit rationem red-
dere, cur non præcisè fundum maritus dare com-
pellatur: quod tamen non ita erat in obscuro cum
voluntate mulieris facta alienatio proponeretur.
Neque rursus permittendum esset marito fundum
ipsum eodem quo æstimatus est pretio restituere, si
ius illud mulieri ex venditione acquisitum est, vt
integra ducenta in dote sint. cùm absurdum sit exi-
stimare in arbitrio mariti esse dotē in dimidia parte
minorem facere. † Dicendum igitur est, mariti ele- 4
ctio esse an fundum an cētum velit reddere vt pro
ducenta legamus *centum* (facilis enim error est. *l.9.
§.2.sed & si quis de hered.acquir.*) quomodo in veteri
meo libro, post obseruatum receptæ lectionis men-
dum hac nota C.scriptum vidi. † Alter huius legis 5
error mihi videtur subesse in iis verbis, *neque ei pa-
ctum conuentum remitti oportere.* Cùm enim pacto id
conuenisse proponatur, vt idem fundus diuortio fa-
cto mulieri restituatur, & hoc ipsum marito remit-
tatur ideò quòd ex voluntate mulieris fundus ven-
ditus sit, planè non intelligo quid illud sit quòd hic
dicitur marito pactum conuentum remitti non o-
portere. † Falsum enim est quod *Accursius* tentat 6
remitti quidem in quibusdam, at non in omnibus.
Quid enim aliud conuenerat quàm vt fundus ipse
restitueretur? Hoc verò propter factam mulieris
voluntate alienationem marito remittitur. Ergo to-
tum pactum ei remittitur. Quare pro *neque* puto le-
gendum *namque*: cui similem errorem nonnulli ob-
seruarunt *in l.Manius.66.§.duorum.de legat.2.* † Sic- 7
que dissimilis species proponitur in *l.interest.6.C.de
vsufruct.* de illius etiam loci emendatione & senten-
tia considerandum nobis est. Distinguendum lex
ait, an vsumfructum solum maritus in dote accepe-
rit, an proprietatem ipsam, adiecto tamen pacto vt
eo moriente, eadem possessio mulieri redderetur.
Nam si vsufructus tantùm in dotem datus sit, pro-
prietatem à marito pignorari non potuisse. Data ve-
rò proprietate æstimata, non ideò minus obligari eā
potuisse quòd soluto matrimonio restituenda mu-
lieri æstimatio fuerit. Quæ postrema verba cum le-
gis principio prorsus pugnant. Pactum enim adie-
ctum proponitur vt mortuo marito eadem posses-
sio quæ data fuerat mulieri redderetur. At in fine
legis, datæ proprietatis æstimationem ex pacto resti-
tuendam fuisse verba sonant. Vt dubitandum non
sit quin vel principium ex fine, vel finis ex principio
emendandus sit: quod & à viro doctissimo iampri-
dem animaduersum est: sed tamen quomodo locus
hic emendandus sit, non satis rectè meo iudicio ob-
seruatum. † Putat enim principium ex fine legis sic 8
emendandum, vt non *eadem possessio* sed *æstimatio* le-
gamus: quod ego probabile non puto. Quis enim
admittat tam magno errore fieri potuisse, vt pro *æsti-
matio* legeretur *eadem possessio*, præsertim cum ita o-
mnes libri scriptum habeant? Rursus proprietate in
dotem sic data, vt eius æstimatio restitueretur, quæ
dubitandi ratio esse potest, cur non à marito & obli-
gari & pignorari potuerit? Probabilius igitur di-
ci potest emendandum finem ex principio, vt pro
æstimatio, legamus *possessio*, quando & in plerisque li-
bris non *æstimatio* legitur, sed *obligatio*, quę nullius
sensus lectio est. Iuuant coniecturam verba illa, *non
ideò minus*, quibus dubitandi rationem contineri a-
pertissimum est. † Illud verò dubitationem facie- 9
bat, quòd conuenerat vt soluto matrimonio æstima-
tę proprietatis possessio redderetur, vt in *l.vltima.de
pact.dot.* Quòd si conuenisset vt datę in dotem pro-
prietatis æstimatio restitueretur, inepta sane ac pa-
rum accommodata hæc dubitandi ratio esset, quæ
quo magis non quo minus valeret oppignoratio ef-
ficeret. Responsum tamen est non ideò minus obli-
gari proprietatem potuisse, ratione illa, vt opinor,

quòd æstimata sit, ac proinde in mariti dominium translata. *l.quoties.5.C.de iur.dot.* Nec obstare conuentionem illam vt eadem possessio restitueretur, quia nppigneratio non faciat quominos satisfieri conuentioni possit, scilicet si creditori debitum soluatur. (Ergo aduersus heredes mariti agere mulier debet, vt eandem sibi possessionem restituant, atque ita tam creditori, quam mulieri consuleretur. Planè si heredes mariti soluendn non sint, puto mulieri competitoram condictionem, cui scilicet æquius est propter conuentiooem succorri, quàm creditori, qui ex persona mariti debitoris, rei illius dominium, aut dominij causam aliquam nancisci non potoit.) 10 † Cæterùm quamuis in hac specie res in dotem data, & æstimata oppignerari possit, alienari tamen nisi volente muliere non poterit, *dict.l.vltim.de pact.dot.* credo quia fieri id non possit salua pactione, quia actum est vt eadem ipsa possessio restitueretur. Et hæc mihi videtur verissima illius loci sententia, & lectio. Errori verò caussam illud fortasse dedit, quòd imperitus interpres existimabat in illis verbis, *quoniam soluto matrimonio,* &c. rationem decisionis contineri, cùm tamen dubitatio potius exprimatur, ac si scriptum esset *non ideò minus quoniam*, idque etiam ipsa interpunctio demonstrat.



ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER IV.

CAPVT I.

Condictionem furtiuam & rerum amotarum dari in solidum contra heredem.

SVMMARIA.

1 *An condictio furtiua aduersus heredem competat, quum res furtiua viuo fure perijt?*
2 *Probatur condictione ex causa furtiua heredem qui solus est in solidum teneri.*
3 *Sententia* l.2.§.fin.ff.vi bonnt.rapt.
4 *An is cui bona vi rapta sunt si non sit dominus, aduersus raptoris heredes condictione furtiua in solidum experiri possit?*
5 *Differentia inter actiones quæ rei persecutionem continent, & cæteras.*
6 *Condictionem furtiuam etiam re perempta & amissa aduersus heredes in solidum dari.*
7 *Contraria Cuiacij sententia.*
8 *Responsio ad primam Cuiacij rationem.*
9 *Explicatur* l.10.de tutel.& rat.distrah.
10 *Reijcitur eiusdem Cuiacij coniectura ad* l.9.ff.de condict.furt.
11 *Improbatur etiam coniectura & adnotatio ad* §.vlt. l.si pro fure.d.t.
12 *Secundum Cuiacij argumentum refellitur.*
13 *Cur pater ex furto filij condictione furtiua non teneatur?*
14 *Tertia Cuiacij ratio refutatur.*
15 *An actio rerum amotarum contra heredem in solidum detur?*
16 *Responsio ad* l.vltim.C.rerum amot. *& eius explicatio.*
17 *Contraria non esse hæc, teneri vnumquemque ex heredibus in id quod ad eum peruenit, & teneri vnum ex ijs aut omnes simul in solidum.*
18 *Quænam fuerit dubitatio in* d.l.vlt.C.rer.amot.
19 *Ratio dissimilitudinis inter condictionem furtiuam & actionem rerum amotarum.*
20 *Actiones rei persecutoriæ ex delicto proficiscentes, si pœnales non sint, contra heredem in solidum competere.*
21 *Postrema Cuiacij obiectio refutatur.*



CONDICTIONEM † ex causa furtiua morte furis nō interire scribit apertè Iustinianus *in §.vlt. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* vbi ait ea condictione teneri furis heredem quamuis rem furtiuam non possideat. Et Vlpianus *in l.si pro fure.7.§.vlt. D.de cond.furt.* docet ita iure ciuili constitutum esse vt condictione furtiua heres quoque furis obligetur, quòd ea actio rei habeat persecutionem. *Nec tantum*, inquit, *si viuat seruus furtiuus, sed etiam si decesserit.* Quod ego cum *Accursio* & cæteris sic interpretor, etiamsi viuo fure decesserit. Ne alioqui frustrà additum sit, quod sequitur, etsi apud furis heredem seruus furtiuus decesserit, vel non apud ipsum post mortem tamen furis, dicendum esse aduersus heredem condictionem durare. Nam seruos furtiuus defuncto iam fure mortuus necesse est vt vel apud heredem, vel non apud ipsum decesserit, cùm inter hæc duo, quæ contradictoria sunt, medium nihil constitui possit. Ex quo illud etiam apparet ea verba, *post mortem tamen furis*, quæ *Azonem* & *Accursium* tam malè habuerunt, non ita esse accipienda vt si viuo fure seruus furtiuus decesserit, aduersus heredem condictio furtiua denegetur: sed eam potius ob causam adiecta, ne quod prius dictum iam fuerat, non ideò minus teneri heredem furis quòd viuo fure seruus furtiuus decesserit, aliis verbis ioconcinnè, & frustrà repetitum videretur. 2 † Ac sanè si quod eo loco Vlpianus scribit condictione furtiua heredem quoque furis obligari, sic intelligeres vt eatenus duntaxat obligetur, quatenus ad eum peruenit, inepta esset illa ratio, *quia rei habet persecutionem.* Cum & eæ actiooes, quæ rei persecutionem non habent aduersus heredes dentur, inqoantum ad eos peruenit, ne contra rationem & æquitatem naturalem alieno scelere ditentor. *l.si plures.17.§.vltim. l.in heredem.26.D.de dolo. l.si hominem.7.§.1.D.d.pos. l.1.§.vlt.*

D.de

D.de eo per quem fact. erit.l.ficuti.38.de reg.iur.l.vnic.C.
ex delict. defunct. Atque ita idem Vlpianus apertè
diffinit *in l.in condictione.9.D.de condict.furt.* in con-
dictione ex causa furtiua non pro eo duntaxat quod
peruenit sed in solidum teneri heredem qui solus
3 heres est. † Quod etiam licet minus apertè, ele-
ganter tamen coniici posse videtur *ex l.2.§.vlt.D vi*
bonorum rapt. vbi ad quæstionem illam, An aduersos
raptoris heredes detur actio in id saltē quod locu-
pletiores facti sunt, Respondetur, nihil de hoc pol-
licitum esse Prætorem, quoniam putauit sufficere
condictionem. Nempe quia cùm aduersos eum
qui vi bona rapuit, furtiua quoqoe condictio detur,
vt ibidem lex ait, eaque actione solidum consequi
actor possit non solùm à raptore, sed etiam ab he-
redibus eius, frustrà Prætor in eam rem actionem
proposuisset, quæ minus commodi & vtilitatis ha-
buisset. At si furtiua condictio in solidum non da-
retur, sed in id duntaxat quod ad raptoris heredes
peruenit, debuerat sanè Prætor actionem cōtra he-
redes polliceri, nec erat quod putaret sufficere cō-
dictionem, quoniam cęteris paribus longè commo-
dius est ex Edicto vi bonorum raptorum, quàm fur-
tiua condictione experiri, vel eo maximè nomine
quòd vi bonorum raptorum agere possunt omnes,
quorum ex quacunque causa interest. *d.l.2.§.si in re.*
D.vi bonor.raptor. Condicere autem nemo potest
nisi qui rei dominium ad se pertinere probauerit.
l.1.D.de condict.furt l.1 C.rer.amot. quæ dominij pro-
batio plærumq. difficillima esse solet. *§.commodum.*
Instit.de interdict. Vt verisimile non sit eum, qui vi
bonorum raptorum agere possit condictionem ele-
cturum, nisi spe aliqua plenioris condemnationis
inuitetur: quod tamen aliter fieri non potest quàm
si furis heredem ea condictione in solidum teneri
4 admittamus. † Cæterùm, vt hoc quoque obiter ob-
seruemus, si is cui bona vi rapta sunt, non sit domi-
nus, ac proinde condicere non possit, sed tantùm vi
bonorum raptorum agere, quòd fortè ex alia causa
eius intersit, non puto dubitandum quin aduersus
raptoris heredes in id quod locupletiores facti
sunt actionem habeat vi bonorum raptorum. Ne-
que enim illa Vlpiani ratio, *quia putauit sufficere con-*
dictionem, ita accipi debet vt vi bonorum raptorum
agere non possit qui cōdicere non potest: nam præ-
cedentia repugnant. Quemadmodum nec illa *quia*
pœnalis actio in heredes non datur, sic intelligenda est,
vt vi bonorum raptorum contra raptoris heredes
agi non possit in id quod ad eos peruenit. Sed ea Iu-
risconsulti sententia est non dari in heredes eam a-
ctionē quatenus pœnalis est, id est in triplum, quo-
niam ex delicto defuncti heredes pœnam pati non
debent. Dabitur tamen si quid & inquātum ad eos
peruenerit, ne ex defuncti delicto lucrum faciant,
& quia ea actio mixta est, nec pœnam duntaxat, sed
etiam rei persecutionem continet. *§.ex maleficiis.*
17.*Instit. de action.* Denique perpetuum illud est vt
heredi lucrum extorqueatur quod ad eum ex de-
functi delicto peruenit *d.l.vnic.C. ex delict.defunct.*
siue actio rei persecutionem contineat siue non,
l.in honorarijs.35. D.de obligation. & actionib. † Pla-
5 nè cùm quæritur, An aduersus heredem in so-
lidum actio detur, Paulus in *dict.l.honorariis*, ex
Cassij sententia elegantem, & ad propositam quæ-
stionem valde accommodatam differentiam con-
stituit inter eas actiones honorarias quæ rei perse-
cutionem continent, & cæteras: quòd quæ rei per-
secutionem habent, & post annum dantur, & ad-
uersus heredes in solidum: Cæteræ verò neque
post annum, neque in heredes nisi vt iis lucrum
extorqueatur. Etsi enim condictio furtiua ciui-
lis non honoraria actio est, cùm tamen rei perse-
cutionem contineat, nec sit pœnalis, *dict.l.si pro fu-*
re.§.1. dici non potest cur non aduersus heredem
in solidum dari debeat, quemadmodum & hono-
rariæ actiones quæ rem persequuntur, quibus &
in eo similis est quòd anno finitur, at perpetua est
sicut cæteræ omnes ciuiles actiones, *l.si mulier. 21.*
§.hec action. D. rerum amotarum. † Postremò cum 6
fur perpetuò in re furtiua moram facere intellig-
atur, *l.in re furtiua, in princip. & §.1. D.de condiction.*
furt. isque moræ effectus sit vt obligatione u per-
petuet non tantùm debitoris, sed etiam heredum,
& successorum, licet res amissa & perempta sit.
l. si ex legati. 23.l.si seruum.91.§.sequitur. D.de verbo-
rum obligation. consequens est vt furis heres licet
nihil ad eum peruenerit, nihilominus furtiua con-
dictione in solidum teneatur. † Quod quamquam 7
certissimum est, & apertius quàm vt pluribus ra-
tionibus & legibus confirmari necesse sit, aliter
tamen visum est doctissimo viro *Iacobo Cuiacio*, qui
rationibus aliquot adductus, furtiuam condictio-
nem non nisi quatenus ad heredem peruenit dari,
tenuit primùm, deinde constanter affirmauit. † 8
Mouetur autem ex eo quod scriptum esse ait *in l.*
si tutor.9.§.vltim iunct.a l.sequentib.D.de tutel. & rat.
distrahend. eam condictionem morte furis interi-
re. Quod tamen, salua tanti viri authoritate di-
xerim, scriptum eo loco non reperitur. Nam in
dict.§.vltim. illud tantum ex Vlpiano proponitur,
cæteras actiones præter tutelæ aduersus tutores
competere, etsi adhuc tutelam administrant, ve-
luti furti, damni, iniuriæ, condictionem. Tum *in*
l.sequent. ex Paulo subiicitur, non dari has actiones
pupillo dum tutor tutelam gerit: quamuis enim
morte tutoris intereant, pupillum tamen cum he-
rede eius actionem habiturum, quia sibi soluere
debuit. † Cùm igitur non de condictione dunta- 9
xat, sed etiam de furti & damni iniuriæ actione
Vlpianus loquatur, dubitandum non est quin ver-
ba illa Pauli, *quamuis morte tutoris intereant*, ad furti
& damni iniuriæ actiones quæ morte intereunt re-
ferenda sint, non ad condictionem, quæ contra fu-
ris heredem non minus quam contra furem ipsum
competit, quemodo rectissimè *Accurs.* interpretatur
ex d.§.vltim. l.si pro fure. & ex dict.l.in condictione.9.de
condict. furt. vt mirum sit virum doctissimum in re
tam aperta cæcutiisse. † Quis etiam probet, quod 10
ille comminiscitur intelligendum esse id quod Vl-
pianus ait *in dict.l.9.* si cum fure lis contestata fue-
rit? Cùm neque litis contestatæ mentio vlla fiat,
neque secundum hanc diuinationem aliud iuris
constituendum sit in actione furti, quæ quamuis
sit pœnalis, si tamen cum fure lis contestata sit, con-
tra heredem in solidum competit. *dict.l.vnic. C.ex*
delict.defunct.l.sciendum.58. D.de obligation. & action.
l.nemo enim.87.D de regulis iuris. † Quis etiam illud 11
admittat quod idem vir doctissimus scripsit *in d.§.*
vlt.l.si pro fure, obligari heredem furis condictione
furtiua, quod rem ipsam furtiuam contrectauerit?
Imò verò, quoniam, vt inquit Vlpianus, ea cōdictio
rei habet persecutionem. Alioqui si ponas heredem
contrectasse rem furtiuā animo furādi, dicam eum
non tanquam furis heredem sed tanquam furem, &
ex propria etiam contrectatione proprioque furto
non solùm ex defuncti delicto obligari, ideoq. non

tantùm condictione, sed etiam furti actione pœnali
conueniri posse. Vt taceam, quod iam suprà dixi,
Vlpiani sententiam illam esse in *d. §. vlt.* vt furtiua
condictione teneatur furis heres, licet seruus furti-
nus viuo fure decesserit, quo tamen casu contre-
ctationem ab herede factam esse comminisci non
12 possumus. † Secunda obiectio est *ex l. 3. § penultim. D. de pecul.* vbi scriptum videtur, condictionem
furtiuam non dari in solidum contra patrem, sed
quatenus duntaxat ex filij furto locupletius pecu-
lium factum est. Ex quo infert vir doctissimus, ne-
que aduersus heredem in solidum eam dari, quia
in cæteris eadem heredis quæ patris causa & con-
ditio esse soleat, in eo præsertim, quod quemadmo-
dum heres ita pater ex delicto filij pœnali actione
non teneatur. Et sicut heres post condemnationem
aut litis contestationem defuncto testatore conue-
nitur ex omnibus causis, ita pater post condemna-
tionem aut litis contestationem mortuo, aut viuo fi-
lio, *l. et si condemnatus. 35. D de noxal. action. l. 3. § idem scribit. D. de pecul.* Verùm facilis responsio est, longè
diuersam esse hac parte heredis, & patris rationem.
Heres enim furtiua condictione tenetur, pater non
13 tenetur. † Idque est, quod Paulus ait in *l. ex furtiua. 5. D. de cond. furt.* ex furtiua causa filiofamilias cō-
dici posse, vt intelligamus non quemadmodum cùm
seruus furtum fecit ipsi domino condicitur non ser-
uo, vt in præcedenti lege Vlpianus dixerat, scilicet
quia cum seruo nulla actio est, *l. cum seruo. 107. de regul. iur.* Ita cùm filiusfamilias furtum fecit, patri
condici. Ipsi enim filiofamilias condicendum est
non patri, quia inquit Paulus, Ea condictione nun-
quam alius tenetur, quàm qui fecit aut heres eius.
Neque verò Vlpianus in *d. § penult. l. 3. de pecul.* scribit
patrem furtiua condictione teneri, sed filiumfami-
lias: in patrem verò dandam actionem de pecu-
lio quatenus peculium locupletius factum est. Eo-
demque modo interpretor quod in *l. 3. § vltim. D. rerum amotar.* Paulus ex Proculo scribit, mortua
filia quæ mariti res amouit non dari in patrem
iudicium rerum amotarum nisi quatenus ex ea
re locupletior factus sit, nempe vt id quod lo-
cupletior factus est ei auferatur non actione re-
rum amotarum, sed actione de peculio, vt scri-
ptum est in *d. l. 3. § penult. de pecul.* Quanquam & il-
lud dici potest ex furto filiæfamilias posse patrem
conueniri vtili actione rerum amotarum, itémque
vtili condictione. Quia deficiente directa propter
rationem *d. l. ex furtiua,* æquum nihilominus sit pa-
trem teneri non tanquam furem aut furis heredem,
sed quia lucrum ex filiæ furto senserit. Eamque ob
causam, & eadem æquitatis ratione fit vt non nisi in
quantum locupletior factus est teneatur. *l. vnica. 5. D. rer. amotar. l. penult. D. de condict. furt.* Iure enim intro-
ductæ sunt vtiles actiones ex æquitate, deficienti-
bus directis: neque nouum videri debet: si quando
minoris sunt effectus & potestatis, cum earum vis
non ex directarum natura æstimari debeat, sed eius
ipsius æquitatis quæ eas introduxit finibus, & ratio-
ne concludatur. Sic euenit vt si peculium locuple-
tius factum non sit, nulla in patrem actio detur, quia
cum ex contractu actio non venit pater de peculio
conueniri non potest. *l. 1. § si filiusfamilias. D. de his qui effud. vel deiec. l. ex pœnalibus. 58. D. de reg. iur.* Re-
cta igitur patris, & heredis comparatio non est. Pa-
ter furtiua condictione saltem directa non tenetur,
heres tenetur. Hic vitiorum defuncti successor est.
l. cum heres. 11. D. de diuers. tempor. præscript. Ille vitio-
rum filij neque successor neque particeps dici po-
test, sed tātùm lucri, quod ex filij furto ad eum per-
uenit. † Obiicit tertiò idem vir doctissimus, con- 14
dictionem furtiuam similem esse in omnibus actio-
ni rerum amotarum. Vtramque enim condictio-
nem esse *l. rerum amotarum. 26. D. de rer. amotar.* vtrā-
que perpetuam, *l. si mulier. 21. § hæc actio. D. eo.* vtram-
que rei persecutionem continere, vtramque in he-
redem dari, *l. contra. 6. § si post. D. eod.* Neque tamen
actionem rerum amotarum dari in solidum contra
heredes, sed inquantum duntaxat ad eos peruenit.
l. vltim. Cod. de rer. amot. Verum neque obiectio hæc
facere potest vt condictionem furtiuam contra he-
redes in solidum dari non debere existimemus. Iu-
ris enim ratio repugnat & leges quas supra expli-
cauimus. † At potius de illo quærendum est, Cur 15
in actione rerum amotarum diuersum ius consti-
tuendum putemus, quod longè difficiliorem habet
dubitationem. Dubitandi autem causa illa est, quod
rerum amotarum actio rei persecutionem conti-
neat. *d. l. si mulier. § hæc actio.* Quæ autem sunt eius-
modi contra heredes in solidum dentur *d. l. in honorarijs 35. D. de oblig. & action.* Auget etiam dubitatio-
nem, quod in *d. l. 3. § vlt. rer. amot.* Paulus scribit mor-
tua filiafamilias, quæ mariti res amouit, in patrem
rerum amotarum actionem dari non oportere, nisi
quatenus ex ea re locupletior factus sit. Ita innuens
extraneos heredes quorum causa minus fauorabilis
esse solet, in solidum condemnari debere. Denique
me illud valde mouet quod in *dict. l. contra. § si post.*
scriptum est, heredem mulieris ex causa rerum a-
motarum teneri, sicut condictionis nomine ex cau-
sa furtiua. Quid enim hoc aliud est, quàm mulieris
heredem actione rerum amotarum in solidum tene-
ri? Alioqui vix dici potest cur eam actionem furti-
uæ condictioni Paulus comparet, cùm & ex actio-
nes quę rei persecutionem non habent, & quæ an-
no finiuntur, in heredes tamen dentur hactenus vt
iis lucrum extorqueatur, hoc est quatenus ad eos
peruenit. *d. l. in honorarijs.* Quib. rationibus dico pos-
se defendi contra omnes omnium interpretum sen-
tentias, actionem rerum amotarum cōtra heredem
in solidum dari. † Neque in contrariam vllam iuris 16
rationem aut legem adduci posse præter *d. l. vlt. C. rer. amot.* Ad quā si respondero, nihil supererit quod
aduersus nouam hanc nostram opinionem obiici
posse videatur. Puto autem posse dici nō improba-
biliter, aliud esse si quis dicat, heredem nō teneri re-
rum amotarum actione in solidum quod falsum est.
Aliud verò, heredes non teneri in solidum, sed in-
quantum ad eos peruenit vt scriptum est in *d. l. vlt.*
Hac enim posteriori locutione illud significamus,
cùm plures sunt heredes eius qui res amouit, singu-
los in solidum non teneri, sed vnumquemq. pro ea
duntaxat parte quæ ad eum peruenit, cùm tamen o-
mnes simul in solidum teneantur, quamuis nihil ad
eos peruenisse proponas. Atque ita Vlpianus ipse
loquitur in *d. l. in condictione.* illis verbis, *in solidum tenemur dum soli heredes sumus*, vt ostendat cum plures
sunt heredes eos in solidum non teneri. An quòd ab
omnibus simul solidum id quod subtractum est exi-
gi non possit, si ad eos nihil aut minus peruenerit?
Minimè verò. † Neque enim plurium heredum 17
melior quàm vnius solius conditio esse debet.
Sed quia si omne id quod furto subtractum est ad
aliquos ex coheredibus peruenerit, solidum ab iis
petendum est non ab aliis ad quos nihil peruenit.
Aut si plus ad illos quàm ad hos peruenerit, plus ab
illis

illis quàm ab his peti debebit. Sicque fit vt verè di-
ci possit quod scriptum est in *d.l.vlt.C.rer.amotar.&*
d.l.si condictione, plures furis vel eius qui res amouit
heredes in solidum non teneri, sed inquantum dun-
taxat ad eos peruenit. Neque tamen minus verum
sit omnes simul teneri in solidum, licet ad eos nihil
aut minus peruenerit. Sic dicimus ex stipulationi-
bus diuiduis heredes in solidum oon teneri: nec
ideò tamē omnes simul in solidum teneri negamus.
Quid ergo? singulos in solidum non teneri intelli-
gimus. Sic heredē eius qui accepit commodatum,
licet pro ea parte duntaxat qua heres est conueniri
possit, si tamen ad eum tota res commodata perue-
nerit, vt is solus totius rei restituendæ facultatem
habeat, placet Vlpiano condemnandum esse in soli-
dum *l.3.§.heres.D.commod.* Sic denique si is qui inter-
dicto, Vnde vi, tenebatur, pluribus relictis heredib.
decesserit, & ad vnum ex iis tota res vi ablata per-
uenerit, Paulus in *l.si plures.9.D.vnde vi.* scribit tene-
ri eum in solidum, quamuis Vlpianus in *l.1.§.vlt.D.*
eod. dicat non teneri heredes ex causa illius interdi-
cti nisi in id quod ad eos peruenit. Nimirum con-
traria hæc non sunt, Teneri vnumquemque ex he-
redibus in id quod ad eum peruenit. & teneri vnum
ex iis aut omnes simul in solidum, scilicet si ad vnū
ant ad omnes totum peruenerit. Eodem igitur mo-
do dici potest in specie *l.vlt.C.rer.amotar.* res amotas
ad heredes mulieris totas peruenisse, neque de illo
dubitatum fuisse, An omnes heredes simul in soli-
dum tenerentur, quod certissimum erat propter su-
18 prædictam iuris regulam. † Sed an aduersus singu-
los in solidum agi posset, aut si aduersus omnes a-
gendum esset, pro qua parte singuli conueniri de-
berent. Videbatur enim restituendi obligationem
indiuiduam esse, & ideò singulos heredes in soli-
dum teneri, vt *Bartolus* disputat ad *d.l.condictione.*
Aut saltem vnumquemque ex heredibus pro here-
ditaria portione conueniri debere cùm obligatio ex
causa hereditaria proficiscatur *l.1.C.si cert.petat.l.2.*
C.de hered.action. At contrà respondetur, neque he-
redes in solidum teneri, scilicet singulos, neque pro
portionibus hereditariis, sed vnumquemq. in quan-
tum ad eum peruenit, vt proinde quod scriptum est
in *d.l.si condictione.* eum qui pro parte furis heres est,
teneri condictione furtiua pro ea parte pro qua he-
res est, omnino sic intelligi debeat, si nihil ad here-
des, aut si pro æquis partibus res furtiua peruenerit,
non autem si plus ad vnum quàm ad alium perue-
nerit. arg.*d.l.vlt.C.rer.amot.d.l.3.§.heres.D.commod.l.*
si plures 9.D.vnde vi. Hæc cùm ita sint, non est hac
parte separanda condictio rerum amotarum à con-
dictione furtiua, & vtramque aduersus heredem in
19 solidum dari dubitandum amplius non videtur. †
Quamquam & si quis in actione rerum amotarum
cum interpretibus sentire velit, eamque à furtiua
condictione distinguere, possit fortassis non malè
hanc dissimilitudinis rationem afferre quod impu-
tari quodammodo possit marito, cui res amotæ sunt,
cur aduersus coniugē eo nomine non gerit. cùm ab
ea res amotas fuisse verisimiliter ignorare non po-
tuerit. Res enim diuortij causa subtractas à quo re-
petere potius vir debuisset quàm ab vxore, quę post
diuortium mariti inimica esse dicitur. *l.cum in fun-*
do.78.§.sed etsi non sit.D.de iur.dotium.l.Cicero.39.D.de
pæn. At in cæteris furtis non ita facilè sciri potest
quis furtum fecerit, nec quicquam imputari ei, qui
aduersus verum furem non egit. Sed mihi ratio
hæc non omnino satisfacit, nec possum intellige-
re cur in actione rerum amotarum recedendum sit
à iuris regula, quę habet, actiones rei persecutorias
contra heredem in solidum transire. Et miror *Bar-*
tolum Castrensem & cęteros melioris notæ interpre-
tes scripsisse, specialiter hoc in condictione furtiua
inductum esse vt cùm sit ex delicto nihilominus in
heredem transeat. Et iuris regulam in contrarium
esse, Actiones quæ ex delicto proficiscuntur non
dari aduersus heredes in solidum nisi lis sit conte-
20 stata. † Imò vero iuris regula est, actionibus quæ
rem persequuntur heredes in solidum teneri *d.l.in*
honorariis, licet sint ex delicto *d.l.si pro fure.§.vlt.* ad
quem locum aliud respondere Castrensis non po-
test, quàm Vlpiani rationem malam esse, & minus
sufficientem. Idem etiam apertissimè probat quod
Iustinianus scribit in *§.his autem verbis.Instit.de leg.*
Aquil. legis Aquiliæ actionem pœnalem esse, quia
plærumque in ea condemnatio fiat pluris quàm re-
uera intersit. Et eam ob causam non dari contra
heredem. quæ daretur, inquit, si nunquam lis supra
damnum æstimaretur. Daretur, inquam, in solidum.
Quamuis enim sit pœnalis, datur tamen in id quod
ad heredem peruenit, *l.inde Neratius.23.§.hanc actio-*
nem.ff.ad leg. Aquil. Atqui licet pœnalis non esset,
non ideò tamen minus daretur ex delicto. Ergo a-
ctiones quæ ex delicto proficiscuntur si pœnales
non sint, & rei persecutionem contineant, contra
heredem in solidum competūt. Planè quoniam re-
gulare illud est vt actiones ex delicto sint pœnales
vel meræ, vel mixtæ, vt Iustinianus ait in *§.ex male-*
ficiis.17.Instit.de actionibus. Illud etiam regulariter
proditum est, in heredem eas non transire nisi post
litis contestationem, *dict.l.vnica.C.ex delict.defunct.*
Sed regulæ subiicienda exceptio est ex locis supra-
dictis. Nisi rei duntaxat persecutionem contineant.
Quam ob causam Iustinianus in *§.non autem omnes.*
de perpet.& tempor.action. regulam concepit non de
actionibus ex delicto simpliciter, sed de actionibus
ex delicto pœnalibus, de quibus etiam loquitur *l.1.*
D.de priuat.delict. † Obiicitur postremò iis quæ di- 21
ximus actionibus in factum ex causa doli, quæ da-
tur ex Edicto De alienatione iudicij mutandi causa
facta, similem esse condictioni furtiuæ in eo quòd
persecutionem rei habet, pœnalis non est & ex de-
licto datur, neque tamen post annum dari eam ne-
que in heredem *l.4.§.vltim.cum trib.seq.D.de alien.*
iudic.mut.caus.fact. Verùm responderi potest, dissi-
milem esse condictionis furtiuæ & illius in factum
actionis rationem, quòd quanquam vtraque rei
persecutionem continet, non tamen vtraque eo-
dem modo. Etenim furtiua condictio, ex se & sui
natura rei persecutionem continet, adeoque nihil
aliud est quàm ipsius rei furtiuæ persecutio. Quæ
autem ex illo Edicto datur in factum actio tota est
in personam, non ad rem certam, nec rei persecutio-
nem continet nisi officio & arbitrio iudicis, vt scri-
ptum est in *l.3.§.vltim.&l.4.§.vltim.D.eod.* Ac quo-
niam officio iudicis ante impetratam actionem lo-
cus esse non potest, cùm non nisi post litem conte-
statam iudices dari solerent, fit vt priusquā ea actio
impetrata sit, & officio iudicis locus esse possit, rei
persecutoria dici nequeat, & ideò neq. post annū de-
tur, neq. in heredē ex reg. *d.l.in honorariis.* Si quid ta-
mē ad heredē ex defuncti dolo & fraude peruene-
rit, dabitur etiá post annum vt lucrum ei auferatur
d.l.in honorariis.l.in heredem.5.D.de calumniat.l.quod

diximus.16.§.vlt. D.quod met.cauſ.l.itaque.28. D.dolo. l.aut Prætor.10.§.pen. D.quæ in fraud. credit. l.1.§.vltim. & l.2.D. de vi & vi armat.

Capvt II.

Abundare negationem in l.2. D.de crim.ſtellion.

SVMMARIA.

1 *Stellionatus generale nomen coangustatum fuiſſe.*
2 *Contrarium ſibi fuiſſe Vlpianum in illa quæſtione, an ſtellionatus crimen infamiam irroget.*
3 *Bulgari & Martini ad dictam quæſtionem diſtinctio.*
4 *Reijcitur diſtinctio inter ſtellionatum ex cauſa famoſa, & ſtellionatum ex cauſa non famoſa deſcendentem, à Ioanne & Accurſio allata.*
5 *Stellionatus crimen regulariter famoſum eſſe contra Duarenum oſtenditur.*
6 *Sepulchri violati actio, & præuaricationis crimen cur infamiam irrogent?*
7 *Ratio propter quam ſtellionatus crimen quamuis publicum non ſit infamiam tamen irrogat.*
8 *Tollitur negatio ex* l.2. ff.ſtellion.
9 *Famoſa iudicia quæ dicantur?*

1 QVamquam † ſtellionatus appellatio generalis eſt ad omnia crimina quæ proprium titulum & nomen non habent, magis tamen propriè ac ſpecialiter coangustata eſt ad eum caſum, Si quis fortè rem alij obligatam diſſimulata obligatione per calliditatem alij diſtraxerit, vel permutauerit, vel in ſolutum dederit, aut etiam obligauerit, *l.3.D.de crimin.ſtell. l.tutor.16.§.contrariam. l.ſi quis in pignore.36.§.ſed etſi quis. D.de pign.act.* Et hoc ſenſu loquuntur omnes leges Codicis, quæ ſunt ſub titulo *De crimin.ſtellion.* 2 † Elegans autem quęſtio eſt, necdum ſatis rectè meo iudicio explicata, An ſtellionatus crimen infamiam irroget, de qua diſceptantes non interpretum duntaxat, ſed etiam legum ſententias legimus. Nam in *l.quid ergo.13.§.vlt. D.de his qui notan.infam.* Vlpianus disertè ſcribit infamiam irrogare damnato, quamuis publicum non ſit iudicium. At in *l.2.D.de crimin.ſtellion.* idem Vlpianus ait famoſum non eſſe, ſed extraordinariam coercitionem habere. Ex quo factum eſt vt interpretes cùm veteres, tum recentiores dum conciliationis rationem aliquam quærunt, in diuerſas diſtracti ſint ſententias. 3 † Bulgaro & Martino placuit ſtellionatus crimen infamiam non irrogare, ſed ſententiam latam de crimine. Quod etſi veriſſimum eſt, ad rem tamen non pertinet. Cùm enim de infamia quæritur, condemnationem ſecutam eſſe ponendum eſt, cùm ex nullo crimine licet publici iudicij cauſam habuerit, infamia irrogari poſſit, niſi ſententia ſequatur, *l.infamem.7.D.de public.iudic.* Vnde & in *d.§.vlt.l.quod ergo*, Vlpianus dixit *infamiam irrogat damnato.* Et in *d.l.2.* non de crimine tantùm ſed de iudicio ſtellionatus loquitur, ac de coercitione, id eſt de condemnatione. 4 † At Ioanni, quem *Accurſius*, & recentiores ferè omnes ſequuntur, probabilius viſum eſt diſtinguere an ex famoſa cauſa ſtellionatus crimen deſcendat, puta ex dolo, an ex cauſa non famoſa, veluti ex pignore: ſeu, quod idem eſt, an concurrat cum ciuili actione famoſa, vt De dolo, an eum actione non famoſa, qualis eſt pignoratitia. Priore caſu famoſum eſſe, poſteriore non item. Sed neque diſtinctio hæc Vlpiano conuenit, qui vtroque loco generaliter & indiſtinctè loquitur, & vno, famoſum, altero non famoſum eſſe ſcribit. Deinde ridiculum videtur, in quæſtione iſta ſpectare concurſum ciuilis actionis, non ſolùm quia faciè contingere poteſt vt nulla ſit ciuilis actio cũ qua ſtellionatus crimen concurrat, puta ſi quis imposturam fecerit vel colluſionem in necem alterius *dict.l.3.§.item ſi quis impoſturam. D.de crimin.ſtellion.* Sed etiam quia iis quoque caſibus quibus concurrit ciuilis actio non famoſa, non ideò minus famoſum crimen cẽſeri debet, cùm ſemper dolum annexum habeat. Et ideo traditum eſt quod in priuatis iudiciis eſt de dolo actio, hoc in criminibus eſſe ſtellionatus perſecutionem *d.l.3.* Ergo quemadmodum actio de dolo, ſemper eſt famoſa, ita & ſtellionatus iudicium omni caſu famoſum eſſe fatendum eſt. † 5
Nec *Duarens* ſententia recipi poteſt, qui famoſum regulariter non eſſe ſcripſit, nec niſi paucis caſibus eſſe poſſe. Apertiſſimè enim repugnat *d.l.quod ergo*, ad quam nihil reſpondet quod ſacere poſſit ſatis. Ad rem verò non pertinet quod ille obiicit poſt cæteros ex *d.l.infamem*, Infamem non ex omni crimine ſententiam facere, ſed ex eo duntaxat quod publici iudicij cauſam habuit, aut quod ex ea actione fuit, quæ etiam in priuato iudicio infamiam cõdemnato irrogaret: Stellionatus autem accuſationem neque publicis neque priuatis actionibus contineri *l.1.D.de crim.ſtellio.l.3.C.eo.* Malam enim ratiocinationem eſſe & ex ea regula ſtellionatus crimen excipi debere, Vlpianus docet in *d.§.vlt.l.quod ergo*, cùm ait ſtellionatum infamiam irrogare damnato, quamuis publicum non ſit iudicium. In cæteris veriſſima eſt & perpetua regula *d.l.infamem.* † Quod 6
enim dicitur ſepulchri violati actionem infamiam irrogare, *l.1.D.de ſepulchr.violat.* illam rationem habet, quia ſepulchri violati crimen ad legem Iuliam de vi publica pertinet ex illa parte qua de eo cauetur, qui quid fecerit quominus aliquis funeretur ſepeliaturve, quoniam & qui ſepulchrum violat facit quominus quis ſepultus ſit *l.ſepulchri.8.D.eo.* Eadem ratione dicimus calumniæ & præuaricationis crimen famoſum eſſe, ſi fortè quis in iudicio publico calumniæ & pręuaricationis cauſa quid feciſſe iudicatus erit. *l.1.D.de his qui notan.inf.cũ l.4.D.de præuar.* quia ſcilicet præuaricationis huius pronunciatio publici iudicij eſſe intelligitur, *l.3.D.eo.* At in cęteris cauſis pręuaricatorem infamia non notari certum eſt, quia preuaricationis iudicium regulariter publicum non eſt, ſed extraordinarium *d.l.3.& 2. D. eod.* † Cur verò in crimine ſtellionatus illud ſingu- 7
lari iure receptum ſit, vt quamuis non ſit publicum, infamiam tamen irroget damnato, eleganter dubitari poteſt. Ac ſi de eo duntaxat crimine loqueremur quod fit cum quis rẽ vni obligatã diſſimulata obligatione per calliditatem alij diſtraxit, vel permutauit, vel in ſolutũ dedit: facilis reſponſio eſſet his caſibus famoſum eſſe crimen, quòd qui ita facit nõ malè comparãdus videatur ei, qui rem vni venditã, alteri vendit, cùm vterq. id agat per dolum & calliditatẽ vt creditor pecunia credita, vel emptor pretio pro re vendita dato fraudetur, quod valde improbũ & criminoſum eſſe ait *l.1.C.de crimin ſtellion.* Et quẽadmodum aduerſus eum, qui rem vni venditã alteri vendit, pœna lege Cornelia de falſis ſtatuta eſt *l.qui duobus 21.D.ad l.Cornel.de falſ.* vt proinde ex eo crimine damnatus infamia notetur *dict.l.infamem.* ſic contra eum qui rem vni pignoratam alteri vendidit, vel vni venditam, alteri obligauit, cuius eadem, quę illius improbitas eſt, rationis fuit exemplo legis

Corneliæ de falsis seuerissimè animaduertere, & eiusdem legis pœnam extendere, *dict. l. 3. §. penult. D. de crim. stellion.* Ex cuius coniunctione cum *d. l. qui duobus*, apparet eandem vtriusque criminis pœnam esse, scilicet ad tempus relegationem: quod ex prudentium interpretatione ad legem Corneliam videtur descendisse. Sed quoniam de stellionatu generaliter loquimur, illa fortassis generaliter & omnibus huius criminis speciebus magis conueniens ratio afferri potest quam suprà attigimus, quòd ad exemplum actionis De dolo introducta sit stellionatus actio, nec ferè in alio inter se differant, quàm quòd illa ciuilis, id est non criminalis, hæc verò criminalis actio sit, cùm vtraque aduersus eos duntaxat locum habeat qui dolo quid fecerunt, & iis casibus quibus alia actio non competit. *d. l. in princip.* Vt verè dici possit eum, qui stellionatus agit, de dolo quodammodo criminaliter agere. Et ideo vel ex regula *d. l. infamem*, consequens est ex ea actione infamiam irrogari, quæ etiam in priuato, & ciuili iu-
8 dicio infamiam condemnato irrogaret. † Verum igitur non est, quod ait *d. l. 2. D. eod.* stellionatus iudicium famosum non esse, neque dubitandum mihi videtur, quin tollenda sit negatio, non solùm si iuris rationem spectes, quæ semper & potissimùm spectari debet, sed etiam ne Vlpianum contraria & pugnantia scripsisse fatendum sit, quod mihi verisimile fieri non potest. Illud quoque coniecturam maximè iuuat quod in *d. l. 2.* Vlpianus sic loquitur, quasi mirum sit & contra communes iuris regulas, quod adiicit stellionatus iudicium extraordinariam habere coercitionem. Ita enim scribit, *Stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed extraordinariam coercitionem habet.* Sic innuens regulare esse, vt ea tantùm crimina extraordinariam coercitionem ha-
9 beant, quæ famosa sunt: quod tamen falsum est. † Contra enim famosa regulariter sunt ea, quæ publicorum iudiciorum legibus vindicantur, *d. l. infamem.* Quæ autem sunt huiusmodi, legitimam & ordinariam coercitionem habent, eam scilicet quæ legibus ipsis in eam rem latis dicta, & statuta est *l. 1. D. de public. iudic.* Ordinariam siquidem pœnam, & coercitionem appellamus, quæ ex legum præscripto irrogatur: extraordinariam verò, quæ cùm legibus nulla statuta sit, officio & arbitrio tantùm iudicis infligitur. *§. in summa. Instit. de iniur. l. vlt. D. eod. l. vlt. D. de furt.* Quòd si detracta negatione ponamus Vlpianum scripsisse, stellionatus iudicium famosum quidem esse, sed extraordinariam coercitionem habere, longè elegantior & verissima erit Vlpiani sententia. ex qua intelligemus duo hæc singulari quodam iure in stellionatus crimine recepta esse, nimirum vt quamuis publicum non sit, famosum tamen sit: rursus vt quamuis famosum sit, extraordinariam tamen coercitionem habeat, scilicet quia publicum non est. Et ita mihi omnino videtur.

CAPVT III.

Dissensio Cassij & Iauoleni in quæstione l. si seruus. 25. D. de stipulat. seruor. & l. 4. D. de diuers. tempor. præscript.

SVMMARIA.

1 *Ex qua die cedat tempus satisdationis facta seruo hereditario, aut seruo eius qui in hostium potestate est?*

2 *Conciliatio Iauoleni & Cassij in dicta quæstione à Goneano excogitata reprobatur.*

3 *Quomodo accipienda sit Cassij sententia in* l. si seruus de stipul. seru.

4 *Reijcitur dictarum legum conciliatio à Cuiacio allata.*

5 *Accursij & Bartoli coniectura & commenta ad dictas leges.*

6 *Cassij opinionem minus receptam, imò explosam fuisse.*

7 *Qua ratione defendi possit Cassij sententia.*

SI † seruus hereditarius, aut eius qui in hostium potestate est, satis acceperit, dubitatum fuit inter 1
Iureconsultos an ex die interpositæ stipulationis tempus satisdationis cedat, an ex adita hereditate, aut eo tempore quo dominus postliminio reuersus sit. Cassius enim existimabat ex eo computandum esse tempus, ex quo agi cum fideiussoribus potuerit, hoc est ex quo hereditas adeatur aut postliminio dominus reuertatur, vt Venuleius refert in *l. si seruus. 25. D. de stipulation. seruor.* Iauolenus contrà magis probabat continuò, id est ex die interposita stipulationis tempus cedere, & illud duntaxat inspiciendum esse an experiundi potestas fuerit aduersus eum, qui obligatus est, non etiam an is agere potuerit qui rem in obligationem deduxit. *l. 4. D. de diuers. tempor. præscript.* Vbi ratio redditur, quòd alioquin iniquissimum futurum sit ex conditione actorum extendi obligationes reorum, per quos nihil factum erit,
quominus agi cum iis possit. † Dissensit ergo hac 2
in quæstione Iauolenus à Cassio, licet vterque eiusdem scholæ fuerit. Neque probare possum quod dissensionis conciliandæ gratia doctissimus *Goneanus* libris variarum lectionum scripsit interpretis esse non Venuleij verba illa, *id est, ex quo hereditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur.* Nam præter id, quod probabilius videtur dissensisse Iureconsultos, quàm ab imperito interprete sine causa, nulloque colore corruptam esse legis sententiam. Illud etiam animaduertere vir doctissimus debuerat, iis quoque verbis sublatis eandem Cassij opinionem & *ἀντινομίας* superesse, nihilque ad conciliandas le-
ges emendationem hanc prodesse. † Quod enim 3
Cassius existimabat, & Goneanus admittit, tempus ex eo computandum esse ex quo agi eum fideiussoribus potuerit, aliam interpretationem recipere nõ potest, quàm ex quo adeatur hereditas aut postliminio dominus reuertatur. Nimirum quoniã cùm seruus hereditarius aut eius qui apud hostes est stipulatur, cõstat stipulationem sub ea conditione cõceptam intelligi, Si posteà hereditas adeatur, aut si postliminio dominus reuertatur, *l. interdum. 73. §. si seruus. D. de verb. oblig. l. species. 11. § vlt. D. de acceptilation.* Atqui cõditionalium stipulationum natura illa est, vt quamuis ex præsenti tempore vires accipiant, ex iis tamen actio & petitio in euentum vsque conditionis suspendatur. *l. cedere diem. 213. D. de verb. signif. l. eum qui Calendis. 41. D. de verb. oblig. l. in fructus. 26. D. de stip. seruor.* Ergo si verũ est quod Cassius dicebat computãdũ esse in proposita quæstione satisdationis tẽpus ex quo agi eum fideiussoribus potuerit, concludendũ est non prius computandũ esse quàm ex quo hereditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur. Nisi quis fortè pro *Goneano* respondeat verba illa *ex quo agi cum eis potuerit*, sic esse accipienda ac si scriptũ esset, *ex quo fideiussores secum agendi potestatem fecerint.* Sed hoc probabiliter dici nõ potest, tũ quia verba repugnãt, tũ etiam quòd si ita Cassius intellexisset, vtiq. cõtinuò id est statim stipulationis

tempus cedere dixisset. Quid enim aliud est quærere an ex die interpositæ stipulationis tempus cedat, an ex quo agi cum fideiussoribus potuerit? Ac ne quid dubitationis superesset, adiici oportuit interpretationem illam *id est, ex quo hereditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur.* quam vel eò magis
4 delendam non esse intelligimus. † Displicet etiam doctissimi Cuiacij sententia, qui vt facilem pugnantium legum conciliationem faciat, Iauolenum de reis, hoc est de fideiussoribus, Cassium verò de actoribus locutum esse, & hunc de actionis, illum de satisdationis tempore respondisse interpretatur. Quod neque Cassij, & Venuleij verbis ennuenit, neque iuris rationi. Si enim de actionis non satisdationis tempore Cassius sensisset, cur de satisdatione & fideiussoribus locutus esset? An non de principali reo eadem quæstio tractari potuisset? Et tamen Cassij sententia illa fuit, ex eo computandum esse tempus ex quo agi cum fideiussoribus potuit, neque de principali debitore quicquam loquitur, cui non minus quàm fideiussoribus actionis peremptio, & præscriptio prodesset. Deinde ex stipulatu actio de qua Cassius loquitur, quomodo temporalis esse potest, nisi proponas debitorē principalem, & fideiussores in diem certum promisisse? Denique si verum est quod suprà diximus, cùm seruus hereditarius, aut eius, qui apud hostes est stipulatur, sub conditione conceptam videri stipulationem, nec in prius nasci actionem quàm hereditas adita sit, aut dominus postliminio reuersus. An non absurdum sit quærere an actionis quæ nondum nata est tempus cedat, priusquam nasci possit, & an finiatur actio, quæ nunquam competit? Neque simile videri potest quod in *l. accessionem 28. §. si cum D. ex quib. caus. maior.* scriptum est actionis tempus non cedere actoribus priusquam agendi facultatem habeant. Id enim de ea demum actione verè dicitur, quæ iam competit, & ex qua si nihil aliud impedimento esset, litem contestari actor posset. At Cassius eam speciem tractat, in qua nulla est actio quæ competat, & de
5 qua dubitari possit, an statim dies eius cedat. † Postremò non placet quod *Accursius* & *Bartolus* comminiscuntur, loqui Iauolenum de seruo qui satis acceperit iudicio sisti ex ea causa quam in iudicium deducere possit. Cùm enim apud Cassium eadem quæstio iisdem verbis proponatur, diuersam interpretationem recipere Iauoleni lex non potest, neque ad eum casum coangustari, quandoquidem & cæteris omnibus casibus illa ratio perpetuò locum habet vt satisdationis tempus ex die stipulationis cedere dicamus, non ex quo hereditas adeatur aut postliminio dominus reuertatur, quod alioquin iniquissimum futurum sit ex conditione actorum extingui obligationes eorum, per quos nihil factum erit quominus cum iis agi poterit. Et ex contrario in stipulatione iudicio sisti, speciale dici potest, cur continuò satisdatione tempus cedere debeat, cum neque ex ea stipulatione priùs agi possit, quàm hereditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur, vt ex ipsis Iauoleni verbis apparet. Quare cùm nulla conciliationis ratio iniri possit, concedēdum est quod volumus dissensisse Iauolenum à Cassio. Idque eò libentius, quòd quæstionem banc inter Iureconsultos controuersiam fuisse Venuleius apertè testatur, cùm ait de ea dubitari, hoc est, vt interpretor, inter omnes non constare. † Et Cassij opi-
6 nionem minus receptam fuisse vel eo intelligere licet, quod illam Venuleius refert duntaxat, non etiam probat. At potius improbat si vulgatam lectionem sequamur, quæ habet, *& Cassius existimabat*, non autem, vt in Florentinis, *existimat*. Sic enim explosas aliorum sententias à Iureconsultis vt plurimum referri solere animaduerti, vt in *l. Papinianus putabat 23. D. de donat. inter vir. & vxor.* quam *lib. 2. cap. 8.* explicauimus *l. si venditor. 6. §. 1. D. de seru. expor.* & aliis innumeris iuris locis. † Possit ta- 7
men quis Cassij sententiam in rationis prætextu defendere, quod si satisdationis tempus prius cederet, quàm cum fideiussoribus agi posset, frustra in proposito casu satisdatio, & stipulatio interposita esse videretur. Sed hoc Iauoleno minus absurdum, faciliúsque admittendum videtur, quàm vt fideiussorum obligatio contra stipulationis verba, & vltra id quod expressè actum est extendatur. Ponimus enim fideiussores in diem certum fideiussisse, ac proinde satisdationis dies continuos fuisse non vtiles. Alioqui cùm de vtilibus diebus agitur, certum est non prius eos cedere quàm actor experiundi facultatem habeat, neque sufficere, vt per reum non fiat, quominus cum eo agi possit, vt Vlpianus ait in *l. 1. D. de diuers. tempor. præscript.*

CAPUT IV.

Vera sententia & lectio l. imperium. 3. D. de iurisdict.

SUMMARIA.

1 *Quæstio de imperio & iurisdictione quot capitibus contineatur?*

2 *Datio bonorum possessionis an mixti sit imperij, an verò iurisdictionis?*

3 *Improbatur interpretum distinctio inter imperium mixtum cui iurisdictio inest, & illud quod iurisdictioni inest sive cohæret.*

4 *Emendatio d. l. 3. à Goueano proposita reijcitur, & noua affertur.*

EMendandum esse *l. imperium. 3. ff. de iurisdict.* non puto dubitari amplius posse post editos viri doctissimi *Antonij Goueani* aduersus *Eguinarium Baronem* de Imperio & Iurisdictione commentarios, in quibus omnia quæ ad eum tractatum pertinent à veteribus interpretibus omnibus ignorata, tam dilucidè, verè, & eleganter explicantur, vt magnus ille vir cùm in aliis quidem iuris partibus alios longè superasse, tum in eo maximè tractatu seipso ingeniosior fuisse videatur. † Præcipua autem de impe- 1
rio & iurisdictione quæstio, tribus his ferè capitibus continetur: Quid imperium merum sit, quid mixtū, quid iurisdictio. Quę singula Vlpianus explicat *in d. l. imperium.* Et merum imperium esse habere gladij potestatem ad animaduertendum in facinorosos homines. Quod quemadmodum accipiendum sit, neque magna est inter iuris interpretes contentio, neque hoc loco tractare institui. Mixtum verò imperium de quo dicendum nobis est, id esse scribit cui iurisdictio inest, *quod* inquit, *in danda bonorum possessione consistit.* † Quibus verbis decepti veteres 2
omnes, &, quod magis mirum videri debeat, recentiores plerique iuris magistri, existimarunt Vlpiani sententiam illam esse, vt dare bonorum possessionem mixti sit imperij non iurisdictionis. Alij qui id iurisdictionis esse videt, neque negare possunt, nouam opinionem induxerunt, & mixti imperij seu iurisdictionis esse scripserunt. In quo errant longè grauius, mixtum imperium cum iurisdictione cōfundētes, neq. fieri potest vt hoc principio

posito quicquam in eo tractatu intelligat. Et si enim mixtum imperium est cui iurisdictio inest, aliud tamen mixtum imperium est, aliud iurisdictio, neque mixti imperij esse potest quod iurisdictionis est, aut contrà. Dare igitur bonorum possessionem iurisdictionis tantùm est non etiam imperij mixti. Aut si datio bonorum possessionis, iurisdictionis non est, quid, obsecro, iurisdictionis esse potest? Omne siquidem ius, quod in danda bonorum possessione versatur, ex Prætoris edicto est. Et cùm dici soleat Prætoris iurisdictionem in eo potissimum consistere, vt ius ciuile vel corrigat, vel temperet, vel confirmet. *l. ius autem. 7. §. 1. ff. de iustit. & iur.* certum est introductas esse à Prætore bonorum possessiones, iuris veteris tum corrigendi, tum confirmandi gratia, quemadmodum *in princ. tit. D. de bonor. possess.* Iustinianus scribit. Vt non malè dici possit Prætoriæ iurisdictionis potissimam ferè partem in danda bonorum possessione consistere. At mixtum imperium iurisdictio non est, sed modica duntaxat coercitio, sine qua iurisdictio nulla esse potest. *l. vlt. ff. de off. eius cui mandat. est iurisd.* Propter quam causam dicitur à Paulo iurisdictioni cohærere *in §. vlt. l. 1. ff. eod.* Eodem planè sensu, quo Vlpianus *in dict. l. imperium.* scribit iuris-
3 dictionem mixto imperio inesse. † Nec audiendi sunt, qui imperium mixtum cui iurisdictio inest separant ab imperio mixto quod iurisdictioni cohæret, seu quod inest iurisdictioni. Vtrumque enim omnino idem est, & sicut imperium mixtum nullum est, quod non iurisdictioni cohæreat, ob idque mixtum appellatur, ita imperium mixtum nullum est, cui iurisdictio non insit. Idque apertè Vlpianus docet *in d. l. imperium*, cùm mixti imperij veram, & propriam diffinitionem illam tradit, *mixtum imperium est cui iurisdictio inest*, ad differentiam meri imperij, quod non tuendæ iurisdictionis gratia exercetur, ac per se stat, & in delictis vindicandis totum consistit. Sed istos idem error duxit, qui cæteros. Cùm enim ex *d. l. vltim. de offic. eius. cui mandat.* viderent imperium non merum seu mixtum aliud non esse quàm modicam coercitionem sine qua iurisdictio nulla est, nec coercitionem vllam cernerent in donatione bonorum possessionis in qua tamen imperium mixtum ab Vlpiano constitui putabant, non aliter se ex ea difficultate euoluere potuerunt, quàm commentitia illa duplicis imperij mixti distinctione. Neque sanè vnquam se euoluere possit, qui in recepta lectione defendenda pertinax esse velit. Nam mixtum imperium in danda bonorum possessione consistere Vlpianus apertè scribit. Optio nobis relinquitur an à recepta lectione, an potiùs à certissimis principijs iuris recedere velimus. Ego hoc nolo, illud malo.
4 † Nec tamen subtilissimi viri emendationem probo, qui Vlpianum vult sic scripsisse aut scribere debuisse. *Quod in danda bonorum possessione consistit, iurisdictio est. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.* Ferè enim ineptus est ille loquendi modus, neque sic explicari potest, vt quod imperium in danda bonorum possessione consistit iurisdictio sit, cùm vel fauente illo in danda bonorum possessione imperium nullum consistat, & si imperium aliquod esset, iam mixtum imperium diceretur, non iurisdictio. Probabilius ergo est in illis verbis, *quod in danda bonorum possessione consistit*, errarum esse, & legendum *quæ* pro *quod*: nato errore ex vtriusque syllabæ & notæ similitudine, & affinitate. Atque ita Vlpiani sententia eadem erit, quæ secundum *Goueani* emendationem, scilicet, dationem bonorum possessionis imperij mixti non esse, sed iurisdictionis. Necesse autem fuit exemplum ponere iurisdictionis, vt quid iurisdictio, ac per consequentias quid imperium mixtum esset, intelligeretur. Et huic interpretationi rectissimè conueniunt sequentia illa, *Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.* quæ ostendunt prius ab Vlpiano datum esse exemplum iurisdictionis. Additum verò aliud de iudicis dandi licentia, ne quis fortè ex eo quod dictum fuerat iurisdictionem in danda bonorum possessione consistere colligeret nihil esse iurisdictionis præter donationem bonorum possessionis. Ita namque fieri solet vt cùm rei alicuius descriptio fit exemplis, vnum non sufficiat, sed plura adduci necesse sit, quò magis rei de qua agitur natura appareat.

CAPVT V.

Emendatur §. pen. l. 3. D. de minor.

SVMMARIA.

1 *An pater de peculio filij mortui conuentus filij nomine restitutionem impetrare possit?*
2 *Patrem in castrensi peculio filij intestati heredem dici non posse.*
3 *Reijcitur quorundam distinctio, in dicta quæstione, inter peculium castrense & profectitium.*
4 *Perperam ab Accursio profectitium & aduentitium peculium cum castrensi in* d. §. pen. *esse confusum.*
5 *Tolluntur verba illa* post obitum eius *è* d. § pen. *& Vlpiani sententia explicatur.*
6 *Heredis nomine dominum in* d. §. pen. *significari.*
7 *Explicantur postrema verba* d. §. pen. *& Accursij interpretatio reijcitur.*

APertè † falsum est quod Vlpianus ex Pomponij 1
sententia scribit in *l. 3. §. penult. D. de minor.* ex quibus causis in re peculiari filiusfamilias restituuntur, posse & patrem quasi heredem nomine filij post obitum eius impetrare cognitionem. Nam ex causa peculij profectitij filiusfamilias si conueniatur restitui potest. *dict. l. 3. §. sed vtrum.* neque tamen eo mortuo dici potest restituendum esse patrem quasi ipsius heredem, cùm nec heredem habere potuerit is qui nulla bona moriens relinquit. *l. lex Cornelia. 28. D. de vulgarib. & pupill. substit.* nec obligatio aliqua supersit contra quam restitutio in integrum concedi possit. *l. qui contra. 11. D. de fideiussorib.* Fateor eius actionis ratione quæ contra patrem ipsum de peculio competit posse eum mortuo quoque filio cognitionem impetrare ex causa. *argu. l. planè. 12. D. eo.* Sed nomine ipsius filij, vt scriptum est in *d. §. penult.* id verò nego & pernego. Quin etsi filius patrem heredem haberet, quem certè non habet, ineptè tamen diceretur patri concedi restitutionem in integrum nomine filij, quam ipse iure hereditario impetraret. Non enim defuncti nomine fit quod ab herede fit iure quidem hereditario, sed nomine proprio. Et quamuis heres defuncti personam repræsentet, ac quicquid facit tanquam heres, faciat iure defuncti non proprio. *l. pater filiam. 14. D. ad legem falcidiam.* alia tamen est persona defuncti, alia heredis. Et aliud fieri quid nomine defuncti, aliud fieri nomine heredis. Vnde illud est quod dicimus, quoties seruus hereditarius stipulatur, ex persona defuncti non heredis vires assumere stipulationem: & hereditatem non heredis, sed defuncti personam sustinere. *l. in eod. 33. §. vltimo. cum l. sequent. ff. de acquirend. rerum domin. l. seruus hereditarius. 16. D. de stipul. seruor.* Sed etsi peculium castrense filiusfamilias habuerit, eodem modo dici potest mortuo eo intestato,

patrem nec ipsius heredem intelligi, nec eius nomine in integrum restitutionem postulare posse.
2 † Quod enim beneficium principalibus constitutionibus filiosfamilias indulgetur vt peculij castrensis heredem habere possit, ita demum ei prodest si testamentum fecerit, ex quo posteà hereditas adeatur, non si intestatus decesserit. *l. 2. D. de castr. pec. l. seruus. 18. in princ. de stip. seruo.* vbi eleganter Papinianus ait nec si de castrensi peculio testatus sit, vllam tamē ipsius hereditatem intelligi priusquam testamentum aditione confirmatum sit. Quòd si dicas patrem in castrensi peculio si non verè, saltem quasi heredē filij esse quia in filij iure, & dominio id peculium fuerit, dicam repugnare Iurisconsultum in *dict. l. 2. de castrens. pec.* cùm ait intestati filiifamilias bona castrensia non quasi hereditatem, sed quasi peculium patri deferri, nec nisi valdè impropriè posse patrem filij quasi heredem appellari. *l. filiusf. 18. ff. ad leg. falcid. l. item si. 7. §. quanquam. ff. de S.C. Macedon.* Quod si impropriè & abusiuè loqui velis, poterit etiam pater dici quasi heres filij, qui profectitium aut aduentitium duntaxat non castrense peculium viuens habuit. *l. statulibera. 9. §. si filiusfamilias. ff. de statulib.* vbi mortuo filio qui hereditatem in qua fuerat institutus agnouerat, pater superstes heredis quasi heres esse dicitur. Verùm id eò pertinet vt qui filio heredi dare iussus fuerat, patri post mortem filij dando conditionem impleuisse videatur, non autem vt restitutio in integrum quæ heredi quoque competere solet, in patrem quasi heredem filij post obitum eius transmittatur. Hoc enim ideò fieri non potest, quoniam, vt diximus, mortuo filio, quodcumque peculium is habuerit, si modò testatus non sit, nulla hereditas superest, nullaque obligatio, quæ beneficio restitutionis in integrum rescindi possit. Atque ita rectè *Accursius* scripsit, non esse hac parte distinguendas peculiorum qualitates, nec separandum castrense peculium vel quasi, à profectitio, aut aduentitio,
3 † Et longè rectius, quàm qui existimant Pomponium inter castrense & profectitium peculium differentiam hanc constituere, vt si ex causa peculij castrensis filiusfamilias læsus sit, & restitui possit, pater quoque nomine filij, post obitum eius tanquam heres restituatur. Si verò profectitium dūtaxat peculium filius habuerit, pater restitui non possit. Nam ex iis quæ diximus apparet non magis vno casu quàm alio posse patrem quasi heredē nomine filij post obitum eius impetrare cognitionem, neque ex Pomponij verbis distinctio & differentia hæc colligi vllo modo potest nisi multa suppleas quæ ex ingenio suo supplent huius distinctionis, & differentiæ authores.
4 † Sed pessimè idem *Accursius* Vlpianum & Pomponium sic interpretatur vt in quæstione *d. §. pen.* castrense peculium à profectitio non distinguat. Etenim apertissima sunt Vlpiani verba distinguentis ex sententia Pomponij, an castrense peculium filiusfamilias habeat, nécne, vt si non habeat castrense, sed profectitium aut aduentitium duntaxat, possit & pater, id est, vt ego interpretor, non tantùm filius qui contraxit, sed etiam pater filij nomine in integrum restitui. Si autem castrense peculium habeat, non possit & pater restitui, sed solus filius tanquam in proprio patrimonio captus. Peculium enim castrense velut proprium filij patrimonium est. *l. 2. ff. de S. C. Macedon.*
5 † Cùm igitur in ea specie quam Pomponius & Vlpianus tractāt. differentia constituenda sit inter profectitium aut aduenitium & castrense peculium, nec tamen dici possit in quo differant si mortuo filio pater in integrum restitui velit, dubium mihi non videtur quin tollenda & delenda sint verba illa, *post obitum eius*, quæ ab imperito interprete, vt credibile est, textui addita, vel ex interpretis glossa in textum perducta difficilem & obscuram adeóque falsam elegantis alioquin nec obscuri loci sententiam reddiderunt. Iis verò sublatis dico Vlpiani sentententiam eam esse, vt ex quibus causis filiusfamilias in re peculiari restitui potest, possit etiā pater nomine filij, & eo viuo tanquam peculij dominus impetrare restitutionem. Sed si castrense duntaxat peculium filiusfamilias habuerit, non possit pater quasi dominus postulare cognitionem, sed solus filius tanquam in proprio patrimonio deceptus. † Neque huic nostræ interpretationi 6
quicquam obiici potest, præter illa verba, *quasi heredem*, quæ imperitum interpretem fefellerunt, & impulerunt vt illa quæ tollimus adiecerit, quòd non nisi post obitum filij pater ipsius heres dici posse videretur. At iam nemo ignorat heredis appellationē esse ambiguam, eaque significari non illum duntaxat qui in defuncti ius successerit, sed eum etiam qui dominus sit, vt Iustinianus docet in *§. vlt. Inst. de hered. qual. & differ.* Quod & infinitis veterum latinitatis auctorum locis comprobare facilè possumus, si aut animus esset, aut opus. Illud adnotasse sufficiet eodem sensu patrem heredem pro domino dixisse Tryphoninum in *l. de hereditate. 19. §. pater.* in illis verbis, *non tamen si vt heres viuo filio vindictam seruo imposuit. ff. de capt. & postl.* vt iamp. idem diligentissimus obseruator *Iacobus Cuiacius* obseruauit, reprehensa etiam Græcorum ad eum locum interpretatione quos dictionis illius *heres* ambigua significatio deceperat. Sanè in eo Vlpiani & Pomponij responso de quo disputamus, verba illa, *quasi heredem*, significare, *quasi dominum*, apparet non solum ex iis quæ iam diximus, † sed etiam ex postremis illis verbis *§. in in-* 7
tegrum restituendus erit quasi in proprio patrimonio captus. quæ licet *Accursius* malè ad patrem referat, de filio tamen intelligi debent, & ostendunt ei duntaxat restitutionem dari siue pater sit siue filius, qui in proprio patrimonio deceptum se allegat. Quemadmodum & præcedentia illa, *nomine filij*, necessariò faciunt, vt viuo filio non post obitum eius impetratam fuisse à patre restitutionem in integrum intelligamus, quoniam vt dictum est, nomine filij non facit pater quod post eius obitum quasi heres facit. Idque est quod ait *l. patri. 27. ff. de minor.* patri pro filio omnimodo præstandam restitutionem, licet filius nolit, quia patris periculum agitur, qui de peculio tenetur: & peculium profectitium licet videatur esse filij, magis tamen est patris. *dict. l. 3. nec eo mouemur. ff. eo.* Cùm verò peculium castrense est vel quasi, quia omnino est filij non patris, solus filius in integrum restitui poterit tāquam in proprio patrimonio captus: neque patrem audiet Prætor si quasi dominus nomine filij postulet restitutionem.

CAPVT VI.

Ad l. si fundus. 23. D. ad leg. falcid.

SVMMARIA.

1 *Quibus casibus ad retentionem falcidiæ doli exceptio heredi necessaria sit?*
2 *Non semper ad retinendam Falcidiam doli vel in factum exceptionem necessariam esse?*
3 *Respondetur* ad l. quod bonis. 15. ff. ad. leg. Falcid.
4 *Species & sententia* d. l. si fundus.
5 *Eiusdem legis emendatio, & emendationis ratio.*

6 Quomo.

6 *Quomodo in d. l ponenda sit Falcidiæ ratio, si minus sit in Falcidia quàm in via.*
7 *Explicatur postrema dicta legis clausula.*
8 *Soluitur obiectio contra explicationem allata.*

1 ETsi legis Falcidiæ potestate singula legata ipso iure pro quadrantis rata minuuntur vt Caius scribit *in l. in quantitate. 73. §. vlt. D. ad leg. Falcid.* aliquando tamen contingit vt minui non possint, & ad falcidiæ retentionem doli exceptio heredi necessaria sit, fortè si ex pluribus rebus legatis heres quasdã soluerat sine detractione falcidiæ, neque interposita stipulatione. *Quanto amplius legatorum nomine acceptum sit quam per legem falcidiam capere liceat.* Ex reliquis enim rebus integram falcidiam retinere poterit, id est pro iis etiam legatis quæ soluta sunt, idque per doli exceptionem: quoniam hîc legis falcidiæ potestas cessat quæ nec corpora iã soluta, nec ea quę soluta non sunt pro solutis minuere potest. *leg. si ex pluribus. 16. D. eod.* Idémque est si res legata sit ex earum numero, quæ diuisionem non recipiunt, vt via, actus, iter, aut alia seruitus; quo casu per legem falcidiam quadrante minui non possit legatum quod nec diminutionem, nec diuisionem recipit, alio remedio heredi succurri non potest, quàm si legati æstimatione facta denuntiet legatario vt partem æstimationis inferat, & si non inferat vtatur aduersus eum exceptione doli mali. *l. si is qui quadringenta. §. vltim. D. eod.* Aut si prætereà, aliquid legatum sit ex quo falcidia commodè retineri possit, ita falcidiæ ratio ponetur, vt vtriusque legati falcidia ex altero
2 tantùm retineatur, *l. planè. 35. D. eod.* † Cæterùm hi à legibus aberrant qui existimant falcidiæ ad retentionem doli vel in factum exceptionem semper necessariam esse, quæ certè necessaria non est nisi iis casibus quibus singula legata per legem minui non possunt. *d. l. in quantitate. §. vlt.* Quanquam illud quoque verum est, heredem cui totius hereditatis quadrans ipso iure debetur, posse nihilominus si malit & tutius esse existimet doli exceptionem opponere, quoniam iis qui ipso iure tuti sunt multò magis doli exceptionem competere dicẽdum est. *l. qui seruum 34. §. si is cui. D. de oblig. & action. l. vbicunque. 60 D. de fideiuss.* Sanè alia remouendæ falcidiæ ratio esse videtur. Doli namque exceptio necessaria est aut certè apud arbitrium falcidiæ defuncti volũtas seruari debet ratione doli exceptionis. *l. si creditor. 12. D. ad l. falc.* scilicet quia cùm ipso iure falcidiæ retẽtionem heres habeat, vt diximus, legatario aliter cõsultum esse non potest, quàm per doli exceptionem ex quo manifestius apparet heredi ad falcidiam retinendam exceptionem necessariam non esse, alioqui ad eam remouendam replicatione non exce-
3 ptione doli vtendum esset. † Nec obstat. *l. quod bonis. 15. D. eod.* in cuius specie falcidia per replicationem in factum conceptam ideò retinetur, quia non potest ipso iure, & per legem falcidiam retineri ex ea re quæ nunquam penes heredem fuit, id est ex debitoris obligatione soluta. *l. cum hereditas. 36. D. ad S.C. Trebel.* Denique perpetuum illud est, vt quoties per legem falcidiam legatum minui potest, doli vel in factum exceptio, aut replicatio necessaria non fit.
4 † Hinc intelligimus si fundus mihi legetur. & via, falcidiam ex viæ legato deduci & retineri non posse: quoniam via indiuidua est, sed si tantum sit in via quantum in falcidia, ita ponendam rationem legis falcidiæ vt fundum integrum legatarius consequatur, viam verò heres retineat, Quamuis enim in huiusmodi legatis quorum alterum diuiduum, alterũ indiuiduum est, aliter obseruari soleat, vt falcidia quæ in indiuiduo retineri non potest, ex diuiduo retineatur *d. l. planè.* in proposito tamen casu idem dici non potest. licet tantum sit in falcidia fundi & viæ quantum in fundo, quoniam si integrum fundum aut aliquam fundi partem heres retineret, viæ legatum intercideret, cùm nec sine fundo via esse possit. *l. 1. D. commun. præd.* nec pro parte duntaxat acquiri aut retineri *l. pro parte. 11 l. vt pomum 8. §. 1. D. de seruit.* Proinde vtriusque legati falcidiam ex sola via retineri necesse est. Quomodo Scæuola respondit in *l.*
si fundus. 13. D. ad l. falcid. † in cuius principio manifestum est, quod ante nos *Goueanus* in eruditis suis ad eum titulum Commentariis obseruauit, legendũ esse, *quantum,* pro eo quod vulgo legitur *quanto amplius.* Nam & in Florentinis legitur *quantum amplius,* non *quanto.* Et verum esse non potest quod lex ait, integrum fundum capi à legatario, si ponas plus esse in falcidia quàm in via. Neque enim falcidia, propter naturam & conditionem legatorum diminui potest, neque ratio reddi cur integrum fundum legatarius capiat, si ad falcidiam viæ æstimatio non sufficiat. Præsertim cum in fine legis idem Scæuola moneat, eo casu quo minus est in via quàm in falcidia vnam intercidere. Idque apertius ex eo intelligitur quod in secunda specie quam Scæuola tractat, ponit legato fundo, & via, minus ex vtroque falcidiam desiderare, quàm sit viæ pretium. Omisso eo casu si tantum sit in via, quantum in falcidia, quem verisimiliter non omisisset, si prioribus legis verbis expressus non fuisset. At non probo quod idem vir doctissimus scripsit legendum *nec* pro *&* in illis verbis *& via peribit.* Cum enim tantum est in falcidia viæ & fundi, quantum in via, ob idque vtriusque legati falcidia ex via retinetur, necesse est viam perire, non quòd inutile sit legatum (inutile enim dici non potest ex quo legatarius commodum illud sentit, vt integrum fundum sine falcidiæ diminutione consequatur) sed quòd via nullatenus præstetur, imò falcidiæ iure tota penes heredẽ remaneat. Quòd si plus falcidia desideret, quàm sit viæ pretium, lex ait viam intercidere, id est non solùm legatario nõ pręstari, sed etiam ei non prodesse quominus totius fundi falcidia ex ipso fundo deducatur. Nam cùm hoc casu aliquã fundi partẽ penes heredem manere necesse sit, qui ex via saluũ vtriusq. legati quadrantẽ habere non potest, neque tamen via fundo pro parte acquiri possit, vt diximus, fit necessariò vt perinde falcidia ex fundo deducatur, ac si via legata nõ esset, quæ scilicet propter legis falcidiæ potestatem inutiliter legata esse intelligitur. Hoc verò tunc tantùm rectè dicitur, cùm plus est in falcidia fundi, &
viæ, quàm in viæ æstimatione. † Etenim si ex cõtrario minus sit in falcidia quã in via, falcidiæ ratio sic poni potest vt viam quidem heres retineat, sed tamen per doli exceptionem tantum legatario faciat quantum ei deest, ne contra testatoris voluntatem plus consequatur heres, quàm lex falcidia desiderat *dict. l. si fundus.* In cuius interpretatione manifestus error est *Accursij*, & aliorum qui nihil interesse existimant, an plus sit in falcidia, quàm in via, an tantundem: cùm tamen ea lege differentia hæc manifestè constituatur, quòd si tantundem sit, fundus integer capitur, nec viæ legatum inutile est, quod scilicet legatario ad falcidiam proficit, licet via legatario pereat, id est ab herede non præstetur. Si verò plus falcidia desideret quàm 6

sit viæ pretium, viæ legatum intercidit & perinde ac si factum non esset integra falcidia fundi ex fundo ipso retinetur, vt & iuris ratio conuincit. *l. Plautius. 49. §. vlt. D. eod.* & Scæuolæ verba probant. † Quanquã enim postrema illa legis clausula, *vt tunc solum via intercidat quoties plus falcidia desiderat, quam sit viæ pretium*, pugnare videtur cum eo quod prius Scæuola dixerat si tantum sit in via quantum in falcidia, viam perire (& hoc est quod *Accursium, Goueanum*, cæterosque omnes fefellit) proprius tamen intuenti rectè omnia inter se conueniunt. Et alio sensu dixit Scæuola in prima legis specie viam perire, id est, legatario non præstari, at penes heredem iure falcidiæ remanere. Alio verò in fine legis viam intercidere, hoc est inutiliter legatam esse. Propriè enim legatum intercidit quod pro eo habetur ac si factum non esset. *l. intercedit. 59. ff. de cond. & demonstr.* seu quod non procedit vt Paulus loquitur in *d. §. vlt. l. Plautius.* Atque ita Scæuolam intellexisse vel ex eo apparet quòd posteaquàm dixit in prima specie cum tantum est in via quantum in falcidia integrum fundum capi, & viam perire, subiicit quasi diuersum quid, *sed si via legata sit, nec soluendo sit hereditas, non debebitur.* Ita innuens in præcedenti specie, non inutiliter legatam esse viam, eámque in falcidiam imputari, & ideò integrum fundum sine diminutione legatario præstari, qui vtique integer non præstaretur si viæ legatum intercideret, & pro non facto haberetur. Rursus in secunda specie cum legato fundo & via minus ex vtroque falcidia desiderat quàm sit viæ pretium, lex ait non tantùm fundum solidum capi, sed etiam cogi heredem per doli exceptionem sarcire legatario quantum deest, ne plus heres habeat, quàm falcidia desideret, vt proinde via quidem ipsa non præstetur, sed tamen vtile sit legatum, propter quod legatarius & solidum fundum consequitur, & præterea tantum ex viæ æstimatione quantum deducta vtriusque legati falcidia superest. Ita enim Scæuolam contra *Accursij* interpretationem intelligo. Ergo quod sequitur tunc solùm viam intercidere cùm plus falcidia desiderat quàm sit viæ pretium, non ita accipi debet vt via hoc solo casu non præstetur, quę nec aliis casibus præstatur sed vt viæ legatum omnino inutile sit & nullius momenti, adeò vt neque in
8 huius legatarij falcidiam imputetur. † Nec est contrarium quod Marcellus scribit in *l. ex asse. 51. D. eo.* quacunque ex causa legata non præstantur, imputari ea heredi in quartam partem, quæ per legem falcidiam remanere apud eum debet. Aliud enim est imputari hoc viæ legatum heredi in falcidiam vt tanto minus ex cæteris legatis deducat, quod verum est. Aliud verò imputari in falcidiam eius duntaxat legatarij cui via legata est, quod nos negamus, & eam viæ imputationem non huic tantùm, sed cæteris quoque legatariis prodesse contendimus, vt contingeret si via legata non fuisset.

Capvt VII.

De ordinariis, & extraordinariis iudiciis, & emendatio l. actio. 47. D. de neg. gest.

SVMMARIA.

1 *Definiuntur ordinaria & extraordinaria iudicia.*
2 *Quaenam inter ea olim differentia esset?*
3 *An olim interfuisse an directa, an potius vtili actione experiri actor vellet.*
4 *Negotiorum gestorum iudicium ordinarium fuisse.*
5 *Difficultas nata ex* d. l. 47. de neg. gest.
6 *Corruptam fuisse a Triboniano dictam legem.*
7 *Vox planè quam vim habeat in iure?*
8 *Vera lectio* d. l. actio 47.
9 *An iure non sit fideiussor debitori heres extiterit, fideiussoria obligatio tollatur?*
10 *In formulis tantum factam esse hodie iudiciorum mutationem.*
11 *Differentia inter expromissionem & fideiussionem.*

Qvi † de vetere iudiciorum Romanorum more & ritu scripserunt, in eo omnes consentiunt, quod exceptis quibusdam causis, veluti status, restitutionis minorum, & aliarum huiusmodi de cæteris, Prætores, Præsides, cæterique magistratus nõ cognoscebant, sed iudices dabant qui de facto cognoscerent, & sententiam ferrent. Idque ordinarium fuisse certum est, & plerisque iuris nostri locis comprobari potest, præsertim *l. cum Prætor. 12. l. iudicium soluitur. 58. & pass. tot. tit. D. de iud.* qui est de iudiciis datis. *l. a Diuo Pio. 15. D. de re iud. l. 2. C. de pedan. iudic.* qua primùm inductum est abrogato iure vetere vt de causis omnibus magistratus ipsi cognoscant, & notionem suam interponant, neque iudices dare possint. Ex quo intelligimus ordinaria iudicia ea dicta fuisse quæ iuxta ordinarium iudiciorum ritum exercebantur, & apud iudices datos, non apud magistratus, qui propriè non iudicare, sed ius dicere dicebantur. Extraordinaria verò illa, quæ per ipsos magistratus expediebantur, cuiusmodi erant perpauca, & ea duntaxat quæ maiore priuilegio & fauore digna existimabantur. † In eo autem præcipuè ordinaria 2 ab extraordinariis differebant, quòd in ordinariis cùm iudices darentur, certas quoque formulas à magistratibus præscribi necesse erat, secundum quas iudices sententiam ferrent, & ab iis ne latum quidem vnguem recederent. In extraordinariis verò nullæ præscribebantur formulæ, nec sibi magistratus legem imponebant, quominus ex arbitrio suo ius dicerent. Hinc illa nata est iudiciorum bonæ fidei & stricti iuris differentia, quòd in bonæ fidei iudiciis plenius, &, vt ita dixerim, abundantius iudicis officiũ esset, quàm in strictis. Nempe quoniam diuersa formularum quæ iudicibus præscribebantur conceptio id postulabat. Quanquam si quis pergat quærere, cur aliter in his quàm in illis Prætor formulam conciperet, alia ratio quærenda erit, neque mihi hæc satisfaciet, licet doctissimis plerisque viris satis fecerit. Sed ea disputatio alterius est loci. † Inde etiam colligitur in formularum interpretatione multum interfuisse an directa, an potius vtili actione experiri actor vellet. Directa enim actione proposita cùm forè vtilis tantùm competeret nullæ iudicis dati partes esse poterant nisi ad condemnandum, neque de vtili actione cognoscere poterat, cui Prætor de directa duntaxat iudicandi potestatem fecerat. Verùm posterioribus Imperatoribus rectè placuit tollendas esse has scrupulosas formularum conceptiones. *l. 1. & 2. C. de formul. & impetr. action. sublat.* neque permittendum magistratibus iudices dare nisi vel propter causarum multitudinem vel alias occupationes, iustumque impedimentum cognoscere ipsi non possent. *d. l. 2. C. de pedan. iudicib.* Ac proinde omnia hodie iudicia extraordinaria sunt, *§. vlt. Inst. de interd.* id est eodem prorsus modo tractanda quo, quę olim extraordinaria dicebantur. Magis tamen propriè ordinaria dici debent, quòd ex Diocletiani, & Maximiani constitutione ordinarium factum sit,

quod

quod prius erat extraordinarium. Sed tamen in Iu-
reconsultorum responsis extant adhuc infinita iuris
illius veteris quo vtebantur, vestigia, neque aliam
ob causam tot locis disputarunt directáne an vtilis
actio competat, quàm quod id scire multũ referret
propter subtilem illam,& scrupulosam formularum
conceptionem, licet vtraque vt plurimùm eiusdem
soleat esse effectus & potestatis. † Cùm igitur ex su-
4 perioribus, maximè verò *ex d.l 2.C.de pedan.iudic.* ap-
pareat ita comparatum fuisse ius vetus, vt iudicia
fore omnia essent ordinaria, paucissima autem ex-
traordinaria, facile est intelligere negotiorum gesto-
rum iudicium ordinarium fuisse non extraordina-
rium, siquidem de actione negotiorum gestorum
Prætor ipse non cognoscebat, sed iudicium & iudi-
cem dabat, vt ex edicti verbis intelligitur quę sic cõ-
cepta sunt, *iudicium eo nomine dabo. l. 3. in princip D. de
negot gest.* non quomodo verba edicti De minoribus,
vti quoque res erit animaduertam, l. 1. D. de minor. Scili-
cet quia de in integrum restitutione minorum solus
Prætor cognoscere poterat, neque iudicium dabat,
quod in cæteris partibus edicti de restitutionibus
diuersum erat in quibus Prætor iudicium daturum
se pollicetur. *l. metum autem. 9. § ex hoc edicto. l. item si
tum, 14. § quod si homo. D. quod met. caus. l. 1. D. de dolo. l. 2.
§. 1. D. de capit. minut. l. 1. & tot. tit. D. de alienat. iudic.
mut. caus. fact.* Credo, quòd cæteris fauorabilior visa
sit minorum restitutio, & dignior quæ maiores iudi-
ces haberet. Ergo ordinarium fuit negotiorum ge-
5 storum iudicium. † Quod cùm ita sit excusari non
potest aut explicari ratio quæ ex Paulo proponitur
in l. actio. 47. D. de negot. gest. vbi posteaquàm dictum
est, actionem negotiorum gestorum illi dari, cuius
interest eo iudicio experiri, neque referre directa
quis an vtili actione agat aut conueniatur, ratio illa
redditur, quia in extraordinariis iudiciis vbi conce-
ptio formularum non obseruatur hæc subtilitas su-
peruacua sit, maximè cùm vtraque actio eiusdem po-
6 testatis sit, eundemque habeat effectum † Ausim ego
deferre corruptum esse locum à Tribonio vt cæte-
ras plerasque Digestorum leges, quas contra iuris
veteris rationem ad posteriorum Imperatorum con-
stitutiones accommodauit, vt ex recentioribus do-
ctissimi viri iam obseruarunt, neque ad persuaden-
dum quod volo aliis exemplis vtendũ esse arbitror,
quando nullũ apertius afferri possit eo de quo di-
sputamus. Cùm enim Paulus scripsisset nihil referre
directa quis an vtili actione negotiorum gestorum
agat, aut conueniatur, cũ vtraque actio eiusdem po-
testatis sit eundemque habeat effectum, aliam ratio-
nem Tribonianus ex suo addidit iis verbis, *quia in
extraordinariis iudiciis vbi conceptio formularum non ob-
seruatur, hæc subtilitas superuacua est.* Deinde vt ratio-
nem hanc cum ea quam Paulus dixerat connecte-
ret, adiecit dictionem illam *maximè:* atque ita elegã-
tem legis sententiam, & rationem inepta ratione fœ-
dauit. Quod etiamsi iuris ratio non conuinceret, ferè
tamen ipsa verba ostenderẽt, si Pauli & Triboniani
stylum bene agnosco. Solet enim Tribonianus iuris
veteris subtilitates ridere, & superuacuas dicere Vn-
de factũ suspicor vt qui eã Triboniani rationẽ ine-
ptã & ridiculã esse animaduertũt, pro *quia* maluerint
7 legere *planè* † Quã lectionẽ nec si velit probare pos-
sit is qui intelligit ea dictione *planè* passim in iure si-
gnificari exceptionem, quę in proposito casu ad id
quod Paulus dixerat adhiberi nulla potest. Sed ne-
que cũ eo quod in principio legis de negotiorũ ge-
storum actione scriptum est, ea Triboniani adiectio
quicquam cõmune habet. Quorsũ enim de extraor-
dinariis iudiciis tractare oportuit, cùm de negotio-
rum gestorũ actione quærebatur? Rursus in extraor-
dinariis iudiciis quæ quæstio esse potest vtrum dire-
cta actio ab vtili differat, cùm in iis nec directa nec
vtilis actio detur? Ideoque nimirũ non actiones, sed
persecutiones propriè dicuntur, quæ iuris ordinarij
non habent executionem, vt Vlpianus ait in *l. pecu-
nia. 178. § actionis. D. de verbor significat.* † At elegans e- 8
rit Pauli ratio si sic eum scripsisse ponamus, *nihil re-
ferre directa quis an vtili negotiorum gestorum actione
experiatur vel conueniatur, cum vtraque actio eiusdem po-
testatis sit eundemque habeat effectum.* Quoniam non de
illo Paulus quærit an in conceptione formulæ nihil
intersit vtrum directa an vtilis actio impetretur, sed
illud duntaxat monet, cùm quęritur an negotiorum
gestorum agi possit, non esse distinguendum an di-
recta an vtili actione agatur, sed id tantum inspicien-
dum an intersit eius qui agere vult: quoniam actio
negotiorum gestorum illis omnibus datur quorum
interest eo iudicio experiri, & siue directa siue vtili
actione experiamur, in id agimus vt quod nostra in-
terest cõsequamur. Idque est quod lex ait vtramque
actionem eiusdem esse effectus & potestatis. Quan-
quã & si quis velit dicere, omnia hæc Triboniani esse
ab illis verbis, *quia in extraordinariis iudiciis*, facilè id
concedam nec valde repugnabo, licet posterior illa
ratio rectè defendi & explicari possit. Omnia enim,
vt mihi quidem videtur, Triboniani ingenium &
phrasim redolent. † Cæterum, vt hoc etiam adda- 9
mus, quamuis verum sit in extraordinariis iudiciis
nihil interesse directa quis an vtili actione conue-
niatur, ex eo tamen inferri non potest quod parum
subtiliter meo iudicio quidam inferunt, fideiussoriã
obligationem hodie non tolli, si fideiussor debitori
heres extiterit, & in creditoris electione esse vtrum
ex causa fideiussoria an ex causa principali aduersus
fideiussorem agere velit. Repugnat enim *l. 5. D. de fi-
deiuss. l. Stichum 95 quod vulgo. D. de solut.* neque earum
actionum altera directa, altera vtilis est, sed vtraque
directa, vna tamen plenior altera, vna principalis, al-
tera accessoria. Et ideò illa semper iuris veteris ratio
manet, quæ facit vt obligatio maior tollat minorem.
*l. cùm reus. 14. l. heres à debitore. 21. quod si hic seruus. D.
de fideiuss. l. cùm quis. 38. § vlt. l. si duo. 93. in fin. D. de so-
lut.* † Nam quæ facta est iudiciorum mutatio vt ho- 10
die extraordinaria sint omnia, scrupulosas duntaxat
actionum formulas, & impetrationes sustulit, at cer-
tam & indebitam iuris rationem non immutauit. Et
vt ait *l. 2. C. de formul. & impetrat. action sublat.* actionẽ
impetrari quidem necesse non est, sed tamen com-
petere necesse est: neque interest qua actione agatur
si modò competat, Verùm vt hodie competat actio
quæ olim non competebat nulla posteriorum Impe-
ratorum constitutione factum est, neque verò ex iu-
ris ratione fieri potuit. Nec simile est exemplum quo
vtuntur ex *l. quamuis. 8. § si mulier. D. ad Senatuscon-
sult. Vellean.* vbi Vlpianus scribit si mulier veteri de-
bitori, id est, pro quo expromiserat successerit, posse
eam restitutoria actione conueniri qua defunctus
tenebatur, vel etiã directa actione si creditor eligat,
quia mulieris nil intersit qua actione conueniatur,
Hoc enim casu nulla principalis & maior obligatio
est, quæ accessoriam, & minorem tollere possit, cùm
principalis debitor mulieris expromissione libera-
tus fuerit: † quam ob causam rectissimè *Accursius* ex- 11
promissionem à cæteris intercessionum speciebus
separat, per quas principalis debitor non liberatur:

& apetta dissimilitudinis ratio est, quicquid causen-tur ij, qui fideiussionem mulieris si ea principali de-bitori heres extiterit confirmari existimant: qood nullo iuris loco comprobare possint. Nam Papinia-nus in *d.l.Stichum. § aditio.versic.aliquando.de solutio.* eandem speciem tractat quam Vlpianus. de mulie-re scilicer intercedente animo nouandi & per ex-promissionem, non de fideiubẽte, vt idem *Accursius* interpretatur, ne alioqui sibi ille contrarius sit, qui statim in *§.seq.* scribit fideiussoriam obligationem ex-tingui, quoties fideiussor debitori heres existit. De-nique si ab expromissione mulieris ad fideiussionem & cæteras aliorum intercessiones argumentari li-ceret, dici non posset cur non olim & iure Digesto-rum obtinuerit quod illi nunc obtinere volunt: cũ nihil noui inductum sit nisi vt extraordinaria sint omnia iudicia, quod planè ad rem non pertinet, quia neque iudicium in quo Senatosconsulti Vel-leiani exceptio obiici poterat extraordinarium erat sed ordinarium.

Capvt VIII.

Emendatur.l.vbi purè.19.§.1. D.ad S.C.Trebell.& l.si quis iniuriam.35.D.de iniur.

Svmmaria.

1 *Emendatio & species* d.§.1.l.vbi purè 19.
2 *Ratio dubitandi & decidendi in* d.§.1.
3 *Emendatur* d. l. si quis.35. ff. de iniur. *& in ea pro* prætor *legitur* præfectus.
4 *Solos Præfectos & Præsides extraordinariam grauio-rum criminum coercitionem habuisse.*
5 *Cur in specie dictæ legis Prætor iniuriam acriter exe-qui & extraordinaria coercitione vindicare non potuerit?*

1 QVod † iampridem doctissimi viri plerique ob-seruarunt permultos in libris nostris errores ex notis qoibus librarij vet. maximè vtebantur, creatos esse, id ego accidisse animaduerti in *l.vbi purè.19.§.1. D.ad S.C.Treb.* vbi cum scriptum esset *fideicommissi*, his notis. F.C. factum est ab iis qui non intelligebãt vt in libris omnibus scriptum sit *Senatusconsulti*, ac si scriptum fuisset S.C. Nam *fideicommissi* legendum esse non *senatusconsulti*, ipsa §. quæstio demonstrabit. Testator ita dixerat, *Te rogo Luci Titi, vt hæredita-tem meam cum. Attio partiaris.* Diuisa inter Titium & Attium hereditate secundum testatoris voluntatẽ, quærebatur an aduersus Attium qui dimidiam he-reditatis partem habuerat actiones ex Senatuscon-sulto Trebelliano competerent. Et Paulus ex Ari-stonis sententia respondet, competere: quoniã ver-ba illa testatoris pro iis accipienda sint, *Rogo heredi-tatem illam restituas.* Tum sequitur *nec verba spectan-tur Senatusconsulti, sed sententia quibuscunque verbis, dũ testator senserit vt hereditas sua restituatur.* At absur-dum sit dicere non spectari verba Senatusconsulti: sed sententiam testatoris. Dicendum enim erat non spectari verba testatoris, sed eius sententiam. Vel, non esse spectanda verba Senatusconsulti. sed sen-tentiam Senatusconsulti, quia voluntas & sententia testatoris contra Senatusconsulti verba defendi nõ potest *l. Titia.86.D ad l Falcid.* Rursus si verum est quod Paulus ait, illa verba, *Rogo te Titi vt hereditatem meam cum Attio partiaris*, sic accipienda esse, ac si te-stator dixisset, *rogo vt hereditatis meæ partem restituas.* profectò ex Senatusconsulti verbis actiones in At-tium transferuntur. De illo enim Senatusconsultum disertè loquitur in quem ius fructúsque transfertur, & cui fideicommissum ex testamento restitutum est. *l.1.D.ad S.C.Treb.* Denique verba illa Pauli, *sed sen-tentia quibuscunque verbis*, ostendunt manifestissimè loqui Paulum de verbis fideicommissi, non de ver-bis Senatusconsulti. Hæc enim numquam mutan-tur, illa pro testatorum arbitrio, & voluntate mutan-tur. † Illud igitur in proposito casu dubitationem fa-ciebat vt in Attium actiones ex Trebelliano nõ cõ-petere viderentur, quòd restituendi verbo testator 2
vsus non fuerat. neque ex fideicommissi causa here-ditatis partem Attius habere videbatur, sed potius ex alia causa, & alio iure quod expressum non esset Senatusconsulto, cuius tamen potestate fit vt ab he-rede in alium qui heres non est actiones transeant. Sed Paulus ex Aristonis sententia eleganter respon-det non esse spectanda verba fideicommissi sed sen-tentiam quibuscumque verbis conceptam: vt quo-ties apparet testatorem voluisse hereditatem suam restitui, licet restituendi verbo vsus non sit, nihilo-minus fideicommissum inducamus: quod cùm fit proculdubio ex verbis & potestate Senatusconsulti actiones in fideicommissarium trãsferuntur. Atque ita *Accursius* quoque legisse & sensisse videtur, cùm eorum verborum interpretationẽ sumit ex aliis le-gibus quæ probant in testamentis non tam verba, quàm sententiam testatoris inspici debere, vt *l.3.C. de lib.præter.l cum virum 16.C.de fideic.l.3.§.conditio.D. de adim.legat.* † Simili ferè errore puto in *l.si quis in-* 3
iuriam.35.D de iniur. scriptũ esse *prætor* pro *præfectus*, cùm scriptum esset his notis *præ.* aut *præf.* Neque e-nim verum est quod Vlpianus ait si quis iniuriam a-trocem fecerit qui contemnere iniuriarum iudiciũ possit ob infamiam suam & egestatem, Prætorem a-criter exeqoi hanc rem debere, & eos qui iniuriam fecerint coercere. † Generaliter namque placeri in 4
legibus publicorum iudiciorum vel priuatorum cri-minum Præfectos duntaxat vel præsides qui extra ordinem cognoscunt iis qui pœnam pecuniariam egentes eludunt coercitionem extraordinariam in-ducere. *l.1.§.generaliter.D.de pœn.* Prætor autem ne-que extraordinem cognoscere, neque extraordina-riam coërcitionem inducere potuit, neque acriter coercere, quia scilicet merum imperium non habe-bat. & omnia omnino crimina præfectura vrbis sibi vindicauerat. *l.1.D de off præf.vrb.* Adeò vt iis etiam casibus quibus Prætor cæterique Romæ magistra-tus cognoscere poterant, si tamen res grauiorem & atrociorem punitionem exigeret ad Præfectum vr-bis remitti reus deberet, vt si quis fortè de plebeiis ob facta atrociora in tutela admissa fuisset apud Prę-torem accusatus, & grauiore animaduersione indi-geret, quàm vt sufficeret suspecti infamia. *d.l.1.§.so-lent.l.1.§.vltim D.de suspect.tutor.* Vel si libertus tute-lam filiorum patroni fraudulenter gessisse probare-tur. *l.1.ff.eodem.* Sic legimus Præfectum vigilum licet fustibus vel flagellis cædi insularios & eos qui ne-gligentes ignes apud se habuissent iubere potuerit, eos tamẽ qui dolo fecisse incẽdium conuicti essent, ad Præfectum vrbis remittere debuisse. *l.vlt.D.de of-fic.præfect.vigil.* & generaliter eos omnes qui grauio-re coercitione, & animaduersione digni videbantur. *l.3.§.cognoscit.D.eodem.* Ergo ad Præfectum non ad Prætorem pertinet coercitio eorum, qui iniuriam a-trocem fecerunt, & propter suam infamiam & ege-statem contemnere iniuriarum iudicium possunt, quia acriter & grauiter sunt puniendi. In prouinciis autem

autem ea res ad Præsidis notionem spectat *dict.l.1.§. vlt.D.de pœn.* quia Præses non Prætoris duntaxat, sed etiam Præfecti vrbis & omniũ qui in vrbe sunt magistratuum vice & partibus fungitur. *l.ex omnibus.cũ duabus sequentibus.D.de offic. Præsidis.l.si in aliquam.7. §.cum plenissimam.cum sequentibus legibus. D. de offic.*
5 *Proconsul.* † Denique Prætorem in vrbe non potuisse acriter hãc rem exequi, vel ex eo apparet quòd Prætoris edicto de iniuriis nihil statutum est, aduersus hos iudicij iniuriarum contemptores, neque iudicij iniuriarum alia pœna introducta quàm infamia, & iniuriæ pecuniaria æstimatio, *§.pœna autem. Instit.de iniur.* vt proinde cùm quis iniuriarum iudicium cõtemnit propter infamiam suam, & egestatem quasi manco & deficiente Prætoris imperio, ad Præfecti iurisdictionem tanquam ad maius tribunal recurrendum sit, & ad coercitionem extraordinariam cũ ordinaria non sufficit. Háncque interpretationem ipsa etiam legis inscriptio confirmare videtur quæ ostendit depromptam esse eam legem ex Vlpiani libro tertio De omnibus tribunalibus, in quo apparet non de Prætoris tantùm, sed etiam de Præfecti tribunalis potestate & iurisdictione eum disseruisse. Non dissimili errore apud Valerium Maximũ quodam loco scriptum legimus, datam fuisse bonorum possessionem à Calpurnio Pisone Præfecto vrbis, cùm tamen neque is Præfectus fuerit sed Prætor: neque bonorum possessionem dare Præfecti potuerint sed Prætores duntaxat, vt notissimum est. Ideoque illo loco pro Præf. legendum esse Præt. rectissimè doctissimus Cuiacius Obseruationum suarum libris adnotauit.

Capvt IX.

Malè à nonnullis emendatum esse §.si pater. l.si cùm dotem 22. D.solut.matrim. & quomodo probabilius emendari possit, ostenditur.

SVMMARIA.

1 *An si absente aut expressè contradicente filia pater dotem communem exegerit, deinde filiæ legatum reliquerit nihilominus filia a marito dotem, & legatum à patris herede consequatur?*
2 *Quid iuris si pater legauerit filiæ non adiecto eo,* dotis nomine?
3 *Pomponij de hac quæstione sententia.*
4 *Dote a patre filiæ promissa, mox deinde legata, filiam alterutra actione contentam esse debere.*
5 *Reijcitur Bartoli coniectura ad* l.4.ff.de dot.collat.
6 *An* in d.§.pater.l.si cùm dotẽ, *legatum filiæ a patre relictum dotis nomine relictum censeatur?*
7 *Cuiacij & Roberti coniectura ad* d.§.si pater.
8 *Modestini sententia* in §.qui inuita l.Titia.34.ff.de leg.2.
9 *Differre speciem & quæstionem* d.§.qui inuita *à specie* d.§.si pater.
10 *Quomodo intelligenda sint verba illa Vlpiani* in d.§. si pater, compensandum in dotem filiæ quod ei à patre datur?
11 *Variæ emendationes* d.§.si pater.
12 *Species & ratio* l.cùm pater.6.ff.de iur.dot.
13 *Quando vtile sit legatum creditori a debitore relictum?*

CVm certi iuris sit tam in exigenda, quàm in soluenda dote, quæ communis est patri & filiæ, voluntatem requiri, nec alterius facto alterius conditionem deteriorem fieri posse, *l.2. & 3. D.soluto matrim.*
† difficilis quæstio est, quid iuris statuendum 1
sit si absente aut expressè contradicente filia pater dotem à genero exegerit, deinde filiæ legatũ reliquerit, an nihilominus filiæ aduersus maritum actio de dote salua sit vt dotẽ à marito, & legatũ à patris herede consequatur. Ac siquidẽ relictum sit legatũ dotis nomine, indubitate dici potest filiam alterutro contentam esse oportere, & si à marito dotem petierit, non posse à patris herede legatum consequi, nisi plus sit in legato quàm in dote, quo casu facta compensatione vsque ad eandẽ summã quæ cõcurrit id tantummodo quod excedit in legato, ex testamento præstabitur, vt Modestinus respondit *in l.Titia.34 §.qui inuita,de legat.2.*
†Sed si filiæ pater legauerit non adiecto eo, *dotis nomine*, hic casus est de 2
quo magna contentione certarunt iam olim inter se veteres iuris interpretes, & superioribus annis in Gallia Cuiacius, & Robertus. Dubitandi verò causam præcipuam illud facit, quod Vlpianus scribit in *l.si cum dotem.21.§.si pater.D.solut.matrimon.* si pater filia absente de dote egerit, & si omissa sit de rato satisdatio, filiæ denegari debere actionem, siue patri heres extiterit, siue in legato tantũ acceperit quantum dotis nomine satis esset, eique compensandum in dotem, quod à patre datur. Quo loco manifestũ est loqui Vlpianum de legato facto non dotis nomine ex illis verbis, *si in legato tantum acceperit quantum dotis nomine satis esset*, quæ ego ita explico, Si in legato tantum acceperit quantum sufficeret, si dotis nomine legatum esset, vt intelligamus dotis nomine legatum non fuisse. Neque tamen verisimile est compensandum esse cum dote legatum quod dotis
nomine relictum non est.† Imò verò extat Pompo- 3
nij sententia *in l.4. D. de dot. collat.* si pater pro filia dotem promiserat, deinde exheredatæ vel etiam emancipatæ & præteritæ legatum dederit, filiam habere dotem præcipuam, & præterea legatum. Quod & in cæteris creditoribus generaliter traditum est. vt si iis res pignoris iure obligata à debitore legata sit, non ideò prohibeantur pecuniam creditam petere nisi voluntas testatoris compensare volentis euidenter ostendatur. *l.creditorem 85.D.de legat.* Nec dici potest cur deterior filiæ conditio esse debeat quàm cæterorum contra quos voluntatem testatoris compensare volentis nunquam præsumitur, nisi ab herede probetur *l.quingenta.12.D.de probat.* excepta vxore cui si quid à viro legatum sit, licet expressum non sit compensandi animo legatum fuisse, alterutro tamen hoc est vel dote, vel legato contentã esse eam oportebat Digestorum iure propter edictum De alterutro, quod etiam à Iustiniano sublatum est. *l.vnic.§.sciendum.Cod.de rei vxor.act.* Neque huic sententiæ vllus iuris locus est, qui repugnet.
præter *d.§.si pater.*†Nam *in l.huiusmodi.84.§.cum pa-* 4
ter.de legat.1. proponitur pater pro filia sua dotis nomine centum promisisse, deinde eidem centum eadem legasse, vt proinde mirum videri non debeat, quod Iuliano placet doli mali exceptione heredem tutũ esse si & gener ex promissione & puella ex testamento agere velint. Conuenire enim inter eos oportere vt alterutra actione contẽti sint. Cui simile est quod Vlpianus ait *in l.cùm pater.29. de iur.dot.* cùm pater dotem pro filia promittit, & dotem legat filiæ, non aliter posse filiam vtrumque consequi, quàm si ostenderit voluntatem testatoris illam fuisse vt duplicaret ei legatum, scilicet, quia dotem promiserat, & dotem legauerat, neque heredis fa-

tunt patitur vt duplici dotis præstatione eum onerari
voluisse testatorem in dubio interpretemur. *d. §. qui
inuita. & l. Lucius. 88. §. impuberem. de legat.* 2. Qua et-
iam ratione Celsus respondit ei cui legata fuerat
militia siue pecunia quæcumque redigi ex militiæ
vanditione possat, si posteà testator militiam vendi-
derit & pretiom legatario dederit, non esse ab he-
rede præstandum aliud militiæ pretium, nisi lega-
tarius eam defuncti voluntatem fuisse ostenderit.
l. Lucius Titius. 22. D. de legat. 2. Vt mirum sit *Roge-
rium, Accursium, Bartolum,* & cæteros ad *d. §. cùm pa-
ter.* scripsisse compensandi animum & voluntatem
præsumi, etiamsi aliod legatum sit, qoàm quod de-
5 bebatur. † Vnde fit vt *dict. l. 4. D. de dot. collat.* aliud
respondere *Bartolus* non possit, quàm in eiua specie
promissam fuisse quantitatem & legatam speciem,
vel contrà promissam speciem & legatam quanti-
tatem. quod neque ex Pomponij verbis colligi po-
test, neque vllo iuris loco comprobari, cùm nihil
intersit quòd pertinet ad testatotis voluntatem, an
quantitas cum specie, an cum quantitate compense-
tur, neque simila sit quod dici solet in actionibus, &
iudiciis petenti quantitatem non posse obiici com-
pensationem speciei vel ex diuerso, quoniam longè
aliud est de testatoris voluntate, aliud de actotis &
6 rei iure quærere. † Reliquum igitur est vt de Vlpia-
ni sententia in *d. §. si pater.* disputemus. Solus enim il-
le locus est, vt diximus, quo probari possit legatum
filiæ relictum etiam non adiecto eo, *dotis nomine*, cum
dote compensari. Quæ res fecit vt doctissimo *Cuia-
cio* visum sit in ea specie intelligendum esse legatum
factum dotis nomine, quasi satis expressum id sit, eo
quod lex ait alterutro contentam esse filiam debere,
& si legatum acceperit cumpensandum legatum
cum dote. *Robertus* contrà defendit non fuisse lega-
tum relictum dotis nomine, neque tamen posse fi-
liam vtriusque petere, quia in ea specie, id est, cum
pater absente filia dotem exegit, minus imputare ei
possit quàm si expresè contradicente filia egisset,
tum propter spem accessuræ voluntatis ipsius filiæ,
tum etiam quia etsi non accedat, in multis tamen
omnino quasi ea accedente dotem solus exigere pos-
sit. *l. dotem. 37. D. solut. matrimon.* vt ideò minus duplici
præstatione eius heres onerandus sit quàm si contra
expressam filiæ voluntatem pertinaciter (sic enim
7 loquitur) dotem exegisset. † Ego verò neque neces-
se arbitror comminisci quod vult *Cuiacius* apud Vl-
pianum *in dict. §. si pater.* legatum fuisse relictum filiæ
dotis nomine, neque possum mihi persuadere quod
Robertus existimat, nihil interesse an dotis nomine
legatum sit nécne, & illud duntaxat distinguendum
an absente an inuita & contradicente expresè filia
pater dotem exegerit. Nulla enim ratio est vt cum
dote compensetur id, quod dotis nomine legatum
8 non est. † Idque Modestinus ipse *in d. §. qui inuita.*
satis apertè innuit, cùm ait non esse verisimile pa-
trem duplici præstatione dotis filium eundémque
heredem onerare voluisse, præsertim cùm putaue-
rit se efficaciter, licèt non consentiente filia, insti-
tuisse aduersus generum de dote actionem. Non di-
xit, verisimile non esse patrem voluisse heredem
onerare duplici præstatione, sed adiecit, *duplici præ-
statione dotis*, quia legatum relictum fuerat dotis no-
mine: ex quo apparet relicto simpliciter legato a-
liud responsurum fuisse Modestinum, maximè cæte-
tis quoque coniectutis, quibus in ea specie motus
est cessantibus, id est si neque filius heres fuisset, ne-
que pater existimasset efficaciter se sine consensu
filiæ à genero dotem exegisse. Neque rursus dici
potest quicquam interesse an absente, an verò inui-
ta, & expresè contradicente filia pater dotem exe-
gerit. Neutro enim caso pater sine filia agere potuit,
neque maritus patri soluere, quominus integra filiæ
& salua maneat de dote aduersus maritum actio *l.
qui hominem 34. §. si gener. D. de solut.* & contradicere
intelligitur filia quæ absens est *l. 2. §. vlt. D. solut. ma-
tri.* vt rectissimè *Cuiacius* contra *Robertum* disputauit.
Ac prætetea Modestinus non illam suæ sententiæ
rationem affert, quòd patri expresè filia contradi-
xerit, sed quòd patri suo non consenserit. Nec ve-
rò vllo iuris loco reperias patrem posse agere sine fi-
lia spe accessuræ voluntatis filiæ. Nam in *d. l. dotem
37. D. solut. matrimon.* non ait Vlpianus posse patrem
de dote agere sine consensu filiæ, sed videri patrem
egisse & dotem recepisse voluntate filiæ, si ea cau-
sam contradicendi non habuit, quod omnino sic in-
telligi debet, si præsens ea fuerit, aut sciens, ne pu-
gnet, quod idem Vlpianus scribit in *d. §. vltim. l. 2. D.
eod. tit.* † An igitur dicendum est eandem esse speciē
& quæstionem *d. §. si pater.* quæ illius *§. qui inuita?* 9
Minimè verò. Etenim Vlpianus in *d. §. si pater.* de il-
lo duntaxat quærit, an si filia patri heres extiterit, aut
ab eo tantùm in legato acceperit, quantum dotis no-
mine satis esset, aduersus maritum qui absente ea
dotem patri soluit, agere de dote possit. Modestinus
verò eum casum tractat quo filia nihildum à patre
acceperit, & quærit non an contra maritum actio
ei danda sit, sed quantum à fratre heredi consequi
debeat. Inter quos casus multum interesse nemo est,
meo iudicio, qui negare possit, & miror viros doctis-
simos id non animaduertisse, qui cætera omnia tam
diligenter & subtiliter obseruarunt, vt nihil igno-
rasse aut prætermisisse videantur. Differentiæ autem
ratio aperta est, quia cum patri filia heres extitit, aut
ab eo tantum accepit quantum dotis nomine satis
esset, patris factum approbare videtur, nec amplius
dicere potest factam esse à patre conditionem suam
deteriorem: & quod patri solutum est, videtur ad fi-
liam peruenisse *l. 3. D. solut. matrimon.* vt cùm nihil fi-
lia à patre accepit, & priusquam agnoscat legatum
aduersus maritum agere vult, dubitandum non est
quin siue dotis nomine siue simpliciter legatum sit,
aduersus maritum agere possit, cùm patri suo non
consenserit, vt Modestinus ait, sed si aduersus mari-
tum egerit, legatum non petet, nisi quatenus dotis
quantitatem excedit, aut nisi simpliciter legatum
sit non adiecto eo *dotis nomine*, quo casu & dotem à
marito consequatur & legatum à patris herede, nul-
la facta compensatione. † Quod igitur Vlpianus 10
scribit in *dict. §. si pater.* compensandum in dotem
filiæ quod ei à patre datur, sic intelligendum est,
vt compensatio obiiciatur non ab herede patris sed
à marito, tum quia eum quoque casum tractat si fi-
lia ipsa patri heres extiterit, tum etiam quod aduer-
sus patrem qui dotem exegit, aut eius heredem filia
actionem nullam habeat, sed tantùm aduersus mari-
tum, qui postea dotem à socero condicere potest. *d. l.
qui hominem. §. si gener. D. de solut.* Hinc verò sequitur,
si tantundem sit in dote quantum in legato, nihil
lucrifacere filiam, quia licet ei nihil legatum esset,
dotem repetere à marito posset quasi socia & par-
ticeps obligationis, Ideoque verū non est quod Vl-
pianus ex Iuliano subiicit, in *d. §. si pater.* lucro eius
cedere, si tamen à patre cōsecuta sit, quantum ei do-
tis nomine debeatur à marito, qui patri soluit. Id e-
nim proculdubio Vlpianus intelligit plus eam con-
sequi

sequi ex testamento, quàm actione & iudicio de dote consequeretur: maximè cum præcedentia illa, *compensandum ei in dotem, quod à patre datur*, ostendant compensationem fieri vsque ad concurrentem quantitatem, quod & Modestinus ait in *d. §. quo minuta*, ac proinde nullum eo casu filiæ lucrum cedere, quia compensatio non fit ad lucrum consequendum, sed ad damnum vitandum duntaxat. & ita vt paria sint omnia, ne ex inæqualitate lucrum alter sentiat ex alterius damno. Qua de causa valde probo & laudo, quod vir doctissimus monuit, corrigendū esse responsum Vlpiani, & sic intelligendum, vt filiæ lucro cedat si amplius ei legatum sit, quàm do-
11 tis nomine debeatur à marito qui patri soluit. † Sed non possum credere quod ille putat, Vlpianum scripsisse *amplius quàm* pro eo quod legitur *tantum quantum*. Hoc enim omnino improbabile est. At longè verisimilius puto posse locum ita emendari, vt pro *nomine* legamus *minimè*, & in illis verbis, *quantum dotis*, subintelligamus *nomine*, vt in præcedentibus *quantum dotis satis esset*. *& in §. seq. filiæ satis dotis fieri oportet*. Nisi quis probabilius putet legendum esse *non*, & ex ea syllaba factum esse *nomine*, imperitia & inscitia librarij, cùm fortè ita scriptum esse *noie*, quomodo veteres scribebant. Alterutrum sanè non dicam probabile, sed necessarium est. quicquid causetur *Robertus*, qui infeliciter tentat lucrum sentire filiam in eo quòd iura omnia, quæ in dote habuit viuus pater, lucrisacit. Imò verò non lucrisacit, quoniam licet nihil pater filiæ legasset, ius illud patris morte extinctum fuisset, neque heres patris communem cum filia de dote actionem habuisset, vt ex eo intelligimus quod mortuo patre filia etiam heres patris dotem repetit iure proprio non iure hereditario. *l. si socius. 81. in fi. D. pro socio. l. pater filiam. 14. D. ad leg. falcid.* † Atqui, inquit ille, subsistit legatum, *l. cum*
12 *pater. 29. D de iur. dot.* quod non valeret si nullum ex eo lucrum, & emolumentum filia sentiret. Verùm respondeo valere legatum in ea specie, quia pater qui marito dotem promisit (de illo enim lex loquitur non de patre qui dotem filiæ nomine dedit) non ideò factus est filiæ debitor, sed mariti duntaxat cui dos promissa est. eámque ob causam lucrum sentire mulierem in eo quòd legatum dotis nomine ac quasi dotem ipsam à patris herede consequitur, aduersus quem de dote agere non potuisset, non quod plenius sit legatum dotis quàm actio de dote, quæ sanè eo casu nulla mulieri competit, neque contra maritum qui promissam dotem non accepit, neque contra heredem patris, qui nihil nisi genero promisit. Nos verò non de dote promissa disputamus, sed de dote dota & soluta, tum à patre exacta neque de illo quærimus, an legatum valeat, sed an filiæ vtilius sit legatum petere quàm agere de dote, & Vlpian. in *d. §. si pater.* cum ait *lucro filiæ cedere*, illud proculdubio intelligit vtilius esse filiæ petere legatū quàm dotem: & lucrum eam sentire, cùm iam legatum consecuta est, quod in casu proposito dici non potest si ponas tantum à patre consecutam esse filiam quantum ei dotis nomine debebatur à marito qui patri soluit. Huius enim legati vtilitas tota consistit in agendo non in consequendo, id est legatum hoc facit, vt actionem habeat filia quam non haberet, non autem plus consequatur quàm ei debeatur.
13 † Quod enim dici solet si creditori legetur ita vtile esse legatum si plus ex eo consequatur legatarius quàm pristina actione consequi potuisset. *l. sin autem. 29. de legat. 1. l. si deportati. 7. §. vltim. de legat. 3.* tunc demum rectè dicitur, cùm debitor ipse creditori suo legat. Alioqui si non à debitore legatum sit, ea saltem vtilitas legatum valere facit quod creditoris interest plures actiones habere, & aduersus eum agere posse qui debiti nomine obligatus non erat. Atque ita respondeo ad *dict. l. cùm pater.* non quomodo *Cuiacius* qui referre tantum existimat, an dos marito promissa sit duntaxat, an etiam soluta, tum à patre exacta. Quid enim interesse potest an dos bonis patris non abcesserit, an verò ad patris bona reuersa sit? Neutro scilicet casu dos à patre filiæ debetur, & ideò vtroque dotem legare filiæ pater potest. Quanquam & illud verum est dotem à patre promissam necdum solutam à patris bonis abcessisse perinde ac si soluta esset, *l. vlt. D. de dot. collat.*

CAPVT X.

Ad l. Pomponius 9. D. de neg. gest.

SVMMARIA.

1 *Quid difficilem huius legis interpretationem fecerit.*
2 *Explicatio ratiocinationis Scæuolæ in* d. l. *duplex ab Interpretibus affertur.*
3 *An verba illa dictæ legis*, videndum ergo ne in dubio &c. *Pomponij sint, an verò Scæuolæ.*
4 *Separantur verba Scæuolæ in* d. l. 9. *à verbis Pomponij, & eorum sententia proponitur.*
5 *Negotiorum gestorum actionem ratihabitione non tolli.*

Difficilem † huius legis interpretationem fecit, 1
meo iudicio, verborum contextus malè ab interpretibus acceptus, potius quam quæstionis, quæ in ea tractatur obscuritas, vt non abs re mirari quis possit tot Doctorum veterum recentiorumque ingenia in recto legis sensu perquirendo tamdiu perperam laborasse. Primus autem & præcipuus ferè omnium error ille est quòd Pomponium, quem initio Scæuola refert scripsisse, Si negotium à te quamuis malè gestum probauero, negotiorum gestorum te mihi non teneri à Scæuola reprehendi existimant iis verbis quæ sequuntur, *Videndum ergo ne in dubio hoc an ratum habeam actio negotiorum gestorum pendeat, nam*
quomodo cum semel cœperit nuda voluntate tolletur? † Sic 2
autem Scæuolam ratiocinari volunt vt Pomponij sententiam refellat hac ratione, quòd si post ratihabitionem actio negotiorum gestorum non competeret, sequeretur pendente ratihabitione pendere etiam actionem, aut natam eam & competentem nuda voluntate tolli, quorum vtrumque absurdum esse aiunt, & inde ab initio ex ipsa gestione actionem nasci existimant, quæ posteà nuda voluntate tolli non possit. Alij verò contra putant opinionem Pomponij neque à Scæuola reprobari, neque ab interpretibus iustè reprehendi, quod iam olim vetus quidam interpres quem *Bartolus* refert, Primus scripsit. Sed qui ea verba quæ suprà retuli, Pomponij non Scæuolæ esse dixerit, vt ego quidem dicendum esse arbitror, vidi adhuc & legi nemi-
nem. † Quæ tamen potissima & præcipua res est ad 5
legis sententiam assequendam necessaria, vt qui aliter sentiunt, eos necesse sit in cæteris explicandis errare & labi. Cùm enim Pomponius proposuisset, quod & verissimum est, negotiorum gestorum actione non teneri te, si negotium quamuis malè gestum probauero, putabat posse ex hoc inferri. Videndum ergo esse ne in dubio hoc an ratum habeam negotiorum gestorum actio pendeat, quia si non pe-

deret, necessariò eueniret, vt vel post ratihabitionē nuda voluntate tolleretur, quod iuris rationi non conuenit, (certis enim duntaxat modis obligationes & actiones omnes, vt contrahuntur, ita dissoluuntur.) Vel adhuc superest quod ille propter supradictam propositionem non existimabat dici posse. Illud enim sanè iustius & bonæ fidei magis cōueniēs est, vt ob negotia etiam malè gesta quæ sciens & lubens probaui negotiorum gestorum actionem mihi non tenearis. Neque verò aliud Scæuolæ iudicium fuisse credendum est, sed quod Pomponius ex hoc inferebat pendere interea actionem quasi post ratihabitionem nulla omnino superesse posset: reprehendit Scæuola, & monet etiam post ratihabitionē superesse negotiorum gestorum actionem. Et quod dici solet, te mihi non teneri, non ita accipi debere vt nulla mihi contra te, vel tibi aduersus me actio competat, sed ita potius, vt mihi inutilis futura sit, quia reprobare non possim id quod semel probaui, & quemadmodum quod vtiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita & omne id
4 quod à me probatum est.† Ergo primis verbis Pomponij, *Si negotium a te quamuis malè gestum probauero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri*, non tam Pomponij quàm communem & receptam omnium iuris authorum sententiam referri existimo, idque significare Scæuolam cùm subijcit, *Sed eo dictum* ab alijs scilicet, quàm à Pomponio. Verùm interpretationem Pomponij aut potius illationem in sequentibus non contineri, cum scripsit, Videndum ergo esse ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum perdeat, quod ante eum fortassis nemo dixerat. Ac quoniam nouum erat, ratione illa confirmat, *nam quomodo cùm semel cœperit nuda voluntate tolletur?* Hæc enim omnia Pomponij verba esse non Scæuolæ apparet cùm ex præcedentibus, tum etiam ex sequentibus. *Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit.* Quæ Pomponij esse nō Scæuolæ omnes interpretes consentiunt, & legis contextus manifestè demonstrat. Quod verò Scæuola ait, *superius*, ad supradictam sententiam pertinet quæ initio legis posita est, vt post ratihabitionem mihi non tenearis actione negotiorum gestorum, quam ita demum procedere Pomponius existimabat, si dolus malus à te absit. Scæuola verò cùm ait, *Imo puto etsi comprobem adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum.* non reprehendit quod Pomponius primo loco ex aliorum potius quàm sua sententia scripserat post ratihabitionem non teneri te mihi actione negotiorum gestorum, sed Pomponij interpretationem reprobat, qui id eò pertinere existimabat, vt nulla actio superesset. Imò verò, inquit Scæuola, actio superest, sed mihi inutilis erit, vt quanti mea interest consequi non possim, perinde ac si mea negotia bene & vtiliter gessisses, quia nihil interlit an bene gesseris an malè gesta comprobauerim. Vnde fit vt nil necesse sit dicere cum Pomponio ante ratihabitionem pendere negotiorum gestorum actionem, quod ille falsa interpretatione deceptus videbatur ob eam duntaxat causam commotus, ne absurdum illud sequeretur, vt nata & competens negotiorum gestorum actio
5 nuda ratum habentis voluntate tolleretur. † Absurdum autem esse quod Pomponius putabat, post ratihabitionem siue bene & vtiliter siue malè negotia gesta sint, tolli negotiorum gestorum actionem, Scęuola probat hoc argumento quòd ita fieret, vt si à debitore meo exegisses, aut rem meam vendidisses & ego probauissem, nulla mihi actio competeret ad recipiendum id quod à me haberes, itémque ex diuerso, vt si quid impendisses recipere non posses, quia certum sit his casibus mandati actionem non esse: cùm mandatum nullum intercesserit. Concludendum igitur est quòd Scæuola concludit, etiam post ratihabitionem negotiorum gestorum actionem superesse. Multa sunt alia quæ in huius loci interpretatione magistri nostri congerunt; de quibus quoniam sunt eiusmodi vt ad rectam quam tradidimus legis explicationem minimè pertineant, visum est nihil nunc dicere, satisque fecisse nos arbitrabimur si nouam, &, nisi fallimur, verissimam obscuri loci sententiam assecuti simus, & vt alij facilè assequi possint præstiterimus.

Capvt XI.

Emendatio §. qui dotale. l. cùm pater. 77. D. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Quomodo accipiendum sit illud quod per prudentum interpretationem inductum est, vt scil. a quocunque debitore fideicommissum vtiliter relinqui possit?*

2 *Errasse Accursium in interpretatione* l. si pecunia. 77. de leg. 1. *quæ est de fideicommisso à debitore relicto.*

3 *Cur in specie* §. pater. l. cùm quis. 35. de leg. 3. *heredibus contra debitorem actio ex stipulatu detur?*

4 *An in specie* d. §. qui dotale, *emptor debitor fuerit?*

5 *Reijcitur Pauli Castrensis ad* d. § *coniectura.*

6 *Accursij interpretatio, existimantis in specie* d. § *rogatum emtorem, vt quod iusto pretio deesset, vxori restitueret.*

7 *Emendatur* dictus §. qui dotale, *& emendatus sensus proponitur.*

CElebris † est & omnibus nota Diui Pij constitu- 1
tio, qua inductum fuit vt à depositario primum, deinde per prudentum interpretationem à quocunque debitore fideicommissum vtiliter relinqui possit. *l. si pecunia. 77 de leg. 1. l. cùm quis. 35. § pater. de leg. 3.* Quod non ita accipi debet, vt aduersus heredem agere fideicommissarius possit ad consequendas quæ heredi contra debitorem competunt actiones, sed ita potius vt contra debitorem fideicommissarius ex testamento & fideicommissi nomine vtiliter experiatur. Nam & ante Diui Pij cōstitutionem iam obtinebat, vt si à debitore fideicommissum relictū esset, heres de suis in debitorem actionibus cedendis rogatus esse videretur. *l. si seruus 108. § qui margarita. de legat. 1.* vbi Africanus hanc siue suam siue Iuliani præceptoris sui sententiam refert, quem certissimū est Hadriani temporibus floruisse annis aliquot ante Diuū Piū, qui Hadriano in imperio successit. Illud igitur Diuū Piū addidisse & constituisse necesse est, vt non iam contra heredem sicut antea, sed contra ipsum debitorem fideicommissarius agere possit, quasi tacitè rogatus videatur heres debitum remittere debitori, vt Vlpianus scribit in *d. l. si pecunia.* Vnde infert, si debitor ab herede conueniatur posse eum vti exceptione doli, & hanc rem facere vtile fideicommissum. Nempe quoniam improbè & sine causa debitor fideicommissi solutionem recusaret, cùm aduersus heredē doli exceptione sit securus. Quæ ratio fecit vt neque fideicommissarius contra heredem agere, neque debitor heredi possit soluere. Quemadmodum enim si heres contra debitorem

torem agat doli exceptione repellitur, & ideò nullas contra debitorem actiones cedere fideicommissum potest. *dict. l. si pecunia.* Ita si debitor heredi soluat sciens à se datum fideicommissum, non liberabitur quominus à fideicommissario vtiliter conueniri possit, quia sibi imputare debet quòd ei soluerit quem

2 doli mali exceptione potuit summouere. † Atque ita in quæstione illa cui potius restituere depositarius debeat, heredine an fideicommissario, Paulus pro fideicommissario respondit *in l. Publia 26. D. deposit.* quam superioribus annis primo Coniecturarum nostrarum libro explicauimus. In quo adnotare primùm licet errorem *Accursij*, qui in debitoris arbitrio, & potestate esse putat an heredi soluere velit, an fideicommissario, vt si contra heredem doli exceptione vti nolit, fideicommissum ab eo peti non possit. Nam Vlpianus in *dict. l. si pecunia* longè aliter vtile fieri fideicommissum ait, non ex eo quòd contra heredē debitor vtatur exceptione doli, sed quod vti possit. Siue ergo vtatur siue non, quia tamen vti potest, vtile est fideicommissum, & consequenter fideicommissario non heredi præstari debet. Nec probabilior est aliorum opinio qui fideicommissario dant optionem, an aduersus debitorem qui rogatus est agere velit, an contra heredem, qui rogatus non est. *ex dict. §. pater. l. cum quis. de legat. 3.* Cur enim aduersus heredem ageret qui ad aliud teneri non potest, quàm vt suas contra debitorem actiones cedat, quas porrò nullas habet, cùm si agere ipse velit doli exceptione repellatur, quasi tacitè rogatus debitum remittere debitori. *dict. l. si pecunia.* Neque in specie *dict. §. pater*, quo mouentur, fideicommissarius agit contra heredem sed contra debitorem. idque ex fideicommisso propter supradictam Diui Pij con-

3 stitutionem vt lex ait. † Heredibus verò contra debitorem actio ex stipulatu in illa specie datur. non ad consequendum id quod fideicommissario præstari testator velit, sed in id potius vt ex testatoris voluntate præstetur fideicommissum ei cui testator voluit ex iis verbis stipulationis, quæ à testatore illo interposita esse proponebatur, *mihi aut cui ego volam reddantur.* Verùm et quod dicimus & verissimū esse omnes fatentur, à quocumque debitore fideicommissum vtiliter relinqui posse, obstat valde quod Papinianus respondit in *l. cum pater 77. §. qui dotale. de legat. 2.* Si is qui dotale prædium contra legem Iuliam vendidit, vxori legatum dederit, & emptoris fidei commiserit vt amplius ei pretium restitueret. emptorem fideicommisso teneri. † Negari

4 enim non potest. licet quidam parum subtiliter negent, emptorem fuisse in ea specie debitorem, scilicet pretij, quod nondum solutum fuisse vel ex eo maximè colligere licet, quod statim Papinianus subiicit, si accepto legato mulier venditionem irritam facere vellet posse eam oblato pretio doli exceptione summoueri. Nisi fortè emptorem bis pretium soluisse diuinemus: quod non solùm probabile non est, sed etiam si verum esset, addendum erat actionem emptori aduersus heredem venditoris de euictione dandam esse. *l. si seruus 21. l. si rem 29. in princip. D. de euict.* quod tamen nec Papinianus addit, nec si addendum fuisset verisimiliter prætermisisset. Vt taceam quod lex ponit rogatum fuisse emptorem vt pretium restitueret. Propriè enim restitui dicitur pretium, quod nondum solutum est. *l. si verò non remunerandi. 12. §. inde Papinianus 8. D. mandat.* & quamuis præstari bis certa quantitas possit, bis tamen restitui, & reddi idem non potest: imò semel restitutum, si iterum præstetur, dari videtur non restitui. † Illud etiam probare non possum, quod *Paulus* 5 *Castrensis* scripsit, non fuisse emptorem fundi dotalis debitorem testatoris, propterea quod venditio contra legis Iuliæ prohibitionem facta nulla esset. *l. sibi vir. 42. D. de vsucap.* Nam cùm quærimus an in hac specie emptor fideicommisso teneatur, de illo duntaxat quærimus, verùm ab eo mulier causa fideicommissi pretium petere possit. Quod cùm sit, an non satis venditionem à marito factam confirmat & approbat? *arg. l. pen. D. de leg. commiss. l. 4. Cod. de pact. inter emptor. & venditor.* Idque & Papinianus ipse satis indicat illis verbis *si mulier doli exceptionem...* Ita innuens ratam esse venditionem si mulier velit, & fideicommissum petat. Hoc verò si ita est, an non emptor quasi debitor fideicommissi nomine teneatur? Quis enim eum audiat si mulieri fideicommissum petenti obiiciat, venditionem nullius fuisse momenti, præsertim si prædium quoque retineat? Nam vtique & rem & pretium habere non potest. *l. ... 11. §. qui autem D. de action. empt.* Et sanè quod dicimus, prædij dotalis venditionem nullam esse, sic omnino intelligi debet si mulier velit. Nam ex voluntate mulieris alienationem valuisse ante Iustiniani constitutionem certissimum est. *l. vnic. §. & cum lex. Cod. de rei vxor. action.* † Nec subtiliores sunt 6 meo iudicio qui *Accursium* secuti comminiscuntur solutum quidem esse marito pretium fundi dotalis, sed minus iustum, & rogatum emptorem vt id quod iusto pretio deesset, vxori restitueret. Nam & huic interpretationi repugnant ea quæ suprà diximus, præsertim verba illa, *oblato pretio.* ad quæ *Accursius* ipse fatetur non posse responderi, nisi subintelligas aut potius addas *iusto.* At neque hoc satis erit nisi iustum interpretere id duntaxat quod deest ad iustum pretium, quòd tamen benè & latinè dicere nemo possit. Nec est quod quis interpretationem hanc adiuuari putet ex illis Papiniani verbis quæ fortassis *Accursium* fefellerunt, *vt amplius ei pretium restitueret.* Quis enim dicat, *amplius pretium* pro eo quod deest ad iustū pretiū? Aut quis nesciat tam in libris nostris quàm apud bonos latinitatis authores idem significare *amplius*, quod *præterea*? *l. vlt. §. 1. D. de dol. mal. except. l. legata inutiliter. 19. de legat. 1.* vt Papiniani sentētia sit, maritum vxori legatū, ac præterea fideicommissum dedisse. Cùm igitur illa semper dubitatio maneat, Cur emptorem pretij debitorē fideicōmisso non teneri Papinianus responderit, qui Diui Pij constitutionem sanè ignorauit? † Cogor dicere 7 quod ante me nemo dixit, corruptū esse Papiniani responsum, & in proposita specie emptorē fideicōmissi nomine proculdubio teneri. Facile autem potuit locus restitui, cùm in Pandect. Florentin. etiam scriptum videam *fideicommissi*, non *fideicommisso* in illis verbis quæ vulgo sic leguntur, *emptorem fideicommisso non teneri constabat.* Nec improbabile sit ab imperito librario scriptum fuisse *non*, pro eo quod scribendum erat *nomine* his notis *nōie* quibus veteres librarios vti solitos fuisse certissimum est, vt significarent *nomine*, idque & nos iam alio loco suprà monuimus. Eam verò Papiniani sententiam fuisse vt emptor fideicommissi nomine teneatur præter illa quæ iam dixi, ex eo etiam conìicio quod ille subiicit, Si accepto legato mulier venditionem irritam facere vellet, posse eam oblato pretio doli exceptione summoueri. Nam si emptor fideicommisso non teneretur, neque ab eo pretium peti posset, haud dubiè dolo mulier non faceret, nec contra testato-

ris voluntatem, si venditionem irritam facere vellet. Non enim illa fuit mariti voluntas, vt legato contenta esset, cui scilicet vltra legatum precij quoque fideicommissum reliquisse proponitur. Ergo si pretium petere non possit, rationis est vt liceat ei venditionem irritam facere, & rem suam contra legis Iuliæ authoritatem venditam vendicare. Eamque ob causam non aliter posse doli exceptione vti emptorem Papinianus ait, quàm si mulieri vẽditionem irritam faciẽti pretium offerat. Debuerat igitur scribere, ita demum obstaturum mulieri doli exceptionem, si accepto legato rei suæ venditæ pretium recusaret, non autem si venditionem irritã facere vellet. Tunc enim inciperet mulier dolo facere, non cùm rem suam vindicaret, si pretium ex causa fideicommissi petere non posset, sed tunc solùm cum oblatum sibi pretium accipere nollet. Quod si quis quærat, cur hoc casu doli exceptione mulier repellatur, respondebo, quia ratio iuris facit vt duobus legatis relictis si alterutrum onus habeat, non possit id accepto altero repudiari. *l. sed duobus §. de legat.* 2. Huiusmodi verò fideicommissum pretij tacitum onus continet ne ab emptore fundus dotalis vindicetur, Heredis scilicet causa qui de euictione teneretur. Quod quanquam satis apertum est, addere tamẽ libuit vt eos refellerem, qui legatum compensandi animo vxori factum esse scripserunt. Hoc enim si ita esset, mulieri venditionem irritam facienti pretium offerre emptor non cogeretur.

Capvt XII.

Ad l. verbis. 5. D. ad leg. Falcid. & ad l. si creditori 28. de legat. 1.

Svmmarivm.

1 *Dissentio Pauli & Papiniani in quæstione illa, an quum vtile legatum est propter commodum repræsentationis, Falcidia ex eo commodo tantùm, an ex toto legato deduci possit?*

2 *Differentia inter legatum quod debiti modum excedit, & legatum quod diei aut conditionis duntaxat repræsentationem habet.*

3 *Explicatur Papiniani sententia in* d. l. 5. ad leg. Falcid. *& Accursij ad eam interpretatio reijcitur.*

4 *Retinetur & defenditur Papiniani sententia in quæstione superius proposita.*

5 *Cur in specie* dictæ l. si creditori. de leg. 1. *legatum a promissore stipulatori relictum etiam sine vllo repræsentationis commodo, vtile tamen sit, nec per Falcidiam minuatur?*

6 *Sententia & explicatio* legis sin autem. 29. de leg. 1.

7 *Differentia inter speciem & quantitatem a debitore creditori.*

Dvbitatum fuit iam olim & controuersum inter Iurisconsultos an legata purè creditori ea re, quæ debebatur in diem vel sub conditione, legatum extinguatur, si in eam causam peruenerit, à qua incipere non potuit, hoc est si viuo testatore dies vel conditio venerit. Nam Paulus *in l. debitor. 82. de legat.* 2. disertè scribit inutile effici legatum, licet ab initio constiterit: Papinianus verò cuius sententiam Iustinianus probat *in §. è contrario. Institut. de legat.* magis esse putat vt irritum non fiat, quod semel competiit in *l. verbis 5. D. ad leg. Falcid.* † Ego addo
2 quod vixdum quisquam obseruauit, in illa etiam quæstione eosdem iuris authores dissensisse, an cùm vtile est legatum propter commodum aliquod repræsentationis, falcidia ex eo commodo tantùm, an ex toto legato deduci possit. Idem namque Paulus in *l. 1. §. si creditori. D. eod.* apertè sentit falcidiam non nisi in commodo locum habere. Papinianus autem in *dict. l. verbis.* quamquam minus apertè, non tamen meo iudicio valde obscurè sic loquitur, vt doceat falcidiam ex toto legato deduci. † Differentiam e- 2
nim hanc constituit inter legatum quod debiti modum excedit, & legatum debiti, quod diei aut conditionis duntaxat repræsentationem habet, vt illud eatenus tantùm valeat, quatenus debiti modum excedit. Nam, vt ille ait, Verbis legati vel fideicommissi non necessariè hoc est frustrà & inutiliter relinquitur, quod ex debiti causa præstari necesse est. Cùm verò dies aut conditio legatum facit, non vtilitatis, inquit, æstimatio duntaxat, sed totum petetur, quod datum est. Cur non enim verbis legati vel fideicommissi vtiliter totum relinquatur id cuius nulla pars alio, quam legati iure peti adhuc posset? Idque & Paulus fatetur in *d. l. debitor*, vbi contrariam aliorum quorundam opinionem non solùm refert, sed etiam refellit, ea ratione quòd si interusurium tantum esset in legato, & fundus fortè ex die debitus legatus esset, dici non posset vtrum pecunia peti deberet, quæ non est legata, an pars aliqua fundi, quam inuenire difficile esset, vt pro commodo peteretur. Hinc porrò fieri Papinianus ait vt priore casu cùm debiti modum testamento dominus excessit, superfluum duntaxat per legem falcidiam minuatur, & non nisi in superfluo possit fidei legatarij committi.
† Cui consequens est vt posteriore casu cùm dies 3
aut conditio legatum facit, falcidia in toto legato locum habeat, ac ratione totius legati fideicommisso grauari legatarius possit. Nullam enim ex hoc querelæ occasionem legatarius habere videtur, qui imputare sibi debet, quòd legatum agnouerit, quo repudiato debitum pristina actione persequi & integrum consequi potuisset. Atque ita Papinianum explicandum esse arbitror, non quomodo *Accursium.* & *Accursium* secuti ferè omnes voluerunt, qui putant posteriore hoc casu de toto quidẽ legato falcidiam detrahi, sed ita tamen vt legati duntaxat vtilitas quã dies aut conditio remissa adfert æstimetur. Quid enim obsecro interest, an dicas falcidiam locum habere duntaxat in commodo repræsentationis, an verò in toto legato, sed vtilitate tantùm æstimata? Aut quorsum Papinianus tam diligenter inquirit, an legati vtilitas duntaxat an totum ex testamento petatur quod datum est, si eandem vtriusque sententiæ vim & potestatem esse existimauit. Dices fortasse, malam esse ratiocinationem si ex eo quod Papinianus ait, posse ex testamento peti totum, quod datum est, inferamus putasse eum falcidiam ex toto legato deduci. Idque euidenter apparere ex *d. l. debitor*, in qua cùm Paulus admittat legatum vtiliter totum peti posse, negat tamen in *d. § si creditori*. falcidiam in eo locum habere, sed in sola legati vtilitate. At respondeo, Papinianũ iis verbis, *non vtilitatis æstimatio, sed totum petetur id quod datum est.* non illud tantùm dicere voluisse quod Paulus fatetur, vtile esse totum legatum, sed etiam ex eo toto falcidiam deduci, & in solidum legatarij eiusdémque creditoris fidei committi posse, quod Paulus non admittit. Alioqui dicere meo iudicio non possis, quid sibi Papinianus velit, aut quam ob causam legatum à debitore factum, quod repræsentationis commodum aliquod habet, dissimile esse dicat ei quo quis creditori suo maiorem debito quantitatem legauit. Quemadmodum

dum enim dissimilia sunt legata. ita vtriusque potestatem dissimilem esse necesse est. Et qua ratione Papinianus infert in priore specie non nisi superfluum quod debiti modum excedit, per falcidiam minui & fideicommisso onerati posse, quia in eo duntaxat quod superfluum sit legatum consistat, sic eodem ratiocinandi genere consequi oportet vt cũ tota res est in legato ex tota re falcidia detrahatur. & in toto legato vtiliter fideicommissum relinquatur. Rursus quod sequitur apud Papinianum, etiamsi viuo testatore dies venerit, aut conditio debiti extiterit, irritum tamen non fieri legatũ, quod semel competiit, aliam sententiam habere non potest, quàm vt in eo & falcidia locum habeat & fidei committi legatarij possit: quo tamen casu cùm repræsentationis vtilitas nulla sit, falcidiam in toto legato locum habere necesse est: cuius scilicet rationem inspecto mortis tempore ineundam esse con-
4 stat *l.in quantitate.79. D.ad leg. falcid.* † Ac quamquã Pauli sententiam non solùm ab interpretibus, sed &, quod magis est, ab Vlpiano probatam esse intelligimus *ex l.si depertate.7. §.vlt. de legat.3. l.2 §.mulier. D.de dot.releg at.* mihi tamen si quod sentio liceat dicere, Papiniani opinio maiorem & certiorem rationem habere videtur. Cùm enim in creditoris potestate sit, an ex contractu agere velit postquam dies aut conditio venerit, an ex testamento statim post mortem testatoris, absurdum non est nec iniquum, falcidiam eum pati in toto legato, si legatarij
5 aut iure agere maluerit, quam creditoris. † Hæc cùm ita sint, mirum videri potest, quod ex Marcello Vlpian. scribit in *l.si creditori.28. §.vltim. D.de legat.1.* Si rem quam ex stipulatu debes mibi legaueris, vtile esse legatum, vt neque falcidia hoc minuat. Præsertim cùm in *l.seq.* Paulus scribat, si neque tempore, neque modo, neque conditione, neque loco debitum differatur inutile esse legatum. Etenim si secundum Pauli distinctionem Marcellũ interpreteremur quasi de eo debito senserit, quod vel modo, vel tempore, vel conditione, vel loco differebatur, quæ vulgaris interpretatio est, ex vtriusque legis coniunctione, vt videtur inducta, eò absurdius fiet & improbabilius quod ille dicebat falcidiam in legato locum non habere. Siue namque Pauli siue Papiniani sententiam sequare, dicendum est vel in toto legato vel saltem in vtilitatis æstimatione falcidiæ locum esse. Sed & dubitationem illud auget quod pugnantia hæc videntur, vtile esse legatum, neque tamen id per legem falcidiam minui. Nam cùm in legatis omnibus lex falcidia introducta sit, vix est vt legatum vtile dici possit quod per falcidiam non minuatur: adeò vt idem Paulus in *l.si fundus. 65. D.ad legem falcid.* non alia ratione probet vtile esse legatum si fundus quinquaginta dignus alicui legatus sit sub ea conditione, Si heredi quinquaginta dederit, quàm quod bic legatarius falcidiam patiatur. Verùm explicandus est, vt arbitror, ille Marcelli locus ex Vlpiano in *l.3. §.si rem. D.de legat.3.* vbi scriptum est in ea specie, cum rem ex stipulatu debitam creditori debitor legauit, illud ex legato creditorem sentire commodi quod rei dominium nanciscitur statim, nec expectat ex stipulatu actionem, & litis sumptus luctatur quos sustineret si ex stipulatione litigaret. Neque tamen ob has causas fidei eius committi posse Vlpianus putat, quo exemplo neque falcidiam eum pati admittendum est: ideò fortasse, quia neque loco, neque tempore, neque modo aut conditione plus ei legatum sit, quàm ex stipulatu deberetur. Et quamuis rei dominium ex stipulatu agens statim nactus non fuisset, purè tamen res debebatur, vt proinde commodum quod ex legato percipit hereditatem nil imminuat, & ex iuris potestate potius quàm ex testatoris iudicio & liberalitate proficisci videatur. Valet igitur legatum quia commodum aliquod habet, neque tamen per falcidiam minuetur, quia ex eo commodo nihil incommodi heres sentit, nec minus locupletem habet hereditatem,
quàm si nihil legatum fuisset. † At si non corpus 6
sed pecunia legata sit quæ iam purè debebatur, nulla legati vtilitas est, quia dominium pecuniæ nancisci legatarius nõ potest antè traditionem, & cùm actione ei experiundum sit, nihil eius interest an ex testamento agat, an ex stipulatione. Vnde fit vt legatum inutile sit. *l.legatũ.41. contra. D.de liberation.legat.* Quam ego sententiam esse arbitror: *d.l.sin autem.29. de legat.1.* in qua dictionem illam *debitum*, ad pecuniam numeratam duntaxat, non autem ad corpus referri existimo, quemadmodum debitor magis propriè dicitur qui pecuniam debet. *l.debitor. 108. de verb signif.* & pecuniæ appellatio quanquam generalis est vt etiam corpora comprehendat. *l.pecunia.178. D eodem.* frequentius tamen ad pecuniam numeratam coarctatur, & eo sensu passim in iure
nostro vsurpatur. † Illud ergo vtriusque legis con- 7
iunctione Tribonianus docere voluit, multum interesse an creditori debitor rem hoc, est, vt hîc ego interpretor, speciem, an quãtitatem legauerit. Priore casu vtile esse legatum, licet res purè debebatur. Ita tamen vt falcidia in eo locum non habeat. Posteriore verò inutile esse legatum, si neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco, debitum differebatur. Quod autem ad posteriorem obiectionem pertinet, facilis responsio est. Vtilia quidem esse legata omnia, quæ per legem falcidiam minuuntur, sed inde non rectè inferri, inutilia esse omnia quę non minuuntur. Vt enim vtile sit legatum, sufficit tale id esse ex quo commodum aliquod accedere possit legatario. Vt verò falcidia in eo locum habeat, illud etiam requiritur tale id esse quod hereditatis æstimationem diminuat. Ea enim duntaxat legata, quibus hereditas minus locuples efficitur, per legem falcidiam minuuntur.

CAPVT XLII.

Ad §. id quod ex substitutione. l.1. D. ad leg. falcid.

SVMMARIA.

1 *Distinctio interpretum in illa quæstione, an legatorum & portionum ratio separanda sit, si pluribus heredibus scriptis de lege Falcidia quæratur.*
2 *Portione non grauata oneratæ portioni accedente legata augeri & integra præstari si saluum quadrantem heres habeat.*
3 *Probatur solida legata præstari si ex vulgari substitutione pars onerata non oneratæ accesserit.*
4 *Cuiacij contra hanc sententiam obiectio.*
5 *An ante Seueri & Antonini constitutionem legata ab instituto relicta a substituto tacitè repetita censerentur?*
6 *Post Diui Seueri constitutionem à legitimis quoque heredibus repetita videri fideicommissa.*
7 *Inuestigatur Pauli sententia* in d. §. id. quod.
8 *Ratio dubitandi & decidendi in* eod. §.
9 *Ratio differentiæ* in d. § *propositæ inter ius accrescendi & substitutionem.*

10 *Diuersam esse speciem* dicti §. id quod à specie §. sequentis.
11 *An Iuliani & Proculi temporibus repudiata portio accreuerit heredi sine onere legatorum.*
12 *Explicatur* §. vlt. l. pater. 29. de leg. 2.
13 *Explicatur & emendatur* l. 9. ff. de vsufr. leg.

1 IN † quæstione illa, An legatorum & portionum ratio separanda sit si pluribus heredibus scriptis de lege falcidia quæratur, vulgò ab interpretibus iactari & probari solet, distinguendum esse an onerata portio accedat, non oneratæ, an ex contrario ea quæ onerata non est, oneratæ. Priore casu legata non augeri & in ea portione quæ onerata est falcidiam induci, siue ex substitutione, siue accrescendi iure accesserit. Posteriore verò confundi legatorum & portionum rationem vt solida legata præstentur, si modò totius hereditatis quæ à testatore relicta est, quadrantem saluum heres habeat. † Cuius di-
2 stinctionis posterior pars verissima sanè est & plerisque iuris nostri locis comprobata. *l. 1. § ad quod ex substitutione in princip. l. qui fundum. 87. §. qui filium. versic. quod si extranei. D. ad leg. falcid.* Ratio autem aperta est, quia hoc casu coheres qui legatis grauatus est, & cui coheredis non grauati portio accedit, siue ex substitutione vulgari, siue adcrescendi iure, comparandus videatur heredi qui ex parte purè, ex parte sub conditione institutus est, quem non aliter falcidia vti posse constat, quàm si ex vniuersa testatoris hereditate, quartam partem retinere non possit, vt Paulus ait in *d. § ad quod ex substitutione*, videtur etiam coheres institutus in portione coheredis sub hac conditione, si ea repudiata erit, cùm inuito ei adcrescat velut appendix præcedentis institutionis. *l. si quis heres. 35. D. de acquir. hered.* Sed quod ad prioris distinctionis partem pertinet, non puto veram esse generalem illam & indistinctam interpretum traditionem. † Nam si ex vulgari substitutio-
3 ne pars onerata non oneratæ accesserit, Iulianus in *d. § qui filium.* apertè scribit solida legata præstari, & confusos duos semisses efficere vt circa legem falcidiam, totius assis ratio habeatur. Nec dici potest, quod pro tuenda interpretum sententia subtiliter magis quàm verè *Iacobus Cuiacius* excogitauit subintelligendam in Iuliani specie generalem repetitionem legatorum, quæ vulgo, vt ille ait, in testamentis adscribi solebat. Nam neque ex Iuliani verbis conijci id potest, neque ratio vlla est, cur propter solam repetitionem legatorum quæ ab instituto relicta fuerant, ampliora legata substitutus præstet, quæ institutus detracta falcidia præstitisset. Sola enim repetitionis ratio substitutum durius adstringere non potest quàm institutum, & si aliud nihil consideres, dicam testatoris voluntatem illam fuisse vt perinde à substituto atque ab instituto legata præstarentur. † Nec me mouet quod *Cuiacius*
4 obijcit, Iuliani temporibus hoc est ante Seueri, & Antonini rescriptum De repetitione legatorum, ita ius fuisse vt partis ex vulgari substitutione acquisitæ legata coheres non deberet. Quamquam enim eo Imperatorum rescripto constitutum est, vt legata ab instituto relicta à substituto tacitè repetita, ex defuncti voluntate intelligantur. *l. licet Imperator. 74. de legat. 1. l. si Titio & Maeuio. 61. § 1. de leg. 2.* Ex eo tamen non rectè inferas aliud Iuliani & cæterorum Iurisconsultorum qui ante ea tempore floruerint, iudicium extitisse. Cur non enim de tacita testatoris voluntate idem iudicare & conijcere potuerint,

quod Imperatores? † A quibus si rectè inspicias, non tam ius nouum hac parte inductum est, quàm certo iure constitutum quod anteà propter obscuram testatoris voluntatem minus certum, & contentiosum esse videbatur. Alioquin fatendum erit in Iuliani & aliorum respõsis innumeris expressam legatorum repetitionem subintelligendam esse, quod mihi probabile fieri non potest. Imò quod Vlpianus ait in *d. l. si Titio. § 1.* Iuliani sententiam illam fuisse vt si alter ex legitimis heredibus, à quo fideicommissa relicta fuerant, portionem suam repudiauerit: coheres ea fideicommissa præstare non cogatur, ostẽdit potius in coheredibus ex testamento aliud Iulianum existimasse. Alioqui cur de legitimis heredibus locutus esset? † Verùm post rescriptum Seueri, à legitimis quoque heredibus repetita videri fideicommissa Vlpian. ait ad exemplum eorum qui ex testamento succedunt, quòd quemadmodum hi sic illi ex tacita testatoris voluntate ad hereditatem vocentur, *l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill.* Sed & in illa Iuliani specie de qua tractamus, nihil facere legatorum repetitionem, vel ex eo maximè colligere licet, quod apud Paulum qui post Seueri rescriptum scripsit, nemo negauerit tacitè repetita videri legata, quæ ab instituto testator reliquerat, neque tamen ideò magis coheredem eundémque substitutum ad solidorum legatorum præstationem teneri Paulus existimauit, si verùm est quod idem *Cuiacius* & plærique interpretes sentiunt, eius loci sententiam hanc esse vt per portionem oneratam accedentem non oneratæ ex vulgari substitutione, legata non augeantur. Quid enim refert an expressè an tacitè repetita sint, cùm vtroque casu eadem sit testatoris voluntas, quæ sola substitutum præstatione legatorum obligat? † Verùm neque Pauli sententiam hanc ego fuisse puto. Nam etsi de vulgata substitutione loquitur cùm ait id quod ex substitutione coheredis ad coheredem peruenit proficere legatariis, illa tamen quæ sequuntur, *sed quæ ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur*, non de substitutione intelligenda sunt, sed de iure adcrescendi, siue ponas coheredis portionem legatis grauatam adcreuisse ei cui substitutus datus fuerat, siue dicas quod forta'e probabilius est, & ex verbis §. colligi potest, tres in ea specie scriptos fuisse coheredes, à Primo nihil legatum sed ei duntaxat Secundum substitutum, à Secundo legatum fuisse suprà dodrantem, à Tertio nihil. Si enim Primi repudiantis portio ad Secundum ex substitutione peruenerit, certum est augeri legata à Secundo relicta, & id incrementum proficere legatariis, perinde àc si Secundus in sua portione scriptus fuisset purè, & in parte Primi sub conditione, Si nauis ex Asia venisset. Sed si Secundus quoque à quo legata relicta sunt, omiserit hereditatem, hoc est non tantùm portionem suam ex qua scriptus, sed etiam substitutionem, atque ita ambæ portiones Tertio qui substitutus non erat adcreuerint (cui enim alij adcrescerent?) legata à Secundo relicta non augebuntur, & iis falcidiam Tertius deducet: quia idem hoc casu obseruandum sit, acsi Secundus Primo substitutus non esset, cùm substitutionem repudiatio irritam fecerit. † Dubitandi autem causa erat, quia cùm substitutionis conditio euenisset, & in eo statu res esset vt propter substitutionem legata augerentur, videbatur non posse deteriorem fieri conditionem legatariorum ex repudiatione Secundi, cuius portio cum primi portione Tertio adcreuisset.

set. Sed decidendi ratio est, quòd ante acquisitam
substitutionem nihil iuris acquisitum sit legatariis,
indeque fiat vt repudiante Primo, tum Secundo,
Tertius vniuersam hereditatem non ex substitutio-
ne & iudicio testatoris, sed ex lege & iure adcres-
cendi consequatur, & ideò legata non augeantur.
9 † Hæc enim differentiæ causa est inter ius adcres-
cendi & substitutionem, quòd ius adcrescendi est
ex lege, ius verò substitutionis ex testatoris volun-
tate: quam ob causam cùm iudicio defuncti facul-
tates omnes per causam hereditariam ad aliquem
ex substitutione perueniunt, æquius est legata ab eo
præstari habita ratione omnium bonorum quæ te-
stator reliquit, vt idem Iulianus quamquam in alia
specie respondit *d. l. qui fundum. §. qui filios.* Qui exi-
stimant in toto *dict. §.* id quod ex substitutione, tra-
ctari de iure substitutionis non de iure adcrescendi,
ea potissimum ratione mouentur, quòd in seq. *§. si
coheredes.* tractetur apertè de iure adcrescendi, nec
probabile sit eandem sententiam superfluò repeti-
tam esse. Sed secundum interpretationem nostram
10 dici hoc non potest. † Nam in *§. si coheredes.* nihil
de substitutione proponitur, & casus longè diuer-
sus est, in quo scilicet quæritur de portione defecta
adcrescente non de repudiata, vt & ipse, *Cuiacius*
interpretatur, & coniicit rectè ex verbo, *vindicauero.
argum. l. 5. de vulgar. & pupil. substit.* In qua quæstione
maior dubitandi ratio esse videtur, quàm si repudia-
ta portio adcreuisset. quia cùm portio defecit vel vi-
uo testatore, vel post mortem ipsius ante apertas ta-
bulas iam inde ab initio semisses confunduntur, &
quo instanti coheres partem suam vindicat, eodem
necesse est vindicare eam deficientem coheredis
portionem. Vnde fit vt legata quibus in testamen-
to defecta pars onerata fuerat, ab vniuersa heredi-
tate relicta intelligantur, cùm mortis aut aditionis
tempore vnus duntaxat heres reperiatur. Quod di-
uersum est si vtrique coheredi delata sit hereditas
& vnius repudiantis portio alteri qui suam iam a-
gnouerat adcreuerit. Hoc enim casu dici non po-
test coheredem vindicare partem coheredis quæ ei
inuito & ipso iure acquiritur, & cùm coheres par-
tem suam nil oneratam & integram iam habet, mi-
nus æquum est augeri legata defectæ portionis, &
eam partem quam solam habere poterat integram
per adcrescentem diminui, quia non præstat ea le-
gata ex persona & ex parte coheredis à quo relicta
fuerant, quique falcidiam detrahere potuisset. *l. in
singulis. 77. D. eod. tit.* Et hæc fortassis ratio fuit pro-
pter quam in illa specie cùm quæreretur, an con-
fundendæ essent partes ad ponendam rationem le-
gis falcidiæ, alia fuit Cassij, alia Proculi, & Iuliani
sententia. Ac quamquam Proculi & Iuliani sen-
tentiam Paulus magis probat, mirum tamen videri
non debet quod diuum Antoninum iudicasse idem
Paulus refert commiscendas esse vtrasque partes,
nec ratio est vlla quæ cogat nos addita negatione
legere, *non commiscendas*, aut vt mihi aliquando pro-
babilius videbatur, *non miscendas*, vna duntaxat lite-
ra mutata. Nam in quæstione tam dubia & inter
ipsos etiam iuris authores controuersa credibile est
in vtram voles partem Antoninum respondisse. Cæ-
terum tractari eo loco de casu aliquo singulari ap-
paret ex illis verbis, *in qua specie.* Iuliani tamen, Pro-
culi & Pauli sententia verior est. *l. quod si alternutro.
78. D. ad legem falcidiam.* Atque ita concludere li-
cet nihil referre an adcreuerit portio portioni ex
repudiatione coheredis an alio iure. Vtroque enim
casu idem iuris est, nisi quòd portione repudiata mi-
norem res habet difficultatem quàm cùm alio iure
adcrescit. † Dices cum *Cuiacio*, Iuliani & Proculi 11
temporibus repudiatam portionem adcreuisse co-
heredi sine onere legatorum. Sed hoc iam suprà re-
futauimus. Et *§. vlt.* quo mouetur *l. pater. 29. de le-
gat. 2.* ad rem non pertinet. † Quod enim eo loco 12
Celsus scribit filium heredem cui adcreuit pars co-
heredis à quo nominatim legatum fuerat, non præ-
stare legatum, quod iure antiquo capit, intelligen-
dum videtur de parte coheredis facta caduca non
de repudiata, vt significare videntur verba illa, *quod
iure antiquo capit.* Nam lex Papia de caducis ius an-
tiquum seruauerat liberis vsque ad tertium gradum.
l. vnic. §. 1. C. de caduc. tollend. & scrsus est, portionem
defectam post testatoris mortem ante apertas tabu-
las adcrescere cum legato filio coheredi; quia nisi
id iure antiquo caperet, legatum esset caducum si-
cut & hereditas. Dici etiam illud potest alia ra-
tione Celsi responsum niti, nimirum quòd ab here-
de cuius portio defecerat, nominatim legatum re-
lictum proponebatur. Quod autem alicuius here-
dis nominatim fidei committitur, potest videri te-
stator ita demùm dari voluisse si ille heres extitis-
set; vt in eadem lege Celsus scribit. Sed ratio hæc
ab aliorum Iurisconsultorum opinione aliena est,
cùm legata ab vno ex coheredibus nominatim re-
licta à coherede præstanda esse Paulus scribat in
dict. §. id quod ex substitutione, & ex aliis locis con-
stat maximè post Seueri rescriptum, *l. cùm pater. 77.
§. cùm pater. 7. de legat. 2. l. 4. C. ad Treb.* Rursus, quod
idem vir doctissimus scribit portionem defectam
post testamentum mortuo coherede vel post mor-
tem testatoris ante apertas tabulas tam vetere iure
quàm nouis legibus Iulia & Papia adcreuisse cohe-
redi cum onere, sicut legatum quoque quod ea-
dem ratione deficiebat ex *d. l. pater in princip.* verum
etiam non est. Nam portiones quæ post mortem
testatoris ante apertas tabulas deficiebant, caducæ
erant, & fisco vindicabantur, *d. l. vnic. §. & cum tripli-
ci. & § in nouissimo. & C. de caduc. tollend.* ac proinde
ius adcrescendi in iis locum habere non poterat.
Ea verò quæ viuo testatore deficiebant, & erant in
causa caduci, quamquam ad fiscum non deuolue-
bantur (tametsi malè contrà vulgo creditum sit) vt
ex innumeris iuris locis probari potest *l. cum ex filio.
39. §. vlt. de vulgar. & pupill. substit. d. l. 1. l. pater. l. si ab eo.
9. de vsufruct. legat. l. vltim. D. si pars heredit. pet. l. ad epi-
stolam. 75. D. ad S.C. Trebell.* remanebant tamen pe-
nes heredem aut eos à quibus relicta fuerant sine
onere vt constat ex *d. l. vnic. §. pro secundo.* vbi Iusti-
nianus corrigendo, vt ille ait, ius vetus constituit
manere hæc apud eos omnes à quibus sunt relicta
cum onere & grauamine adiuncto qualecunque il-
lud sit, siue legati aut fideicommissi aut conditionis
implendæ causa, aut quacumque alia via excogita-
tum. Neque vllus iuris veteris locus est qui hæc re-
manere dicat cum onere, præter *dict. l. pater. in prin-
cip.* cuius tamen casum specialem esse vel ex ipsis
legis verbis coniici potest. Et eam fortasse ratio-
nem habet quòd concubinæ fideicommissum reli-
ctum fuerat cui omnimodo testator relicturus vide-
batur propter affectionem personæ. arg. *l. cum alie-
nam. 10. C. de legat. iunct. l. item legato. 49 § pen. de le-
gat. 3. l. Caius 45. D. de iure matrim.* † Possit etiam quis 13
obiicere *l. ab eo. 9. D. de vsufruct. legat.* in cuius specie
heres penes quem remanet legatum vsusfructus fi-
deicommisso oneratum, fideicommissum nihilomi-

nus præstat, siue legatarius legatum repudiauerit, siue viuo testatore decesserit. Sed hęc postrema verba ad militis testamentum referenda videntur, cuius fauore fortassis dici potest fideicommissum deberi ab eo penes quem legatum remanet, ne militis voluntas intercidat, quæ ex nuda verborum conceptione potius quàm ex iuris communis ratione æstimatur. Nisi quis malit dicere, illud duntaxat Iustinianum induxisse vt is penes quem remanet legatum quasi caducum, sentiat onus adnexum nõ tantùm fideicommissi sicut iure vetere, sed etiam aliud quodlibet puta eius quod conditionis implendæ causa relictum est, & alia huiusmodi quibus iure vetere non obstringebatur. Aut potius ea verba *vel viuo testatore decesserit*, à Triboniano vel aliquo interprete ad Vlpiani textum addita esse propter Iustiniani nouam constitutionem, vt plerisque aliis locis factum est, quod mihi probabilius sanè videtur. Illud planè constat iure vetere iam obtinuisse vt portio coheredis in causa caduci adcresceret coheredi cum onere præsertim post Diui Seueri constitutionem. Nec de hoc casu Iustinianus loquitur. Nam portio coheredis non relinquitur à coherede, neque ad eam possunt adaptari verba illa constitutionis *sancimus ea quæ euenerint simili modo manere apud eos à quibus sunt relicta*. Verùm de his iam satis.

CAPVT XIV.

Ad l. 2. & 3. D. ad S.C. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Goueani distinctio ad interpretationem.* l. 2. & 3. ad S.C. Trebell.
2 *An in posteriore dictæ distinctionis parte Celsus à Marcello dissenserit?*
3 *Reijcitur dicta Goueani distinctio & emendatio ad* d. l. 2. ad S.C. Trebell.
4 *Sententia* §. item Pomponius. l. 3. ff. cod. tit.
5 *Diuersas in dictis legibus a Celso & Marcello tractari quæstiones.*
6 *Quomodo legatorum ratio ponenda sit, quum is qui quadringenta in bonis habebat trecenta legauit & heredis fidei commisit, vt alteri constitueret, nec de eius voluntate constat?*
7 *Cur in specie* d. l. 2. *Celsus integrum legatorum onus ad fideicommissarium pertinere voluerit?*
8 *Quo sensu in* d. l. 2. *dicatur legatorum onus ad fideicommissarium pertinere.*
9 *Quomodo facienda sit computatio, si testator legatorum onus non ad fideicommissarium sed ad heredem pertinere voluerit.*
10 *An cùm deductis legatis restitui hereditatem testator iussit, legatorum onus ad heredem, an vero ad fideicommissarium pertineat?*
11 *Vera Celsi dubitatio in specie* d. l. 2.
12 *Emendantur vltima verba* d. l. 2.

1 AVdio † doctissimum virum Antonium *Goueanum* in eruditis suis prelectionibus ad S.C. Trebell. cùm interpretaretur quæstionem *l. 2. & 3.* eius tituli, distinguere solitum fuisse, an is qui quadringenta in bonis habebat & trecenta legauit, hereditatem restitui iussetit simpliciter, an deductis legatis, aliter enim atque aliter legata præstari. Nam cum qui simpliciter hereditatem restituere rogatus sit cum onere legatorum restituturum ita vt nullam ipse oneris partem subeat ex Trebelliano siue ex Pegasiano restituat, sed falcidiam illibatam & intactam habiturum, quando fideicommisso non de legatis retinebit. In proposita igitur specie fideicõmissarium trecenta legatariis pręstaturum quoniam ipse falcidiam inducere non possit. Eandémq. præstandorum legatorum rationem esse si suspectam heres dixerit hereditatem. Quòd si testator legata ad onus heredis esse voluerit, hoc est, vt ille dicebat, si deductis legatis hereditatem restitui iusserit tam de legatis quàm de fideicommisso heredem quartam retenturum, indéque futurum vt minus legatarij consequantur, quàm si cum onere legatorum hereditas restituta esset. † Atque hoc posteriore casu cùm quæritur, qua ratione legatorum & fideicommissi falcidia ponenda sit, existimabat vir doctissimus Celsum à Marcello dissensisse. Et Celsum in ea fuisse opinione vt de trecentis legatis heres septuagintaquinque retineret, de centum vero quę in fideicommisso essent, vigintiquinque. Ratione illa quòd legatis trecentis, & herede rogato restituere hereditatem deductis legatis, id duntaxat videatur heres rogatus restituere, quod ei muneribus hereditatis perfuncto post legatorum præstationẽ superesset, hoc est centum ex quadringentis, quæ fideicommissarius habiturus sit si heres coactus adierit, aut heres ipse tam ex legatis quàm ex fideicommisso pro rata deducturus, si sponte hereditatem agnouerit. Marcellum verò magis fauorabilem fideicommissario rationem induxisse, vt trecentis in partes septem diuisis quatuor fideicommissarius ferat; tres legatarius, ac si per fideicommissum quadringenta relicta essent, & legata trecenta. Amplius enim fideicommissum videri parte vna, quàm legatum: quare etsi suspecta hereditas diceretur, cẽtum, quę heres amisit, & quatuor partes trecentorum fideicommissarium habiturum, ne plus ferant legatarij ex recusatione heredis quàm tulissent sponte adita hereditate. † Sed quoniã distinctio hæc Celsi verbis non conuenit, qui tota lege non nisi de eo herede loquitur, quem cum onere legatorum fideicommissum restituere testator voluit, putabat vir alioqui peracutus, & summo ingenio præditus, Celsi textum corruptum esse, & in illis verbis, *nam heres hoc rogatus intelligi debet vt te suo loco constituat*, legendum esse addita linea integra *nam heres qui rogatur deductis legatis hereditatem restituere, hoc rogatus intelligi debet, &c.* Verum si vtriusque legis verba diligentius perpendas, neque supradicta distinctio vera est, neque emendatio probabilis. Quamquam enim multum interest an legatorum onus ad heredem an verò ad fideicommissarium pertinere testator voluerit, vt apertè Marcellus distinguit, nihil tamen interest an simpliciter, an deductis legatis hereditatem restituere heres sit iussus. Etenim vtroque casu certum est, legata esse ad onus fideicommissarij non heredis, vt vel ex eo maximè colligere licet quòd Vlp. *in d. l. Marcellus*, postquam de eo casu tractauit quo testator ad heredis onus legata esse iussit, aliam quæstionem tanquam diuersam subijcit *in* §. *item Pomponius*, † Si deductis legatis restituere quis hereditatem rogatus sit, vtrum solida legata pręstet & quartam ex solo fideicommisso detrahat, an vero & ex legatis & ex fideicommisso falcidiam deducat. In qua quæstione longe aliter responderet ex Pomponij sententia, quàm in præcedenti Marcellus respondisset. Ille enim dicebat legatorum in septem diuisionem fieri debere, & ex iis legatario præstari tres duntaxat reliquas quatuor fideicommissario. Pomponius verò in ea specie quam tra-

ctat

2 (margin, beside "hereditas restituta esset. † Atque hoc posteriore")
3 (margin, beside "adita hereditate. † Sed quoniã distinctio hæc Celsi")
4 (margin, beside "hereditatem rogatus sit, vtrum solida legata pręstet")

ctat cùm heres deductis legatis restituere rogatus
est, dat ei quadrantem tam ex legatis, quàm ex fidei-
commisso conficiendum, & ea trecenta quæ legata
proponuntur nihil fideicommissario tribuit, sed in-
tegra legatario, exceptis tantum quinq. & septua-
ginta quæ necesse est penes heredem iure falcidiæ
remanere, & detractis etiam quinque & viginti ex
centum quæ sunt in fideicommisso, integram falci-
diam, hoc est centum consequatur. Hanc enim Pō-
ponij sententiam fuisse interpretor, quæ tamen cum
Marcelli opinione pugnaret, si nihil interesset an fi-
deicommissum ab herede legatis deductis relin-
queretur, an ad onus heredis legata præstarentur.
Deinde secundum *Goueani* interpretationem, & e-
mendationem eueniit, vt in eadem prorsus specie ad-
mittendum sit, contrarias fuisse Marcelli & Celsi o-
piniones, quod facilè admittendum non est neque
hoc neque alio vllo casu, nisi cùm tam aperta est
dissensio & dissentiendi causa vt nulla satis recta
5 reconciliationis ratio iniri posse videatur. † Quod
etsi plerisque iuris nostri locis Triboniani incuria
accidisse non inficior, attamen in proposita quæstio-
ne nihil clarius, & certius est, quicquid post Azo-
nem Eguinarius Baro & alij nonnulli scripserunt,
quàm diuersas à Celso & Marcello tractari quæ-
stiones. Illud sanè verum est apud vtrumque hanc
institui disputationem, Quomodo legatorum ratio
ponenda sit, si is qui quadringenta in bonis habebat
trecenta legauerit & heredis fidei commiserit vt al-
teri hereditatem restitueret. Sed de illo casu Mar-
cellus tractat, quo testator ad onus heredis legata
6 esse dixit. † Celsus verò cùm de testatoris voluntate
non constat, quo casu præsumendum est voluisse
eum onus legatorum ad fideicommissarium perti-
nere. Neque ratio vlla facit cur apud Celsum de
vtroque casu tractari comminiscamur, cùm tam in
principio, quàm in fine legis trecenta legatario de-
beri concludat, nisi cùm herede sponte adeunte
quarta ex iis deducenda est. Tum verò si quid in-
teresset an simpliciter an deductis legatis restitui
hereditatem testator voluerit, incōcinnè & parum
accommodatè Celsus post illa verba, *tota trecenta te-
Titio dare debere*, rationem hanc subiunxisset, *nam
heres qui rogatur deductis legatis hereditatem restituere,
hoc rogatus intelligi debet, vt se suo loco constituat.* † Il-
lud enim palam est, Celsum his verbis, & aliis quæ
sequuntur rationē reddere voluisse eius quod prius
dixerat, fideicommissarium tota trecenta Titio le-
7 gatario debere. Ratio autem recta & aperta illa
est, quòd heres hoc rogatus intelligi debeat vt suo
loco fideicommissarium cōstituat, & quicquid per-
functus muneribus hereditariis, id est post legato-
rum dationem reliquum habiturus esset si non esset
rogatus, fideicommissario restituat, hoc est centum,
ac si trecenta Titio dare damnatus esset, & fidei-
commissario centum. Vnde fit vt si hereditatem sua
sponte heres adierit, dare Titio ducēta vigintiquin-
que debeat, fideicommissario autem septuaginta-
quinque, vt lex ait, quoniam ita fit, vt hereditatis
totius quadrantem hoc est centum pro falcidia re-
tineat. Nec minus ratio hęc locum habebit, si sim-
pliciter, quàm si deductis legatis hereditatem resti-
tuere iussus proponatur, cùm vtroque casu legato-
rum onus ad fideicommissarium pertineat, vt suprà
8 probauimus. † Quòd si quis dicat eo casu quo le-
gata ad onus fideicommissarij esse testator voluit,
heredi cum legatariis rem non esse, & ideò ex lega-
tis quartam eum deducere non posse, sed ex solo fi-
deicommisso, respondebo, quòd dicimus legatorum
onus ad fideicommissarium pertinere si ita testator
dixerit, non sic accipi debere quasi per manus fi-
deicommissarij non heredis legata præstentur, sed
sic potius vt quæ heres præstitit, fideicommissum
minuant, non respectu heredis qui omni casu nihil
nisi quadrantem habere potest, sed legatariorum
quibus ampliora legata præstantur, quàm si ad onus
heredis legata esse testator voluisset. Idque apertè
Celsus docet, cùm scribit præsumendum esse, testa-
torem cum onere legatorum fideicommissum resti-
tui voluisse, & ex eo nimirum infert præstari legata-
rio integrum legatum. Ac si testator vniuersam he-
reditatem restitui iussisset, deinde à fideicommissa-
rio non ab herede legatum reliquisset. Nihil enim
aliud est legatorum onus ad fideicommissariū per-
tinere, quàm sic falcidiæ rationem iniri ab herede,
ac si legata non ab eo sed à fideicommissario relicta
essent. † Ac cùm ad heredis onus legata esse testa- 9
tor dixit, si quod superest in hereditate solutis lega-
tis ad falcidiam satis sit, nihil heres ex legatis dedu-
cet, neque item ex fideicommisso cum detracta fal-
cidia nihil sit reliqui. Sed cum falcidię nomine cen-
tum, quæ deductis legatis supersunt retinuerit, ne-
que aliquid supersit quod restitui possit ei cui testa-
tor totam hereditatem per vniuersale fideicommis-
sum restitui voluit: Cogimur dicere quod subtiliter
Marcellus excogitauit, sic faciendam computatio-
nem, ac si quadringenta per fideicommissum essent
relicta, trecenta verò legata, vt in septem partes tre-
centa diuidantur, & ferat quatuor partes fideicom-
missarius, tres legatarius. Nam aliter constituto iu-
re fieret vt nihil fideicommissarius haberet: idque
contra testatoris voluntatem, quæ illa fuit vt parte
vna plus haberet fideicommissarius quàm legata-
rij. Neque hoc casu ex legatis falcidiæ pars dedu-
ci potest, & ex fideicommisso suppleri vt contingit
si deductis legatis hereditatem restituere hoc roga-
tus sit: quoniam ad heredis onus testator legata es-
se voluit, nec legatariis priusquàm fideicommissa-
rio satisfieri, vt eò amplius fideicommissarius con-
sequeretur, quod non eueniret si tam ex legatis quā
ex fideicommisso falcidia deduceretur. † At cùm 10
deductis legatis restitui hereditatem testator iussit,
quamquam vniuersale fideicommissum est non par-
ticulare. *l. cogi. 16. §. unde quæritur. D. ad S.C. Trebell.*
Quia tamen prius satisfieri legatariis quàm fidei-
commissario testator voluit, fieri contra volūtatem,
si ex ea summa quæ legata est aliquid fideicommis-
sario tribueretur. Imò integra præstanda est lega-
tariis, detracta duntaxat per heredem falcidia, qui
quoniam totius hereditatis quadrantem habere de-
bet, id quod deest ex fideicommisso deducit. *dict. l.
Marcellus. §. item Pomponius.* Hoc enim casu fidei-
commissarium non heredem legatis oneratum esse
scriptum est in *d. §. item quæritur, & in l. 1. §. si is qui
quadringenta. 17. D. eodem.* Ex quo *Goueani* sententia
apertissimè refellitur, non solùm in eo quod nihil
referre putat an deductis legatis hereditatem resti-
tui testator iusserit, an ad heredis onus legata esse
voluerit: Sed in illo etiam quòd ait falcidiæ ratio-
nem ineundam esse secundum Marcelli computa-
tionem, si deductis legatis restituere hereditatem
heres rogatus sit. † Illud quoque vir doctissimus a- 11
nimaduertere debuerat, non de illo præcipuè Cel-
sum dubitare quomodo falcidiæ ratio ponenda sit,
siue simpliciter, siue deductis legatis restituenda sit
hereditas, sed potius quantum in illa specie legata-

rio præstare fideicommissarius deberet. Proponebatur enim heredem coactum adiisse, qui si sponte adiisset, ex trecentis septuaginta quinque deducere potuisset. Videbatur autem fideicommissarium cuius lucro heredis recusatio cessisset, non nisi ducenta vigintiquinque Titio præstare debere. Quomodo Marcellus apertè diffinit in ea specie quam tractat, cùm ait, iniquissimum esse plus ferre legatarium ideò quia suspecta dicta est hereditas, quàm tulisset si sponte adiisset hereditatem. Ac sanè ita est si ad heredis onus legata esse testator voluerit. Sed si eum onere legatorum fideicommissum restitui iusserit, qui casus est de quo Celsus disputat, non idem dici potest, quia cùm in ea specie vt ipsa non tam hereditas restituatur, quàm id quod ex hereditate superest, vt Vlpianus scribit in *dict. §. unde quæritur.* potior est legatariorum quàm fideicommissarij causa, neque testatoris volũtas patitur vt falcidiam quam heres sponte adeundo deducere potuisset, fideicommissarius retineat. quoniã non nisi id quod deductis trecentis superesset, hoc est centum restitui voluit. Hinc verò manifestè sequitur plus legatario deberi, cùm heres suspectam hereditatem dixit & adire coactus est, quàm si iniussu Prætoris & sponte adita hereditas fuisset. Illo enim casu trecenta integra consequitur, hoc verò non nisi duceota

12 & vigintiquinque, vt Celsus ait. † Ergo tollenda negatio est in postremis illis verbis, *non ergo plus Titio debetur, quàm si iniussu Prætoris adita hereditas foret*, ne illatio prorsus falsa sit & præcedentibus ex diametro repugnet. Nisi quis probabilius putet pro *non* legendum esse *nunc*, hoc est, in casu proposito: cùm vt diximus, heres suspectam hereditatem iussu Prætoris adiisse proponeretur. Vtcunque verò sit, facilè potuit error nasci vel ex librarij incuria, vel imperiti alicuius interpretis audacia, moti fortasse ex eo quod in *l. seq.* Marcellus scripsit, iniquum esse plus vno casu ferre legatarium quàm altero. Verùm aliam Celsi aliam Marcelli quæstionem esse ostendimus: & sicut casuum diuersitas diligenter discernenda est, ita quæ ad eos casus accõmodari possunt rationes distinguendæ sunt, quemadmodum à nobis hoc capite non insubtiliter factum fuisse existimamus, contra omnes interpretum omnium opiniones.

CAPVT XV.

Emendatio §. vlt. l. 1. D. de leg. 3.

SVMMARIA.

1 *An inferioris gradus agnatus fideicommissum a primo gradu relictum præstare debeat, vel non?*

2 *An Seueri & Antonini constitutio, qua legata ab instituto relicta à substituto repetita videntur, ad intestati quoque causam pertineat?*

3 *Differentia inter ius accrescendi, & substitutionem.*

4 *Codicillis ab intestato factis, & relictis fideicommissis, quemlibet intestati successorem fideicommissa debere.*

5 *Explicantur & emendantur vltima verba* d. §. vlt. l. 1. de leg. 3.

1 NOn † puto verum esse, quod ab Vlpiano scriptũ legimus in *l. 1. §. vlt. D. de legat. 3.* Si quis intestatus decedens, ab eo qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, & ad sequẽtem gradum successio deuoluta sit, fideicommissum non deberi. Repugnat enim quod in eadem lege paulò ante idem Vlpianus scripsit, posse quem fidei committere eorum ad quos morte eius aliquid peruenturum est, siue iis aliquid detur, siue quod adimi poterat non adimatur, nec tantũ proximi bonorum possessoris, verùm inferioris quoque fidei committi posse. Adeò vt eius etiam qui nondum natus est fidei committi possit, si modò talis sit qui cùm nascetur, sit successurus. Cui consequens est vt in alio casu cùm à primo gradu fideicommissum relictũ est, & ad sequẽtem deuoluta successio, fideicommissum deberi, Vlpianus responderit. Quod & verba illa significare videntur, *Illud certè indubitatè dicetur.* Sic enim iuris authores loqui solent cùm à casu magis dubitabili ad minus dubitabilem progrediuntur. Sed me illud omnium maximè mouet quod Vlpianus subiicit, *& ita Imperator noster rescripsit.* Nullum siquidẽ extat rescriptum Seueri, aut Antonini quos Vlpianus Imperatores suos dicit, quo tale aliquid cautum reperias vt inferioris gradus agnatus fideicommissum à primo gradu relictum præstare non debeat. † Quin ex contrario idem Vlpianus refert 2
in *l. licet Imperator. 74. de legat. 1.* Imperatorem Antoninum cum patre Seuero rescripsisse, voluntate testatoris repetita videri à substituto, quæ ab instituto fuerunt relicta siue legata sint siue fideicõmissa. Quæ constitutio licet ad causam testati maximè pertinet, quoniam ab intestato neque institutio neque substitutio vlla esse potest, tamen per prudentum interpretationem ad causam quoque intestati tracta est, vt idem quoque Vlpianus scribit in *l. si Titio. 61. §. Iulianus. de legat. 2.* vbi ait non posse post illud Imperatoris Seueri rescriptum admitti, & defendi quod Iulianus scripserat, si alter ex legitimis heredibus portionem repudiasset, cùm essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem eius non esse cogendum præstare fideicommissum, & ad eum portionem sine onere pertinere. Nam quemadmodum fideicommissa ab intestato relicta à substitutis debẽtur, ita & coheredem quasi substitutum cum suo onere consequi adcrescentem portionem. Quòd si ea Seueri & Antonini constitutio quæ de substituto loquitur, ad coheredem legitimum tanquã substitutum protracta est, an non maior ratio facit vt ad eum qui in secundo gradu ab intestato succedit, quàm ad legitimum coheredem extendatur? Cùm enim substitutio nihil aliud sit quàm secunda institutio, vt interpretes nostri post *Accursium* diffiniũt, hoc est, vt Caius in Institutionib. dixit, secundi heredis institutio, an non in successione intestati rectius substitutus dicetur, an saltem substituto comparabitur is ad quem secundo gradu successio deuoluitur, quàm coheres legitimus, qui nec si testamentarius esset, substitutus verè dici posset? † Longè 3
enim diuersa causa est iuris accrescendi, & substitutionis *l. si ex pluribus. 9. D. de suis & legit.* & coheredi inuito, ac pręter testatoris voluntatẽ, deficiẽs portio adcrescit, quæ substituto non nisi volẽti & ex testatoris iudicio acquiritur. Ergo fideicommissum quod à primo gradu relictum est, ab inferiori, si ad eum deuoluta successio sit, præstari debet, idque ex Seueri rescripto & prudẽtum interpretatione adeoq. ex tacita defuncti voluntate: quam pręsumẽdum est talẽ fuisse, vt non amplior hereditas ad inferioris gradus agnatos quã ad proximos perueniret, arg. *l. Publius. 36. §. Titia codicillis. D. de cond. & demonstr.* Id verò accideret, si fideicõmissum à primo gradu relictũ à sequẽti tacitè repetitũ nõ intelligeretur. Neq. sanè dissimilitudinis ratio vlla probabilis reddi potest cur fideicõmissa ab instituto relicta à substituto debeantur, ea verò quę à proximo agnato data sunt, si

sequenti

sequenti gradui locus fiat, minimè debeantur. Vtro-
que enim casu fideicommittentis voluntas eadem
est quæ non minus à legitimis heredibus quàm ab
iis qui ex testamento succedunt seruari debet, cùm
ab intestato succedentibus paterfamilias sponte sua
relinquere legitimam hereditatem existimetur. *l.*
conficiuntur.8.D.de iur.codicill. † Vnde fit vt ab inte-
4 stato factis codicillis, & relictis fideicommissis, qui-
libet intestati successor fideicommissa debeat, &
locum habeant codicilli, nec intersit quis succedat
dum intestato succedat, vt Paolus ait in *l. ab intesta-*
to.16.D.eod. siue fideicommissa hoc modo relicta
sint, *Quisquis mihi heres erit.vt in §.3. D.eod.* siue ab eo
gradu qui primum in successione intestati locum
obtineat, vt in *d.l.1,§. vl.de leg.3.* Nec ad rem perti-
net si quis obiiciat in specie *l.pen. D.de iur. codic.* po-
sthumum nullam partem debere legatorum quæ fi-
lio iam nato in codicillis ab intestato factis pater
reliquerat. Illic enim de posthumo pater nihil spe-
rauerat, vt lex ait, proinde non poterat videri onera-
tum voluisse eum de quo nil cogitasset, præsertim
filium cuius fauorabilior quàm cæterorum ab inte-
stato succedentium causa esse solet. Sed de iis quos
lex ad intestati successionem secundo loco vocat,
non similiter dici potest, defunctum non cogitasse.
Quis enim ignoret proximis heredibus legitimis re-
pudiantibus aut præmorientibus ad sequentem gra-
dum successione in deuolui?† Sed & quod apud Vl-
5 pianum sequitur in fine *d.l.1.de leg.3.* Si à patrono fi-
deicommissum relictum sit, & aliquis ex liberis eius
mortuo eo admissus sit ad bonorum possessionem,
idem esse dicendum, vix aliam interpretationem re-
cipere potest, quàm vt à patronis liberis fideicómis-
sum debeatur. Nam cùm patrono mortuo siue ante
siue post mortem liberti, patroni filius tanquam pro-
ximior ad intestati successionem vocetur, æquissi-
mum sanè est, vt quemadmodum patris locum sub-
iottar, ita quod patri iniunctum erat onus sentiat, &
fideicommissum à patre relictum restituat, ne alio-
qui locupletiorem hereditatem consequatur, quàm
consecutus fuisset pater, qui fideicommissum de-
buisset. Hæc cùm ita se habeant, dubitandum non vi-
detur, quin apud Vlpianum tollenda sit negatio in
illis verbis *eum fideicommissum non debere.*

CAPVT XVI.

Emendatur §.tandiu.l.qui bona. 23.D.de acquir. rer. domin.

SVMMARIA.

1 *Abundare negationem* in §.generaliter.d.l.qui bona.
2 *Emendatur* §.si quis duobus.d.l qui bona, *& à tri-*
plici mendo repurgatur.
3 *An seruus alienus, vel liber homo quem bona fide emero*
tandiu ex re mea vel ex operis suis mihi acquirat,
quandiu à me euictus non fuerit, licet alienum vel li-
berum esse scire cœpero.
4 *Distinguendum esse in dicta quæstione inter hominem*
liberum & alienum seruum.
5 *Tolluntur verba irreptitia* è d.§ tandiu.

PRæclarè & ingeniosè *Iacobus Cuiacius* obseruatio-
nũ libris annotauit deprauatissimũ esse textum *l.*
qui bona fide.23.in §.generaliter.& §.si quis duobus.D.de
acquirend.rer.dom. & quomodo emẽdandos sit expli-
cauit.† Nihil enim certius ac verius dici potest, quã
1 quod ille scribit in *§.generaliter*, illis verbis, *quod autẽ*
ex re eius sibi acquirere non potest, negationẽ abundare,
eaque sublata legendũ esse *quod autẽ ex re eius* Nullo
siquidẽ iuris loco scriptũ reperias, acquiri quicquam
bonæ fidei possessori per liberum hominẽ, nisi quod
vel ex re possessoris vel ex hominis liberi operis ac-
quiratur. Atque ita sine negatione scriptũ vidi in ve-
tere codice quo Taurini per aliquot annos vsus sum,
cuius authoritas cum iuris ratione coniuncta fecit
vt ab eo tempore de viri doctissimi coniectura quã
semper probauerã, nihil amplius dubitandũ putaue-
rim.† Quod etiam idem vir doctissimus docuit in §. 2
si quis duobus. erratum esse in illis verbis, *aut si liber*
sit, ei qui fide bona seruiat, & legendum potius, *aut si li-*
ber sit sibi an vero ei debeat, &c. eiusdem codicis au-
thoritate confirmatur, in quo sic legitur *aut si liber*
sit, sibi vel ei cui bona fide seruit. Sed omnino delenda
sunt verba illa *vel ei cui bona fide seruit.* cum in Pand.
Florent. lineis incerclusa sint, quomodo cætera quæ
germano textui ab interpretibus addita esse existi-
mantur, & apertius est, ex iis præcedentibus *verũ pro*
parte ei cui bona fide seruit. Siue enim seruus, siue liber
homo sit, qui bona fide possidetur, à duobus, & ex al-
terutrius re acquisiit, quæstio est an totũ acquisiuerit
ei ex cuius re est, & à quo bona fide possidetur, an
partem duntaxat, & alteram partẽ domino si seruus
sit, aut sibi ipsi, si liber homo. Iis verò verbis su-
blatis poterit recepta lectio defendi, si admittamus
Vlpianum eo loco *aut si liber sit, ei*, contra Gramma-
ticorum regulas dixisse *ei* pro *sibi*, quemadmodum &
paulò antè *in §. generaliter.* dixerat contrario errore
quod ex re sua pro eo quod dicere debuerat *quod ex*
re eius cui bona fide quis seruit. vt verba ipsa textus ex-
plicant: quem satis frequentem esse Iurisconsulto-
rum nostrorum errorem *Laurentius Valla* Gramma-
ticus cùm Pandectas reprehendẽdi potius quàm dis-
cendi studio legeret, sæpius obseruauit, & nos non
negamus. Tertium ac longè periculosius mendum
est in illis verbis, *rationem facere vt ei duntaxat in soli-*
dum acquirat, in quibus rectissimè & verissimè idem
Cuiacius monuit legendum *partem* pro eo quod
scriptum est *in solidum.* Eam enim Scæuolæ senten-
tiam fuisse quam Vlpianus refert ex lib. 2. quæstio-
num, vt in proposita quæstione, seruus, vel liber ho-
mo partem duntaxat acquirat ei ex cuius re stipula-
tur, idem Vlpianus apertissimè scribit *in l. sed & si*
quid.25 si duos. D.de vsufru. Idque adeò certum, & ve-
rum est, vt nihil vnquam verius aut elegantius à vi-
ro doctissimo obseruatum fuisse videatur. Sed illud
etiam obseruandum erat quod nondum ab eo ob-
seruatum miror, non minus corruptum esse textum
in §.tandiu d.l.qui bona, vbi Vlpianus primùm monet
tamdiu acquirere seruum vel liberum hominem,
quamdiu bona fide seruit.† Tum quærit. Si possessor 3
cœperit scire eum esse alienum vel liberum, an ei ac-
quirat is qui bona fide possidetur, hoc est verũ pos-
sessionis initium spectandum sit an singula momen-
ta? Respondet autem magis esse vt singula momenta
spectemus. At videamus ne verius sit seruum alienũ
quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea vel
ex operis suis acquirere, quamdiu à me euictus non
fuerit, licet ante euictionem alienum eum esse scire
cœpero, vt disertè scriptum est in *l.qui scit.25. §.vlt.*
D. de vsur. nec *Accursius* ipse negat. Non igitur sin-
gula momenta spectanda sunt, sed initium possessio-
nis, vsque ad euictionis momentum. Idque ipsa etiã
iuris ratio ostendit. Quod enim is qui bona fide ser-
uit sibi acquirere non potest ex re possessoris, id ne-
cessario acquirit ei cui bona fide seruit, vt Vlpianus
ait. Sanè in libero homine qui bona fide seruit, aliud
iuris constituendum videtur, & singula potius mo-
menta spectanda esse, quia cùm sit acquisitionis ca-

pas, nihil est quod cogat nos dicere acquiri per eum possessori, quod sibi ipse possit acquirere. Vnde fit vt ad propositam illam quæstionem, An possessionis initium spectandum sit an singula momenta, simpliciter, & indistinctè responderi nõ possit. Neque igitur indistinctè Vlpianum respondisse existimandum est.

4 † Et longè verisimile videtur Vlpianum scripsisse quomodo in eo vetere codice scriptum legi, *quæstio in eo est vtrum initium spectemus, an singula momenta. Et generaliter dicendum est, &c.* vt iis verbis *& generaliter*, quę vulgus interpretum à superioribus distinguit, quasi alius sit. §. Vlpianus ad propositam quæstionem subtiliter & cum distinctione respondeat. Sensus autem distinctionis hic est. Non solum cum de superueniente possessoris mala fide quæritur, sed generaliter in aliis omnibus quæstionibus quæ de seruo alieno aut homine libero ex re possessoris acquirente possunt emergere, distinguendum esse an quod ex re possessoris acquirit, acquirere possit ei cui bona fide seruit, an non possit. Vt quod possessori acquirere non potest acquirat sibi, quod verò sibi acquirere non potest acquirat possessori. Hinc igitur fieri, vt per seruũ alienum qui bona fide seruit acquiratur possessori, licet possessor seruum alienum esse sciat, quia sibi seruus acquirere non possit, & equius sit acquirere eum possessori cui vult acquirere & ex re eius quàm vero domino de quo non cogitauit. Per liberum verò hominem non acquisatur possessori, quia sibi ipse acquirere potest, nec decipi debet à possessore qui liberum eum esse non ignorat, quique liberum hominem sciens possidere non potest *l. quæsitum. 40. D. eod. tit. de acquir. rer. domin.* Eandem ratio facit vt si liber homo quem bona fide possideo, Stichum qui meus est ex re mea stipuletur, sibi perueniat vt Paulus respondit in *l. liber. homo. 20. D. de stipul. seruor.* Nempe quia mihi acquisere non possit id quod iam meum est, sibi verò acquirere possit.

5 † Cùm verò distinctionem hanc imperitus aliquis interpres non intelligeret, & ad propositam quæstionem nihil ab Vlpiano responsum esse crederet, adiecit fortasse verba illa quæ tollimus. *Et magis est vt singula momenta spectemus.* Idque eò probabilius credendum est, quod tribus aliis locis deprauatum fuisse huius legis textum suprà diximus, nec iam ferè est qui dissentiat. Quamquam quid errori causam dederit, non puto curiosius inquirendum cùm de Vlpiani sententia, & iuris ratione mihi planè liqueat.

Capvt XVII.

De fructibus à bonæ fidei possessore perceptis, & emendatio l. fructus. 45. D. de vsur.

SVMMARIA.

1 *Quos fructus suos faciat bonæ fidei possessor, quosve domino rem suam euincenti restituat?*
2 *Pauli & Caij à Pomponio in hac quæstione dissensio.*
3 *Fructus tam naturales quàm industriales sola perceptione bonæ fidei possessori acquiri, contra vulgarem interpretum distinctionem ostenditur.*
4 *An fructus tam naturales quàm industriales vero domino ante consumptionem vendicanti à bonæ fidei possessore restitui debeant?*
5 *Constituitur differentia inter fructus acquirere, & fructus lucrari.*
6 *Fructus naturales consumptos à bonæ fidei possessore non restitui.*
7 *Reijcitur Goueani opinio existimantis fructus naturales sola consumptione bonæ fidei possessoris fieri.*
8 *Emendatur Pomponij textus in* l. fructus. ff. de vsur.
9 *An maritus qui rem sibi ab vxore donatam retinet bonæ fidei an malæ fidei possessor sit?*
10 *Cur in* d. l. fructus. *maritus fructus naturales ex re sibi donata suos non faciat?*
11 *Ratio propter quam in* d. l. fructus. *maritus licet malæ fidei possessor fructus industriales suos facit.*
12 *Cur fructus naturales ex re ab vxore donata percepti mariti non fiant?*
13 *Cur maritus, cùm sit malæ fidei possessor fructus industriales ex re contra legem sibi donata perceptos & consumptos non restituat?*
14 *Differentia inter fructus naturales quibus cura impenditur, & eos qui sine cultura & cura percipiuntur.*
15 *Dictam differentiam Pomponij verbis non emendatis minimè conuenire.*
16 *An bonæ fidei possessor fructus perceptos vsucapere possit?*

ILlustris † hæc quæstio est, ac tam in scholis quàm 1
in foro persæpe agitata, Quos fructus faciat suos bonæ fidei possessor, quósve omnino rem suam euincenti restituat. Nam sicut non est ex interpretibus qui de ea re disputationem non instituerit, ita vix reperias ex omnibus qui idem sentiant: at alij aliter distinguunt, nec quid in tam dubia quæstione sentiendum & concludendum sit quisquam adhuc rectè quantum ealstimo explicauit. Dubitationis causam interpretibus illud dedit, quod in libris nostris pugnantes & omnino discrepantes Iurisconsultorum opiniones legimus, quarum conciliandarum ratio nulla satis recta, aut probabilis excogitari
rectè posse videatur. † Primùm enim extat Pauli 2
sententia *in l. bona fides. 48. D. de acquir. rer. domin.* bonæ fidei possessorẽ haud dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facere non tantùm eos qui diligentia & opera eius prouenerint, sed omnes, quia quod ad fructus attinet penè domini loco sit, adeò vt eos tametsi nondum perceptos statim vbi à solo separati sunt, sibi acquirat. Cui conuenit quod Caius scribit in *l. pecudum. 28. D. de vsur.* fructum pecudum sicut lac, pilum, lanam, & fœtum veluti agnos, hœdos, & vitulos statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris quemadmodum & fructuarij. At idem Paulus in *l. 4. §. lana. D. de vsucap.* lanam quidem ouium furtiuarum si apud bonæ fidei possessorem detonsa est statim eius fieri ait, quoniam in fructu est. Idemque de agnis dicendum esse. Sed adiicit, *si consumpti sint.* Ita inuenẽs, non sola perceptione sed consumptione duntaxat fructus naturales bonæ fidei possessori acquiri. Quod & aliis plerisque iuris locis scriptum videtur, vt *in l. 4. §. post litem. D. fin. regund. §. si verò Instit. de offic. iudic. l. certum. 22. C. de rei vendicat.* Pomponius verò *in l. fructus. 45. D. de vsur.* apertè sic loquitur, vt fructus naturales ad bonæ fidei possessorem non pertinere existimet, quia non ex facto eius nascãtur: quod ab aliorum omniũ sententia & præcipuè Pauli in *d. l. bona fidei*, omnino alienum est. Nolo in singulis interpretum veterum & recentiorum opinionibus recensendis ac refutandis esse longior, sed quid ego dicendum putem quàm breuissimè & perspicuè facere potero, hoc capite explicabo. Illud in primis statuo, dici non posse quod quidam putauerunt, iurisauthores in quæstione sua dissensisse. Nam de eo quod quotidie accidit ius certum fuisse dubitandum non est, idque Paulus ostendit satis in *d. l. bona fides*, in illis verbis. *non dubiè*, id est iure certo &

3 ro & minimè controuerso.† Deinde quã omnes hactenus interpretes differentiam constituerint inter naturales fructus & eos quos industriales vocant, non puto constituendam esse. Obstat. n. quod Paulus ait *in d. l. bona fides.* emptorem bonæ fidei percipiendo fructus suos facere non solùm industriales, sed omnes, hoc est etiam naturales: Nam qui eam particulam *omnes* coarctant ad industriales qui alterius quàm bonæ fidei possessoris opera & diligentia prouenerunt, apertè Paulo vim faciunt, & quid de fructibus naturalibus ille senserit, de quibus præcipuè tractandum erit, in incerto relictum volunt. Quamquam *in d. §. Lana,* idẽ Paulus de fructibus naturalibus disputans scribit vsucapi eos non debere, quia statim fiant bonæ fidei possessoris, si consumpti sint. Nec dissimile est quod in *d. l. in pecudum.* ex Caio proponitur, nisi quod de consumptione nihil ille commemorat. Puto igitur tam naturales quàm industriales fructus fieri bonæ fidei possessoris sola perceptione, nec ad eorũ acquisitionem necesse esse vt consumpti sint, sed statim atque percepti atque adeò à solo separati sint, pleno iure dominium acquiri bonæ fidei possessori, adeò vt si posteaquam à solo separati sunt ab alio percipiantur, & possideãtur, vindicare eos bonæ fidei possessor possit, tanquàm
4 suos. † Sed si ante consumptionem vetus dominus rem suam vindicet, non dubito quin siue industriales fructus, siue naturales sint officio iudicis restitui debeant. Idque probo ex *d. l. certum. 22. C. de rei vindic.* quæ ait omnes fructus extantes à bonæ fidei possessore restitui debere. Ex *d. l. 4. §. post litem. fin. regund.* vbi scriptũ est bonæ fidei possessorem ita demum lucrari fructus si eos cõsumpserit: itemque ex *§. si verò 2. Instit. de offic. iudic.* in quo traditur, Si bonæ fidei possessor fuerit à quo hereditas aut res aliqua euicta est, officium iudicis in condemnando tale esse debere vt non habeat rationem consumptorum fructuum, neque non perceptorum, vt intelligamus eos duntaxat fructus qui percepti, nec consumpti sunt, in restitutionem venire. Cum igitur tot locis de fructibus generaliter ita traditum sit, sine vlla naturalium & industrialium distinctione, nõ existimo audiendos esse nostros interpretes qui sine lege & ratione distinctionem hanc introduxerunt. Sed omniũ elegantissimus & accommodatissimus textus est, quo probari possit industriales quoque si consumpti non sint domino restitui debere, apud Iustinianum *in §. si quis a non domino. de rer. diuis. & acquir. ipsar. domin.* vbi ille ait, si quis à non domino quem dominum esse credebat, fundum bona fide emerit, aliave qualibet iusta causa æquè bona fide acceperit, naturali ratione fructus quos perceperit eius esse pro cultura & cura. Quibus verbis tractari de fructibus tam industrialibus quàm naturalibus perspicuũ est: nam ad naturales cura, ad industriales cultura pertinet *d. l. bona fides. & l. fructus 7. §. non solum. D. solut. matrimon.* Tum subiicit *& ideò si postea dominus superuenerit & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.* Ergo de non consumptis agere poterit, & quod prius dictum est eos bonæ fidei possessoris factos esse, ita intelligi debet quomodo suprà explicauimus, vt tamen quandocumque euictare restituendi sint nisi ante euictionem consumantur, *l. quæsitum. 40. ad fin. D. de acquir. rer. domin.* Quod & Paulus ipse non obscurè innuit *in d. l. in bona fides,* in illis verbis, *suos interim facit.* ne quis crederet sola perceptione sic eos fieri bonæ fidei pos-
5 sessoris vt nunquam posteà sint restituendi. † Ac sanè si diligentiùs inspicias, longè diuersa hæc sunt, Fructus acquirere, & Fructus lucrari. Bonæ fidei possessor fructus omnes acquirit sola perceptione, atque adeò antequàm eos percipiat, si quoquo modo à solo separati fuerint. *l. qui scit. 25. §. 2. D. de vsur.* sed eos lucratur sola consumptione. *d. §. post litem. l. 4. fin. regund.* In eamque rem textus est perelegans in *l. si eum fundi. 78. D. de rei vindic.* quam de bonæ fidei possessore loqui certissimum est, vt rectè *Cuiacius* in Obseruationibus docuit, Græcorum interpretũ authoritatem secutus. Eo loco Paulus Labeonem reprehendens notat fructus quos bonę fidei possessor in fundo alieno suo nomine perceperit, licet nondum coegerit ipsius factos esse, & ideò vero domino secundum quem iudicatum est restituendos esse. De illis enim lex loquitur qui nondum consumpti erãt, ac nec perfectè quidem collecti, item, quod summopere notandum est, de fructibus industrialibus, & qui opera & diligentia hominis proueniunt, hoc est de vino & oleo: & tamen restituendos esse Paulus ait, quòd nondum consumpti essent, & rectè dominum intendere possessorem eos dare oportere, id est eorum dominium restituere, quòd sanè intendere non posset si ante consumptionẽ & sola perceptione possessoris facti non essent. Tunc enim verũ esset quod Labeo dicebat, nihil possessorem fructuũ nomine dare oportere, nihilque prohiberet, quominus eos propria authoritate cogere & colligere dominus posset, quod tamen Paulus negat. Ita enim meo iudicio intelligi lex debet. † Errarunt certè turpiter, 6
qui scripserunt ea Pauli verba *in d. l. bona fides, suos interim facit,* sic esse accipienda, vt bonæ fidei possessor naturales fructus suos faciat quandiu duntaxat res euicta non erit, ex *d. l. qui scit. §. vltim. de vsur.* Re autem euicta eos licet consumptos restituere teneatur. Nusquam enim scriptũ est fructus naturales cõsumptos à bonę fidei possessore restitui. Imò non restitui nisi extantes, apertè scriptũ est supradictis locis. Et verò secundũ hanc interpretationẽ non aliter de industrialibus quàm de naturalibus iudicandum esset. De omnibus enim Paulus loquitur, cùm fructus bonę fidei possessoris interim fieri ait. Neque quod ab iis adducitur ex *d. §. vlt. l. qui scit.* ad rẽ quicquam facit. Ibi enim illud duntaxat Iulianus ait bonæ fidei emptorem quod ad percipiendos fructus intelligi debere quandiu fundus euictus non fuerit, & de industrialibus loquitur, nec de consumptis, sed de percipiẽdis. † Neque minus improbabile est, 7
quamuis subtilius videatur, quòd *Goueanus* variar. Lection. libris scripsit fructus naturales sola perceptiõne non fieri bonę fidei possessoris, idque Pomponium significare in *d. l. fructus. de vsur.* fieri tamen consumptione *ex d. §. Lana.* Repugnant enim *d. l. bonæ fides. & l. pecudum,* quę sic sola perceptione, non etiam de consumptione loquuntur. Et *in d. §. Lana.* non requiritur consumptio ad acquisitionem, vt constat ex illis verbis, *Sed statim emptoris fit,* sed vti ne eos fructus bonę fidei emptor restituere teneatur domino quandocunque rem suam vindicanti. Quemadmodum enim si vsucapti essent petere eos dominus non posset, ita nec si fuerint consumpti. Cæterùm ante consumptionem erunt nihilominus bonæ fidei possessoris, ita tamen vt nisi ante euictionem vel consumpti vel vsucapti sint, domino restituantur. Denique manifestum est Pomponium in *dict. l. fructus.* aliud iuris constituere in iis fructibus qui non facto hominis nascuntur, aliud verò in iis qui bonæ fidei possessoris opera & diligentia pro-

uenerunt. At iam suprà diximus, tam industriales
quàm naturales non vsque adeò fieri eius à quo bo-
na fide percepti sunt. quin si extent euictionis tem-
pore restituendi sint. Alia igitur ad Pomponium in-
terpretatio quærenda est, quæ industrialium & natu-
ralium fructuum differentiam aliquam constituat,
aut potius cùm idem ius in omnibus constitutum
sit, vt supra diximus, videndum est quid Pomponius
senserit aut scripserit. Solus enim ille iuris locus est
qui interpretes omnes præcipites egit, vt fructus
naturales ab industrialibus contra iuris rationem
cæterasque omnes leges distinxerint. † Existimabã
8 aliquando, & adhuc puto, non improbabiliter dici
posse corruptum esse Pomponij textum in illis
verbis, *sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris.* & legen-
dum sublata negatione *sicuti cuiuslibet bonæ fidei pos-
sessoris.* Nam præter ea quæ ex iuris ratione & alijs
legibus suprà diximus, me illud etiam valde mouet
quod Pomponius eo loco disputat de fructibus
quos maritus ex re ab vxore donata percepit. Et
ait, maritum fructus percipiẽdo illos tantùm suos
facere quos suis operis veluti serendo adquisierit, &
ideò si pomum excerpserit vel ex sylua ceciderit, ei
non acquiri, quia non ex facto eius is fructus nasca-
tur. Cur ergo verba illa adiecisset, *sicuti nec cuiuslibet
bonæ fidei possessoris.* † Quasi verò maritus bonæ fidei
9 possessor sit, quem tamen ex contrario certum est
non solum malæ fidei possessori potius comparan-
dum, sed & ipsum malæ fidei possessorem esse, cùm
rem sibi ab vxore donatam alienam esse sciat, vt Vl-
pianus ait *in l. si vxor filio. 19. D. de donat. int. vir. &
vxor.* vbi propter hanc causam in ea specie quã tra-
ctat Iulianum respondisse refert non esse marito cõ-
cedendum quod bonæ fidei possessoribus concedi-
tur, vt per seruum donatum acquiri ei ex re eius pos-
sit, quod & scriptum est *in l. de fructibus. 17.* in fine. *D.
eo. l. per seruum donatum. 57. D. de acquir. rer. dom.* Adeò
autem verum est maritum bonæ fidei possessorem
non esse, vt etiam dubitatum sit an qualisqualis pos-
sessor esse existimetur *l. 1. §. si vir. vxori. D. de acquir.
possess.* Sed quoniam possessio magis facti quàm iuris
est, & res facti infirmari iure ciuili non potest, vt lex
ait, præualuit sententia existimantium possessorem
eum esse, sed malæ fidei, quia quod ex non concessa
donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta
causa retineri intelligitur *l. quia quod 6. de don. int. vir.
& vxor.* Ad bonam verò fidem requiritur iustus titu-
lus, & iustus error *d. §. si quis à non domino. Instit. de rer.
diuis.* Error inquam, facti non iuris. Si enim maritus
putet se iustè possidere eam rem quæ ab vxore do-
nata est, errat in iure, non in facto, & cùm error sit
iniustus, nihil ei prodesse debet, præsertim de lucro
certanti *l. 4. l. 7. l. regula. 9. D. de iur. & fact. ign. l. quam-
uis. 11. Cod. eod.* † Maritum ergo malæ fidei possesso-
10 rem esse rectè dicimus, vt mirum videri non debeat
si quos ex re sibi donata fructus percipit, suos non
faciat, nisi quos operis suis acquisiuerit. Nec erat cur
Pomponius in hanc rem bonæ fidei possessoris exẽ-
plum adduceret, cùm de malæ fidei possessore lo-
queretur. Ac longè elegantior erit sententia, si Pom-
ponium ita scripsisse dicamus, *sicuti cuiuslibet bonæ fi-
dei possessori.* Ita enim scribendum erat, vt dilueret ob-
iectionem quæ de bonæ fidei possessore fieri pote-
rat, quemadmodum ab Vlpiano & Iuliano factum
est in *d. l. si vxor filio.* Coniecturam illud etiam iuuat,
quod quæ à Pomponio ratio affertur, *quia non ex fa-
cto eius is fructus nascitur,* in bonæ fidei possessore
locum habere non potest. Alioqui dicendum erit,
ex Pomponij sententia, sicut marito ita bonæ fidei
possessori non alios fructus acquiri quàm quos ipse
operis suis veluti serendo acquisiuerit, quod apertè
falsum est. Omnes enim etiam ab alio satos suos fa-
cit, *d. l. bonæ fidei. & d. l. qui scit. 25. §. 1. D. de vsur.* & non
minus ex serui quem bona fide possidet quàm ex
suis operis acquirit *l. qui bona. 23. l. quæsitum. 40. de ac-
quir. rer. domin.* Nisi fortè quis admittat & hac parte
Pomponium à cæteris Iurecõsultis dissensisse: quod
ego probabile non puto, præsertim cùm de his fru-
ctibus ab alio satis, quoniam naturales non sunt, ne-
mo hactenus dubitauerit. † Sed priusquam ad cæ- 11
tera quæ ad propositæ quæstionis conclusionem
spectant accedamus, illud ad Pomponij legem per-
tinet, & scitu dignissimum est, cur maritus quem
malæ fidei possessorem esse diximus, fructus fa-
ciat suos quos operis sui veluti serendo acquisie-
rit. Cùm certissimi iuris sit eum qui malæ fidei
possessor sit fructus nullos suos facere, sed omnes
restituere teneri tam naturales quàm industriales,
tam perceptos quàm non perceptos, qui tamen ho-
nestè percipi potuerunt, ac tam extantes quàm con-
sumptos, omnes denique vt scriptum est in *d. l. cer-
tum. l. 3. C. de condict. ex lege.* & supradictis ferè omni-
bus alijsque innumeris locis. Verùm responderi
eleganter potest, meliorem esse mariti quàm cæte-
rorum malæ fidei possessorum, quos prædones di-
cimus, conditionem, quòd is rem sibi ab vxore do-
natam possidet non contra vxoris voluntatem, sed
contra legem quæ tamen donationem hactenus
duntaxat improbat, quatenus ex ea pauperior mu-
lier fiat. *l. si sponsus. 5. §. cum igitur. l. sed & si. 25. l. sed si
vir. 31. §. quod legaturus. D. de dona. int. vir. & vxor.*
Hinc verò fit vt si maritus ex rei donatæ vsuris vel
fructibus opera sua perceptis locupletior factus sit,
donatio valeat neque hac parte malæ fidei possessor
dici possit, quia non ideò pauperior mulier facta sit
quòd eas vsuras fructusque maritus perceperit. Non
enim tam ex re donata quàm ex opera & industria
sua percepisse existimandus est, cùm fieri poterat vt
etiam non facta donatione eos fructus easque vsu-
ras mulier paruæ fortassis aut nullius industriæ nun-
quam percepisset. Idque est quod Iulianus dicebat,
& Vlpianus refert in *l. ex annuo. 15. §. si maritus. & d.
l. de fructibus. 17. D. eo.* fructus & vsuras licitam habe-
re donationem. Non quòd vxor marito donare pos-
sit vsuras quas iam fortè stipulata sit, aut fructus
quos perceperit, aut percipere possit, sed quòd re
aliqua ab vxore contra bonos mores marito dona-
ta, donatio valeat quod ad vsuras attinet, fructũs-
que ex ea re donata perceptos Fructus inquam vsu-
ris similes, hoc est, qui donatarij industria & ope-
ra non rei ipsius donatæ natura & sua sponte pro-
uenerunt, vt Pomponius interpretatur in *d. l. fructus.*
† Nam si de naturalibus fructibus quæratur, ea ra- 12
tio quæ rei donationem impedit, in fructibus quo-
que locum habet, nec magis pauper sit mulier in ea
re quam donat, quàm in fructibus, quos ei vel igno-
ranti, & nihil curanti, natura ipsa dedisset. Ergo si in
fundo donato alius seuerit, fructus ad maritum non
pertinebunt, quoniam eò pauperior facta vxor vi-
deretur, si eos fructus non haberet, quia etsi facta
donatio non esset, ab alio sati, & mulieri propter
solum naturali & ciuili iure acquisiti essent. Si ta-
men propter mariti personam seuerit is qui alias fa-
cturus nõ erat, aliud fortasse probandũ erit, quasi ni-
hil intersit an mariti diligẽtia, an propter eũ alterius
opera fructus prouenerint. Idémque de serui dona-
ti ope-

ti operis dicendum est vt marito non acquirantur,
licet plærique contrà putent. Nihil enim interest an
seruus ex re mariti, an ex operis suis acquirat, neque
hoc potius quàm in illo casu marito acquirere po-
test, *l. qui bona. 23. in princ. d. l. quæsitum. 40. in fine D. de*
acquir. rer. dom. l. qui scit. 25. §. vlt. D. de vsur. Verùm &
in supradicto casu cùm de fructibus ex mariti opera
prouenientibus quæratur, non eadem prorsus mariti
quæ bonæ fidei possessoris ratio constituenda est.
Etsi enim vtrique sola perceptione acquirantur,
tamen bonæ fidei possessor eos si extent vindicatio-
nis tempore restituere tenetur, vt suprà diximus.
Maritus verò non tenetur, quoniam volente vxore
& iure permittente sibi adquisiit. In eo autem par est
vtriusque caosa, quòd sicut bonæ fidei possessor ita
maritus eos fructus non restituit quos consumpsit,
quosque si extarent restituere teneretur, nisi locu-
pletior vterque factus sit. *l. 1. C. de petit. hered. l. si mu-*
lier. 17. §. vlt. l. cùm mulier. 50. De donat. int. vir. & vxor.
Vix enim est vt consumptum videatur id quod in
patrimonij corpore retinetur, vt Papinianus ait *in l.*
13 *Imperator. 70. §. vlt. cum l. 71. & 72. D. de leg. 2.* † Mirum
autem videri possit quod dicimus maritum non co-
gi restituere fructus quos consumpsit, cùm verum
sit ad illum numquam eos pertinuisse, in eo que simi-
lem esse maritum malæ fidei possessori, qui tamen
omnes omnino restituit. At dissimilitudinis ratio
illa afferri potest, quòd malæ fidei possessoris causa
longè iniquior & odiosior est, cum inuito domino,
& contra legis præcepta sciens alienam rem possi-
deat, quam mariti qui rem ex vxoris voluntate ha-
bet, adeoque iusto titulo nisi quatenus ille locuple-
tior. & illa pauperior fiat, *d. l. si sponsus. §. cùm igitur.*
de donationibus inter virum & vxorem. Locupletior au-
tem factus non est perceptione fructuum consum-
14 ptorum, si ex iis nihil in rem suam verterit. † Sed vt
ad propositam quæstionem redeamus, & iis etiam
quantum fieri poterit satisfaciamus qui à iuris ratio-
ne potius quàm à verbis receptæ lectionis receden-
dum existimant, tentemus an dici possit ea quæ de
naturalium fructuum acquisitione scripsimus, de iis
duntaxat fructibus intelligi debere quibus conser-
uandis curam aliquam bonæ fidei possessor impen-
derit. Quod n. ei in fructibus quasi dominij ius con-
cedimus, non fit ciuili aliqua ratione sed naturali
duntaxat pro cultura & cura, vt Iustinianus supradi-
cto loco scribit. Cui consequens esse videtur, vt nul-
la præcedente cultura vel cura nec ciuilis nec natu-
ralis ratio bonæ fidei possessori fructus rei alienæ
adiudicet. Quamquam autem vix vlla res est quæ si-
ne cultura aut cura aliqua fructum ferre possit, cùm
& naturales ipsi curentur. *d. l. fructus. §. non solùm. D.*
solut. matrim. Attamen cùm quis pomum ex arbore
decerpit, aut syluam cædit, quibus exemplis Pom-
ponius vtitur, dici, non potest curam aliquam
iis fructibus impendi, maximè si maturã syluam, &
maturis pomis arborẽ possessor emerit. Proinde ra-
tio nulla facere videtur vt eos fructus bonæ fidei
possessor percipiẽdo suos faciat: quod tamen in aliis
fructibus culturã aut curã aliquam exigentibus Põ-
ponius fortassis non æquè admisisset. Planè si con-
sumpti sint, id perpetuò & indistinctè obseruabi-
mus, vt nũquã veniãt in restitutionẽ. Nã leges omnes
de consumptis fructibus generaliter loquuntur, nec
naturales aut inter sese aut ab industrialibus distin-
guunt. Ac sanè iniquum esset bonę fidei possesso-
rẽ eos fructus restituere teneri quos consumpserit,
& quorum perceptione locupletior factus non sit,
quia sic posito iure fieret vt ei bona fides noceret
quæ potius prodesse deberet. De extantibus fructi-
bus non idem dici potest, quorũ scilicet restitutione
nullũ bonæ fidei possessor damnum patitur, sed lu-
crum duntaxat amittit. Cùm si ad percipiendos &
redigendos eos fructus aliquid impenderit, tantò
minus restituat, quasi fructibus ob eam rem ipso iu-
re diminutis *l. quod in fructus. 46. D. de vsur.* Atque ita
ratiocinari fortassis & sentire quis velit. † Verùm 15
huic interpretationi ea Pomponij ratio non con-
uenit. *quia non ex facto eius is fructus nascitur*, ex qua
apparet Pomponium, si vulgatam lectionem sequa-
mur, nolle acquiri bonæ fidei possessori vt nec ma-
rito alios fructus quàm facto eius nascuntur. Atqui
naturales omnes sua sponte nascuntur. & quæ iis ab
homine cura impenditur non tã vt nascantur quàm
vt conseruentur præstat. Deinde quamuis ea primũ
naturalis ratio induxerit vt bonæ fidei possessor fru-
ctus suos faciat, quòd pro cultura & cura id ei con-
cedi æquum visum sit. Postea tamen iuris ciuilis vt
videtur auctoritate auctum est ius bonæ fidei posses-
soris, & constitutum vt percipiendo sibi etiam eos
acquirat in quos neque culturam neque curam vllã
ipse impenderit, puta ab alio satos. *d. l. qui scit. 25. §. 1.*
D. de vsur. & generaliter omnes vt Paulus loquitur,
in d. l. bonæ fidei. Qui locus cùm & de omnibus fructi-
bus loquatur, & de perceptis non de consumptis,
nulla prorsus ratione cum Pomponij lege concilia-
ri potest, nisi emendationem nostram admittas. † Po- 16
stremo illud quoque monendum videtur, malè vul-
go creditum esse, fructus quos bonæ fidei possessor
percepit ab eo vsucapi non posse, ideò quia statim
pleno iure ipsius fiant, *ex d. §. lana.* Si enim verum est
quod suprà sæpius diximus, teneri eum restituere
omnes quos non consumpsit, eamque ob causam
non nisi penè dominus dicitur à Paulo *in d. l. bonæ fi-*
dei. Cur non vsucapere ei liceat, vt neque extantes
restituere teneatur, quoad plenum sibi eorum domi-
nium acquirat? Aut cur deterioris conditionis erit
quàm si percipiendò eos sibi non acquireret? Præser-
tim cum si alteri distrahantur nemo dubitet quin se-
cundum emptorem vsucapere possit. Neque sanè id
Paulus negat *in d. §. lana.* imò cùm dicit lanam ouiũ
furtiuarũ si apud furẽ detonsa est vsucapi nõ posse:
Si verò apud bonæ fidei possessorẽ, cõtrà, nihil aliud
vult, quàm hoc posteriore casu posse eam vsucapi,
quoniam in fructu sit. Quamquam & illud quoque
verum est quod subiicit vsucapi eam nõ debere, quia
statim emptoris fiat. Quod ita recipi debet vt si lanã
veluti suam consumserit, nihil ab eo peti possit, li-
cet statuto tempore lanam non possederit, quia
consumptio tantum ei prodest quantum vsucapio.
Sed tamen vel consumptos vel si extent vsucapa-
tos esse fructus necesse est, vt non restituantur.

CAPVT XVIII.

Explicatur l. si quis reum. 5. D. de liberat. legat.

SVMMARIA.

1 *Debitori qui fideiussorem dederat liberatione legata, reum acceptilatione non pacto liberandum esse.*
2 *Pacto, non acceptilatione liberandum esse debitorem pro quo fideiussor interuenit qui aduersus eum regressum non habet.*
3 *Aliam esse mentem creditoris liberationem debitori legantis, aliam de non petendo cum debitore paciscentis.*
4 *Accursij error in explicatione* d. l. si quis reum.

5 *Fideiussorem cui liberatio legata est pacto non acceptilatione liberandum esse.*

1 SI † creditor liberationem legauerit debitori qui fideiussorem dederat, liberandus est reus acceptilatione non pacto, quia si pacto duntaxat liberaretur, fideiussor non liberaretur, neque ipso iure, quoniam in pactis factum non ius versatur. *l. sic vnus. 27. §. pactus ne peteres. D. de pactis*, neque per exceptioné, quia non cum ipso sed eum debitore pactum fuisse proponitur. Ita igitur fieret vt reus quoque quem testator omnino liberatũ esse voluit, per consequẽtias conueniretur, scilicet si creditoris heres contra fideiussorem ageret. Fideiussor enim aduersus debitorem regressum haberet, sicque solius debitoris damno res cederet. *l. cum lex. 46. D. de fideiuss. l. cùm mandatu. 23. D. de minor.* At liberato reo per acceptilationem fideiussor quoque ipso iure liberatur, sublata scilicet principali obligatione veluti solutionis potestate *l. non solum. 7. §. 1. D. de liberat. legat. l. in diem 5.*
2 *l. si accepto lation. 19. §. 1. D. de acceptilat.* † Quid ergo si donationis causa fideiussor interuenerit ita vt aduersus reum agere non possit, vel quid si ad fideiussorem pecunia peruenerit, & reum vice sua dederit, ipseque pro eo fideiusserit? Hoc casu reus non acceptilatione sed pacto liberandus est. Acceptilatione liberandus non est, quia per consequentiam fideiussor liberaretur. Pacto autem liberandus est, quoniam ita verendum non sit ne reus alia ratione conueniatur. (Cùm aduersus eum fideiussor regressum non habeat,) vel fideiussor ipse per exceptionem pacti liberetur, quia tale pactũ liberationis fideiussori prodesse non possit. Quanquam enim solemus dicere fideiussori dandam exceptionem pacti quæ reo competit. *l. & heredi. 21 §. vltim. D. de pact.* hoc tamen in proposita specie dici non potest; quia mens alia est legantis, alia paciscentis. † Qui enim legat, eius dun-
3 taxat cui legat personam inspicit cùm legata non nisi ob aliquod meritum relinqui soleant, & ne testator cum eorum qui de se bene meriti sunt iniuria decedere videatur vt Lucius ille Cuspidius in suo testamento dicebat. *l. nec adiecit. 9. D. pro socio.* Heres verò qui paciscitur de non petendo, quoniam ita facit ex testatoris potius quam sua voluntate, id tantũ agere & velle videtur quod testator voluit, ideoque sicut liberationem à testatore relictam ita pactũ hoc personale esse dicimus, nec fideiussori prodesse, quoniam ita actum esse videatur, *l. nisi hoc actũ. 22. de pact.* At paciscentium debitoris, & creditoris, alia proculdubio voluntas est. Nam ad obligationẽ & rẽ ipsam magis quam ad personam obligatam respicit, & vt Paulus ait *in d. §. vlt. l. & heredi.* pactum de non petendo in rem est, non in personam. Vnde fit vt omnibus prosit quorum obligationẽ dissolutam esse eius qui
4 paciscebatur interfuit maxime fideiussoribus. † Et hæc est sententia *l. si quis reum. 5. in princip. D. de liberat. lega.* satis quidem vt videtur aperta, sed quę tamẽ ab Accursio malè explicata est, in eo maximè quod differentiam quam inter legantem & paciscentem Vlpianus ponit, ipse non agnoscit aut potius non intelligit. Deceptus quantum coniicio, ex eo quod in illis verbis, *Atquin solemus dicere*, quomodo in Pandect. Florent. & cæteris emẽdatis codicibus legitur, veteres libri habebant, *Alioquin solemus dicere*, quæ lectio planè mendosa est, & reiciẽda. † Sequitur ve-
5 rò apud Vlpianum si fideiussori liberatio legata sit, pacto eum liberandum esse, quia si per acceptilationem liberaretur, rei quoque obligatio veluti solutione tolleretur. Per pactum autem solus fideiussor liberatur, nec quæ ei competet pacti exceptio reo quoque competere poterit, siue quòd fideiussoris personam duntaxat ab obligatione eximi, non ipsam obligationem tolli testator voluerit, siue quod principalem obligationem fideiussoria sublata remanere nihil vetet, ideoque difficilius pacta fideiussoris reo prosint, quàm rei pacta fideiussori. *l. fideiussoris. 23. D. de pact.* Planè interdum contingit vt fideiussor cui liberatio legata est acceptilatione sit liberandus: scilicet quoties reo aduersus ipsum regressus dandus est, quod contingit siue fideiussor ipse verus reus fuerit, fortè quòd ad eum pecunia peruenerit, siue in eam rem socius reus extiterit. His enim casibus nisi reus liberaretur, fideiussor quoque liberatus non videretur.

CAPVT XIX.

Vera lectio & sententia l. si quis dolo. 51. §. 1. D. de re iudicat.

SVMMARIVM.

1 *Variæ lectiones* d. §. 1. l. si quis dolo.
2 *Tollitur vox* venditor *è* d. §. 1. *& eius sententia proponitur.*
3 *Duplex Cuiacij aduersus propositam explicationem obiectio.*
4 *Actionem in factum quæ datur aduersus eum qui creditorem decreto missum in possessionem prohibuit, merè pœnalem non esse.*
5 *An is cuius possessionem ingredienti vis facta est, aliud a debitore, aliud vero ab eo qui vim fecit exigere possit?*
6 *Actionem ex interdicto de tabulis exhibendis competentem merè pœnalem esse.*
7 *An in specie* d. §. 1. l. si quis dolo *debitor ipso iure an verò exceptionis ope liberetur?*

PAuli † verba hæc vulgò leguntur, *Si quis possessorem missum in possessionem rei seruandæ causa non admiserit, si venditor præstiterit creditori quanti eius interfuerit, quæsitum est an debitor liberetur.* Et puto impro- 1
bum esse eum, qui velit iterum consequi id quod accepit. At ex veteribus plerique in illis verbis, *si venditor præstiterit*, pro *venditor* legerunt *vetitor*, Græci *emptor*, Recentiores nonnulli *debitor*. & in illis sequentibus, *an debitor liberetur*, pro *debitor* reponunt *debitũ*. Quæstio igitur est, quænam potius lectio sequenda sit, quidque sibi Paulus voluerit. † Puto ego Pauli 2
sententiam hanc esse, vt si is qui creditorem missum in possessionem rei seruandę causa non admisit, creditori præstiterit quanti eius interfuit, debitor liberetur. & ita Paulum scripsisse, *si præstiterit creditori*, nulla mentione facta aut vetitoris, aut venditoris, aut emptoris, aut debitoris, sed eam dictionem de qua contenditur ab interpretibus additã esse, indéque aliter atque aliter legi cœpisse dum illa Pauli verba alij de venditore, alij de emptore, nonnulli etiam de debitore, plures verò de vetitore, hoc est, qui creditorem missum in possessionem non admisisset, interpretarentur. Nihil enim interest, creditor in possessionem missus à quo admitti prohibitus sit, ab extraneo, an ab eo qui à debitore emisset ac fundi possessor factus fuisset. Omni siquidem casu si is qui possessione prohibuit, præstiterit creditori quanti eius interfuit, dico debitorem liberari, nihilque amplius ab eo posse exigi. Ratione illa quam Paulus adfert, quòd improbus videatur is qui id quod iam accepit iterum cõsequi velit. Nec quicquã est quod huic interpretationi obiicere quis possit. † Nã quod

vir

vir doctissimus *Iacobus Cuiacius* ait vocem hanc *vetitor*, Latinis inusitatam esse, id ego facilè admitto, neque Paulum ita scripsisse volo. Sed ea quoque dictione sublata dico verba illa, *Si præstiterit creditori*, ad alium referri non posse quàm ad eum qui creditorem missum in possessionem rei seruandæ causa non admiserat, quem veteres interpretes, iidémque viri boni significantiore, licet minus Latino vocabulo, vetitorem appellabant. Existimarunt verò necessariam esse hanc interpretationem, quod ita Paulus locutus fuerat, *si præstiterit creditori*, cùm apertiùs dicere potuisset *& præstiterit creditori*: quomodo si dixisset nulla sanè dubitandi, & tot modis textum corrũpendi occasio superesse potuisset. Quod enim secundo loco idem vir doctissimus obiicit falsam esse hanc sententiam vt creditor consecutus pœnam ab extraneo qui possessione prohibuit, à debitore
4 petere nihil possit, id planè nego † Quamuis enim pœnalis sit actio in factum quę datur aduersus eum qui creditorem decreto missum in possessionem prohibuit. *l. 1. §. hanc actionem. D. ne vis fiat ei qui in possess. miss. est*, pœnalis autem actio perimere non soleat rei persecutionem. Illud tamen obseruandum est quod *Cuiacius* non animaduertit, non esse hanc actionem merè & propriè pœnalem, quales esse diximus eas, quæ rei persecutionem non tollunt. Vt vel ex eo maximè colligi potest quod Vlpianus ait in *dict. l. 1. §. hæc verba. D. illo titul.* hæc verba edicti, *Quanti ea res erit ob quam in possessionem missus erit*, continere vtilitatem creditoris, vt quantum eius interest possessionem habere, tantum ei condemnetur is qui prohibuit. Proinde si ob falsum creditum vel si ob falsam petitionem missus sit in possessionem, vel si exceptionẽ summoueri potuit, nihil ei prodesse hoc edictum, quia ob nullam causam in possessionem missus esse intelligitur. Facit *l. Fulcinius 7. § si in diem. & l. pen. § vlt. D. quib. ex caus. in possess. eat.* Atqui actiones merè, & verè pœnales eæ sunt quæ non ad id quod reuera actoris interest competunt, sed ad rei de qua controuertitur æstimationem, licet actor calumniator sit, nihilque eius intersit vt in *l. 1. § vlt. D. si quis ius dicenti non obtemper. l. si per alium 5. § 1. D. ne quis eum qui in ius vocat. est vi exim. cum similib.* Ergo actio in factum quæ competit ex illo Edicto, Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est, merè pœnalis non est, adeóque rei persecutionem continet. Pœnalis tamen dicitur in *d. §. hanc actionem*. non respectu actoris, sed rei qui propter vim factam ei qui ex Prætoria decreto in possessionẽ missus erat, pœnam illam patitur, vt ad id quod ipsius interest condemnetur, licet nihil ipse debeat, creditorique aduersus debitorem salua actio supersit, si debitum persequi potius quàm ex edicto agere velit.
5 † Ex quo intelligimus neque verum esse quod *Cuiacius* ait, eum cui possessionem ingredienti vis facta est, aliud à debitore exigere, aliud verò ab eo qui vim fecit, cùm ab vtroque nihil petere possit præter idipsum quod sibi debetur. Neque rectũ esse argumentum quod ille sumit ex interdicto De tabulis exhibendis *l. 3. § condemnatio. D. de tabu. exhibẽd.*
6 † Nam actio quæ ex illo interdicto datur, licet ad id quod interest competat, vt eo loco Vlpianus ait, magis tamen pœnalis est quàm hæc de qua disputamus: imò omnino pœnalis est, quoniam in ea id quod interest non ex veritate ęstimatur sed ex quantitate in iudicium deducta, id est, inspecto eo duntaxat, quantum petatur, nõ an id quod petitur debeatur. Quid enim si heres qui tabularum exhibitionẽ postulat, hereditatem petat quæ ad se non pertineat? Quid si legetarius petat legatum quod sub conditione relictum est & cuius condicio nondum extiterit? Lex ait perinde condemnandum eum qui tabulas non exhibet ac si hereditas ad actorem pertinet et aut legatum ei purè relictum esset, adeò vt neque de restituendo legato deficiente conditione cauere teneatur, quia vt Vlpianus ait, hæc pœna cõtumaciæ præstatur ab eo qui non exhibet. Non igitur actor eo iudicio aut potius interdicto rem suam persequitur, sed pœnam, hoc est pœnæ nomine rei quam petit æstimationem, quamuis nihil ei debeatur. Inde verò fit, vt si à contumace pœnam consecutus sit, nihilominus à debitore perinde petere possit quod sibi debetur ac si nihil ab alio consecutus fuisset, quia non rẽ sed pœnam exegerit. Aliud ergo probandum est in interdicto, Ne vis fiat ei qui in possessionẽ missus est, quod, vt diximus, pœnale non est ratione actoris, sed eius duntaxat qui conuenitur. Et ideò rectissimè ac verissimè Paulus respondit, si is qui vim fecit præstiterit actori quanti ipsius interfuit, debitorem liberari. † Quod tamen ego sic in- 7
telligo, vt per doli exceptionem liberetur. Id. n. apparet cum ex *d. l. 3. vnde quæritur. §. de tabul. exhib.* tum ex ratione illa quam Paulus reddit, quod improbus sit is qui eandem rem his consequi velit. Ipso iure nõ liberatur, quoniam ipse nihil soluit, & quod ab eo qui in possessionem missum non admisit solutũ est, proprio ipsius non debitoris nomine solutum est. Ergo doli exceptio necessaria est. Dolo enim facit qui contra bonam fidem bis idem exigit, vulgata iuris regula. Quod si eorum opinionem sequeremur, qui Paulum sic intelligunt vt debitor ipse creditori præstiterit quanti eius interfuit, dubitandum meo iudicio non esset quin ipso iure, nõ exceptionis ope liberatio contingeret: soluto quippe eo ipso quod debebatur & petebatur. Sed & ea interpretatio faceret vt longè minus elegans esset Pauli sententia, & extra omnẽ dubitationẽ. Cùm, vt diximus, actio hęc in factum pœnalis non sit ratione actoris, sed ratione rei duntaxat qui missum in possessionem non admisit. Prætorique sufficiat quoquomodo rem seruari ab eo qui non nisi rei seruandæ causa in possessionem missus erat. Cæteras loci huius lectiones & interpretationes, quoniam à Pauli verbis & iuris ratione omnino abhorrent, pluribus hîc refellere operæpretium esse non arbitramur.

CAPVT XX.

Nihil emendandum esse in l. sub conditione. 16. D. de condict. indeb. & explicatio l. Iulianus. 60. eod.

SVMMARIA.

1 *Nullam esse differentiam inter conditionem, & diem incertum, quum de indebiti soluti conditione quæritur.*
2 *Perperam in* d. l. sub conditione. *verbis illis* die existente *additam esse a nonnullis negationem.*
3 *Differentiam esse inter casualem conditionem, & incertæ diei quam exituram esse certum sit.*
4 *Explicatur* l. 17. ff. de condict. furt. *hactenus non bene intellecta.*
5 *Ratio dubitandi & decidendi in* d. l. 16.
6 *Præmittuntur quædam ad intellectum* d. l. Iulianus.
7 *An, si quis id quod pure debebat sub conditione nouandi animo promiserit, pendente conditione solutum repetere possit.*
8 *Accursij argumenta refutantur.*

nus præstat, siue legatarius legatum repudiauerit, siue viuo testatore decesserit. Sed hęc postrema verba ad militis testamentum referenda videntur, cuius fauore fortassis dici potest fideicommissum deberi ab eo penes quem legatum remanet, ne militis voluntas intercidat, quæ ex nuda verborum conceptione potius quàm ex iuris communis ratione ęstimatur. Nisi quis malit dicere, illud duntaxat Iustinianum induxisse vt is penes quem remanet legatum quasi caducum, sentiat onus adnexum nō tantùm fideicommissi sicut iure vetere, sed etiam aliud quodlibet pota eius quod conditionis implendæ causa relictum est, & alia huiusmodi quibus iure vetere non obstringebatur. Aut potius ea verba *vel viuo testatore decesserit*, à Triboniano vel aliquo interprete ad Vlpiani textum addita esse propter Iustiniani nouam constitutionem, vt plerisque aliis locis factum est, quod mihi probabilius sanè videtur. Illud planè constat iure vetere iam obtinuisse vt portio coheredis in causa caduci adcrescerit coheredi cum onere præsertim post Diui Seueri constitutionem. Nec de hoc casu Iustinianus loquitur. Nam portio coheredis non relinquitur à coherede, neque ad eam possunt adaptari verba illa constitutionis *sancimus ea quæ euenerint simili modo manere apud eos a quibus sunt relicta*. Verùm de his iam satis.

CAPVT XIV.

Ad l. 2. & 3. D. ad S.C. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Goueani distinctio ad interpretationem.* l. 2. & 3. ad S.C. Trebell.
2 *An in posteriore dicta distinctionis parte Celsus à Marcello dissenserit?*
3 *Reijcitur dicta Goueani distinctio & emendatio ad* d. l. 2. ad S C. Trebell.
4 *Sententia* §. item Pomponius. l. 3. ff. eod. tit.
5 *Diuersas in dictis legibus a Celso & Marcello tractari quæstiones.*
6 *Quomodo legatorum ratio ponenda sit, quum is qui quadringenta in bonis habebat trecenta legauit & heredis fidei commisit, vt alteri constitueret, nec de eius voluntate constat?*
7 *Cur in specie* d. l. 2. *Celsus integrum legatorum onus ad fideicommissarium pertinere voluerit?*
8 *Quo sensu in* d. l. 2. *dicatur legatorum onus ad fideicommissarium pertinere.*
9 *Quomodo facienda sit computatio, si testator legatorum onus non ad fideicommissarium sed ad heredem pertinere voluerit.*
10 *An cùm deductis legatis restitui hereditatem testator iussit, legatorum onus ad heredem, an vero ad fideicommissarium pertineat?*
11 *Vera Celsi dubitatio in specie* d. l. 2.
12 *Emendantur vltima verba* d. l. 2.

1 AVdio † doctissimum virum Antonium *Goueanum* in eruditis suis prelectionibus ad S.C. Trebell. cùm interpretaretur quæstionem *l. 2. & 3.* eius tituli, distinguere solitum fuisse, an is qui quadringenta in bonis habebat & trecenta legauit, hereditatem restitui iusserit simpliciter, an deductis legatis, aliter enim atque aliter legata præstari. Nam eum qui simpliciter hereditatem restituere rogatus sit cum onere legatorum restituturum ita vt nullam ipse oneris partem subeat ex Trebelliano siue ex Pegasiano restituat, sed falcidiam illibatam & intactam habiturum, quando fideicommisso non de legatis retinebit. In proposita igitur specie fideicōmissarium trecenta legatariis prestaturum quoniam ipse falcidiam inducere non possit. Eandémq. præstandorum legatorum rationem esse si suspectam heres dixerit hereditatem. Quòd si testator legata ad onus heredis esse voluerit, hoc est, vt ille dicebat, si deductis legatis hereditatem restitui iusserit tam de legatis quàm de fideicommisso heredem quartam retenturum, indéque futurum vt minus legatarij consequantur, quàm si cum onere legatorum hereditas restituta esset. † Atque hoc posteriore casu cùm quæritur, qua ratione legatorum & fideicommissi falcidia ponenda sit, existimabat vir doctissimus Celsum à Marcello dissensisse. Et Celsum in ea fuisse opinione vt de trecentis legatis heres septuagintaquinque retineret, de centum vero quę in fideicommisso essent, vigintiquinque. Ratione illa quòd legatis trecentis, & herede rogato restituere hereditatem deductis legatis, id duntaxat videatur heres rogatus restituere, quod ei muneribus hereditariis perfuncto post legatorum præstationē superesset, hoc est centum ex quadringentis, quæ fideicommissarios habiturus sit si heres coactus adierit, aut heres ipse tam ex legatis quàm ex fideicommisso pro rata deducturus, si sponte hereditatem agnouerit. Marcellum verò magis fauorabilem fideicommissario rationem induxisse, vt trecentis in partes septem diuisis quatuor fideicommissarius ferat; tres legatarius, ac si per fideicommissum quadringenta relicta essent, & legata trecenta. Amplius enim fideicommissum videri parte vna, quàm legatum: quare etsi suspecta hereditas diceretur, centum, quę heres amisit, & quatuor partes trecentorum fideicommissarium habiturum, ne plus ferant legatarij ex recusatione heredis quàm tulissent sponte adita hereditate. † Sed quoniā distinctio hæc Celsi verbis non conuenit, qui tota lege non nisi de eo herede loquitur, quem cum onere legatorum fideicommissum restituere testator voluit, putabat vir alioquin peracutus, & summo ingenio præditus, Celsi textum corruptum esse, & in illis verbis, *nam heres hoc rogatus intelligi debet vt te suo loco constituat*, legendum esse addita linea integra, *nam heres qui rogatur deductis legatis hereditatem restituere, hoc rogatus intelligi debet, &c.* Verum si vtriusque legis verba diligentius perpendas, neque supradicta distinctio vera est, neque emendatio probabilis. Quamquam enim multum interest an legatorum onus ad heredem an verò ad fideicommissarium pertinere testator voluerit, vt apertè Marcellus distinguit, nihil tamen interest an simpliciter, an deductis legatis hereditatem restituere heres sit iussus. Etenim vtroque casu certum est, legata esse ad onus fideicommissarij non heredis, vt vel ex eo maximè colligere licet quòd Vlp. *in d. l. Marcellus*, postquam de eo casu tractauit quo testator ad heredis onus legata esse iussit, aliam quæstionem tanquam diuersam subiicit *in §. item Pomponius*, † Si deductis legatis restituere quis hereditatem rogatus sit, vtrum solida legata prester & quartam ex solo fideicommisso detrahat, an vero & ex legatis & ex fideicommisso falcidiam deducat. In qua quæstione longe aliter responderet ex Pomponij sententia, quàm in præcedenti Marcellus respondisset. Ille enim dicebat legatorum in septem diuisionem fieri debere, & ex iis legatario præstari tres duntaxat reliquas quatuor fideicommissario. Pomponius verò in ea specie quam tra- 4

ctat

stat cùm heres deductis legatis restituere rogatus
est, dat ei quadrantem tam ex legatis, quàm ex fidei-
commisso conficiendum, & ea trecenta quæ legata
proponuntur nihil fideicommissatio tribuit, sed in-
tegra legatario, exceptis tantum quinq. & septua-
ginta quæ necesse est penes heredem iure falcidiæ
remanere, & detractis etiam quinque & viginti ex
centum quæ sunt in fideicommisso, integram falci-
diam, hoc est centum consequatur. Hanc enim Pō-
ponij sententiam fuisse interpretor, quæ tamen cum
Marcelli opinione pugnaret, si nihil interesset an fi-
deicommissum ab herede legatis deductis relin-
queretur, an ad onus heredis legata præstarentur.
Deinde secundum *Goueani* interpretationem, & e-
mendationem euenit, vt in eadem prorsus specie ad-
mittendum sit, contrarias fuisse Marcelli & Celsi o-
piniones, quod facilè admittendum non est neque
hoc neque alio vllo caso, nisi cùm tam aperta est
dissensio & dissentiendi causa vt nulla satis recta
5 reconciliationis ratio iniri posse videatur. † Quod
etsi plerisque iuris nostri locis Triboniani incuria
accidisse non inficior, attamen in proposita quæstio-
ne nihil clarius, & certius est, quicquid post Azo-
nem Eguinarius Baro & alij nonnulli scripserunt,
quàm diuersas à Celso & Marcello tractari quæ-
stiones. Illud sanè verum est apud vtrumque hanc
institui disputationem, Quomodo legatorum ratio
ponenda sit, si is qui quadringenta in bonis habebat
trecenta legauerit & heredis fidei commiserit vt al-
teri hereditatem restitueret. Sed de illo casu Mar-
cellus tractat, quo testator ad onus heredis legata
6 esse dixit. † Celsus verò cùm de testatoris voluntate
non constat, quo casu præsumendum est voluisse
enim onus legatorum ad fideicommissarium perti-
nere. Neque ratio vlla facit cur apud Celsum de
vtroque casu tractari comminiscamur, cùm tam in
principio, quàm in fine legis trecenta legatario de-
beri concludat, nisi cùm herede sponte adeunte
quarta ex iis deducenda est. Tum verò si quid in-
teresset an simpliciter an deductis legatis restitui
hereditatem testator voluerit, incōcinnè & parum
accommodatè Celsus post illa verba, *tota trecenta te-
Titio dare debere*, rationem hanc subiunxisset, *nam
heres qui rogatur deductis legatis hereditatem restituere,
hoc rogatus intelligi debet, vt te suo loco constituat.* † Il-
lud enim palam est, Celsum his verbis, & alijs quæ
sequuntur rationē reddere voluisse eius quod prius
dixerat, fideicommissarium tota trecenta Titio le-
gatario debere. Ratio autem recta & aperta illa
7 est, quòd heres hoc rogatus intelligi debeat vt sun
loco fideicommissarium cōstituat. & quicquid per-
functus muneribus hereditarijs, id est post legato-
rum dationem reliquum habiturus esset si non esset
rogatus, fideicommissario restituat, hoc est centum,
ac si trecenta Titio dare damnatus esset, & fidei-
commissario centum. Vnde fit vt si hereditatem sua
sponte heres adierit, dare Titio ducēta vigintiquin-
que debeat, fideicommissario autem septuaginta-
quinque. vt lex ait, quoniam ita fit, vt hereditatis
totius quadrantem hoc est centum pro falcidia re-
tineat. Nec minus ratio hęc locum habebit, si sim-
pliciter, quàm si deductis legatis hereditatem resti-
tuere iussus proponatur, cùm vtroque casu legato-
rum onus ad fideicommissarium pertineat, vt suprà
8 probauimus. † Quòd si quis dicat eo casu quo le-
gata ad onus fideicommissarij esse testator voluit,
heredi cum legatariis rem non esse, & ideò ex lega-
tis quartam eum deducere non posse, sed ex solo fi-
deicommisso, respondebo, quòd dicimus legatorum
onus ad fideicommissarium pertinere si ita testator
dixerit, non sic accipi debere quasi per manus fi-
deicommissarij non heredis legata præstentur, sed
sic potius vt quæ heres præstitit, fideicommissum
minuant, non respectu heredis qui omni casu nihil
nisi quadrantem habere potest, sed legatariorum
quibus ampliora legata præstantur, quàm si ad onus
heredis legata esse testator voluisset. Itaque apertè
Celsus docet, cùm scribit præsumendum esse, testa-
torem cum onere legatorum fideicommissum resti-
tui voluisse, & ex eo nimirum infert præstari legata-
rio integrum legatum. Ac si testator vniuersam he-
reditatem restitui iussisset, deinde à fideicommissa-
rio non ab herede legatum reliquisset. Nihil enim
aliud est legatorum onus ad fideicommissariū per-
tinere, quàm sic falcidiæ rationem iniri ab herede,
ac si legata non ab eo sed à fideicommissario relicta
essent. † Ac cum ad heredis onus legata esse testa- 9
tor dixit, si quod superest in hereditate solutis lega-
tis ad falcidiam satis sit, nihil heres ex legatis dedu-
cet, neque item ex fideicommisso cum detracta fal-
cidia nihil sit reliqui. Sed cum falcidię nomine cen-
tum, quæ deductis legatis supersunt retinuerit, ne-
que aliquid supersit quod restitui possit ei cui testa-
tor totam hereditatem per vniuersale fideicommis-
sum restitui voluit. Cogimur dicere quod subtiliter
Marcellus excogitauit, sic faciendam computatio-
nem, ac si quadringenta per fideicommissum essent
relicta, trecenta verò legata, vt in septem partes tre-
centa diuidantur, & ferat quatuor partes fideicom-
missarius, tres legatarius. Nam aliter constituto iu-
re fieret vt nihil fideicommissarius haberet: idque
contra testatoris voluntatem, quæ illa fuit vt parte
vna plus haberet fideicommissarius quàm legata-
rij. Neque hoc casu ex legatis falcidiæ pars dedu-
ci potest, & ex fideicommisso suppleri vt contingit
si deductis legatis hereditatem restituere hoc roga-
tus sit: quoniam ad heredis onus testator legata es-
se voluit, nec legatariis priusquàm fideicommissa-
rio satisfieri, vt eò amplius fideicommissarius con-
sequeretur, quod non eueniret si tam ex legatis quā
ex fideicommisso falcidia deduceretur. † At cùm 10
deductis legatis restitui hereditatem testator iussit,
quamquam vniuersale fideicommissum est non par-
ticulare. *l. cogi. 16. § unde quæritur. D. ad S.C. Trebell.*
Quia tamen prius satisfieri legatariis quàm fidei-
commissario testator voluit, fieri contra volūtatem,
si ex ea summa quæ legata est aliquid fideicommis-
sario tribueretur. Imò integra præstanda est lega-
tariis, detracta duntaxat per heredem falcidia. qui
quoniam totius hereditatis quadrantem habere de-
bet, id quod deest ex fideicommisso deducit. *dict. l.
Marcellus. §. item Pomponius.* Hoc enim casu fidei-
commissarium non heredem legatis oneratum esse
scriptum est in *d. §. item quæritur, & in l. 1. §. si is qui
quadringenta. 17. D. eodem.* Ex quo *Goueani* sententia
apertissimè refellitur, non solùm in eo quod nihil
referre putat an deductis legatis hereditatem resti-
tui testator iusserit, an ad heredis onus legata esse
voluerit: Sed in illo etiam quòd ait falcidiæ ratio-
nem ineundam esse secundum Marcelli computa-
tionem, si deductis legatis restituere hereditatem
heres rogatus sit. † Illud quoque vir doctissimus a- 11
nimaduertere debuerat, non de illo præcipuè Cel-
sum dubitare quomodo falcidiæ ratio ponenda sit,
siue simpliciter, siue deductis legatis restituenda sit
hereditas, sed potius quantum in illa specie legata-

rio præstare fideicommissarius deberet. Proponebatur enim heredem coactum adiisse, qui si sponte adiisset, ex treeentis septuaginta quinque deducere potuisset. Videbatur autem fideicommissarium cuius lucro beredis recusatio cessisset, non nisi duceota vigintiquinque Titio præstare debere. Quomodo Marcellus apertè diffinit in ea specie quam tractat, cùm ait, iniquissimum esse plus ferre legatarium ideò quia suspecta dicta est hereditas, quàm tulisset si sponte adiisset hereditatem. Ac sanè ita est si ad heredis onus legata esse testator voluerit. Sed si eum onere legatorum fideicommissum restitui iusserit, qui casus est de quo Celsus disputat, non idem dici potest, quia cùm in ea specie vi ipsa non tam hereditas restituatur, quàm id quod ex hereditate superest, vt Vlpianus scribit in *dict. §. unde quaeritur.* potior est legatariorum quàm fideicommissarij causa, neque testatoris volũtas patitur vt falcidiam quam heres sponte adeundo deducere potuisset, fideicommissarius retineat, quoniá non nisi id quod deductis trecentis superesset, hoc est centum restitui voluit. Hinc verò manifestè sequitur plus legatario deberi, cùm heres suspectam hereditatem dixit & adire coactus est, quàm si iniussu Prætoris & sponte adita hereditas fuisset. Illo enim casu trecenta integra consequitur, hoc verò non nisi duceota

2 & vigintiquinque, vt Celsus ait. † Ergo tollenda negatio est in postremis illis verbis, *non ergo plus Titio debetur, quàm si iniussu Pretoris adita hereditas foret,* ne illatio prorsus falsa sit & præcedentibus ex diametro repugnet. Nisi quis probabilius putet pro *non* legendum esse *nunc*, hoc est, in casu proposito: cùm vt diximus, heres suspectam hereditatem iussu Prætoris adiisse proponeretur. Vtcunque verò sit, facilè potuit error nasci vel ex librarij incuria, vel imperiti alicuius interpretis audacia, moti fortasse ex eo quod in *l. seq.* Marcellus scripsit, iniquum esse plus vno casu ferre legatarium quàm altero. Verùm aliam Celsi aliam Marcelli quæstionem esse ostendimus: & sicut casuum diuersitas diligenter discernenda est, ita quæ ad eos casus accõmodati possunt rationes distinguendæ sunt, quemadmodum à nobis hoc capite non insubtiliter factum fuisse existimamus, contra omnes interpretum omnium opiniones.

CAPVT XV.

Emendatio §. vlt. l. 1. D. de leg. 3.

SVMMARIA.

1 *An inferioris gradus agnatus fideicommissum à primo gradu relictum præstare debeat, vel non?*

2 *An Seueri & Antonini constitutio, qua legata ab instituto relicta à substituto repetita videntur, ad intestati quoque causam pertineat?*

3 *Differentia inter ius accrescendi, & substitutionem.*

4 *Codicillis ab intestato factis, & relictis fideicommissis, quemlibet intestati successorem fideicommissa debere.*

5 *Explicantur & emendantur vltima verba* d. §. vlt. l. 1. de leg. 3.

1 NOn † puto verum esse, quod ab Vlpiano scriptũ legimus in *l. 1. §. vlt. D. de legat. 3.* Si quis intestatus decedens, ab eo qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, & ad sequẽtem gradum successio deuoluta sit, fideicommissum non deberi. Repugnat enim quod in eadem lege paulò ante idem Vlpianus scripsit, posse quem fidei committere eorum ad quos morte eius aliquid peruenturum est, siue iis aliquid detur, siue quod adimi poterat non adimatur, nec tantũ proximi bonorum possessoris, verùm inferioris quoque fidei committi posse. Adeò vt eius etiam qui nondum natus est fidei committi possit, si modò talis sit qui cùm nascetur, sit successurus. Cui consequens est vt in alio casu cùm à primo gradu fideicommissum relictũ est, & ad sequẽtem deuoluta successio, fideicommissum deberi, Vlpianus responderit. Quod & verba illa significare videntur, *Illud certè indubitatè dicetur.* Sic enim iuris authores loqui solent cùm à casu magis dubitabili ad minus dubitabilem progrediuntur. Sed me illud omnium maximè mouet quod Vlpianus subiicit, *& ita Imperator noster rescripsit.* Nullum siquidẽ extat rescriptum Seueri, aut Antonini quos Vlpianus Imperatores suos dicit, quo tale aliquid cautum reperias vt inferioris gradus agnatus fideicommissum à primo gradu relictum præstare non debeat. † Quin ex contrario idem Vlpianus refert 2
in *l. licet Imperator. 74. de legat. 1.* Imperatorem Antoninum cum patre Seuero rescripsisse, voluntate testatoris repetita videri à substituto, quæ ab instituto fuerunt relicta siue legata sint siue fideicõmissa. Quæ constitutio licet ad causam testati maximè pertinet, quoniam ab intestato neque institutio neque substitutio vlla esse potest, tamen per prudentum interpretationem ad causam quoque intestati tracta est, vt idem quoque Vlpianus scribit in *l. si Titio. 61. §. Iulianus. de legat. 2.* vbi ait non posse post illud Imperatoris Seueri rescriptum admitti, & defendi quod Iulianus scripserat, si alter ex legitimis heredibus portionem repudiasset, cùm essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem eius non esse cogendum præstare fideicommissum, & ad eum portionem sine onere pertinere. Nam quemadmodum fideicommissa ab intestato relicta à substitutis debẽtur, ita & coheredem quasi substitutum cum suo onere consequi adcrescentem portionem. Quòd si ea Seueri & Antonini constitutio quæ de substituto loquitur, ad coheredem legitimum tanquã substitutum protracta est, an non maior ratio facit vt ad eum qui in secundo gradu ab intestato succedit, quàm ad legitimum coheredem extendatur? Cùm enim substitutio nihil aliud sit quàm secunda institutio, vt interpretes nostri post *Accursium* diffiniũt, hoc est, vt Caius in Institutionib. dixit, secundi heredis institutio, an non in successione intestati rectius substitutus dicetur, an saltem substituto comparabitur is ad quem secundo gradu successio deuoluitur, quàm coheres legitimus, qui nec si testamentarius esset, substitutus verè dici posset? † Longè 3
enim diuersa causa est iuris accrescendi, & substitutionis *l. si ex pluribus. 9. D. de suis & legit.* & coheredi inuito, ac pręter testatoris voluntatẽ, deficiẽs portio adcrescit, quæ substituto non nisi volẽti & ex testatoris iudicio acquiritur. Ergo fideicommissum quod à primo gradu relictum est, ab inferiori, si ad eum deuoluta successio sit, præstari debet, idque ex Seueri rescripto & prudẽtum interpretatione adeoq. ex tacita defuncti voluntate: quam pręsumẽdum est talẽ fuisse, vt non amplior hereditas ad inferioris gradus agnatos quã ad proximos perueniret, arg. *l. Publius. 36. §. Titia codicillis. D. de cond. & demonstr.* Id verò accideret, si fideicõmissum à primo gradu relictũ à sequẽti tacitè repetitũ nõ intelligeretur. Neq. sanè dissimilitudinis ratio vlla probabilis reddi potest cur fideicõmissa ab instituto relicta à substituto debeantur, ea verò quę à proximo agnato data sunt, si

sequenti

sequenti gradui locus fiat, minimè debeantur. Vtroque enim casu fideicommittentis voluntas eadem est quæ non minus à legitimis heredibus quàm ab iis qui ex testamento succedunt seruari debet, cùm ab intestato succedentibus patrifamilias sponte sua relinquere legitimam hereditatem existimetur. *l. conficiuntur.8.D.de iur.codicill.*
4 † Vnde fit vt ab intestato factis codicillis, & relictis fideicommissis, quilibet intestati successor fideicommissa debeat, & locum habeant codicilli, nec intersit quis succedat dum intestato succedat, vt Paulus ait in *l. ab intestato. 16. D. eod.* siue fideicommissa hoc modo relicta sint, *Quisquis mihi heres erit. vt in l.3. D.eod.* siue ab eo gradu qui primum in successione intestati locum obtineat. vt in *d.l.1,§. vl.de leg.3.* Nec ad rem pertinet si quis obiiciat in specie *l.pen. D.de iur. codic.* posthumum nullam partem debere legatorum quæ filio iam nato in codicillis ab intestato factis pater reliquerat. Illic enim de posthumo pater nihil sperauerat, vt lex ait, proinde non poterat videri oneratum voluisse eum de quo nil cogitasset, præsertim filium cuius fauorabilior quàm cæterorum ab intestato succedentium causa esse solet. Sed de iis quos lex ad intestati successionem secundo loco vocat, non similiter dici potest, defunctum non cogitasse. Quis enim ignoret proximis heredibus legitimis repudiantibus aut præmorientibus ad sequentem gradum successionem deuolui?
5 † Sed & quod apud Vlpianum sequitur in fine *d.l.1.de leg.3.* Si à patrono fideicommissum relictum sit, & aliquis ex liberis eius mortuo eo admissus sit ad bonorum possessionem, idem esse dicendum, vix aliam interpretationem recipere potest, quàm vt à patronis liberis fideicõmissum debeatur. Nam cùm patrono mortuo siue ante siue post mortem liberti, patroni filius tanquam proximior ad intestati successionem vocetur, æquissimum sanè est, vt quemadmodum patris locum subintrat, ita quod patri iniunctum erat onus sentiat, & fideicommissum à patre relictum restituat, ne alioqui locupletiorem hereditatem consequatur, quàm consecutus fuisset pater, qui fideicommissum debuisset. Hæc cùm ita se habeant, dubitandum non videtur, quin apud Vlpianum tollenda sit negatio in illis verbis *eum fideicommissum non debere.*

CAPVT XVI.

Emendatur §.tandiu.l.qui bona. 23.D. de acquir. rer. domin.

SVMMARIA.

1 *Abundare negationem* in §.generaliter.d.l.qui bona.
2 *Emendatur* §.si quis duobus.d.l qui bona, *& à triplici mendo repurgatur.*
3 *An seruus alienus, vel liber homo quem bona fide emero tandiu ex re mea vel ex operis suis mihi acquirat, quandiu à me euictus non fuerit, licet alienum vel liberum esse scire cœpero.*
4 *Distinguendum esse in dicta quæstione inter hominem liberum & alienum seruum.*
5 *Tolluntur verba irrepititia* è d.§ tandiu.

PRæclarè & ingeniosè *Iacobus Cuiacius* obseruationũ libris annotauit deprauatissimũ esse textum *l. qui bona fide.23.in §.generaliter. & §.si quis duobus. D.de acquirend.rer.dom.* & quomodo emẽdandus sit explicauit.
1 † Nihil enim certius ac verius dici potest, quã quod ille scribit in *§.generaliter*, illis verbis, *quod autẽ ex re eius sibi acquirere non potest*, negationẽ abundare, eaque sublata legendũ esse *quod autẽ ex re eius.* Nullo siquidẽ iuris loco scriptũ reperias, acquiri quicquam bonæ fidei possessori per liberum hominẽ, nisi quod vel ex re possessoris vel ex hominis liberi operis acquiratur. Atque ita sine negatione scriptũ vidi in vetere codice quo Taurini per aliquot annos vsus sum, cuius authoritas cum iuris ratione coniuncta fecit vt ab eo tempore de viri doctissimi coniectura quã semper probauerã, nihil amplius dubitandũ putauerim.
† Quod etiam idem vir doctissimus docuit in *§. si quis duobus.* erratum esse in illis verbis, *aut si liber sit, ei qui fide bona seruiat*, & legendum potius, *aut si liber sit sibi an vero ei debeat ; &c.* eiusdem codicis anthoritate confirmatur, in quo sic legitur *aut si liber sit, sibi vel ei cui bona fide seruit.* Sed omnino delenda sunt verba illa *vel ei cui bona fide seruit.* cum in Pand. Florent. lineis intercluса sint, quomodo cætera quæ germano textui ab interpretibus addita esse existimantur, & apertius est, ex iis præcedentibus *verũ pro parte ei cui bona fide seruit.* Siue enim seruus, siue liber homo sit, qui bona fide possidetur, à duobus, & ex alterutrius re acquisiit, quæstio est an totũ acquisiuerit ei ex cuius re est, & à quo bona fide possidetur, an partem duntaxat, & alteram partẽ domino si seruus sit, aut sibi ipsi, si liber homo. Iis verò verbis sublatis poterit recepta lectio defendi, si admittamus Vlpianum eo loco *aut si liber sit, ei,* contra Grammaticorum regulas dixisse *ei* pro *sibi*. quemadmodum & paulò antè *in §. generaliter.* dixerat contrario errore *quod ex re sua* pro eo quod dicere debuerat *quod ex re eius cui bona fide quis seruit.* vt verba ipsa textus explicant: quem satis frequentem esse Iurisconsultorum nostrorum errorem *Laurentius Valla* Grammaticus cùm Pandectas reprehendẽdi potius quàm discendi studio legeret, sæpius obseruauit, & nos non negamus. Tertium ac longè periculosius mendum est in illis verbis, *rationem facere vt ei dumtaxat in solidum acquirat*, in quibus rectissimè & verissimè idem *Cuiacius* monuit legendum *partem* pro eo quod scriptum est *in solidum.* Eam enim Scæuolæ sententiam fuisse quam Vlpianus refert ex lib. 2. quæstionum, vt in proposita quæstione, seruus, vel liber homo partem duntaxat acquirat ei ex cuius re stipulatur, idem Vlpianus apertissimè scribit *in l. sed & si quid.25 si duos, D.de vsufru.* Idque adeò certum, & verum est, vt nihil vnquam verius aut elegantius à viro doctissimo obseruatum fuisse videatur. Sed illud etiam obseruandum erat quod nondum ab eo obseruatum miror, non minus corruptum esse textum *in §.tandiu d.l.qui bona*, vbi Vlpianus primùm monet tamdiu acquirere seruum vel liberum hominem, quamdiu bona fide seruit.
† Tum quærit Si possessor cœperit scire eum esse alienum vel liberum, an ei acquirat is qui bona fide possidetur, hoc est vtrũ possessionis initium spectandum sit an singula momenta? Respondet autem magis esse vt singula momenta spectemus. At videamus ne verius sit seruum alienũ quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis acquirere, quamdiu à me euictus non fuerit, licet ante euictionem alienum eum esse scire cœpero. vt disertè scriptum est in *l.quisciet. 25. §. vlt. D. de vsur.* nec *Accursius* ipse negat. Non igitur singula momenta spectanda sunt, sed initium possessionis, vsque ad euictionis momentum. Idque ipsa etiã iuris ratio ostendit. Quod enim is qui bona fide seruit sibi acquirere non potest ex re possessoris, id necessario acquirit ei cui bona fide seruit, vt Vlpianus ait. Sanè in libero homine qui bona fide seruit, aliud iuris constituendum videtur, & singula potius momenta spectanda esse, quia cùm sit acquisitionis ca-

pax. nihil est quod cogat nos dicere acquiri per eum possessori, quod sibi ipse possit acquirere. Vnde fit vt ad propositam illam quæstionem, An possessionis initium spectandum sit an singula momenta, simpliciter, & indistinctè responderi nō possit. Neque igitur indistinctè Vlpianum respondisse eastimandum est.† Et longè verisimile videtur Vlpianum scripsis-
4 se quomodo in eo vetere codice scriptum legi, *quæstio in eo est vtrum initium spectemus, an singula momenta. Et generaliter dicendum est, &c.* vt iis verbis *& generaliter*, quę vulgus interpretum à superioribus distinguit, quasi alius sit. §. Vlpianus ad propositam quæstionem subtiliter & cum distinctione respondeat. Sensus autem distinctionis hic est, Non solum cum de superueniente possessoris mala fide quæritur, sed generaliter in aliis omnibus quæstionibus quæ de seruo alieno aut homine libero ex re possessoris acquirente possunt emergere, distinguendum esse an quod ex re possessoris acquirit, acquirere possit es cui bona fide seruit, an non possit. Vt quod possessori acquirere non potest acquirat sibi, quod verò sibi acquirere non potest acquirat possessori. Hinc igitur fieri, vt per seruū alienum qui bona fide seruit acquiratur possessori, licet possessor seruum alienum esse sciat, quia sibi seruus acquirere non possit, & equius sit acquirere eum possessori cui vult acquirere & ex re eius quàm vero domino de quo non cogitauit. Per liberum verò hominem non acquiratur possessori, quia sibi ipse acquirere potest, nec decipi debet à possessore qui liberum eum esse non ignorat, quique liberum hominem sciens possidere non potest *l. quæsitum. 40. D. eod. tit. de acquir. rer. domin.* Eandem ratio facit vt si liber homo quem bona fide possideo, Stichum qui meus est ex re mea stipuletur, sibi pertineat vt Paulus respondit in *l. liber. homo. 20. D. de stipul. seruor.* Nempe quia mihi acquirere non possit id quod iam meum est, sibi verò ac-
5 quirere possit. † Cùm verò distinctionem hanc imperitus aliquis interpres non intelligeret, & ad propositam quæstionem nihil ab Vlpiano responsum esse crederet, adiecit fortasse verba illa quæ tollimus, *Et magis est vt singula momenta spectemus.* Idque eò probabilius credendum est, quod tribus aliis locis deprauatum fuisse huius legis textum suprà diximus, nec iam ferè est qui dissentiat. Quamquam quid errori causam dederit, non puto curiosius inquirendum cùm de Vlpiani sententia, & iuris ratione mihi planè liqueat.

CAPVT XVII.

De fructibus à bonæ fidei possessore perceptis, & emendatio l. fructus. 45. D. de vsur.

SVMMARIA.

1 *Quos fructus suos faciat bonæ fidei possessor, quosve domino rem suam euincenti restituat?*
2 *Pauli & Caij à Pomponio in hac quæstione dissensio.*
3 *Fructus tam naturales quam industriales sola perceptione bonæ fidei possessori acquiri, contra vulgarem Interpretum distinctionem ostenditur.*
4 *An fructus tam naturales quam industriales vero domino ante consumptionem vindicanti à bonæ fidei possessore restitui debeant?*
5 *Constituitur differentia inter fructus acquirere, & fructus lucrari.*
6 *Fructus naturales consumptos à bonæ fidei possessore non restitui.*
7 *Reijcitur Gouеani opinio existimantis fructus naturales sola consumptione bonæ fidei possessoris fieri.*
8 *Emendatur Pomponij textus in* l. fructus. ff. de vsur.
9 *An maritus qui rem sibi ab vxore donatam retinet bonæ fidei an malæ fidei possessor sit?*
10 *Cur in* d. l. fructus. *maritus fructus naturales ex re sibi donata suos non faciat?*
11 *Ratio propter quam in* d. l. fructus. *maritus licet malæ fidei possessor fructus industriales suos facit.*
12 *Cur fructus naturales ex re ab vxore donata percepti mariti non fiant?*
13 *Cur maritus, cùm sit malæ fidei possessor fructus industriales ex re contra legem sibi donata perceptos & consumptos non restituat?*
14 *Differentia inter fructus naturales quibus cura impenditur, & eos qui sine cultura & cura percipiuntur.*
15 *Dictam differentiam Pomponij verbis non emendatis minimè conuenire.*
16 *An bonæ fidei possessor fructus perceptos vsucapere possit?*

ILlustris † hæc quæstio est, ac tam in scholis quàm 1
in foro persæpe agitata, Quos fructus faciat suos bonæ fidei possessor, quósve omnino rem suam euincenti restituat. Nam sicut non est ex interpretibus qui de ea re disputationem non instituerit, ita vix repetias ea omnibus qui idem sentiant: at alij aliter distinguunt, nec quid in tam dubia quæstione sentiendum & concludendum sit quisquam adhoc rectè quantum existimo explicauit. Dubitationis causam interpretibus illud dedit, quod in libris nostris pugnantes & omnino discrepantes Iurisconsultorum opiniones legimus, quarum conciliandarum ratio nulla satis recta, aut probabilis excogitari
rectè posse videatur. † Primùm enim extat Pauli 2
sententia *in l. bonæ fidei. 48. D. de acquir. rer. domin.* bonæ fidei possessorē haud dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facere non tantùm eos qui diligentia & opera eius prouenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet penè domini loco sit, adeò vt eos tametsi nondum perceptos statim vbi à solo separati sunt, sibi acquirat. Cui conuenit quod Caius scribit in *l. pecudum. 28. D. de vsur.* fructum pecudum sicut lac, pilum, lanam, & fœtum veluti agnos, hœdos, & vitulos statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris quemadmodum & fructuarij. At idem Paulus in *l. 4. §. lana. D. de vsucap.* lanam quidem ouium furtiuarum si apud bonæ fidei possessorem detonsa est statim eius fieri ait, quoniam in fructu est. Idemque de agnis dicendum esse. Sed adiicit, *si consumpti sint.* Ita innuēs, non sola perceptione sed consumptione duntaxat fructus naturales bonæ fidei possessori acquiri. Quod & aliis plerisque iuris locis scriptum videtur, vt *in l. 4. §. post litem. D. fin. regund. § si verò Instit. de offic. iudic. l. certum. 22. C. de rei vendicat.* Pomponius verò *in l. fructus. 45. D. de vsur.* apertè sic loquitur, vt fructus naturales ad bona fidei possessorem non pertinere existimet, quia non ea facto eius nascātur: quod ab aliorum omniū sententia & præcipuè Pauli in *d. l. bonæ fidei*, omnino alienum est. Nolo in singulis interpretum veterum & recentiorum opinionibus recensendis ac refutandis esse longior, sed quid ego dicendum putem quàm breuissimè & perspicuè facere potero, hoc capite explicabo. Illud in primis statuo, dici non posse quod quidam putauerunt, iotis authores in quæstione sua dissensisse. Nam de eo quod quotidie accidit ius certum fuisse dubitandum non est, idque Paulus ostendit satis in *d. l. bonæ fidei*, in illis verbis, *non dubiè*, id est iure certo &

3 ro & minimè controuerso.† Deinde quã omnes hactenus interpretes differentiam constituerunt inter naturales fructus & eos quos industriales vocant, non puto constituendam esse. Obstat. n. quod Paulus ait *in d. l. bonæ fidei.* emptorem bonæ fidei percipiendo fructus suos facere non solùm industriales, sed omnes, hoc est etiam naturales: Nam qui eam particulam *omnes* coarctant ad industriales qui alterius quàm bonæ fidei possessoris opera & diligentia prouenerunt, apertè Paulo vim faciunt, & quid de fructibus naturalibus ille senserit, de quibus præcipuè tractandum erit, in incerto relictum volunt. Quamquam *in d. §. lana,* idẽ Paulus de fructibus naturalibus disputans scribit vsucapi eos non debere, quia statim fiant bonæ fidei possessoris, si consumpti sint. Nec dissimile est quod in *d. l. in pecudum.* ex Caio proponitur, nisi quod de consumptione nihil ille commemorat. Puto igitur tam naturales quàm industriales fructus fieri bonæ fidei possessoris sola perceptione, nec ad eorũ acquisitionem necesse esse vt consumpti sint, sed statim atque percepti atque adeò à solo separati sint, pleno iure dominium acquiri bonæ fidei possessori, adeò vt si posteaquam à solo separati sunt ab alio percipiantur, & possideãtur, vindicare eos bonæ fidei possessor possit, tanquàm suos.
4 † Sed si ante consumptionem verus dominus rem suam vindicet, non dubito quin siue industriales fructus, siue naturales sint officio iudicis restitui debeant. Idque probo ex *d. l. certum. 22. C. de rei vindic.* quæ ait omnes fructus extantes à bonæ fidei possessore restitui debere. Ex *d. l. 4. §. post litem. fin. regund.* vbi scriptũ est bonæ fidei possessorem ita demum lucrari fructus si eos cõsumpserit: itemque ex *§. si verò 2. Instit. de offic. iudic.* in quo traditur, Si bonæ fidei possessor fuerit à quo hereditas aut res aliqua euicta est, officium iudicis in condemnando tale esse debere vt non habeat rationem consumptorum fructuum, neque non perceptorum, vt intelligamus eos duntaxat fructus qui percepti, nec consumpti sunt, in restitutionem venire. Cum igitur tot locis de fructibus generaliter ita traditum sit, sine vlla naturalium & industrialium distinctione, nõ existimo audiendos esse nostros interpretes qui sine lege & ratione distinctionem hanc introduxerunt. Sed omniũ elegantissimus & accommodatissimus textus est, quo probari possit industriales quoque si consumpti non sint domino restitui debere, apud Iustinianum *in §. si quis a non domino. de rer. diuis. & acquir. ipsar. domin.* vbi ille ait, si quis à non domino quem dominum esse credebat, fundum bona fide emerit, aliàve qualibet iusta causa æquè bona fide acceperit, naturali ratione fructus quos perceperit eius esse pro cultura & cura. Quibus verbis tractari de fructibus tam industrialibus quàm naturalibus, perspicuũ est: nam ad naturales cura, ad industriales cultura pertinet *d. l. bonæ fidei & l. fructus 7. §. non solum. D. solut. matrimon.* Tum subiicit *& ideò si postea dominus superuenerit & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.* Ergo de non consumptis agere poterit, & quod prius dictum est eos bonæ fidei possessoris factos esse, ita intelligi debet quomodo suprà explicauimus, vt tamen quandocumque euicta re restituendi sint nisi ante euictionem consumantur, *l. quæsitum. 40. ad fin. D. de acquir. rer. domin.* Quod & Paulus ipse non obscurè innuit *in d. l. in bonæ fidei,* in illis verbis, *suos interim facit.* ne quis crederet sola perceptione sic eos fieri bonæ fidei pos-
5 sessoris vt nunquam posteà sint restituendi. † Ac sanè si diligentiùs inspicias, longè diuersa hæc sunt, Fructus acquirere, & Fructus lucrari. Bonæ fidei possessor fructus omnes acquirit sola perceptione, atque adeò antequàm eos percipiat, si quoquo modo à solo separati fuerint. *l. qui scit. 25. §. 2. D. de vsur.* sed eos lucratur sola consumptione *d. §. post litem. l. 4. fin. regund.* In eamque rem textus est perelegans in *l. si eius fundi. 78. D. de rei vindic.* quam de bonæ fidei possessore loqui certissimum est, vt rectè *Cuiacius* in Obseruationibus docuit, Græcorum interpretũ authoritatem secutus. Eo loco Paulus Labeonem reprehendens notat fructus quos bonę fidei possessor in fundo alieno suo nomine perceperit, licet nondum coegerit ipsius factos esse, & ideò vero domino secundum quem iudicatum est restituendos esse. De illis enim lex loquitur qui nondum consumpti erãt, ac nec perfectè quidem collecti, item, quod summoperè notandum est, de fructibus industrialibus, & qui opera & diligentia hominis proueniunt, hoc est de vino & oleo: & tamen restituendos esse Paulus ait, quòd nondum consumpti essent, & rectè dominum intendere possessorem eos dare oportere, id est eorum dominium restituere, quòd sanè intendere non posset si ante consumptionẽ & sola perceptione possessoris facti non essent. Tunc enim verũ esset quod Labeo dicebat, nihil possessorem fructuũ nomine dare oportere, nihilque prohiberet, quominus eos propria authoritate cogere & colligere dominus posset, quod tamen Paulus negat. Ita enim meo iudicio intelligi lex debet. † Errarunt certè turpiter, 6
qui scripserunt ea Pauli verba *in d. l. bonæ fidei. suos interim facit,* sic esse accipienda, vt bonæ fidei possessor naturales fructus suos faciat quandiu duntaxat res euicta non erit, ex *d. l. qui scit. §. vltim. de vsur.* Re autem euicta eos licet consumptos restituere teneatur. Nusquam enim scriptũ est fructus naturales cõsumptos à bonę fidei possessore restitui. Imò non restitui nisi extantes, apertè scriptũ est supradictis locis. Et verò secundũ hanc interpretationẽ non aliter de industrialibus quàm de naturalibus iudicandum esset. De omnibus enim Paulus loquitur, eiùs fructus bonę fidei possessoris interim fieri ait. Neque quod ab iis adducitur ex *d. §. vlt. l. qui scit.* ad rẽ quicquam facit. Ibi enim illud duntaxat Iulianus ait bonæ fidei emptorem quod ad percipiendos fructus intelligi debere quandiu fundus euictus non fuerit, & de industrialibus loquitur, nec de consumptis, sed de percipiẽdis. † Neque minus improbabile est, 7
quamuis subtilius videatur, quòd *Goueanus* variar. Lection. libris scripsit fructus naturales sola perceptiõne non fieri bonę fidei possessoris, idque Pomponium significare in *d. l. fructus. de vsur.* fieri tamen consumptione *ex d. §. lana.* Repugnant enim *d. l. bonæ fidei. & l. pecudum,* quę sic sola perceptione, non etiam de consumptione loquuntur. Et in *d. §. lana.* non requiritur consumptio ad acquisitionem, vt constat ex illis verbis, *Sed statim emptoris fit,* sed vti ne eos fructus bonę fidei emptor restituere teneatur domino quandocunque rem suam vindicanti. Quemadmodum enim si vsucapti essent petere eos dominus non posset, ita nec si fuerint consumpti. Cæterùm ante consumptionem erunt nihilominus bonæ fidei possessoris, ita tamen vt nisi ante euictionem vel consumpti vel vsucapti sint, domino restituantur. Denique manifestum est Pomponium in *dict. l. fructus.* aliud iuris constituere in iis fructibus qui non facto hominis nascuntur, aliud verò in iis qui bonæ fidei possessoris opera & diligentia pro-

uenerunt. At iam ſuprà diximus, tam induſtriales quàm naturales non vſque adeò fieri eius à quo bona fide percepti ſunt, quin ſi extent euictionis tempore reſtituendi ſint. Alia igitur ad Pomponium interpretatio quærenda eſt, quæ induſtrialium & naturalium fructuum differentiam aliquam conſtituat, aut potius cùm idem ius in omnibus conſtitutum ſit, vt ſupra diximus, videndum eſt quid Pomponius ſenſerit aut ſcripſerit. Solus enim ille iuris locus eſt qui interpretes omnes præcipites egit, vt fructus naturales ab induſtrialibus contra iuris rationem cæteraſque omnea leges diſtinxerint. † Exiſtimabā
8 aliquando, & adhuc puto, non improbabiliter dici poſſe corruptum eſſe Pomponij textum in illis verbis, *ſicut nec cuiuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris.* & legendum ſublata negatione *ſicuti cuiuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris.* Nam præter ea quæ ex iuris ratione & alijs legibus ſuprà diximus, me illud etiam valde mouet quod Pomponius eo loco diſputat de fructibus quos maritus ex re ab vxore donata percepit. Et ait, maritum fructus percipiēdo illos tantùm ſuos facere quos ſuis operis veluti ſerendo adquiſierit, & ideò ſi pomum excerpſerit vel ex ſylua ceciderit, ei non acquiri, quia non ex facto eius is fructus naſcatur. Cur ergo verba illa adiecisſet, *ſicuti nec cuiuſlibet*
9 *bonæ fidei poſſeſſoris.* † Quaſi verò maritus bonæ fidei poſſeſſor ſit, quem tamen ex contrario certum eſt non ſolum malæ fidei poſſeſſori potius comparandum, ſed & ipſum malæ fidei poſſeſſorem eſſe, cùm rem ſibi ab vxore donatam alienam eſſe ſciat, vt Vlpianus ait *in l. ſi vxor filio. 19. D. de donat. int. vir. & vxor.* vbi propter hanc cauſam in ea ſpecie quā tractat Iulianum reſpondiſſe refert non eſſe marito cōcedendum quod bonæ fidei poſſeſſoribus conceditur, vt per ſeruum donatum acquiri ei ex re eius poſſit, quod & ſcriptum eſt *in l. de fructibus.* 17. in fine. *D. eo. l. per ſeruum donatum.* 57. *D. de acquir. rer. dom.* Adeò autem verum eſt maritum bonæ fidei poſſeſſorem non eſſe, vt etiam dubitatum ſit an qualiſqualis poſſeſſor eſſe exiſtimetur *l. 1. §. ſi vir. vxori. D. de acquir. poſſeſ.* Sed quoniam poſſeſſio magis facti quàm iuris eſt, & res facti infirmari iure ciuili non poteſt, vt lex ait, præualuit ſententia exiſtimantium poſſeſſorem eum eſſe, ſed malæ fidei, quia quod ex non conceſſa donatione retinetur, id aut ſine cauſa aut ex iniuſta cauſa retineri intelligitur. *l. quia quod 6. de don. int. vir. & vxor.* Ad bonam verò fidem requiritur iuſtus titulus, & iuſtus error *d. §. ſi quis à non domino. Inſtit. de rer. diuiſ.* Error inquam, facti non iuris. Si enim maritus putet ſe iuſtè poſſidere eam rem quæ ab vxore donata eſt, errat in iure, non in facto, & cùm error ſit iniuſtus, nihil ei prodeſſe debet, præſertim de lucro certanti *l. 4. l. 7. l. regula. 9. D. de iur. & fact. ign. l. quamuis. 11. Cod. eod.* † Maritum ergo malæ fidei poſſeſſo-
10 rem eſſe rectè dicimus, vt mirum videri non debeat ſi quos ex re ſibi donata fructus percipit, ſuos non faciat, niſi quos operis ſuis acquiſiuerit. Nec erat cur Pomponius in hanc rem bonæ fidei poſſeſſoris exēplum adduceret, cùm de malæ fidei poſſeſſore loqueretur. Ac longè elegantior erit ſententia, ſi Pomponium ita ſcripſiſſe dicamus, *ſicuti cuiuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris.* Ita enim ſcribendum erat, vt dilueret obiectionem quæ de bonæ fidei poſſeſſore fieri poterat, quemadmodum ab Vlpiano & Iuliano factum eſt in *d. l. ſi vxor filio.* Coniecturam illud etiam iuuat, quod quæ à Pomponio ratio affertur, *quia non ex facto eius is fructus naſcatur*, in bonæ fidei poſſeſſore locum habere non poteſt. Alioqui dicendum erit, ex Pomponij ſententia, ſicut marito ita bonæ fidei poſſeſſori non alios fructus acquiri quàm quos ipſe operis ſuis veluti ſerendo acquiſiuerit, quod apertè falſum eſt. Omnes enim etiam ab alio ſatos ſuos facit, *d. l. bonæ fidei. & d. l. qui ſcit. 25. §. 1. D. de vſur.* & non minus ex ſeruo quem bona fide poſſidet quàm ex ſuis operis acquirit *l. qui bona. 23. l. quæſitum. 40. de acquir. rer. domin.* Niſi fortè quis admittat & hac parte Pomponium à cæteris Iurecōſultis diſſenſiſſe: quod ego probabile non puto, præſertim cùm de his fructibus ab alio ſatis, quoniam naturales non ſunt, nemo hactenus dubitauerit. † Sed priuſquam ad cæ- 11
tera quæ ad propoſitæ quæſtionis concluſionem ſpectant accedamus, illud ad Pomponij legem pertinet, & ſcitu digniſſimum eſt, cur maritus quem malæ fidei poſſeſſorem eſſe diximus, fructus faciat ſuos quos operis ſui veluti ſerendo acquiſierit. Cùm certiſſimi iuris ſit eum qui malæ fidei poſſeſſor ſit fructus nullos ſuos facere, ſed omnes reſtituere teneri tam naturales quàm induſtriales, tam perceptos quàm non perceptos, qui tamen honeſtè percipi potuerunt, ac tam extantes quàm conſumptos, omnes denique vt ſcriptum eſt in *d. l. certum. l. 3. C. de condict. ex lege.* & ſupradictis ferè omnibus aliiſque innumeris locis. Verùm reſponderi eleganter poteſt, meliorem eſſe mariti quàm cæterorum malæ fidei poſſeſſorum, quos prædones dicimus, conditionem, quòd is rem ſibi ab vxore donatam poſſidet non contra vxoris voluntatem, ſed contra legem quæ tamen donationem hactenus duntaxat improbat, quatenus ex ea pauperior mulier fiat. *l. ſi ſponſus. 5. §. cùm igitur. l. ſed & ſi. 25. l. ſed ſi vir. 31. §. quod legatarius. D. de dona. int. vir. & vxor.* Hinc verò fit vt ſi maritus ex rei donatæ vſuris vel fructibus opera ſua perceptis locupletior factus ſit, donatio valeat neque hac parte malæ fidei poſſeſſor dici poſſit, quia non ideò pauperior mulier facta ſit quòd eas vſuras fructuſque maritus perceperit. Non enim tam ex re donata quàm ex opera & induſtria ſua percepiſſe exiſtimandus eſt, cùm fieri poterat vt etiam non facta donatione eos fructus eaſque vſuras mulier parum fortaſſis aut nullius induſtriæ nunquam percepiſſet. Idque eſt quod Iulianus dicebat, & Vlpianus refert in *l. ex annua. 15. §. ſi maritus. & d. l. de fructibus. 17. D. eo.* fructus & vſuras licitam habere donationem. Non quòd vxor marito donare poſſit vſuras quas iam fortè ſtipulata ſit, aut fructus quos perceperit, aut percipere poſſit, ſed quòd re aliqua ab vxore contra bonos mores marito donata, donatio valeat quod ad vſuras attinet, fructuſque ex ea re donata perceptos Fructus inquam vſuris ſimiles, hoc eſt, qui donatarij induſtria & opera non rei ipſius donatæ natura & ſua ſponte prouenerunt, vt Pomponius interpretatur in *d. l. fructus.*
† Nam ſi de naturalibus fructibus quæratur, ea ratio quæ rei donationem impedit, in fructibus quo- 12
que locum habet, nec magis pauper fit mulier in ea re quam donat, quàm in fructibus, quos ei vel ignoranti, & nihil curanti, natura ipſa dediſſet. Ergo ſi in fundo donato alius ſeuerit, fructus ad maritum non pertinebunt, quoniam eū pauperior facta vxor videretur, ſi eos fructus non haberet, quia etſi facta donatio non eſſet, ab alio ſati, & mulieri propter ſolum naturali & ciuili iure acquiſiti eſſent. Si tamen propter mariti perſonam ſeuerit is qui alias facturus nō erat, aliud fortaſſe probandū erit, quaſi nihil interſit an mariti diligētia, an propter eū alterius opera fructus prouenerint. Idémque de ſerui donati ope-

ex operis dicendum est vt marito non acquirantur, licet plærique contrà putent. Nihil enim interest an seruus ex re mariti, an ex operis suis acquirat, neque hoc potius quàm in illo casu marito acquirere potest. *l. quæ bona. 23. in princ. d. l. quæsitum. 40. in fin. D. de acquir. rer. dom. l. qui scit. 25. §. vlt. D. de vsur.* Verùm & in supradicto casu cùm de fructibus ex mariti opera prouenientibus quæratur, non eadem prorsus mariti quæ bonæ fidei possessoris ratio constituenda est. Etsi enim vtrique sola perceptione acquirantur, tamen bonæ fidei possessor eos si extent vindicationis tempore restituere tenetur, vt suprà diximus. Maritus verò non tenetur, quoniam volante vxore & iure permittente eos sibi adquisiit. In eo autem par est vtriusque causa, quòd sicut bonæ fidei possessor ita maritus eos fructus non restituit quos consumpsit, quosque si extarent restituere teneretur, nisi locupletior vterque factus sit. *l. 1. C. de petit. hered. l. si mulier. 17. §. vlt. l. cum mulier. 50. De donat. int. vir. & vxor.* Vix enim est vt consumptum videatur id quod in patrimonij corpore retinetur, vt Papinianus ait *in l.*
13 *Imperator. 70. §. vlt. cum l. 71. & 72. D. de leg. 2.* † Mirum autem videri possit quod dicimus maritum non cogi restituere fructus quos consumpsit, cùm verum sit ad illum numquam eos pertinuisse, in eoque similem esse maritum malæ fidei possessori, qui tamen omnes omnino restituit. At dissimilitudinis ratio illa afferri potest, quòd malæ fidei possessoris causa longè iniquior & odiosior est, cum inuito domino, & contra legis præcepta sciens alienam rem possideat, quam mariti qui rem ex vxoris voluntate habet, adeoque iusto titulo nisi quatenus ille locupletior. & illa pauperior fiat, *d. l. si sponsus. §. cùm igitur. de donationibus inter virum & vxorem.* Locupletior autem factus non est perceptione fructuum consum-
14 ptorum, si ex iis nihil in rem suam verterit. † Sed vt ad propositam quæstionem redeamus, & iis etiam quantum fieri poterit satisfaciamus qui à iuris ratione potius quàm à verbis receptæ lectionis recedendum existimant, tentemus an dici possit ea quæ de naturalium fructuum acquisitione scripsimus, de iis duntaxat fructibus intelligi debere quibus conseruandis curam aliquam bonæ fidei possessor impenderit. Quod. n. ei in fructibus quasi dominij ius concedimus, non fit ciuili aliqua ratione sed naturali duntaxat pro cultura & cura, vt Iustinianus supradicto loco scribit. Cui consequens esse videtur, vt nulla præcedente cultura vel cura nec ciuilis nec naturalis ratio bonæ fidei possessori fructus rei alienæ adiudicet. Quamquam autem vix vlla res est quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferre possit, cùm & naturales ipsi curentur. *d. l. fructus. §. non solum. D. solut. matrim.* Attamen cùm quis pomum ex arbore decerpit, aut syluam cædit, quibus exemplis Pomponius vtitur, dici, non potest curam aliquam iis fructibus impendi, maximè si maturã syluam, & maturis pomis arborẽ possessor emerit. Proinde ratio nulla facere videtur vt eos fructus bonæ fidei possessor percipiẽdo suos faciat: quod tamen in aliis fructibus culturã aut curã aliquam exigentibus Põponius fortassis non æquè admisisset. Planè si consumpti sint, id perpetuò & indistinctè obseruabimus, vt nũquã veniãt in restitutionẽ. Nã leges omnes de consumptis fructibus generaliter loquuntur, nec naturales aut inter sese aut ab industrialibus distinguunt. At sanè iniquum esset bonæ fidei possessorẽ eos fructus restituere teneri quos consumpserit, & quorum perceptione locupletior factus non sit, quia sic posito iure fieret vt ei bona fides noceret quæ potius prodesse deberet. De extantibus fructibus non idem dici potest, quorũ scilicet restitutione nullũ bonæ fidei possessor damnum patitur, sed lucrum duntaxat amittit. Cùm si ad percipiendos & redigendos eos fructus aliquid impenderit, tantò minus restituat, quasi fructibus ob eam rem ipso iure diminutis *l. quod in fructus. 46. D. de vsur.* Atque ita ratiocinari fortassis & sentire quis velit. † Verùm 15
huic interpretationi ea Pomponij ratio non conuenit, *quia non ex facto eius is fructus nascitur*, ex qua apparet Pomponium, si vulgatam lectionem sequamur, nolle acquiri bonæ fidei possessori vt nec marito alios fructus quàm facto eius nascuntur. Atqui naturales omnes sua sponte nascuntur. & quæ iis ab homine cura impenditur non tã vt nascantur quàm vt conseruentur præstat. Deinde quamuis ea primũ naturalis ratio induxerit vt bonæ fidei possessor fructus suos faciat, quòd pro cultura & cura id ei concedi æquum visum sit. Postea tamen iuris ciuilis vt videtur auctoritate auctum est ius bonæ fidei possessoris, & constitutum vt percipiendo sibi etiam eos acquirat in quos neque culturam neque curam vllã ipse impenderit, puta ab alio satos. *d. l. qui scit. 25. §. 1. D. de vsur.* & generaliter omnes vt Paulus loquitur, *in d. l. bonæ fidei.* Qui locus cùm & de omnibus fructibus loquatur, & de perceptis non de consumptis, nulla prorsus ratione cum Pomponij lege conciliari potest, nisi emendationem nostram admittas. † Po- 16
stremo illud quoque monendum videtur, malè vulgo creditum esse, fructus quos bonæ fidei possessor percepit ab eo vsucapi non posse, ideò quia statim pleno iure ipsius fiant, *ex d. §. lana.* Si enim verum est quod suprà sæpius diximus, teneri eum restituere omnes quos non consumpsit, eamque ob causam non nisi penè dominus dicitur à Paulo *in d. l. bonæ fidei.* Cur non vsucapere ei liceat, vt neque extantes restituere teneatur, quoad plenum sibi eorum dominium acquirat? Aut cur deterioris conditionis erit quàm si percipiendo eos sibi non acquireret? Præsertim cum si alteri distrahantur nemo dubitet quin secundum emptorem vsucapere possit. Neque sanè id Paulus negat *in d. §. lana:* imò cùm dicit lanam ouiũ furtiuarũ si apud furẽ detonsa est vsucapi nõ posse: Si verò apud bonæ fidei possessorẽ, cõtrà, nihil aliud vult, quàm hoc posteriore casu posse eam vsucapi, quoniam in fructu sit. Quamquam & illud quoque verum est quod subiicit vsucapi eam nõ debere, quia statim emptoris fiat. Quod ita recipi debet vt si lanã veluti suam consumserit, nihil ab eo peti possit, licet statuto tempore lanam non possederit, quia consumptio tantum ei prodest quantum vsucapio. Sed tamen vel consumptos vel si extent vsucaptos esse fructus necesse est, vt non restituantur.

CAPVT XVIII.

Explicatur l. si quis reum. 5. D. de liberat. legat.

SVMMARIA.

1 *Debitori qui fideiussorem dederat liberatione legata, reum acceptilatione non pacto liberandum esse.*
2 *Pacto non acceptilatione liberandum esse debitorem pro quo fideiussor interuenit qui aduersus eum regressum non habet.*
3 *Aliam esse mentem creditoris liberationem debitori leganti, aliam de non petendo cum debitore paciscentis.*
4 *Accursij error in explicatione* d. l. si quis reum.

vir doctissimus *Iacobus Cuiacius* ait vocem hanc *vetitor*, Latinis inusitatam esse, id ego facilè admitto, neque Paulum ita scripsisse volo. Sed ea quoque dictione sublata dico verba illa, *Si præstiterit creditori*, ad alium referri non posse quàm ad eum qui creditorem missum in possessionem rei seruandæ causa non admiserat, quem veteres interpretes iidémque viri boni significantiore, licet minus Latino vocabulo, vetitorem appellabant. Existimarunt verò necessariam esse hanc interpretationem, quod ita Paulus locutus fuerat, *si præstiterit creditori*, cùm apertius dicere potuisset *& præstiterit creditori:* quo modo si dixisset nulla sanè dubitandi, & tot modis textum corrōpendi occasio superesse potuisset. Quod enim secundo loco idem vir doctissimus obiicit falsam esse hanc sententiam vt creditor consecutus pœnam ab extraneo qui possessione prohibuit, à debitore
4 petere nihil possit, id planè nego † Quamuis enim
pœnalis sit actio in factum quæ datur aduersus eum qui creditorem decreto missum in possessionem prohibuit. *l. 1. §. hanc actionem. D. ne vis fiat ei qui in possess. miss. est*, pœnalis autem actio perimere non soleat rei persecutionem. Illud tamen obseruandum est quod *Cuiacius* non animaduertit, non esse hanc actionem merè & propriè pœnalem, quales esse dicimus eas, quæ rei persecutionem non tollunt. Vt vel ex eo maximè colligi potest quod Vlpianus ait in *dict. l. 1. §. hæc verba. D. illo titul.* hæc verba edicti, *Quanti ea res erit ob quam in possessionem missus erit*, continere vtilitatem creditoris, vt quantum eius interest possessionem habere, tantum ei condemnetur is qui prohibuit. Proinde si ob falsum creditum vel si ob falsam petitionem missus sit in possessionem, vel si exceptionē summoneri potuit, nihil ei prodesse hoc edictum, quia ob nullam causam in possessionem missus esse intelligitur. Facit *l. Fulcinius 7. §. si in diem. & l. pen. §. vlt. D. quib. ex caus. in possess. eat.* Atqui actiones merè, & verè pœnales ex sunt quæ non ad id quod reuera actoris interest competunt, sed ad rei de qua controuertitur æstimationem, licet actor calumniator sit, nihilque eius intersit vt in *l. 1. §. vlt. D. si quis ius dicenti non obtemper. l. si per alium 5. §. 1. D. ne quis eum qui in ius vocat. est vi exim. cum simil.* Ergo actio in factum quæ competit ex illo Edicto, Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est, mere pœnalis non est, adeoque rei persecutionem continet. Pœnalis tamen dicitur in *d. §. hanc actionem*, non respectu actoris, sed rei qui propter vim factam ei qui ex Prætoris decreto in possessionē missus erat, pœnam illam patitur, vt ad id quod ipsius interest condemnetur, licet nihil ipse debeat, creditorique aduersus debitorem salua actio supersit, si debitum persequi potius quàm ex edicto agere velit. † Ex quo intelligimus neque verum esse quod
5 *Cuiacius* ait, eum cui possessionem ingredienti vis
facta est, aliud à debitore exigere, aliud verò ab eo qui vim fecit, cùm ab vtroque nihil petere possit præter idipsum quod sibi debetur. Neque rectū esse argumentum quod ille sumit ex interdicto De tabulis exhibendis *l. 3. § condemnatio. D. de tabu. exhibēd.* † Nam actio quæ ex illo interdicto datur, licet ad
6 id quod interest competat, vt eo loco Vlpianus ait,
magis tamen pœnalis est quàm hæc de qua disputamus: imò omnino pœnalis est, quoniam in ea id quod interest non ex veritate æstimatur sed ex quantitate in iudicium deducta, id est, inspecto eo duntaxat, quantum petatur, nō an id quod petitur debeatur. Quid enim si heres qui tabularum exhibitionē postulat, hereditatem petat quæ ad se non pertineat? Quid si legatarius petat legatum, quod sub conditione relictum est & cuius conditio nondum extiterit? Lex ait perinde condemnandum eum qui tabulas non exhibet ac si hereditas ad actorem pertineret aut legatum ei purè relictum esset, adeò vt neque de restituendo legato deficiente conditione cauere teneatur, quia vt Vlpianus ait, hæc pœna cōtumaciæ præstatur ab eo qui non exhibet. Non igitur actor eo iudicio aut potius interdicto rem suam persequitur, sed pœnam, hoc est pœnæ nomine rei quam petit æstimationem, quamuis nihil ei debeatur. Inde verò fit, vt si à contumace pœnam consecutus sit, nihilominus à debitore perinde petere possit quod sibi debetur ac si nihil ab alio consecutus fuisset, quia non rē sed pœnam exegerit. Aliud ergo probandum est in interdicto, Ne vis fiat ei qui in possessionē missus est, quod, vt diximus, pœnale non est ratione actoris, sed eius duntaxat qui conuenitur. Et ideò rectissimè ac verissimè Paulus respondit, si is qui vim facit præstiterit actori quanti ipsius interfuit, debitorem liberari. † Quod tamen ego sic in- 7
telligo, vt per doli exceptionem liberetur. Id. n. apparet cum ex *d. l. 3. vnde quæritur. § de tabul. exhib.* tum ex ratione illa quam Paulus reddit, quod improbus sit is qui eandem rem bis consequi velit. Ipso iure nō liberatur, quoniam ipse nihil soluit, & quod ab eo qui in possessionem missum non admisit solutū est, proprio ipsius non debitoris nomine solutum est. Ergo doli exceptio necessaria est. Dolo enim facit qui contra bonam fidem bis idem exigit, vulgata iuris regula. Quod si eorum opinionem sequeremur, qui Paulum sic intelligunt vt debitor ipse creditori præstiterit quanti eius interfuit, dubitandum meo iudicio non esset quin ipso iure, nō exceptionis ope liberatio contingeret: soluto quippe eo ipso quod debebatur & petebatur. Sed & ea interpretatio faceret vt longè minus elegans esset Pauli sententia, & extra omnē dubitationē. Cùm, vt diximus, actio hæc in factum pœnalis non sit ratione actoris, sed ratione rei duntaxat qui missum in possessionem non admisit. Prætorique sufficiat quoquomodo rem seruari ab eo qui non nisi rei seruandæ causa in possessionem missus erat. Cæteras loci huius lectiones & interpretationes, quoniam à Pauli verbis & iuris ratione omnino abhorrent, pluribus hic refellere operæpretium esse non arbitramur.

CAPVT XX.

Nihil emendandum esse in l. sub conditione. 16. D. de condict. indeb. & explicatio l. Iulianus. 60. eod.

SVMMARIA.

1 *Nullam esse differentiam inter conditionem, & diem incertum, quum de indebiti soluti conditione quæritur.*
2 *Perperam in* d. l. sub conditione. *verbis illis* die existente *additam esse à nonnullis negationem.*
3 *Differentiam esse inter casualem conditionem, & incertitudinem diei quam extituram esse certum sit.*
4 *Explicatur* l. 17. ff. de condict. furt. *hactenus non bene intellecta.*
5 *Ratio dubitandi & decidendi in* d. l. 16.
6 *Præmittuntur quædam ad intellectum* d. l. Iulianus.
7 *An, si quis id quod purè debebat sub conditione nouandi animo promiserit, pendente conditione solutum repetere possit.*
8 *Accursij argumenta refutantur.*

1 INter † conditionem & diem incertum differentia nulla est, si de indebiti soluti condictione quæratur. Nam sicut quod sub conditione, ita quod sub die incerto tibi debeo si ante diem aut conditionẽ existentẽ facti errore solitam, repetere potero, quia omnino indebitum est. Quòd si post solutionem & ante repetitionem dies aut conditio extiterit, non repetam, quia debitum cœpit esse quod prius fuerat indebitum. Isque sensus est *l. sub conditione. 16 D. de condict. indeb.* quam omnino malè explicant, qui à Pomponio differentiam constitui putant inter diẽ incertum & conditionem: cùm tamen apertè lex dicat existente die aut conditione repetitioni locum non esse. Neque ea verba, *quod autem sub die incerto*, quibus mouentur, differentiæ notam aliquam præ se ferunt vt illi aiunt, sed tantùm de alia re loqui Pomponium demonstrant. Prius enim de debito sub conditione locutus fuerat, posteà de debito in diem
2 subiicit. In vtroque autem idem ius cõstituit. † Nec ratio vlla afferri potest cur in postremis illis verbis, *die existente*, addita negatione legamus *die non existente*. Falsum enim est nec vllo iuris loco comprobari possit id quod in diem incertum debetur, si ante diem per errorem solutum sit non posse intereà repeti. *l. sufficit. 56. D. eod. tit.* Et illi ipsi qui addunt negationem, fatentur eo demum casu repetitionem impediri, quo certum sit diem illum incertum aliquando extiturum, puta si quid tibi promisero, *cum moriar*. Cùm enim certum sit debitum iri, quod nõdum debetur condictioni locus non est, quasi indebitum dici non possit, quod fieri non potest vt non
3 aliquando debeatur, vt in *l. 17.* Vlpianus ait. † Sed recta comparatio non est casualis, vt nostri vocant, conditionis, & incertæ dici quam extituram esse certum sit. Nam & si quod sub necessaria conditione debebatur pendente conditione per errorem solutum sit, dubium non est quin interea repeti non possit, vt idem Vlpianus ait *in l. quod si. 18. D. eod.* Sine igitur conditionem omnino incertam cũ die, prorsus incerto compares, siue diem incertum, quem tamen euenturum esse certum sit cum conditione quæ non possit non existere, nulla inter conditionem & diem incertum differentia est, cùm dies incertus pro conditione habeatur. *l. dies incertus. 75. D. de condict. & demonstrat.* & conditio appellatur. *l. talis. 30. §. sed etsi. D. de legat. 1.* Neque opinioni nostræ illud obstat, quod ex Vlpiani verbis *in d. l. 17.* videtur posse colligi Pomponium in præcedenti lege de eo die
4 locutum esse, qui sit omnimodo extiturus. † Illud enim verius est in *d. l. 17.* non præcedentis legis exẽplum, sed confirmationem & rationem contineri, quam vix quisquam hactenus rectè, vt arbitror, explicauit. Ego autem sic explico, vt cùm Pomponius scripsisset id quod sub die incerto debetur, si ante diem soluatur, die existente non repeti, ratio hæc in *l. seq.* subiiciatur ex Vlpiano, quia si cùm moriar dare promisero, & antea soluam, repetere non possum. Hoc est, si eo casu quo dies nondum venit quem venturum esse certum est: solutum repeti non potest. Multò magis dicendum est, id quod in diem prorsus incertum debebatur, si ante diem solutum sit, die existente condici non posse. Plus enim est diem venisse, quàm necessariò venturum esse. † Du-
5 bitandi autem ratio apud Pomponiũ illa erat, quòd initio & solutionis tempore inspecto, indebitum per errorem solutum esset. Sed decidendi ratio est, quia cum de condictione quæritur, condictionis tempus inspiciendum est non solutionis. Adeò autem sufficit debitum esse cũ petitur id quod indebitè solutum erat, vt si modò debitum iri certũ sit, licet nondum debeatur, perinde habendum sit, ac si purè non in diem vel sub conditione deberetur. *l. si pupillus. 9 §. qui sub condictione. D. de nouat.* Nihil igitur emendandum est in *d. l. sub conditione*, &, si quid emendari necesse esset, dicerem potius in illis verbis, *quod autem sub die incerto debetur*, pro *autem* legẽdum esse *item*, quanquam ne hoc quidem necesse est. † His verò quæ diximus mirificè conueniunt, 6
quæ Paulus scribit in *l. Iulianus verum debitorem. 60. D. eod. tit. de condict. indeb.* de cuius quidem sententia non inutile futurum est, si hic omnia quæ ad rẽ pertinere videbuntur breuiter exponamus. Illud primum ex Iuliano Paulus refert, verum debitorẽ post litem contestatam manente iudicio soluentẽ repetere non posse, quia nec absolutus nec condẽnatus repetere posset. Idémque dicendum esse si quis ita promiserit, Siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit, quia ex vna causa alterutrius, origo solutionis proficiscitur. Tum subiicit, si quis id quod purè debebat sub conditione nouandi animo promiserit, magis dubitari posse, an pendente conditione solutum possit repeti. Plerosque enim putare repetitioni locũ esse, quoniam ex qua obligatione solutũ sit dici non possit, vt contingit si plures eandem pecuniam alter purè, alter sub condictione nouandi animo promiserint. Verùm hoc dissimile esse Paulus ait, quia in stipulatione pura & conditionali, eundem debiturum esse certum sit. † Quemadmodum 7
autem casus ille cùm quis id quod purè debet sub condictione nouandi animo promisit, Paulo dubitabilior cæteris visus est, ita interpretum nostrorum opiniones in diuersas partes distraxit. Sunt enim qui repetitioni locum esse putent, quam sententiam *Azo, Iohannes, Accursius, Bartolus* cæterique ferè omnes sequuntur. Alij contra iam olim ex veteribus interpretibus, vt idem *Accursius* refert, negabant, cum quibus & ego sentio. Id enim est meo iudicio, quod in fine legis Paulus ait, stipulationem hanc dissimilem esse illi qua plures personæ eandem pecuniam purè & sub condictione nouandi animo promiserunt. Nam in priore stipulatione eundem debiturum esse certum est siue nouationis condictio extiterit, siue defecerit, & ideo condicere promissor non potest id quod omnimodo sit debiturus. In posteriore verò incertum est ex pluribus quis futurus sit debitor. Si enim conditio extiterit, Secundus promissor: si defecerit, Primus debitor erit. Propter quam causam meritò responsum est, eum qui pendente condictione soluerit repetiturum. Nec possum intelligere qua ratione mouçantur, qui vt nouam opinionem inducerent, Paulum sic interpretati sunt, quasi senserit hoc casu repetitioni locum non esse. Quæ enim à Paulo affertur ratio in illis verbis, *In stipulatione enim pura & condictionali eundem debiturum esse certum est.* huic interpretationi non solum non conuenit, sed etiam omnino repugnat. † Ineptum etiam est argumentum quo *Accursius* vtitur, vt ostendat eum qui quod 8
purè debet sub conditione nouandi animo promisit, si pendente conditione soluat, repetere posse. Ait enim creditorem puræ obligationi renuntiare videri, & promissorem conditionis dilationem inducere, quorum vtrumque falsum est. Cùm neque creditor puræ obligationi renunciet, nisi sub conditione, si eam posteà accipere contigerit, neque debitor conditionem inducat obligationis: imò purè obli-

rè obligatus maneat nisi secundæ stipulationis conditio extiterit. *l. quoties.14. D. de nouat. l. in persona.10. §. fin. D. de pact.* Quod autem adiicit, incertum esse in illa specie, an perpetua an temporaria futura sit exceptionis defensio ex *dicta l. sufficit.56. de condict. indeb.* multò minus verum est. Etenim cùm vtroque casu siue condictio extiterit siue defecerit, futurum tamen sit vt debeatur id quod promissum est, fieri certè non potest, vt perpetua sit exceptionis defensio, ac proinde vel ex ratione Papiniani in *dicta l. sufficit.* condictioni locum non esse concludendum est. Et verò illi ipsi qui hanc nostrorum opinionem induxerunt, non alia ratione mouebantur, quàm quòd incertum esset ex qua obligatione debitor soluisset, vt Paulus refert. Sed non inde fit quin certum sit, ex alterutra obligatione soluere eum debere, cùm aut ex pura, aut ex condictionali obligatione eum debiturum esse certum sit, quod sufficit ad impediendam condictionem.



ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER V.

CAPVT I.

Explicatio §.vlt.l.vlt.D.de leg 3.

SVMMARIA.

1 *An legata à filio impubere instituto qui contra tabulas patris bonorum possessionem accepit extraneis relicta, substitutus præstare debeat?*

2 *Quid Interpretibus in dicta quæstione dubitandi causam præstiterit.*

3 *Reijcitur Cuiacij emendatio ad* dict. §. vltim. l. vltim. de leg. 3.

4 *Cur in specie* d. §. vlt. *substitutus legata à pupillo instituto extraneis relicta ex vncia tantùm præstet?*

5 *An si nullum ex bonorum possessione commodum ad filium impuberem institutum peruenerit, legata ab eo relicta extraneis præstare substitutus debeat?*

6 *Explicatur* l. cùm contra 35. de vulgar. & pupillar. substit.

7 *Refutatur sententia Accursij existimantis legata ab instituto data à substituto præstari, quasi ab ipso tacitè repetita.*



SI pater impuberem heredem scripserit, eique substitutum dederit, & alio filio emancipato præterito edictum cōmittente pupillus cōtra tabulas patris bonorum possessionem acceperit, tum de legatis à substituto præstandis controuertatur, certissimum est distinguendum esse an ab ipso impubere data sint, an à substituto. Quanquam enim petita bonorum possessione contra tabulas, testamentum patris rumpitur, pupilli tamen fauor, & vtilitas efficit, vt pupillare sustineatur, adeoque præstanda sint omnibus, id est extraneis quoque personis ea, quæ à substitutione pater relinquit. *l. ex duobus.34. §. vlt. D. de vulg. & pupill. subst.* At quæ ab impubere instituto relicta sunt, ratio iuris, & æquitatis non patitur, vt à substituto aliis quàm exceptis personis debeantur. Nam cū ex ipsius impuberis defuncti persona præstentur, *l. in ratione.11. §. quod vulgo. D. ad l. Falcid. l. seruo alieno.113. §. sed si pater. de lega. 1.* consequens est vt aliis non præstentur, quàm quibus ab ipso impubere præstari deberent, iis videlicet personis duntaxat quas speciali in eam rem edicto De legatis præstandis exceptas Prætor voluit. Ex quo intelligi potest, euidenter errare eos, qui putant Prætoris beneficio institutum filium duntaxat, non etiam substitutum, legatorum nomine exonerari. Neque enim Prætoris edictum in filij instituti gratiam, sed potius legatariorum fauore comparatum est, quando certum sit per bonorum possessionem contra tabulas rumpi patris testamentum, ac proinde legata ex eo deberi nullomodo posse, præter ea, quorum præstatio visa est Prætori habere naturalem æquitatem vt Vlp. ait in *l. 1. D. de leg. præst.* vbi non ineleganter æquitatem edicti nouam appellat, quod valde nouū sit, ac contra communes iuris regulas vt qui patris iudicia rescindit, ex eius tamen iudicio & voluntate legata fideicommissa quibusdam personis prestare compellatur. Ergo legata ab instituto filio extraneis relicta ne quidem substitutus præstabit: idque disertè scriptum est in *l. filium.5. D. eod. tit. de leg. præstan.* † Verùm sicut nonnullis errandi, ita omnibus dubitandi 1
causam illud præbuit, quod in *l. vlt. §. vlt. de leg. 3.* Scæuola respondit in eadem, vt videtur, specie substitutum legata ab instituto relicta non exceptis tantùm, sed etiam extraneis personis debere, ita tamen vt his ex ea duntaxat portione præstet ex qua institutus fuit, exceptis verò ex reliquo, id est, etiā ex eo, quod per bonorum possessionem contra tabulas accessit. Proponebatur enim filius ex vncia tantùm heres scriptus, ac Prætoris beneficio semissem consecutus. †Scio placere viro doctissimo *Iacobo Cuiacio* corru- 2
ptissimum esse Scæuolæ responsum, ac potius de legatis à substituto relictis accipiendum, quasi ea verba, *habeat & substitutum*, alieno loco posita sint, & reponenda post illa prima, *si filius ex vncia heres institutus sit*. Quod tamen vix est vt probabile videri possit, cum cætera quæ sequuntur, *deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiæ bonorum possessionem*, ad filium, non substitutum referantur: neque illud verè dici possit, substitutum legata à se relicta debere ex vncia omnibus: ex reliquo autem liberis & parentibus. Omnibus enim debet pro modo pa-

trimonij quod ad filium peruenit, perinde ac si id quod per bonorum possessionem filius habuit à patre accepisset. *d.l.5.§. quod si impubes. de legat. præst. l. ab exheredat.126. de legat.1.* Quare delenda omnino erit tota illa Scæuolæ distinctio, *Sed ex vncia omnibus, ex reliquis, liberis & parentibus:* quod si ita est, rectè profectò sentiunt, qui in libris nostris locum alium adeò maculatum nullum esse aiunt. Quamquam minus maculatus videri poterit si his posterioribus verbis sublatis, nihil de præcedentibus immutetur. Verissimũ enim est in ea specie quam Scæuola tractat, legata ab instituto relicta deberi à substituto vsque ad semissem. *l. etsi contra tabulas.35. D. de vulga. & pupil. substit.* neque tractandarum rerum ordine quem sibi pro arbitrio vir doctissimus comminiscitur, vulgata lectio, quæ rectum sensum habet mutari debuit. Sed nec sequentia illa, quæ inepti interpretis esse arbitratur, tollenda esse existimo, ac longè facilius Vlpianum à Scæuola dissensisse admitterem, si commodius nihil dici aliud posset. Ac ne hoc quidem admittendum puto. Neque enim aut in *d.l.5. de leg. præstand.* aut alio vllo iuris loco scriptũ reperio, substitutum legata extraneis non præstare ex vncia, si per bonorum possessionem contra tabulas à filio petitam plus ad eum peruenerit. Improbè namque recusaret legata extraneis præstare eo colore, quòd filius bonorum possessionem contra tabulas acceperit, quæ scilicet substituto ipsi prodest, adeò que ex testatoris voluntate. †In quo deterior sanè est conditio substituti, quàm filij instituti. Hic enim non solum quod possessionis commodo supra vnciam habet, sed & vnciam ipsam ex qua institutus erat, Prætoris beneficio, ac contra patris voluntatem habet, vt non sine causa recuset soluere legata quæ extraneis pater reliquit, pro ea etiã parte ex qua institutus fuit. Substitutus verò, tametsi plus consequatur possessionis beneficio, quam ei testator reliquerat, hoc ipsum tamen ex testatoris voluntate habet, qui scilicet non haberet si à testatore substitutus non esset. Planè improbius facerent legatarij extranei si rupto per bonorum possessionem testamento ampliora legata consequi vellent, quàm petere potuissent, si ruptum testamentum non fuisset, & ad substitutum vncia duntaxat peruenisset. Quæ ratio esse videtur propter quam Scæuola respondit substitutum non nisi ex vncia extraneis legata præstare. †Aliud verò obseruandum est si nullum ex bo-
4 norum possessione commodum, ad filium & substitutum peruenerit, Cur enim hoc casu improbè faciat substitutus qui dicat nolle se ex instituti persona soluere legata, quæ institutus ipse si viueret minimè præstaret? Idque satis apertè meo iudicio Scæuola voluit, qui in posteriore responsi specie, hoc est si ex dodrante institutus filius commisso edicto semissis tantùm possessionem acceperit, substitutum ex semisse duntaxat legata debere dixit, nulla distinctione adiecta, vt intelligamus hoc casu nulla ex parte legata extraneis præstari. Quæ etiam species *d.l.5. de lega. præst.* in qua solus filius, ac proinde ex asse institutus proponitur, vt fratris præteriti quem Vlpianus ponit bonorum possessionem accepisse, concursu minus perceperit, quàm ex testamento habuisset. †At eidem Scæuolæ responso illud etiam obstare
5 videtur quod Africanus ait, in *dict. l. etsi contra.35. de vulgar. & pup. subst.* legata ab instituto pupillo relicta coniunctis personis (sic enim necessariò is locus intelligi debet) & à substituto præstanda augeri ex eo quòd filius extraneis nihil debuerit. Nam si ita est, illud etiam consequens videtur vt neque substitutus extraneis quicquam debeat, alioqui inepta erit ratio illa Africani, & alia quærenda, cur legata à substituto personis exceptis præstanda augeantur. Verùm præter id quod Africanus secundum Scæuolæ distinctionem intelligi commodè potest, vt leges aliæ ex aliis sumunt interpretationem, illud etiam non malè quis fortasse dixerit, posse contingere vt legata coniunctis personis relicta augeantur ex eo quod filius extraneis non debuerit, quemadmodum Africanus ait, & tamen illa etiam quæ extraneis data sunt, præstentur pro ea parte ex qua filius fuit institutus. Finge eum qui mille & ducẽta in bonis habebat, cùm fortè sibi longè locupletior videretur, filium in potestate ex vncia duntaxat heredẽ scripsisse, id est in centum, & ab eo legasse extraneis ducenta, coniunctis verò personis trecenta quinquaginta. Si posteà filius commisso per emancipatum edicto bonorum possessionem petierit, & semissem consecutus sit, mox ante præstita legata decesserit, dicemus substitutũ quamuis extraneis quoque legata præstet, non ideò tamen falcidiam deducturum, ex cæteris quæ coniunctis personis præstanda sunt. Scilicet quoniam extraneis nihil debet nisi pro vncia, id est centum. Suprà vnciam non debet: quia extraneis filius nihil debuit, atque ita fit, vt etiam integris solutis iis quæ coniunctis personis relicta sunt, adhuc cẽtum & quinquaginta iure falcidiæ substitutus habeat, quæ citra deductioné non haberet si filius extraneis debuisset. Id enim est quod Africanus ait augeri legata quæ ab instituto cõiunctis personis data sunt, hoc est, sine falcidiæ diminutione præstari, quoniam quæ per legem falcidiam & ipso iure minuuntur, ea si integra præstentur, quodammodo augentur, *l. in quantitat.74.§. vlt. D. ad l. Falcid.* quod nos alio loco fusius explicauimus. Recta verò & interpretationi nostræ valde conueniens est ratio illa Africani, *propterea quod filius extraneis nil debuerit*. Cui alia subiicienda est quæ paulò post sequitur in iis verbis, *quemadmodum & ipse filius plus exceptis deberet.* Siue enim de legatis ab instituto relictis & à substituto præstandis disputamus, siue de iis quæ ab ipso substituto data sunt, quæ Africanus crescere ait si ex bonorum possessione plus ad filiũ peruenerit, accommodatè dici potest, augeri ea, quemadmodum & ipse filius plus exceptis deberet; tametsi in legatis ab instituto relictis accommodatius id dici posse videatur. Præsertim cùm minus recta sit hac parte comparatio filij & substituti. Legata enim ab instituto filio relicta augentur, licet non plus ad eum per bonorum possessionem peruenerit, quoniam extraneis nihil præstat. Ea verò quæ à substituto data sunt, non aliter augentur, quàm si plus compendij & commodi ex bonorum possessione quàm ex testamẽto filius perceperit, cùm extraneis quoque substitutus legatorum à se relictorum nomine obligetur. † Hinc porrò intelligimus quàm 6
parum acutè *Accursius* scripserit legata ab instituto data præstari à substituto, quasi ab ipso tacitè repetita. *ex l. licet Imperat.70. de leg.1.* Nam vt taceam illud De tacita repetitione legatorum Africani & Scæuolæ temporibus certum non fuisse ante nouam Seueri & Antonini constitutionem; illud etiam me mouet, quòd si ea legata ab instituto relicta substitutus præstaret tanquam à se repetita, vtique omnibus ea præstaret sicut cætera quæ à substitutione data sunt. At quæ ab instituto relicta sunt, non nisi exceptis personis præstat, quia cùm non testatori, sed pu-

pillo

pillo heres existat, ad eorum pręstationem tanquam ad æris alieni solutionem obstrictus est, *d. l. in ratione. 11. §. quod vulgo. D. ad leg. Falcid.* Adeò autem verum est legata à filio instituto relicta non videri à substituto repetita, vt nec si expressè repetita sint, alio tamē iure debeantur, quàm quod substitutus pupillo heres extiterit. *d. l. seruo alieno. 113. §. sed si pater. de leg. 1.* Generaliter igitur diffiniri potest constitutionem illam Seueri & Antonini quam Iurisconsultus refert in *d. l. licet*, ad vulgarem duntaxat, non etiam ad pupillarem substitutionem pertinere.

CAPVT II.

Emendatio l. legaui. 25. D. de liber. legat.

SVMMARIA.

1 *An vtile sit eiusmodi legatum*, Lego tibi centum aureos quos mihi debes, *cum tamen nihil mihi debeas?*

2 *Reycitur emendatio & coniectura Interpretum ad* d. l. legaui.

3 *Differentia inter falsam demonstrationem, & falsam causam siue conditionem legato adiectam, & explicatio* l. si sic legatum. 75. de leg. 1.

4 *Reycitur Bartoli & aliorum ad eandem legem interpretatio.*

5 *Multum interesse an tibi legauerim centum quæ mihi debes, an ita dixerim, Centum aureos quos mihi Titius debet, heres meus damnas esto non petere.*

6 *Tolluntur verba irrepetita è* d. l. legaui. *& emendationis ratio redditur.*

7 *Cur inutile sit legatum hoc, Centum aureos quos mihi Titius debet, heres meus damnas esto ei dare?*

1 VVlgo † ab interpretibus creditum est inutile & nullius momenti esse legatum, si tibi legauero centum aureos quos mihi debes, & nihil mihi debeas: quasi deficiente, vt illi aiunt, substantia & conditione legati, quemadmodum dici solet, in illa legati specie, Si tibi centum legauero, quæ mihi Titius debet, cùm nihil ille debeat *l. si sic legatum. 75. §. 1. de legat. 1.* Mihi verò aliud iudicium est, neq. dubito quin vtile sit prius legatum, & quantitas peti possit, licet nihil mihi debeas, quasi falsa demonstratione adiecta, vt apertis verbis Paulus respondit in *l. legaui. 25. D. de liberat. leg. Quod si nihil debeat*, inquit, *poterit dici quasi falsa demōstratione adiecta, etiam quod comprehensum est peti posse.*
2 † Nec possis nisi valde ridiculè & ineptè sequentia illa, *Sed poterit hoc dici si ita legauit, Centum aureos quos mihi debet*, quæ affirmatiuè concepta sunt, legere cum interrogatione, vt negationem subintelligas, quemadmodum post Ioannem & Azonem vulgo interpretes tradiderunt: aut eddita negatione scribere, *Sed non poterit hoc dici*, quomodo ex recentioribus *Iacobus Cuiacius* veterū errorem potiùs quàm emendationem secutus legēdum esse arbitratur. Repugnant enim præcedentia, repugnant etiam sequentia. Quis namque casus esse potest, quo verum illud sit quod initio Paulus dixit, licet nihil legatarius debeat, posse tamen dici, quasi falsa demonstratione adiecta etiam quod comprehensum est peti posse, si neges valere huiusmodi legatū? *Lego Titio centum aureos quos mihi debet.* Nullū siquidem apertioribus verbis concipi & legatario fauorabilius excogitari meo iudicio potest. Et inter varias legatorum formulas ac differentias, quas iuris veteris authoritas admisit, aptissimum sanè & optimum hac parte legandi genus illud fuit, quòd per vindicationem dicebatur, vt facilè perspicere quiuis potest. Deinde quod apud Paulum sequitur, *Quod si sic dixit, Heres meus centum aureos quos mihi Titius debet damnas esto ei dare, quam illud tentari poterit, vt petere possit, quasi falsa demonstratione adiecta, quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimauerit.* An non ostendit satis in præcedentibus tractasse Paulum de vtili legato? Alioqui si dixisset non valere legatum ita relictum, *Lego Titio centum aureos quos mihi debet*, cur dubitaret quin idem dici posset de legato per damnationem concepto his verbis, *damnas esto heres meus ei dare?* Dubitat tamen, & dubitandi causam significat, cùm ait etiam hoc casu tētari posse vt legatum valeat quasi falsa demonstratione adiecta. Non ergo dubitabat, quin legatum de quo prius dixerat valeret, & falsæ demonstrationis adiectione non vitiaretur. Idque necessariò consequens est iuris regulæ quæ habet falsam legati demonstrationem legatario non nocere. *l. demonstratio. 17. l. falsa. 33. l. quibus diebus. 40. §. qui dotalem. D. de cond. & demonstr.*
† Neque ad obiectionem hanc responderi potest, quod quidam respondent ex Vlpiano in *d. l. si sic legatum. §. 1. de legat. 1.* inter falsam demonstrationem & falsam causam siue conditionem legati multum interesse. 3 Quanquam enim id verissimum est ad aliam tamē, quàm ad eam de qua quærimus legati speciem pertinet. Ad eam scilicet, quam illo loco Vlpianus tractat, si mihi legaueris centum aureos quos tibi Titius debet, cùm nihil ille tibi deberet. Nam legato nomine certæ quantitatis, certum est non quantitatem ipsam, sed nomen legatum intelligi, ac proinde ad aliud heredem teneri nō posse quàm ad cedendas & præstandas actiones, quæ porrò nullæ sunt si nihil testatori debebatur. Vnde fit vt legatum sub ea conditione relictum videatur, si Titius tibi debeat, qua cōditione deficiente substantia quoque legati deficit, & consequenter inutile ac nullius momenti est legatum. Sed si legauero tibi centum aureos quos mihi debes, manifestum est legatam esse quantitatem nō liberationem, quāuis si debitor sis nihil nisi liberationem petere possis: & ideò si nihil debeas centum nihilominus petes, quia verum est cētum fuisse legata, & falsam adiectam esse demonstrationem. Nec ratio vlla est cur ab Vlpiano contrà responsum fuisse existimamus in *d. l. si sic legatum. §. 1.* vbi eum casum tractat sicut diximus, quo mihi legatum est à Sempronio id quod ei Titius debebat. In qua specie rectè ait nō valere legatum si nihil Titius Sempronio debeat, siue nullam siue certam quantitatem testator expresserit. Cùm enim quantitas non est adiecta, nihil deberi potest, quia vt lex ait, non apparet quantum fuerit legatum. Quæ res facit, vt quamuis valeat legatum si cui legauero centum, quæ Titio debeo, licet nihil ei debeam, quòd hæc falsa demonstratio non perimat legatum, inutile tamen sit si simpliciter & nulla adiecta quātitate legauero id quod Titio debeo, nempe quia dici non possit quantum sit in legato. Quod si in proposito casu testator addiderit certam quantitatem, & mihi legauerit centum quæ ei Titius debet, inutile etiam erit legatum, quòd ea quātitas non tam demonstrationis, quàm causæ & conditionis loco adiectæ esse videatur. Solet quidem falsa causa, itémque falsa conditio legati legatario non nocere, *leg. cum tale. 72. §. falsam causam. & §. falsam conditionem. D. de con. & demon.* Sed Vlpianus eo

loco falsam causam & conditionem legati eam intelligit, quę errantem testatorem impulit vt legaret, & sine qua legatarius non fuisset, quæque legato sic cohæret, vt substantiam ipsam legati potius quàm legandi rationem contineat. Concludit igitur Vlpianus *versi. Proinde*. Etsi Titio decem quæ mihi Seius debet, legauero, nullum esse legatum. Esse enim, inquit, debitor debet: cùm etsi viuus exegissem extingueretur legatum, & si debitori maneret, actiones duntaxat aduersus eum præstare heres meus co-
4 geretur. † Neque probabilis est *Bartoli* & cæterorũ interpretatio, qui putant in versic. *Quod si addiderit*, tractare Vlpianum de legato sic concepto, *Decem quæ mihi Titius debet, lego eidem Titio*. cum certo certius sit, persequi Vlpianum propositam speciem de legato relicto alteri quàm ei quem testator debitorem esse existimabat, vt probant ea ipsa verba. *Quod si addiderit*, quæ ad alium referri certè non possunt, quàm ad testatorem, quem principio §. posuerat legasse mihi id quod ei Titius debebat, nulla addita quantitate. Nec video quid ex hac nostra interpretatione quam legis verba euincunt sequatur incommodi, nisi quòd superuacua & frustra adiecta videantur, quæ Vlpianus subiicit in *versic. Proinde*, quod tamen minus mirabitur is qui obseruauerit Vlpiano Asiaticum illud scribendi genus placuisse potius quàm Laconicum & Papinianeum. Vtut sit, longè absurdius fore puto si falsam Vlpiani opinionem, prælertim quæ ex verbis colligi non possit inducamus, quàm si fateamur id quod res est, eandem ab eo sententiam superuacuò repetitam esse. † Sed
5 illud præcipuè interpretes nostros meo iudicio fefellit, quòd Paulus in *d. l. legaui*, ita scribit, quasi nihil intersit, an tibi legauerim centum quæ mihi debes, an ita dixerim, Centum aureos quos mihi Titius debet, hæres meus damnas esto non petere. Cùm tamẽ hoc posteriore casu nemo sit qui negare ausit liberationem duntaxat certæ quantitatis legatam videri, non ipsam quantitatem, siue quòd per damnationem legatum relictum sit, siue quòd testator non iusserit heredem tibi dare, sed tantùm à te non petere. Idque manifestius fit ex eo quod Paulus subiicit non valere legatum, & liberationem duntaxat videri relictam, licet dandi verbum testator vsurpauerit, quod tamen ad quantitatem legandam aptius
6 est, quam verbum non petendi. † Quod cùm ita sit, puto interpretis esse nõ Pauli totam illam adiectionem, *vt Stichum quem Titius mihi debet, hæres meus damnas esto non petere*. Interpretem verò imperitum illud mouisse aut potius fefellisse, quòd putabat fortasse, in prioribus iis verbis, *Titio centum aureos quos mihi debet*, deesse aliquid ad implendam & perficiendam orationem. Aut exemplo centum aureorum, quod Paulus attulerat aliud addendum fuisse de Sticho, vt ex eo omnes intelligerent verum esse, quod prius Paulus dixerat, nihil interesse an centum aureorum, an fundi debiti mentionem testator fecerit. Ac sanè si aliud exemplum addere Paulus voluisset, vtique de fundo non de Sticho addidisset, vt præcedentia cum sequentibus magis conuenirent. Deinde, quòd dicimus nihil interesse an centum aureorum an fundi debiti mentionem testator fecerit, non aliter verum est quam si iisdem verbis legatum conceptum proponatur. †
7 Sed non inelegans dubitatio est cur inutile sit legatum hoc. *Centum aureos quos mihi Titius debet, hæres meus damnas esto ei dare*, potius quàm illud, *Lego Titio centum aureos quos mihi debet*. Ratio enim illa Pauli cùm dandi verbum ad debitum referre se testator existimauerit, difficilior est, quàm vt commodè intelligi & explicari possit, quoniam ex præsumpta testatoris volũtate potius quàm ex verbi vi, & potestate desumpta esse videtur. Nisi dicamus, quod verum est, multum referre an certam quantitatem testator ipse dederit, an heredem suum dare damnauerit. Hoc enim casu illud testatorem animo agitasse verisimile est, vt si nihil heredi Titius deberet, nihil Titio heres daret, quòd dare non possit eam quantitatem quæ sibi debetur, si nulla debeatur. Cùm verò testator ipse dedit, non de illo quærimus quid heres dare possit, sed quantum testator dederit, & ad relictæ quantitatis præstationem obligari heredem admittimus, quasi falsa duntaxat demonstratione adiecta. Atque hæc nostra interpretatio & emendatio, etsi noua est & à communi interpretum omnium opinione aliena, placuit tamen eruditissimo Iurisconsulto *Iohanni Blancheto*, qui propter eximiam qua excellit iuris scientiam, non solũ Sebusianis nostris apud quos Iudicis appellationum dignitatem summa cum laude sustinet, sed exteris quoque omnibus ad quos prouinciæ nostræ fama peruenit, eam sui nominis admirationem excitauit, vt facile mihi persuadeam doctissimos quosq. probaturos omnia quæ tam eruditi viri iudicium excellens comprobauerit.

CAPVT III.

Veram esse receptam lectionem l. pen. D. de constit. pecun.

SVMMARIA.

1 *An qui tibi aut Titio soluere promisit, deinde constituit se tibi aut Titio soluturum si deinde Titio soluerit vtraque actione ipso iure liberetur?*

2 *An qui tibi centum ex stipulatione debebat, deinde constituit ea se tibi aut Titio soluturum, si Titio soluerit actione constitutæ pecuniæ maneat obligatus?*

3 *Paulum in quæstione* d. l. pen. *non de actione ex stipulatu sed de constitutoria dubitasse.*

4 *Multum in dictæ legis quæstione interesse an promissor tibi, aut Titio, an tibi duntaxat ex stipulatione soluere debuisset.*

5 *Propositæ differentiæ ratio.*

6 *Quid per* propriam actionem d. l. penultim. *intelligatur?*

7 *Conciliatio* l. 8. de constit. pecun. *cum* l. si ita stipulatus 59. de solut.

Ait lex. si quis duobus pecuniam constituerit tibi aut Titio, stricto iure propria actione constitutæ pecuniæ manere eum tibi obligatum, quamuis Titio soluerit, sed tamen per exceptionem adiuuari. Quod sic accipiendum esse omnes consentiunt, si tibi anteà obligatus esset is qui constituit, alioqui cõstitutum non valeret si debitum nullum præcessisset. *l. 1. § debitum autem l. eum qui. 5. § quod exigimus l. hactenus. 11. D. eod. tit.* Ego etiam sic intelligo, vti ne ex pręcedenti obligatione Titio solui posset. † Si enim cùm tibi aut Titio stipulatus esses, promissor 1
posteà constituerit se tibi aut Titio soluturum, & Titio soluerit, dubitandum mihi non videtur, quin ab vtraque obligatione tam ex stipulatu, quàm de constituta pecunia ipso iure liberetur. Nam & liberaretur etsi constituisset se tibi soluturum nulla in constituto facta Titij mentione. *l. si ita stipulatus. 59. D. de solu.*

folu. vbi satis apertè Paulus docet liberationem hinc
casu contingere non per exceptionem doli, vt mi-
nùs [illegible] quidam scripserunt, sed ipso iure, præser-
tim [illegible] dicat nihil interesse an stipulator iubeat
promissorem Titio soluere, an ab initio ita concepta
stipulatio sit, vt stipulatori vel Titio solueretur. Ne-
mo enim dubitat quin si iussu stipulatoris promissor
Titio soluerit, ipso iure liberetur, *leg. vero procurator.*
12. Digest. eod. tit. ul. de solution, leg. obligationum ferè. 44.
2 *§. accessio Digest. de oblig. & act.* † Si igitur qui tibi cen-
tum ex stipulatione debebat constituerit ea se tibi
aut Titio soluturum, deinde Titio soluerit, quæstio
est apud Paulum in *dict. l. penul.* an tibi nihilominus
propria actione constitutæ pecuniæ maneat obliga-
tus. De priori actione quæ ex stipulato competebat
Paulus nihil quærit, quoniam si posterior de consti-
tuta pecunia per solutionem Titio factam ipso iure
perempta esset, vtique & prior ipso iure subsistere
non posset. Quanquam enim duplex actio est: altera
ciuilis, altera Prætoria. *§. de constitution. Institut. de a-*
ction. vtraque tamen vnius solutionis potestate tol-
litur, quia vnum debitum est, quod per constitutum
sicut non nouatur, ita neque augetur. *leg. item illa*
3. *verba. 18. §. vltim. cum l. seq. D de constit. pecun.* † In quo
miserè errant qui existimant in proposita quæstione
tolli ipso iure constitutoriam actionem, nec nisi de
priore ex stipulatu Paulum dubitare. & illud tandem
concludere non tolli eam, nisi per exceptionem: in-
déque animum sumunt emendandæ legis, vt in illis
verbis *propria actione pecunia constituta* non *propria*
legamus, sed *priori.* Cùm tamen & ex iuris ratione
quam supra diximus, & ex sequentibus illis verbis,
pecunia constituta, quæ ipsi non tollunt, appareat ma-
nifestè non nisi de constitutoria actione apud Pau-
lum disputari. Neque enim prior obligatio erat con-
stitutæ pecuniæ, sed verborum & ex stipulatione.
Atque ita rectè veteres omnes interpretes ea verba
exposuerunt. Sed difficile iis fuit intelligere, quam
rationem illud habeat, quod Paulus respondit, con-
stituti actionem ipso iure & stricto non tolli si is,
qui tibi aut Titio pecuniam soluturum se constitue-
rat, Titio soluerit, cum adiecto solutionis causa sol-
ui posse, & debitori soluenti liberationem ipso iure
acquiri certissimum esse videatur, *dict. leg. 59. de solu.*
leg. sed etsi filiusfamilias. 7. §. 1. & leg. 8. Digest. de consti-
tut. pecun. Ego, ne in recensendis & refellendis sin-
gulorum opinionibus frustrà sim longior, sic statuo.
4 † Multum interesse an promissor tibi, aut Titio, an
tibi duntaxat ex stipulatione soluere debuisset. Nam
cùm Titius tam in stipulatione quàm in constituto
solutionis causa adiectus fuit, proculdubio est rectè
ei solui posse, & solutione obligationem omnem
tam ex stipulatu, quàm de pecunia constituta ipso
iure extingui. *dicta leg. si ita stipulatus.* Et de hoc ni-
mirum casu Paulus loquitur *in dicta leg. 8. de constitut.*
pecun. cùm ait, si posteaquam promissor soli tibi solu-
turum se constituit, Titio soluerit, eum nihilominus
teneri. Ita innuens liberatum iri eum, si tibi aut Titio
constituisset, vel tibi non adiecta dictione illa, *soli.*
Idque constat satis ex *dict. §. 1. l. 7.* cui *dict. lex 8.*
coniungitur. Quòd si tibi soli stipulatus fueras non
adiecta Titij persona, dico etiamsi tibi aut Titio so-
luturum se promissor constituerit, & Titio soluerit,
nihilominus eum de constituta pecunia strictoiore
manere obligatum, in eóque perelegantem stipula-
tionis & constituti differentiam obseruari. In stipu-
latione cùm Titius solutionis gratia adiectus est, per-
inde haberi debet, ac si stipulator id quod sibi de-
betur Titio solui mandasset, vt Paulus ait in *d. l. 59.*
de sol. & cùm promissor Titio soluit, non tam videtur
alteri soluere, quàm electionem quæ sibi ex stipula-
tione acquisita est complere. *l. qui res suas. 8. §. mihi*
Romæ in fin. D. eo. Proinde iuris ratio facit vt si Titio
soluat, ipso iure liberetur, quoniam ita obligationis
conditioni satisfaciat. Cùm verò quis constituit se
tibi aut Titio soluturum, quemadmodum tibi soli
acquiritur actio de pecunia constituta, *d. l. 8.* ita soli
tibi non etiam Titio soluendum est vt ipso iure libe-
ratio contingat, quoniam constitutor Titio soluens
alteri soluit, quàm cui debet, neque constituendo
electionem sibi acquirere potuit vtri solueret, tibi-
ne an Titio, nec facto suo quæsitæ tibi obligationis
qualitatem & conditionem immutare. † Quòd si 5
quis differentiæ huius rationem adhuc quærat hãc
ego puto afferri posse, quòd quæ ex constituto na-
scitur obligatio, tota ex constituentis fide: quæ verò
ex stipulatu, ex stipulatoris interrogatione, & con-
grua interrogationi responsione æstimatur Hinc e-
nim fit vt cùm tibi aut Titio stipularis, id apertè de-
clares velle te tuo nomine Titio solui, eáque volun-
tas pro iussu & mandato habeatur. At cùm soli tibi
stipulatus ea, & debitor constituit se tibi aut Titio
soluturum, nihil est ex quo possit colligi voluntate
tua solui Titio debere. Solus enim debitor consti-
tuit, tu nihil dicis Sed tamen quoniam imputari tibi
potest, quod constitutum ita factum admiseris, æ-
quum est succurri debitori per exceptionem si à te
de constituta pecunia contra constituti formam cõ-
ueniatur, cùm si eum soluere Titio voluisses, ia tibi
non Titio soluisset. † Et hæc sententia est *d. l. pen.* in 6
qua Paulus propriam actionem dicit constitutæ
pecuniæ: non quòd alia vlla sit communis tibi cum
Titio, sed eodem sensu ac si dixisset, *ipsa actione con-*
stitutæ pecuniæ, de qua ideò probabilius dubitari pos-
se videbatur, quàm de priori obligatione, quòd in
constituto Titij mentio facta fuisset. Verum non i-
deò fit, vt quasi iussu & mandato tuo solutum Ti-
tio dici possit. alioqui etiam stricto iure tam consti-
tuti, quàm verborum obligationẽ sublatam esse ne-
cessariò fatendum esset. Quod verò emendandi
occasionem capiunt ex eo quod in Pand. florẽtinis
scriptum esse aiunt *propria actione,* leuius sanè est, quã
vt mouere eos debuerit. Nemo enim est qui ne-
sciat librarij Florentini morem illum esse vt cùm
postrema prioris dictionis litera eadem est quæ pri-
ma sequentis, illam prætermittat, hanc verò scribat
maiusculo charactere, vt hic factum est. † Nec ma- 7
gis ferendus eorum error est, qui vt duos Pauli lo-
cos qui inter sese pugnare videntur, concilient, ita
distinguunt vt promissor qui posteaquàm soli tibi
soluturum se constituerat, soluit Titio, quem tu in
priori obligatione solutionis causa adieceras, nihi-
lominus teneatur stricto iure ex *dict. l. 8. de const. pec.*
sed liberetur per exceptionem ex *dict. l. si ita stipula-*
tus. de sol. Nam quod vno loco Paulus ait promis-
sorem teneri, cum effectu sic accipiendum est, vt o-
mnino & vtiliter teneatur, quia Titio soluere non
debuerat, qui soli tibi soluturum se constituerat,
quasi fidem constituti frangere videatur, qui cùm
prius eligere posset vtri solueret tibine an Titio, po-
steà soli tibi constituit, ac nihilominus Titio soluit:
quemadmodum de illo scriptum est, qui cùm illud,
aut illud deberet, alterum posteà constituit. Hunc
enim non esse audiendum Papinianus ait, si alterum
quod prius in electione erat præstare malit. *l. illud*
aut illud. 25. D. eo. tit. de constit. pec. Quod autem alio

loco idem Paulus dixit posse promissore Titio soluere, licet tibi constituerit, sic omnino accipiẽdum est vt Titiu soluens ipso iure liberetur, quemadmodum suprà probauimus. Alia igitur conciliationis ratio quærenda non est, quàm quæ ab *Accursio* exponitur, vt vno loco Paulus eam speciẽ tractet, cùm promissor soli tibi constituit, altero verò, cùm tibi constituit simpliciter, non adiecta dictione illa *Soli*, quæ sola efficit vt electionem quam promissor habebat tibi aut Titio soluendi, sibi per constitutum ademisse intelligatur. At si tibi simpliciter constituerit, etiam Titio soluere poterit, quia, vt Paulus ait, tibi solui videtur, quod Titio soluitur, adeò vt si quid indebitum ei solutum sit, tibi quoque condici possit, ac si tibi non illi solutum esset.

CAPVT IV.

Explicatur l. cùm societas. 69. ff. pro socio.

SVMMARIA.

1 *Obscuram & difficilem esse dictæ legis sententiam.*

2 *Parum interesse vtrum in* d. l. 69. *nundinarias epulas, an vero nundinas simpliciter legas.*

3 *Quid in* d. l. *significent verba illa* eosque à negotio dimitteret, *& diuersa horum verborum lectio.*

4 *An in* d. l. *socius qui iuxta conuentionem epulas non soluit, ex vendito vel empto teneatur?*

5 *Socium qui non emit, ex alterius socij contractu non obligari.*

6 *Cur Vlpianus in* d. l. *dicat socium qui epulas non præstitit, tam pro socio quam ex vendito socijs eo nomine teneri?*

7 *Reijcitur Cuiacij emendatio & interpretatio ad* d. l. cum societas.

1 OBscuram † ac difficilem esse huius legis sententiam cum ex ipsius contextu & veterum gloss(is) cognosci facilè potest, tum vel ex eo maximè quod acutissimus & ingeniosissimus iurium omnium interpres *Iacobus Cuiacius*, cui nihil difficile videri possit, sibi tamen in eius interpretatione minus satisfacit, & à quo tempore iuri ciuili operam dare cœpit, nullo se loco diutius tortum fuisse scriptis suis testatur. Ego verò etsi tantùm mihi non tribuo vt facilia esse putem, quæ ille difficilia arbitratur, illud tamen ausim dicere, posse quid excogitari quod & probabilius sit, & ad Vlpiani mentem accommodatius. Vlpianus ita scribit, *Cum societas ad emendum coiretur, & conueniret vt vnus reliquis nundinas, id est, epulas præstaret, eosq; à negotio dimitteret, si eas eis non soluerit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est.*

2 † Quanquam autem in quibusdam editionibus aliter legitur, *vt vnus reliquis nundinarias epulas præstaret*, potest tamen Florentina lectio defendi, & parum refert vtro modo legas. Idem enim sensus esse videtur, vt de nundinarijs epulis ab altero ex socijs præstandis conuenerit, & *nundinas præstare* Vlpianus dixerit, pro ea nundinarum impensa, quæ in epulis consistit. Sicut enim de mercatorum conuentione loquitur, ita mirum videri non debet si minus propriè locutus, ac mercatorum fortassis verbo vsus sit. Eamque ob causam cùm conuentio ita concepta esset, vt vnus reliquis nundinas præstaret, adiecit Vlpianus, *id est epulas*, ne cui insolens locutio difficilẽ

3 faceret conuentionis interpretationẽ. † Illa etiam, quæ sequuntur, *eosq; à negotio dimitteret*, eodem ferè sensu sic intelligo. Conuenisse inter socios vt vnus reliquis præstaret omnia, quæ ad societatis negotium pertinerent, & eos à negotio dimitteret, hoc est efficeret vt à negotio recederent, nulla per eos impẽsa facta extra pecuniam communem emendis mercibus destinatã. Quòd si malis legere, quomodo quidam legunt, *eósque ad negotium admitteret*, non valde repugnabõ. Nam & bonum sensum habet hæc lectio, & sine dubio ponendum est in hac specie alios quibus epulas præstari conuenerat solos emisse: eũ verò qui epulas præstare debuerat cum venditore non contraxisse, vt & *Cuiacius* fatetur. Tota igitur legis difficultas in eo consistit, quod Vlpianus subiicit, Si epulas socius iuxta conuentionem non soluerit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum esse.

† Illud enim difficile videatur, actionem ex vendito 4
dari socijs qui nihil socio vendiderunt. At neque ex empto agere possunt, cùm nihil à socio emerint, quicquid *Accursius* sentiat, qui verba illa *ex vendito*, ridiculè & perperam interpretatur *ex empto*. Quibus rationibus motus vir doctissimus scripsit socios quibus præstitæ non sunt epulæ, aduersus socium eo nomine actionem duntaxat pro socio habere, ex vẽdito autem agere non posse, sed eum tantùm qui vendidit, quasi & emisse videatur is qui hac de re contracta societate socios in negotium misit, & hanc Vlpiani sententiam esse in *dicta l. cum societas*. Quod mihi probabile non videtur. Cùm enim ex vendito actio sit in personam & ex contractu, fieri non potest vt aduersus eum competat, qui non

contraxit. † Neque verò ex eo solo, quòd quis so- 5
cietatem ad emendum coierit, dici potest videri eum emisse vt ex empto obligetur: quia societas non efficit, vt quod vnus ex socijs emit, omnibus acquisitum esse videatur. Iis enim solis acquiratur, qui emerunt, nec commune sit, vt Paulus ait in *l. si quis societatem. 74. ff. eodem tit.* Vnde illud etiam euenit, vt nec si velit aduersus venditorem ex empto agere possit is qui non contraxit: quamuis eorum qui contraxerunt socius sit, quia verum est cum eo neque contractum, neque negotium aliquod gestum fuisse. Sed & Vlpianus apertè scribit, socium non nisi propter epulas non præstitas actione ex vendito teneri, cùm ait, *Si socius epulas non præstet, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum esse.* Atqui secundum *Cuiacij* interpretationem nihil interesset, quod pertinet ad actionem ex vendito an epulas socius præstitisset, nécne. Vtroque enim casu putat teneri eum venditori ex vendito actione. Ergo dubitandum non videtur, quin ea Vlpiani sententia sit, vt socius qui epulas non præstitit, tam pro socio quàm ex vendito socijs eo no-

mine teneatur. † Sed qua ratione motus Vlpia- 6
nus ita responderit, difficilis sanè est, & elegantis dubitationis. Puto autem eam potissimum rationem afferri posse, quam suprà attigi ex *dicta l. si quis societatem*, quòd cùm plures societatem ad emendum contraxerunt, id quod emitur ipsius fit qui emit, nec cæteris socijs acquiritur, quamuis emptor eam rem societatis iudicio cogatur iis communicare. Ea verò communicatio certè alienatio est, quæ porrò alienationis species nisi quædam veluti venditio? Rem enim accipit socius, qui prius non emerat, & iis qui pretium soluerunt tantundem præstat, & cùm pro pecunia res detur, haud dubiè venditio & emptio est. *l. naturalis. 5. §. primo, D. de præscript. verb. leg. prima, D. de rerum permut.*

pernut. Quemadmodum igitur ad pretium consequendum non minus ex vendito, quàm pro socio agi posset, ita & ad epulas, quarum impensa propter venditionem facta est, ac quasi pretij pars quædam videri potest. Et sicut per communicatinnem rei emptæ socius veluti emptor efficitur, ita socij venditores esse videntur, atque ideò æquum est habere eos ex vendito actionem, vt consequi possint omne id quod ad rem emendam impenderunt, perinde ac si aliam rem socio vendidissent. Habent igitur actionem pro socio, vt lex societati dicta seruetur. Habent etiam actionem ex vendito, quod eas epularum impensas fecerint ad emendum id, quod societatis iudicio communicare & quasi reuendere compel-
7 luntur. † *Cuiacij* verò sententiam & emendationem minimè illud adiunat, quod idem Vlpianus ex Papiniano scribit *in l. Iulianus. 13. §. si procurator. D. de action. empt.* Si procurator vendiderit & emptori cauerit, cum domino ex empto agi posse vtili actione si is rem vendendam mandauerit, exemplo institoriæ actionis, & per contrarium dicendum esse vtilem ei ex vendito actionem competere. Eo enim loco Vlpianus de procuratore loquitur, qui mandato, & nomine domini vendidit, quo casu à domino ipso facta venditio videtur. *l. si procurator. 13. D. de acquir. rer. dom.* At in specie *l. cum societas.* de sociis agitur, qui sibi emerunt, & tam empti actionem quàm dominium per traditionem iis factam, sibi non socio acquisiuerunt. *d. leg. si quis societatem l. si patruus. 4. C. commun. vtriusq. iudic. l. 2. Cod. pro socio.* Illud verò obseruandum est *in d. §. si procurator.* erratum esse in iis verbis, *ergo & per contrarium dicendum est vtilem ex empto actionem domino competere.* & legendum esse, *ex vendito*, non *ex empto*, quia domino qui rem suam vendi mandauit, ex vendito non ex empto actio competit. Et cùm aduersus eum ex empto actionem dari Vlpianus scripsisset, consequens est vt quam illi ex contrario competere subiicit ex vendito non ex empto actionem intellexerit, & scripserit.

CAPVT V.

Additur negatio in l. 3. D. de instruct. vel instrum. legat.

SVMMARIA.

1 *Fundum instructum legatum & per fideicommissum à legatarius relictum, in fideicommissi causam talem deductum videri, qualis fuerat legatus.*

2 *An in specie.* d. l. 3. *quæ medio tempore fundo instructo accesserunt, vel fato diminuta sunt, fideicommisso contineantur?*

3 *Certis rebus per fideicommissum relictis, fructuum accessione fideicommissum non augeri.*

4 *Dissimilem causam esse eorum quæ viuo testatore, & eorum quæ post ipsius mortem viuis legatarijs res per fideicommissum relicta accesserunt.*

1 FVndum † instructum libertis patronus testamento legauit, posteà codicillis petiit vt morientibus superstitibus partes suas fundi restituerent. Papiniano placet, quamuis testator in fideicommisso instructi mētionem non habuerit, tamen in causam fideicommissi talem deductū videri fundū, qualis fuerat legatus, id est instructum, siue, quod hoc casu idē est, cum instrumēto. In quo dubitationē illud faciebat, quòd fideicōmissum generalibus verbis relictū non fuerat. Sed legatarij de suis duntaxat partibus legati fundi, iis qui superstites essent restituendis rogati esse proponebantur, nulla instructi, aut instrumenti habita mentione. Verùm coniectura voluntatis facit, vt qualem fundum testator legauit, talem in fideicommissum venire voluisse interpretemur, præsertim cùm iis ipsis fideicommissum relictum sit, quibus anteà fundi instructi partes fuerant legatæ, indéq. videatur posse conijci voluisse testatorem eum fundum talem in familia perpetuo re-
manere. †Sed de iis quæ medio tempore, hoc est an- 2
te diem fideicommissi cedentem & post mortem testatoris ac legatariis superstibus fundo accesserunt, aut fato diminuta sunt, quæstio maior est an fideicommisso contineantur. Quamquam enim Papinianus apertè scribit contineri, vix tamen est vt verè dici possit, & probabilius arbitror vt addita negatione receptam lectionem emendemus, & medij temporis augmenta vt fœtuum & partuum, itémque detrimenta fatalium fideicommisso non contineri admittamus. Nam & in fideicommissum hereditatis, quod vniuersale est, eámque ob causam recipere facilius augmenta potest, responsum est non venire fructus ab herede perceptos pendente fideicommissi conditione aut die, *l. in fideicommissaria. 28. D. ad S. C. Trebell.* sicut nec detrimenta earum rerum, quæ fato aut quo alio modo sine lata heredis culpa perierunt. *leg. mulier. 22. §. sed enim. D. eod. titul.* Quo loco etsi partuum accessiones in fideicommissum venire Vlpianus ait, speciali tamen ratione id fieri subiicit, *quia in fructibus hi non habentur*, vt intelligamus cæteras accessiones quæ fructuum appellatione continentur vt fœtus & cætera eiusmodi in fideicommissi restitutionem non venire. Quod qua ratione constitutum sit, idem Vlpianus docet *in d. l. in fideicommissaria.* Quoties enim, inquit ille, rogatur quis hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis, fructus autem non hæreditati sed
rebus ipsis accepto feruntur. † Neque tamen id ita 3
accipi debet si certarum rerum fideicommissum relictum sit, facilius admittēdum quis putet fructuum accessione fideicommissum augeri. Cùm enim fructus qui pendente fideicommissi conditione percipiuntur, iudicio & voluntate testatoris ad eum pertineant qui fideicommisso oneratus est, quemadmodum Vlpianus ait *in d. §. sed enim.* nulla ratio est vt fideicommissario restituantur, præsertim cùm fundi duntaxat & specialiter mentionem testator fecerit, & ex aliis iuris locis constet, nec si generaliter heres quicquam quod ad se ex hereditate bonisque testatoris peruenerit, id omne post mortem suam restituere rogatus sit, fructus tamen ante diem fideicommissi perceptos deberi. *leg. scribit. 33. leg. heredes mei. 57. Digest. eod. titul. ad S. C. Trebellian. leg. si ita relictum. 43. §. Pegasus de legat. 2. leg. quod his verbis. 83. de legat. 3.* Sed & difficilius illud credi potest, in ea specie quam Papinianus tractat detrimenta fatalium fideicommisso contineri, & legatarium cogi reddere id quod non habeat, si neque fideicommisso mora facta sit, neque lata legatarii culpa argui possit, *d. l. §. sed enim.* † Ad rem verò non pertinet, nec ad 4
receptæ lectionis confirmationem, quod ex aliis iuris locis nonnulli afferunt, ea quæ post testamentum rei legatæ accesserunt plerumque legato cedere, *leg. grege. 21. leg. quod in rerum 24. §. si quis post testamentum. de legatar. 1. leg. si mancipia. 29. Dig. de instruct. vel instrum. legat.* Non enim de iis loquitur, quæ viuo testatore, sed quæ post ipsius mortem viuis le-

gatariis accesserunt, quorū longè disparem, & dissimilem rationē esse, nemo est qui non facilè animaduertat. Atque huic nostræ emendationi & sententiæ illud valde conuenit, quod Papinianus iis verbis, *Sed medij temporis augmenta*, diuersam constituere videtur rationem instrumenti fundi, & cæterarum rerum quæ medio tempore fundo legato accesserūt. Cùm igitur instrumentum fideicommisso contineri scripserit, & verum sit, probabile est, vt medij temporis augmenta fœtuum, & partuum, itémque detrimenta fatalium fideicommisso non contineri responderit. Idque etsi iā olim ante nos Martinus docuit, vt *Accursius* refert, visum est tamen hoc capite pluribus confirmare, vt Martini opinionem, quam nec ipse constanter defendit, nec interpretes communiter sequuntur, verissimam est omnes posthac intelligant.

Capvt VI.

De sententia & emendatione §. vlt. l. si mulier. 59. D. de iur. dot.

SI eius mulieris nomine, quæ libera videbatur, decem in dotem dederis, Marcellus scribit in *§. vlt. l. si mulier. 59. D. de iur. dot.* & extra dubitationem est posse te eo casu habere condictionem, quam habere potuisses si liberæ mulieris nomine dedisses, nec nuptiæ secutæ essent. Verū enim est nō esse secutas nuptias, quæ scilicet cū ancilla contractæ non fuerunt. Quòd si manumissa nupserit, ita demum doti futurum id quod dedisti, si ea mente dederis vt quandocunque secutis nuptiis dos esset: alioquin non ideò impedietur condictio, quòd postea secutæ sint nuptiæ, quæ contractus, & donationis tempore fieri non potuerunt. Igitur, inquit ille, si mulieri donaturus dedisti, dominus mulieris condicet, quemadmodum si enim qui sibi donaturus esset, mulieri ipsi donare iussisset. Sic enim legendum arbitror, quemadmodum in plærisque libris legitur, non quomodo in Florentinis, *mulieri ipsam donare iussisset*, quæ nullius sensus lectio est, nec quomodo ex Græcorum interpretatione *Cuiacius* restituit, *mulier ipsa marito donare iussisset*. Hæc enim emendatio non solùm minus probabilis est, sed etiam facit vt parum elegans Marcelli sententia esse videatur. Quis enim existimaret quicquam interesse an iussu an iniussu mulieri dos marito promissa esset? aut quid ancillæ iussus efficere posset? At neque in præcedentibus Marcelli verbis quicquam est ex quo possit colligi tractare eum de dote marito iniussu mulieris data. Sed &, si ponas iussisse mulierem id quod ei donaturus eras, marito suo donari, non puto acquiri domino condictionem. Cur non enim marito acquiratur, quod tu ei donaueris? Nisi fortè dicas, quod *Cuiacius* ait, in illis verbis, *marito donare iussisset*, dixisse Marcellum *donare* pro *dare*, quod etiam minus probabile, & à verbi proprietate satis alienū est. Sed si mulieri donaturus marito dedisti, casus hic longè alius & dubitabilior est, quàm si cùm domino donare velles iussu eius ancillæ ipsi dederis. Etsi enim vtroque casu domino condictio competit, facilius tamen hoc quàm illo, quia maior ratio est vt donatum videatur domino, quod iussu eius mulieri donatur, quàm quod mulieris nomine inscio & ignorante domino, marito donatum est.

Capvt VII.

Ad §. ex asse d. l. si mulier. de iur. dot.

SVMMARIA.

1 *Cur ius persequendi fideicommissi à fideicommissario in alium transferri non possit?*

2 *In eos demum transferri hereditarias actiones, quibus fideicommissum ex testamento restitutum fuit.*

3 *Cur in d. §. ex asse. heres fideicommisso grauatus, & à muliere fideicommissaria marito delegatus ad fideicommissi præstationem actione incerti non teneatur?*

4 *An iure nouo fideicommissi persequendi ius cedi possit?*

NOn † posse fideicōmissum cedi, hoc est à fideicōmissario in aliū transferri ius persequēdi fideicommissi apertè traditū est in *l. si mulier. 59. §. ex asse. D. de iu. do.* vbi Marcellus scribit, si quis ex asse institutus rogatúsque mulieri hereditatem restituere iussu eius id quod debet, doti marito promiserit, nō esse eum obligatum, quoniam mulieri in hoc teneatur vt hereditatē restituendo transferat actiones, & quas habet, & quib. obstrictus est, quas porrò transferre ad alium non possit, quàm cui debet fideicōmissum: adeò vt nec fideicommissi æstimationē incerti actione præstare debeat, quia non aliter obligari mulieris debitorē æquum sit, quàm si accipere vir possit id ipsum quod mulieri debetur. Quamquā autē his verbis ratio non obscurè à Marcello redditur propter quam dicēdum sit fideicommissum cedi non posse, ea tamē ab interpretibus percepta non est, quibus in difficili esse videtur cur ex iuris communi regula, quæ habet iura omnia cedi posse, fideicommissi persequendi ius excipiatur. Ratio autem, vera & aperta illa est, quòd non nisi legis potestate fieri possit vt qui heres est hereditariis actionibus omnibus & actiuis, & passiuis, vt magistri nostri loquuntur, perpetuò obstrictus non remaneat. Illud enim certissimum est, eum qui semel heres fuit semper heredē manere *l. an Prætor. 7. § sed quod Papin. de minor. l. et qui soluendo. 88. D. de hered. instit.* eum verò qui heres sit, & iurium & actionum omnium successorē esse, quibus poterat defunctus vel experiri vel conueniri. Vt igitur heres qui hereditatem restituere rogatus est, & restituit, hereditariis actionibus post restitutionē non teneatur, constitui necesse fuit lege hoc est Senatusconsulto Trebelliano, quod ius facit, & legis vim obtinet. *l. non ambigitur. 9. de legib.* Porrò Senatusconsulti Trebelliani verba ad eū heredē accommodari non possunt qui hereditatem restituit ei cui fideicommissarius restitui voluit, quēadmodū nec ad eum cui cessa est fideicommissi actio vt in eius personam hereditariæ actiones transferantur. † Nam de illo herede disertè Senatusconsultum locutum est, qui fideicommissum sicuti rogatus restituit, & in eos demū transferri actiones senatus voluit quibus fideicōmissum ex testamēto restitutū fuisset. Atqui non restituit fideicommissum sicuti rogatus est is qui alteri quàm cui debet restituit, sicut nec videri potest ex testamēto restitutū ei, cuius nulla in testamēto facta mētio est, & de quo testator non cogitauit. Heredem verò qui hereditatem restituit nihilominus damnum sentire, vt ac si restituta hereditas non esset, à creditoribus conueniatur, iniquissimū sanè esset, neque alia res est, quæ Senatusconsulto Trebelliano causam dederit, quàm quòd huius periculi metu plærique heredes ab adeundis hereditatibus deterrerētur, vt & Senatuscon-

fulti

tutam acquisita fuisset, quamuis ex pecunia dotali: sicut nec pretium ex re furtiua redactum furtiuum dicimus. *l. qui vas. 46. §. vltim. D. de furt.* nec rem pignoratam, quæ ex nummis pignoratis empta est. *l. idémque 7. §. vltim. D. qui potior in pign. habeant.* nec communem vsuram, quæ ex communi pecunia ab altero sociis proprio nomine fœnerata debetur. *l. si vxim. 67. §. 1. D. pro soc.* Ac sanè dotalis reuera non est res quæ ex dotali pecunia empta est, sed tamen videtur esse, vt perinde ac si in dotem data esset dotis iudicio peti possit. Idque siue maritus soluendo sit siue non, cuiusque fructus ad maritum pertineat, quoniam vxoris & mariti voluntate ex pecunia dotali empta & in eius locum veluti subrogata est, nec male quis dixerit extare adhoc videri pecuniam, quę in rem & corpus versa est, arg. *l. Imperator. 70. cum seq. de legat. 2.* Quòd si pacto inter virum, & vxorem conuenerit, vt dos quæ in pecunia numerata esset, permutaretur, & transferretur in corpora, certum est non solùm valere pactionem si mulieri prosit, sed etiam corpora effici verè dotalia. *l. ita constante. 26. cum l. sequent. D. de iur. dot. l. si mulier. 21. D. de pact. dotal.* scilicet si ex ea pecunia vxoris nomine empta sint corpora. Sic enim leges illæ accipi debent ne pugnent cum *dict. l. si ex ea pecunia.* & aliis supradictis. Dixi rem ex pecunia dotali emptam non esse verè dotalem, siue maritus soluendo sit, siue non, vt eos refellam qui putant eo casu quo maritus soluendo non sit, posse rem quam ille suo nomine emerit, vindicari ab vxore vtili in rem actione ex *l. vxor marito. 55. in fin. D. de don. inter vir. & vxor.* idque adeò ad omnes alios protrahunt, quorum pecunia empta res est, si emptor soluendo non sit: quod tamen & sine lege dicunt & sine ratione. Tantum enim abest vt eo nomine vtilis vindicatio detur ei cui pecunia res empta est, vt nec Seruiana agere possit nisi specialiter vel generaliter de pignore conuenerit. *l. quāuis. 17. Cod. de pignor.* Tametsi cùm de pignore conuenit in ea re cæteris creditoribus etiam anterioribus præferatur. *l. licet. 7. Cod. qui potior. in pignor. habeant.* Et vt breuius dicam, non habet creditor ius tacitæ hypothecæ, sed si expressam hypothecam habeat, ius in ea habet prælationis. Soli enim pupillo illud concessum est vt ex eius pecunia empta res illi tacitè sit obligata *d. l. idémque. in princip. & l. 3. D. de reb. eor. qui sub tutel. vel curat. sunt.* Ex quo magis intelligitur verum esse quod dicimus, rem ex pecunia minoris emptam ipsius non fieri sed emptoris: alioqui & in re ex pecunia pupilli empta idem dicendum esset, cùm pupillus fauorabilior sit minore, neque pignoris nomine pupillus obligatam habere rem suam posset. *l. neque pignus. 45. D. de regul. iur.*

4 † Quod autem obiicitur ex *d. l. vxor marito*, ad rem non pertinet. Neque enim ibi Paulus loquitur de re empta ex pecunia dotali duntaxat, sed de re empta ex pecunia donata. Et ait videri maritū locupletiorem factum ex donatione si ex pecunia mulieris empta res extet, licet maritus soluendo non sit, quia hîc non quærimus quod ille deducto ære alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat: & ideò teneri eum condictitia actione, si mulier donationem reuocet, quasi nihil intersit, an ei pecuniam, an rem ipsam vxor donauerit, nisi quod illo casu vindicare rem directò posset, quam isto non potest, quia maritus sibi non vxori rem emisse proponitur. Nec erit, inquit Paulus, deterior conditio viri si ei pecunia quatenus res valet non vltrà id tamen quod donatum est condicatur, quàm si dotis iudicio conueniatur. Ita enim legendum est, non vt vulgo legitur, *& erit deterior.* Nam certè deterior nō est vno casu quàm altero conditio mariti qui soluendo non est. † Duplici autem ratione Paulus vtitur vt 5
probet condictitia maritū teneri. Prior illa est quòd maritus qui ex pecunia sibi ab vxore donata rem emit, non malè comparandus videatur ei qui rem ipsam ex donatione accepit, quem reuocata donatione condictitia teneri certum esset. Altera, quod mariti nihil intersit vtrum condictitia an dotis iudicio secum agatur, cùm vtroque casu par illius causa & conditio futura sit. Tum Paulus subiicit nihil prohibere quin etiam in rem vtilis actio mulieri accommodetur, non illa solum ratione, quod eius pecunia res empta sit, (repugnant enim leges, quas suprà diximus) sed quia nihil etiam interest an res ipsa vindicetur, an ei pecunia quatenus res valet, nec vltra id quod sibi donatum est condicatur. Idque meo iudicio significant verba illa, *nihil prohibet*, quæ ego sic intelligo, vt maritus ipse prohibere non possit. Nam si eam rem emptam maritus ante reuocatam donationem alteri vendiderit, non puto concedendam mulieri aduersus extraneum vindicationem, aut directam aut vtilem, quia cùm à domino emerit dominus ille factus est, quod ad elidendam mulieris actionem sufficit, maximè si bonæ fidei emptorem proponas, qui emptionis tempore rem illam ex pecunia ab vxore donata, à marito emptam ignorauerit. Cùm enim nihil ei imputari possit, iniquum esset damnum eum sentire, & ei succurri æquius est, quàm mulieri cui saltem hoc ipsum obiici potest, quòd marito sponte donauerit, aut quòd donationem citius non reuocauerit. Quamquam & illud fortasse dici potest, facilius dandam vxori vtilem vindicationem in ea specie quam Paulus tractat, cùm maritus ex pecunia sibi donata tanquam sua rem aliquam sibi acquisiit, nec soluendo est. Quasi dici possit, non fuisse eum sibi acquisiturum, at vxori potius, si non suam sed vxori pecuniam esse existimasset.

CAPVT X.

Explicatio l. si ex pretio. 6. C. si cert. petat.

SVMMARIA.

1 *Diuiditur dicta lex in duas partes. & primæ partis sententia proponitur.*
2 *Quid per* substantiam obligationis *in prima legis parte intelligatur?*
3 *Quænam fuerit Imperatorum sententia in posteriore dicta legis parte.*
4 *An in secunda dicta legis specie vsura ex pacto non debita actione ex vendito peti possint.*
5 *Noua obseruatio ad posteriorem dictæ legis partem.*
6 *Cur in dicta posteriori specie ex stipulatione peti non possint vsuræ vi & potestate pacti, quod in continenti appositum est?*
7 *An, si in eadem specie debita fuisset ex mutuo pecunia, & post debiti nouationem factam in continenti de vsuris pacto nudo conuenisset, vsuræ ex stipulatione peti possent?*
8 *An ex hac lege colligi possit, hodie ex quacunque causa creditam fieri nuda pactione pecuniam, quæ ante credita non erat?*
9 *Malè a nonnullis interpretibus formatam fuisse huius legis speciem.*

Legis † verba hæc sunt, Si ex pretio debitæ quātitatis facta nouatione per stipulationē vsuras li... 1

1 INter † conditionem & diem incertum differen-
tia nulla est, si de indebiti soluti condictione quę-
ratur. Nam sicut quod sub conditione, ita quod sub
die incerto tibi debeo si ante diem aut conditionē
existentē facti errore solitam, repetere potero, quia
omnino indebitum est. Quòd si post solutionem &
ante repetitionem dies aut conditio extiterit, non
repetam, quia debitum cœpit esse quod prius fuerat
indebitum. Isque sensus est *l. sub conditione 16 D. de
condict. indeb.* quam omnino malè explicant, qui à
Pomponio differentiam constitui putant inter diē
incertum & conditionem: cùm tamen apertè lex di-
cat existente die aut conditione repetitioni locum
non esse. Neque ea verba *quod autem sub die incer-
to* quibus mouentur, differentiæ notam aliquam prę
se ferunt vt illi aiunt, sed tantùm de alia re loqui
Pomponium demonstrant. Prius enim de debito sub
conditione locutus fuerat, posteà de debito in diem
2 subiicit. In vtroque autem idem ius cōstituit. † Nec
ratio vlla afferri potest cur in postremis illis verbis,
die existente, addita negatione legamus *die non exi-
stente*. Falsum enim est nec vllo iuris loco compro-
bari possit id quod in diem incertum debetur, si an-
te diem per errorem solutum sit non posse intereà
repeti *l. sufficit. 56. D. eod. tit.* Et illi ipsi qui addunt ne-
gationem, fatentur eo demum casu repetitionem
impediri, quo certum sit diem illum incertum ali-
quando extiturum, puta si quid tibi promisero, *cùm
moriar*. Cùm enim certum sit debitum iri, quod nō-
dum debetur condictioni locus non est, quasi inde-
bitum dici non possit; quod fieri non potest vt non
3 aliquando debeatur, vt in *l. 17.* Vlpianus ait. † Sed te-
cta comparatio non est casualis, vt nostri vocant,
conditionis, & incertæ diei quam extituram esse
certum sit. Nam & si quod sub necessaria conditio-
ne debebatur pendente conditione per errorem so-
lutum sit, dubium non est quin interea repeti non
possit, vt idem Vlpianus ait *in l. quod si. 18. D. eod.* Siue
igitur conditionem omnino incertam cū die prorsus
incerto compares, siue diem incertum, quem ta-
men euenturum esse certum sit cum conditione quæ
non possit non existere, nulla inter conditionem &
diem incertum differentia est, cùm dies incertus pro
conditione habeatur. *l. dies incertus. 75. D. de condict.
& demonstrat.* & conditio appellatur. *l. Iulius. 30. §. sed
etsi. D. de legat. 1.* Neque opinioni nostræ illud ob-
stat, quod ex Vlpiani verbis *in d. l. 17.* videtur posse
colligi Pomponium in præcedenti lege de eo die
4 locutum esse, qui sit omnimodo extiturus. † Illud e-
nim verius est in *d. l. 17.* non præcedentis legis exē-
plum, sed confirmationem & rationem contineri,
quam vix quisquam hactenus rectè, vt arbitror, ex-
plicauit. Ego autem sic explico, vt cùm Pompo-
nius scripsisset id quod sub die incerto debetur, si
ante diem soluatur, die existente non repeti, ratio
hæc in *l. seq.* subiiciatur ex Vlpiano, quia si cùm mo-
riar dare promisero, & antea soluam, repetere non
possum. Hoc est, si eo casu quo dies nondum venit
quem venturum esse certum est: solutum repeti non
potest. Multò magis dicendum est, id quod in diem
prorsus incertum debebatur, si ante diem solutum
sit, die existente condici non posse. Plus enim est
diem venisse, quàm necessariò venturum esse. † Du-
5 bitandi autem ratio apud Pomponiū illa erat, quòd
initio & solutionis tempore inspecto, indebitum
per errorem solutum esset. Sed decidendi ratio est,
quia cum de condictione quæritur, condictionis
tempus inspiciendum est non solutionis. Adeò au-
tem sufficit debitum esse cū petitur id quod inde-
bitè solutum erat, vt si modò debitum iri certū sit,
licet nondum debeatur, perinde habendum sit, ac si
purè non in diem vel sub conditione deberetur. *l. si
pupillus. 9. §. qui sub condictione. D. de nouat.* Nihil igi-
tur emendandum est in *d. l. sub conditione*, &, si quid
emendari necesse esset, dicerem potius in illis ver-
bis, *quod autem sub die incerto debetur*, pro *autem* legē-
dum esse *item*, quanquam ne hoc quidem necesse
est. † His verò quæ diximus mirificè conueniunt, 6
quæ Paulus scribit in *l. Iulianus verum debitorem. 60.
D. eod. tit. de condict. indeb.* de cuius quoque sententia
non inutile futurum est, si hic omnia quæ ad rē per-
tinere videbuntur breuiter exponamus. Illud pri-
mum ex Iuliano Paulus refert, verum debitorē post
litem contestatam manente iudicio soluentē repe-
tere non posse, quia nec absolutus nec condēnatus
repetere posset. Idémque dicendum esse si quis ita
promiserit, Siue nauis ex Asia venerit, siue non vene-
rit, quia ex vna causa alterutrius, origo solutionis
proficiscitur. Tum subiicit, si quis id quod purè de-
bebat sub conditione nouandi animo promiserit,
magis dubitari posse, an pendente conditione solu-
tum possit repeti. Plerosque enim putare repetitio-
ni locū esse, quoniam ex qua obligatione solutū sit
dici non possit, vt contingit si plures eandem pecu-
niam alter purè, alter sub condictione nouandi ani-
mo promiserint. Verùm hoc dissimile esse Paulus
ait, quia in stipulatione pura & conditionali, eun-
dem debiturum esse certum sit. † Quemadmodum 7
autem casus ille cùm quis id quod purè debet sub
condictione nouandi animo promitit, Paulo dubi-
tabilior cæteris visus est, ita interpretum nostrorum
opiniones in diuersas partes distraxit. Sunt enim
qui repetitioni locum esse putent, quam sententiam
Azo, Iohannes, Accursius, Bartolus cæterique ferè om-
nes sequuntur. Alij contra iam olim ex veteri-
bus interpretibus, vt idem *Accursius* refert, nega-
bant, cum quibus & ego sentio. Id enim est meo
iudicio, quod in fine legis Paulus ait, stipulationem
hanc dissimilem esse illi qua plures personæ ean-
dem pecuniam purè & sub condictione nouandi
animo promiserunt. Nam in priore stipulatione
eundem debiturum esse certum est siue nouationis
condictio extiterit, siue defecerit, & ideo condicere
promissor non potest id quod omnimodo sit debi-
turus. In posteriore verò incertum est ex pluribus
quis futurus sit debitor. Si enim conditio extiterit,
Secundus promissor: si defecerit, Primus debitor
erit. Propter quam causam meritò responsum
est, eum qui pendente condictione soluerit repeti-
turum. Nec possum intelligere qua ratione moueā-
tur, qui vt nouam opinionem inducerent, Paulum
sic interpretati sunt, quasi senserit hoc casu repeti-
tioni locum non esse. Quæ enim à Paulo affertur ra-
tio in illis verbis. *In stipulatione enim pura & condi-
ctionali eundem debiturum esse certum est.* huic inter-
pretationi non solum non conuenit, sed etiam om-
nino repugnat. † Ineptum etiam est argumen- 8
tum quo *Accursius* vtitur, vt ostendat eum qui quod
purè debet sub conditione nouandi animo promi-
sit, si pendente conditione soluat, repetere posse. Ait
enim creditorem puræ obligationi renuntiare vi-
deri, & promissorem conditionis dilationem indu-
cere, quorum vtrumque falsum est. Cùm neque cre-
ditor puræ obligationi renunciet, nisi sub condi-
tione, si eam posteà accipere contigerit, neque de-
bitor conditionem inducat obligationis: imò pu-
rè obli-

rè obligatus maneat nisi secundæ stipulationis conditio extiterit. *l. quoties.14. D. de nouat. l. in persona.10. §. fin. D. de pact.* Quod autem adiicit, incertum esse in illa specie, an perpetua an temporaria futura sit exceptionis defensio ex *dicta l. sufficit.56. de condict. indeb.* multò minus verum est. Etenim cùm vtroque casu siue coodictio extiterit siue defecerit, futurum tamen sit vt debeatur id quod promissum est, fieri certè non potest, vt perpetua sit exceptionis defensio, ac proinde vel ex ratiooe Papiniani io *dicta l. sufficit.* condictioni locum non esse concludendum est. Et verò illi ipsi qui hanc nostrorum opinionem induxerunt, non alia ratinne mouebantur, quàm quòd ioeertum esset ex qua obligatione debitor soluisset, vt Paulus refert. Sed non inde sequio certum sit, ex alterutra obligatione soluere eum debere, cùm aut ex pura, aut ex condictiooali obligatione eum debiturum esse certum sit, quod sufficit ad impediendam condictionem.



ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER V.

Capvt I.

Explicatio §.vlt.l.vlt.D.de leg 3.

SVMMARIA.

1 *An legata à filio impubere instituto qui contra tabulas patris bonorum possessionem accepit extraneis relicta, substitutus præstare debeat?*
2 *Quid Interpretibus in dicta quæstione dubitandi causam præstiterit.*
3 *Reyciitur Cuiacij emendatio ad* dict. §. vltim. l. vltim. de leg. 3.
4 *Cur in specie* d. §. vlt. *substitutus legata à pupillo instituto extraneis relicta ex vncia tantùm præstet?*
5 *An si nullum ex bonorum possessione commodum ad filium impuberem institutum peruenerit, legata ab eo relicta extraneis præstare substitutus debeat?*
6 *Explicatur* l. etsi contra 35. de vulgar. & pupillar. substit.
7 *Refutatur sententia Accursij existimantis legata ab instituto data a substituto præstari, quasi ab ipso tacitè repetita.*



S I pater impuberem heredem scripserit, eique substitutum dederit, & alio filio emancipato prætetito edictum cõmittente pupillus cõtra tabulas patris bonorum possessionem acceperit, tum de legatis à substituto præstandis cootrouertatur, certissimum est distinguendum esse an ab ipso impubere data sint, an à substituto. Quàquam enim petita bonorum possessione contra tabulas, testamentum patris rumpitur, pupilli tamen fauor, & vtilitas elicit, vt pupillare sustineatur, adeoque præstanda sint omnibus, id est extraneis quoque personis ea, quæ à substitutione pater relinquit, *l. ex duobus.34. §. vlt. D. de vulg. & pupill. subst.* At quæ ab impubere instituto relicta sunt, ratio iuris, & æquitatis non patitur, vt à substituto aliis quàm exceptis personis debeantur. Nam cũ ex ipsius impuberis defuncti persona præstentur *l. in ratione.11. §. quod vulgo. D. ad l. Falcid. l. sermo alieno.113. §. sed si pater. de lega. 1.* consequens est vt aliis non præstentur, quàm quibus ab ipso impubere præstari deberent, iis videlicet personis duntaxat quas speciali in eam rem edicto De legatis præstandis exceptas Prætor voluit. Ex quo intelligi potest, euidenter errare eos, qui putant Prætoris beneficio institutum filium duntaxat, non etiam substitutum, legatorum nomine exonerari. Neque enim Prætoris edictum in filij instituti gratiam, sed potius legatariorum fauore comparatum est, quando certum sit per bonorum possessionem contra tabulas rumpi patris testamentum, ac proinde legata ex eo deberi nullomodo posse, præter ea, quorum præstatio visa est Prætori habere naturalem æquitatem vt Vlp. ait in *l. 1. D. de leg. præst.* vbi non ineleganter æquitatem edicti nouam appellat, quod valde nouũ sit, ac contra communes iuris regulas vt qui patris iudicia rescindit, ex eius tamen iudicio & voluntate legata fideicommissa quibusdam personis prestare compellatur. Ergo legata ab instituto filio extraneis relicta ne quidem substitutus præstabit: idque disertè scriptum est in *l. filium.5. D. eod. tit. de leg. præstan.* † Verùm sicut nonnullis errandi, ita omnibus dubitandi 1
causam illud præbuit, quod in *l. vlt. §. vlt. de leg. 3.* Scæuola respondit in eadem, vt videtur, specie substitutum legata ab instituto relicta non exceptis tantùm, sed etiam extraneis personis debere, ita tamen vt his ex ea duntaxat portione præstet ex qua institutus fuit, exceptis verò ex reliquo, id est, etiã ex eo, quod per hooorum possessionem contra tabulas accessit. Proponebatur enim filius ex vncia tantùm heres scriptus, ac Prætoris beneficio semissem consecutus. †Scio placere viro doctissimo *Iacobo Cuiacio* corru- 2
ptissimum esse Scæuolæ responsum, ac potius de legatis à substituto relictis accipiendum, quasi ea verba, *habeat & substitutum*, alieno loco posita sint, & reponenda post illa prima, *si filius ex vncia heres institutus sit*. Quod tamen vix est vt probabile videri possit. cum cætera quæ sequuntur, *deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiæ bonorum possessionem*, ad filium, non substitutum referantur: neque illud verè dici possit, substitutum legata à se relicta debere ex vncia omnibus: ex reliquo autem liberis & parentibus. Omnibus enim debet pro modo pa-

trimonij quod ad filium peruenit, perinde ac si id quod per bonorum possessionem filius habuit à patre accepisset. *d.l.5.§.quod si impubes de legat. præst. l. ab exheredats.126.de legat.1.* Quare delenda omnino esset tota illa Scæuolæ distinctio, *Sed ex vncia omnibus, ex reliquis, liberis & parentibus*: quod si ita est, rectè profectò sentiunt, qui in libris nostris locum alium adeò maculatum nullum esse aiunt. Quamquam minus maculatus videri poterit si his posterioribus verbis sublatis, nihil de præcedentibus immutetur. Verissimũ enim est in ea specie quam Scæuola tractat, legata ab instituto relicta deberi à substituto vsque ad semissem *l. etsi contra tabul.35.D. de vulga. & pupil. substit.* neque tractandarum rerum ordine quem sibi pro arbitrio vir doctissimus comminiscitur, vulgata lectio, quæ rectum sensum habet mutari debuit. Sed nec sequentia illa, quæ inepti interpretis esse arbitratur, tollenda esse existimo, ac longè facilius Vlpianum à Scæuola dissensisse admitterem, si commodius nihil dici aliud posset. Ac ne hoc quidem admittendum puto. Neque enim aut in *d.l.5. de leg. præstand.* aut alio vllo iuris loco scriptũ reperio, substitutum legata extraneis non præstare ex vncia, si per bonorum possessionem contra tabulas à filio petitam plus ad eum peruenerit. Improbè namque recusaret legata extraneis præstare eo colore, quòd filius bonorum possessionem contra tabulas acceperit, quæ scilicet substituto ipsi prodest, adeóque ex testatoris voluntate. †In quo deterior sanè est conditio substituti, quàm filij instituti. Hic enim non solum quod possessionis commodo supra vnciam habet, sed & vnciam ipsam ex qua institutus erat, Prætoris beneficio, ac contra patris voluntatem habet, vt non sine causa recuset soluere legata quæ extraneis pater reliquit, pro ea etiã parte ex qua institutus fuit. Substitutus verò, tametsi plus consequatur possessionis beneficio, quam ei testator reliquerat, hoc ipsum tamen ex testatoris voluntate habet, qui scilicet non haberet si à testatore substitutus non esset. Planè improbius facerent legatarij extranei si topto per bonorum possessionem testamento ampliora legata consequi vellent, quàm petere potuissent, si ruptum testamentum non fuisset, & ad substitutum vncia duntaxat peruenisset. Quæ ratio esse videtur propter quam Scæuola respondit substitutum non nisi ex vncia extraneis legata præstare. †Aliud verò obseruandum est si nullum ex bo-
4 norum possessione commodum, ad filium & substitutum peruenerit, Cur enim hoc casu improbè faciat substitutus qui dicat nolle se ex instituti persona soluere legata, quæ institutus ipse si viueret minimè præstaret. Idque satis apertè meo iudicio Scæuola voluit, qui in posteriore responsi specie, hoc est si ex dodrante institutus filius commisso edicto semissis tantùm possessionem acceperit, substitutum ex semisse duntaxat legata debere dixit, nulla distinctione adiecta, vt intelligamus hoc casu nulla ex parte legata extraneis præstari. Quæ etiam species *d.l.5. de lega. præst.* in qua solus filius, ac proinde ex asse institutus proponitur, vt fratris præteriti quem Vlpianus ponit bonorum possessionem accepisse, concursu minus perceperit, quàm ex testamento habuisset. †At eidem Scæuolæ responso illud etiam obstare
5 videtur quod Africanus ait, in *dict. l. etsi contra.35. de vulgar. & pup. subst.* legata ab instituto pupillo relicta coniunctis personis (sic enim necessariò is locus intelligi debet) & à substituto præstanda augeri ex eo quod filius extraneis nihil debuerit. Nam si ita est, illud etiam consequens videtur vt neque substitutus extraneis quicquam debeat, alioqui inepta erit ratio illa Africani, & alia quærenda, cur legata à substituto personis exceptis præstanda augeantur. Verùm præter id quod Africanus secundum Scæuolæ distinctionem intelligi commodè potest, vt leges aliæ ex aliis sumunt interpretationem, illud etiam non malè quis fortasse dixerit, posse contingere vt legata coniunctis personis relicta augeantur ex eo quod filius extraneis non debuerit, quemadmodum Africanus ait, & tamen illa etiam quæ extraneis data sunt, præstentur pro ea parte ex qua filius fuit institutus. Finge eum qui mille & ducẽta in bonis habebat, cùm fortè sibi longè locupletior videretur, filium in potestate ex vncia duntaxat heredẽ scripsisse, id est in centum. & ab eo legasse extraneis ducenta, coniunctis verò personis trecenta quinquaginta. Si posteà filius commisso per emancipatum edicto bonorum possessionem petierit: & semissem consecutus sit, mox ante præstita legata decesserit, dicemus substitutũ quamuis extraneis quoque legata præstet, non ideò tamen falcidiam deducturum, ex cæteris quæ coniunctis personis præstanda sunt. Scilicet quoniam extraneis nihil debet nisi pro vncia, id est centum. Suprà vnciam non debet: quia extraneis filius nihil debuit, atque ita fit, vt etiam integris solutis iis quæ coniunctis personis relicta sunt. adhuc cẽtum & quinquaginta iure falcidiæ substitutus habeat, quæ citra deductionẽ non haberet si filius extraneis debuisset. Id enim est quod Africanus ait augeri legata quæ ab instituto cõiunctis personis data sunt, hoc est, sine falcidiæ diminutione præstari, quoniam quæ per legem falcidiam & ipso iure minuuntur, ea si integra præstentur, quodammodo augentur, *l. in quantitat.74.§.vlt. D. ad l. Falcid.* quod nos alio loco fusius explicauimus. Recta verò & interpretationi nostræ valde conueniens est ratio illa Africani, *propterea quòd filius extraneis nil debuerit.* Cui alia subiicienda est quæ paulò post sequitur in his verbis, *quemadmodum & ipse filius plus exceptis deberet.* Siue enim de legatis ab instituto relictis & à substituto præstandis disputamus, siue de iis quæ ab ipso substituto data sunt, quæ Africanus crescere ait si ex bonorum possessione plus ad filiũ peruenerit, accommodatè dici potest, augeri ea, quemadmodum & ipse filius plus exceptis deberet; tametsi in legatis ab instituto relictis accommodatius id dici posse videatur. Præsertim cùm minus recta sit hac parte comparatio filij & substituti. Legata enim ab instituto filio relicta augentur, licet non plus ad eum per bonorum possessionem peruenerit, quoniam extraneis nihil præstat. Ea verò quæ à substituto data sunt, non aliter augentur, quàm si plus compendij & commodi ex bonorum possessione quàm ex testamento filius perceperit, cùm extraneis quoque substitutus legatorum à se relictorum nomine obligetur. † Hinc porrò intelligimus quàm 6
parum acutè *Accursius* scripserit legata ab instituto data præstari à substituto, quasi ab ipso tacitè repetita. *ex l. licet Imperat.70. de leg.1.* Nam vt taceam illud De tacita repetitione legatorum Africani & Scæuolæ temporibus certum non fuisse ante nouam Seueri & Antonini constitutionem: illud etiam me mouet, quòd si ea legata ab instituto relicta substitutus præstaret tanquam à se repetita, vtique omnibus ea præstaret sicut cætera quæ à substitutione data sunt. At quæ ab instituto relicta sunt, non nisi exceptis personis præstat, quia cùm non testatori, sed pu-

pillo

pillo heres existat, ad eorum præstationem tanquam ad æris alieni solutionem obstrictus est, *d.l.an ratione.11.§.quod vulgo. D.ad leg.Falcid.* Adeò autem verum est legata à filio instituto relicta non videri à substituto repetita, vt nec si ea pressè repetita sint, alio tamé iure debeantur, quàm quod substitutus pupillo heres extiterit *d.l.seruo alieno.113.§.sed si pater.de leg.1.* Generaliter igitur diffinoiri potest constitutionem illam Seueri & Antonini quam Iurisconsultus refert in *d.l.licet*, ad vulgarem duntaxat, non etiam ad pupillarem substitutionem pertinere.

CAPVT II.

Emendatio l.legaui.25.D.de liber.legat.

SVMMARIA.

1 *An vtile sit einsmodi legatum,* Lego tibi centum aureos quos mihi debes, *cum tamen nihil mihi debeas?*
2 *Reycitur emendatio & coniectura Interpretum ad* d.l.legaui.
3 *Differentia inter falsam demonstrationem, & falsam causam siue conditionem legato adiectam, & explicatio* l.si sic legatum.75.de leg.1.
4 *Reycitur Bartoli & aliorum ad eandem legem interpretatio.*
5 *Multum interesse an tibi legauerim centum quæ mihi debes, an ita dixerim, Centum aureos quos mihi Titius debet heres meus damnas esto non petere.*
6 *Tolluntur verba irrepetita è* d.l.legaui. *& emendationis ratio redditur.*
7 *Cur inutile sit legatum hoc, Centum aureos quos mihi Titius debet, heres meus damnas esto ei dare?*

1 VVlgo † ab interpretibus creditum est inutile & nullius momenti esse legatum, si tibi legauero centum aureos quos mihi debea, & nihil mihi debeas: quasi deficiente, vt illi aiunt, substantia & conditione legati: quemadmodum dici solet, in illa legati specie, Si tibi centum legauero, quæ mihi Titius debet, cùm nihil ille debeat *l. si sic legatum. 75. §.1.de legat.1.* Mihi verò aliud iudicium est, neq. dubito quin vtile sit prius legatum, & quantitas peti possit, licet nihil mihi debeas, quasi falsa demonstratione adiecta, vt apertis verbis Paulus respondit in *l. legaui.25.D.de liberat.leg. Quod si nihil debeat*, inquit, *poterit dici quasi falsa demonstratione adiecta, etiam quod*
2 *comprehensum est peti posse.* † Nec possis nisi valde ridiculè & ineptè sequentia illa. *Sed poterit hoc dici si ita legauit, Centum aureos quos mihi debet*, quæ affirmatiuè concepta sunt, legere cum interrogatione, vt negationem subintelligas, quemadmodum post Ioannem & Azonem vulgo interpretes tradiderunt: aut addita negatione scribere, *Sed non poterit hoc dici*, quomodo ex recentioribus *Iacobus Cuiacius* veterũ errorem potiùs quàm emendationem secutus legẽdum esse arbitratur. Repugnant enim præcedentia, repugnant etiam sequentia. Quis namque casus esse potest, quo verum illud sit quod initio Paulus dixit, licet nihil legatarius debeat, posse tamen dici, quasi falsa demonstratione adiecta etiam quod comprehensum est peti posse, si nega valere huiusmodi legatũ? *Lego Titio centum aureos quos mihi debet.* Nullũ siquidem apertioribus verbis concipi & legatario fauorabilius excogitari meo iudicio potest. Et inter varias legatorum formulas ac differentias, quas iuris veteris authoritas admisit, aptissimum sanè & optimum hac parte legandi genus illud fuit, quòd per vindicationem dicebatur, vt facilè perspicere quiuis potest. Deinde quod apud Paulum sequitur, *Quod si sic dixit, Heres meus centum aureos quos mihi Titius debet damnas esto ei dare, etiam illud tentari poterit, vt petere possis, quasi falsa demonstratione adiecta, quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimauerit.* An non ostendit satis in præcedentibus tractasse Paulum de vtili legato? Alioqui si dixisset non valere legatum ita relictum, *Lego Titio centum aureos quos mihi debet*, cur dubitaret quin idem dici posset de legato per damnationem concepto his verbis, *damnas esto heres meus ei dare?* Dubitat tamen, & dubitandi causam significat, cùm ait etiam hoc casu tẽtari posse vt legatum valeat quasi falsa demonstratione adiecta. Non ergo dubitabat, quin legatum de quo prius dixerat valeret, & falsæ demonstrationis adiectione non vitiaretur. Idque necessariò consequens est iuris regulæ quæ habet falsam legati demonstrationem legatario non nocere. *l.demonstratio.17.l.falsa.33.l.quibus diebus.40.§.qui dotalem.D.de cond. & demonstr.* † Neque ad obiectionem hanc responderi 3
potest, quod quidam respondent ex Vlpiano in *d.l. si sic legatum.§.1.de legat.1.* inter falsam demonstrationem & falsam causam siue conditionem legati multum interesse. Quanquam enim id verissimum est ad aliam tamé, quàm ad eam de qua quærimus legati speciem pertinet. Ad eam scilicet, quam illo loco Vlpianus tractat, si mihi legaueris centum aureos quos tibi Titius debet, cùm nihil ille tibi deberet. Nam legato nomine certæ quantitatis, certum est non quantitatem ipsam, sed nomen legatum intelligi, ac proinde ad aliud heredem teneri nõ posse quàm ad cedendas & præstandas actiones, quæ porrò nullæ sunt si nihil testatori debebatur. Vnde fit vt legatum sub ea conditione relictum videatur, si Titius tibi debeat, qua cõditione deficiente substantia quoque legati deficit, & consequenter inutile ac nullius momenti est legatum. Sed si legauero tibi centum aureos quos mihi debes, manifestum est legatam esse quantitatem nõ liberationem, quãuis si debitor sis nihil nisi liberationem petere possis: & ideò si nihil debeas centum nihilominus petes, quia verum est cẽtum fuisse legata, & falsam adiectam esse demonstrationem. Nec ratio vlla est cur ab Vlpiano contrà responsum fuisse existimemus in *d.l.si sic legatum §.1.* vbi eum casum tractat sicut diximus, quo mihi legatum est à Sempronio id quod ei Titius debebat. In qua specie rectè ait nõ valere legatum si nihil Titius Sempronio debeat, siue nullam siue certam quantitatem testator expresserit. Cùm enim quantitas non est adiecta, nihil deberi potest, quia vt lex ait, non apparet quantum fuerit legatum. Quæ res facit, vt quamuis valeat legatum si cui legauero centum, quæ Titio debeo, licet nihil ei debeam, quòd hæc falsa demonstratio non perimat legatum, inutile tamen sit si simpliciter & nulla adiecta quãtitate legauero id quod Titio debeo, nempe quia dici non possit quantum sit in legato. Quod si in proposito casu testator addiderit certam quantitatem, & mihi legauerit centum quæ ei Titius debet, inutile etiam erit legatum, quòd ea quãtitas non tam demonstrationis, quàm causæ & conditionis loco adiecta esse videatur. Solet quidem falsa causa, itémque falsa conditio legati legatario non nocere, *leg.cùm tale.72.§.falsam causam.& §.falsam conditionem. D.de con.& demon.* Sed Vlpianus eo

loco falsam causam & conditionem legati eam in-
telligit, quę errantem testatorem impulit vt legaret,
& sine qua legatarius non fuisset, quæque legato sic
cohæret, vt sobstantiam ipsam legati potius quàm
legandi rationem contineat. Concludit igitur Vl-
pianus *versi. Proinde*. Etsi Titio derem quæ mihi Se-
ius debet, legauero, nullum esse legatum. Esse enim,
inquit, debitor debet: cùm etsi viuos exegissem ex-
tingueretur legatum, & si debitori maneret, actio-
nes duntaxat aduersus eum præstare heres meus co-
4 geretur. † Neque probabilis est *Bartoli* & cæterorũ
interpretatio, qui putant in versic. *Quod si addiderit*,
tractare Vlpianum de legato sic concepto, *Decem
quæ mihi Titius debet, lego eidem Titio*. cum certo cer-
tius sit, persequi Vlpianum propositam speciem de
legato relicto alteri quàm et quem testator debito-
rem esse existimabat, vt probant ea ipsa verba, *Quod
si addiderit*, quæ ad alium referri certè non possunt,
quàm ad testatorem, quem principio §. posuerat
legasse mihi id quod ei Titius debebat, nulla addi-
ta quantitate. Nec video qoid ex hac nostra inter-
pretatione quam legis verba euincunt sequatur in-
commodi, nisi quòd superuacua & frustra adiecta
videantur, quæ Vlpianus subiicit in *versic. Proinde*,
quod tamen minus mirabitur is qui obseruauerit
Vlpiano Asiaticum illud scribendi genus placuisse
potius quàm Laconicum & Papinianeum. Vtut sit,
longè absurdius fore puto si falsam Vlpiano opinio-
nem, præsertim quæ ex verbis colligi non possit in-
ducamus, quàm si fateamur id quod res est, eandem
ab eo sententiam superuacuò repititam esse. † Sed
5 illud præcipuè interpretes nostros meo iudicio fe-
fellit, quòd Paulus in *d. l. legaui*, ita scribit, quasi nihil
intersit, an tibi legauerim centum quæ mihi debes,
an ita dixerim, Centum aureos quos mihi Titius de-
bet, hæres meus damnas esto non petere. Cùm tamẽ
hoc posteriore casu nemo sit qui negare ausit libe-
rationem duntaxat certæ quantitatis legatam vide-
ri, non ipsam quantitatem, siue quòd per damnatio-
nem legatum relictum sit, siue quòd testator non
iusserit heredem tibi dare, sed tantùm à te non pe-
tere. Idque manifestius fit ex eo quod Paulus subii-
cit non valere legatum, & liberationem duntaxat
videri relictam, licet dandi verbum testator vsurpa-
uerit, quod tamen ad quantitatem legandam aptius
6 est, quam verbum non petendi. † Quod cùm ita sit,
puto interpretis esse nõ Pauli totam illam adiectio-
nem, *vt Stichum quem Titius mihi debet, hæres meus
damnas esto non petere*. Interpretem verò imperititum
illud mouisse aut potius fefellisse, quòd putabat for-
tasse, in prioribus iis verbis, *Titio centum aureos quos
mihi debet*, deesse aliquid ad implendam & perfi-
ciendam orationem. Aut exemplo centum aureo-
rum, quod Paulus attulerat aliud addendum fuis-
se de Sticho, vt ex eo omnes intelligerent verum
esse, quod prius Paulus dixerat, nihil interesse an
centum aureorum, an fundi debiti mentionem
testator fecerit. Ac sanè si aliud exemplum addere
Paulus voluisset, vtique de fundo non de Sticho
addidisset, vt præcedentia cum sequentibus magis
conuenirent. Deinde, quòd dicimus nihil inter-
esse an centum aureorum an fundi debiti mentio-
nem testator fecerit, non aliter verum est quam si
iisdem verbis legatum conceptum proponatur. †
7 Sed non inelegans dubitatio est cur inutile sit le-
gatum hoc. *Centum aureos quos mihi Titius debet,
heres meus damnas esto ei dare*, potius qoàm illud,
Lego Titio centum aureos quos mihi debet. Ratio enim
illa Pauli cùm dandi verbum ad debitum referre se
testator existimauerit, difficilior est, quàm vt com-
modè intelligi & explicari possit, quoniam ex præ-
sumpta testatoris volũtate potius quàm ex verbi vi,
& potestate desumpta esse videtur. Nisi dicamus,
quod verum est, multum referre an certam quanti-
tatem testator ipse dederit, an heredem suum dare
damnauerit. Hoc enim casu illud testatorem animo
agitasse verisimile est, vt si nihil heredi Titius de-
beret, nihil Titio heres daret, quòd dare non possit
eam quantitatem quæ sibi debetur, si nulla debea-
tur. Cùm verò testator ipse dedit, non de illo quæ-
rimus quid heres dare possit, sed quantum testator
dederit, & ad relictæ quantitatis præstationem obli-
gari heredem admittimus, quasi falsa duntaxat de-
monstratione adiecta. Atque hæc nostra interpreta-
tio & emendatio, etsi noua est & à communi inter-
pretum omnium opinione aliena, placuit tamen e-
ruditissimo Iurisconsulto *Iohanni Blanchero*, qui pro-
pter eximiam qua excellit iuris scientiam, non solũ
Sebusianis nostris apud quos Iudicis appellationum
dignitatem summa cum laude sustinet, sed exteris
quoque omnibus ad quos prouinciæ nostræ fama
peruenit, eam sui nominis admirationem excitauit,
vt facile mihi persuadeam doctissimos quosq. pro-
baturos omnia quæ tam eruditi viri iudicium excel-
lens comprobauerit.

CAPVT III.

Veram esse receptam lectionem l. pen. D. de constit. pecun.

SVMMARIA.

1 *An qui tibi aut Titio soluere promisit, deinde consti-
tuit se tibi aut Titio soluturum si deinde Titio sol-
uerit vtraque actione ipso iure liberetur?*

2 *An qui tibi centum ex stipulatione debebat, deinde
constituit ea se tibi aut Titio soluturum, si Titio
soluerit actione constitutæ pecuniæ maneat obli-
gatus?*

3 *Paulum in quæstione* d. l. pen. *non de actione ex stipu-
latu sed de constitutoria dubitasse.*

4 *Multum in dicta legis quæstione interesse an promisset
tibi, aut Titio, an tibi duntaxat ex stipulatione sol-
uere debuisset.*

5 *Propositæ differentiæ ratio.*

6 *Quid per* propriam actionem d. l. penultim. *intelli-
gatur?*

7 *Conciliatio* l. 8 de constit. pecun. *cum* l. si ita stipu-
latus 59. de solut.

AIt lex, si quis duobus pecuniam constituerit tibi
aut Titio, stricto iure propria actione constitu-
tæ pecuniæ manere eum tibi obligatum, quamuis
Titio soluerit, sed tamen per exceptionem adiuuari.
Quod sic accipiendum esse omnes consentiunt, si ti-
bi anteà obligatus esset is qui constituit, alioqui cõ-
stiturum non valeret si debitum nullum præcessis-
set. *l. 1. §. debitum autem l. eum qui. 5. §. quod exigimus. l.
hactenus. 11. D. eod. tit.* Ego etiam sic intelligo, vti ne
ex præcedenti obligatione Titio solui posset. † Si e- 2
nim cùm tibi aut Titio stipulatus esses, promissor
posteà constituerit se tibi aut Titio soluturum, & Ti-
tio soluerit, dubitandum mihi non videtur, quin ab
vtraque obligatione tam ex stipulato, quàm de con-
stituta pecunia ipso iure liberetur. Nam & liberare-
tur etsi constituisset se tibi soluturum nulla in con-
stituto facta Titij mentione *l. si ita stipulatus. 59. D. de
solut.*

solu. vbi satis apertè Paulus docet liberationem hoc
casu contingere non per exceptionem doli, vt mi-
nùs rectè quidam scripserunt, sed ipso iure, præser-
tim cùm dicat nihil interesse an stipulator iubeat
promissorem Titio soluere, an ab initio ita concepta
stipulatio sit, vt stipulatori vel Titio solueretur. Ne-
mo enim dubitat quin si iussu stipulatoris promissor
Titio soluerit, ipso iure liberetur. *leg. vero procuratori.*
12. *Digest. eod. titul. de solution. leg. obligationum ferè.* 44.
§. accessio Digest. de oblig. & act. †Si igitur qui tibi cen-
2 tum ex stipulatione debebat constituerit ea se tibi
aut Titio soluturum, deinde Titio soluerit, quæstio
est apud Paulum in *dict. l. penul.* an tibi nihilominus
propria actione constitutæ pecuniæ maneat obliga-
tus. De priori actione quæ ex stipulatu competebat
Paulus nihil quærit, quoniam si posterior de consti-
tuta pecunia per solutionem Titio factam ipso iure
perempta esset, vtique & prior ipso iure subsistere
non posset. Quanquam enim duplex actio est: altera
ciuilis, altera Prætoria. *§. de constitution. Institut. de a-
ction.* vtraque tamen vnius solutionis potestate tol-
litur, quia vnum debitum est, quod per constitutum
sicut non nouatur, ita neque augetur, *leg. item illa
3 verba.* 18. *§. vltim. cum l. seq. D. de constit. pecun.* † In quo
miserè errant qui existimant in proposita quæstione
tolli ipso iure constitutoriam actionem, nec nisi de
priore ex stipulatu Paulum dubitare, & illud tandem
concludere non tolli eam, nisi per exceptionem: in-
déque animum sumunt emendandæ legis, vt in illis
verbis *propria actione pecunia constituta* non *propria*
legamus, sed *priori.* Cùm tamen & ex iuris ratione
quam supra diximus, & ex sequentibus illis verbis,
pecuniæ constitutæ, quæ ipsi non tollunt, appareat ma-
nifestè non nisi de constitutoria actione apud Pau-
lum disputari. Neque enim prior obligatio erat con-
stitutæ pecuniæ, sed verborum & ex stipulatione.
Atque ita rectè veteres omnes interpretes ea verba
exposuerunt. Sed difficile iis fuit intelligere, quam
rationem illud habeat, quod Paulus respondit, con-
stituti actionem ipso iure & stricto non tolli si is,
qui tibi aut Titio pecuniam soluturum se constitue-
rat, Titio soluerit, cum adiecto solutionis causa sol-
ui posse, & debitori soluenti liberationem ipso iure
acquiri certissimum esse videatur. *dict. leg. 59. de solu.
leg. sed etsi filiusfamilias.* 7. *§. 1. & leg. 8. Digest. de consti-
tut. pecun.* Ego, ne in recensendis & refellendis sin-
gulorum opinionibus frustrà sim longior, sic statuo.
4 † Multum interesse an promissor tibi, aut Titio, an
tibi duntaxat ex stipulatione soluere debuisset. Nam
cùm Titius tam in stipulatione quàm in constituto
solutionis causa adiectus fuit, proculdubio est rectè
ei solui posse, & solutione obligationem omnem
tam ex stipulatu, quàm de pecunia constituta ipso
iure extingui. *dicta leg. si ita stipulatus.* Et de hoc ni-
mirum casu Paulus loquitur *in dicta leg. 8. de constitut.
pecun.* cùm ait, si posteaquam promissor soli tibi solu-
turum se constituit Titio soluerit, eum nihilominus
teneri. Ita innuens liberatum iri eum, si tibi aut Titio
constituisset, vel tibi non adiecta dictione illa, *soli.*
Idque constat satis ex *dict. §. 1. l. 7.* cui *dict. lex 8.*
coniungitur. Quòd si tibi soli stipulatus fuerat non
adiecta Titij persona, dico etiamsi tibi aut Titio so-
luturum se promissor constituerit, & Titio soluerit,
nihilominus eum de constituta pecunia stricto iure
manere obligatum, in eóque perelegantem stipula-
tionis & constituti differentiam obseruari. In stipu-
latione cùm Titius solutionis gratia adiectus est, per-
inde haberi debet, ac si stipulator id quod tibi de-
beretur Titio solui mandasset, vt Paulus ait in *d. l. 59.
de sol.* & cùm promissor Titio soluit, non tam videtur
alteri soluere, quàm electionem quæ sibi ex stipula-
tione acquisita est complere. *l. qui res suas.* 8. *§. mihi
Romæ in fin. D. eo.* Proinde iuris ratio facit vt si Titio
soluat, ipso iure liberetur, quoniam ita obligationis
conditioni satisfaciat. Cùm verò quis constituit se
tibi aut Titio soluturum, quemadmodum tibi soli
acquiritur actio de pecunia constituta, *d. l. 8.* ita soli
tibi non etiam Titio soluendum est vt ipso iure libe-
ratio contingat, quoniam constitutor Titio soluens
alteri soluit, quàm cui debet, neque constituendo
electionem sibi acquirere potuit vtri solueret, tibi-
ne an Titio, nec facto suo quæsitæ tibi obligationis
qualitatem & conditionem immutare. † Quòd si 5
quis differentiæ huius rationem adhuc quærat hãc
ego puto afferri posse, quòd quæ ex constituto na-
scitur obligatio, tota ex constituentis fide: quæ verò
ex stipulatu, ex stipulatoris interrogatione, & con-
grua interrogationi responsione æstimatur. Hinc e-
nim fit vt cùm tibi aut Titio stipularis, id apertè de-
clares velle te tuo nomine Titio solui, eáque volun-
tas pro iussu & mandato habeatur. At cùm soli tibi
stipulatus es, & debitor constituit se tibi aut Titio
soluturum, nihil est ex quo possit colligi voluntate
tua solui Titio debere. Solus enim debitor consti-
tuit, tu nihil dicis Sed tamen quoniam imputari tibi
potest, quod constitutum ita factum admiseris, æ-
quum est succurri debitori per exceptionem si à te
de constituta pecunia contra constituti formam cõ-
ueniatur, cùm si eum soluere Titio voluisses, is tibi
non Titio soluisset. † Et hæc sententia est *d. l. pen.* in 6
qua Paulus propriam actionem dicit constitutæ
pecuniæ: non quòd alia vlla sit communis tibi cum
Titio, sed eodem sensu ac si dixisset, *ipsa actione con-
stitutæ pecuniæ,* de qua ideò probabilius dubitari pos-
se videbatur, quàm de priori obligatione, quòd in
constituto Titij mentio facta fuisset. Verum non i-
deò fit, vt quasi iussu & mandato tuo solutum Ti-
tio dici possit, alioqui etiam stricto iure tam consti-
tuti, quàm verborum obligationẽ sublatam esse ne-
cessariò fatendum esset. Quod verò emendandi
occasionem capiunt ex eo quod in Pand. Florẽtinis
scriptum esse aiunt *propria actione,* leuius sanè est, quã
vt mouere eos debuerit. Nemo enim est qui ne-
sciat librarij Florentini morem illum esse vt cùm
postrema prioris dictionis litera eadem est quæ pri-
ma sequentis, illam prætermittat, hanc verò scribat
maiusculo charactere, vt hic factum est. †Nec ma- 7
gis ferendus eorum error est, qui vt duos Pauli lo-
cos qui inter sese pugnare videntur, concilient, ita
distinguunt vt promissor qui posteaquàm soli tibi
soluturum se constituerat, soluit Titio, quem tu in
priori obligatione solutionis causa adieceras, nihi-
lominus teneatur stricto iure ex *dict. l. 8. de const. pec.*
sed liberetur per exceptionem ex *dict. l. si ita stipula-
tus. de sol.* Nam quod vno loco Paulus ait promis-
sorem teneri, cum effectu sic accipiendum est, vt o-
mnino & vtiliter teneatur, quia Titio soluere non
debuerat, qui soli tibi soluturum se constituerat,
quasi fidem constituti frangere videatur, qui cùm
prius eligere posset vtri solueret tibine an Titio, po-
steà soli tibi constituit, ac nihilominus Titio soluit:
quemadmodum de illo scriptum est, qui cùm illud,
aut illud deberet, alterum posteà constituit. Hunc
enim non esse audiendum Papinianus ait, si alterum
quod prius in electione erat præstare malit. *l. illud
aut illud.* 25. *D. eo. tit. de constit. pec.* Quod autem alio

L

loco idem Paulus dixit posse promissorẽ Titio soluere, licet tibi constituerit, sic omnino accipiẽdum est vt Titio soluens ipso iure liberetur, quemadmodum suprà probauimus. Alia igitur conciliationis ratio quærenda non est, quàm quæ ab *Accursio* exponitur, vt vno loco Paulus eam speciẽ tractet, cùm promissor soli tibi constituit, altero verò, cùm tibi constituit simpliciter, non adiecta dictione illa *Soli*, quæ sola efficit vt electionem quam promissor habebat tibi aut Titio soluendi, sibi per constitutum ademisse intelligatur. At si tibi simpliciter constituerit, etiam Titio soluere poterit, quia, vt Paulus ait, tibi solui videtur, quod Titio soluitur, adeò vt si quid indebitum ei solutum sit, tibi quoque condici possit, ac si tibi non illi solutum esset.

CAPVT IV.

Explicatur l. cùm societas. 69. ff. pro socio.

SVMMARIA.

1 *Obscuram & difficilem esse dictæ legis sententiam.*
2 *Parum interesse vtrum in* d. l. 69. *nundinarias epulas, an vero nundinas simpliciter legas.*
3 *Quid in* d. l. *significent verba illa* eosque à negotio dimitteret, *& diuersa horum verborum lectio.*
4 *An in* d. l. *socius qui iuxta conuentionem epulas non soluit, ex vendito vel empto teneatur?*
5 *Socium qui non emit, ex alterius socij contractu non obligari.*
6 *Cur Vlpianus in* d. l. *dicat socium qui epulas non præstitit, tam pro socio quam ex vendito socijs eo nomine teneri?*
7 *Reijcitur Cuiacij emendatio & interpretatio ad* d. l. cum societas.

1 OBscuram † ac difficilem esse huius legis sententiam cum ex ipsius contextu & veterum glossis cognosci facilè potest, tum vel ex eo maximè quod acutissimus & ingeniosissimus iurium omnium interpres *Iacobus Cuiacius*, cui nihil difficile videri possit, sibi tamen in eius interpretatione minus satisfacit, & à quo tempore iuri ciuili operam dare cœpit, nullo se loco diutius tortum fuisse scriptis suis testatur. Ego verò etsi tantùm mihi non tribuo vt facilia esse putem, quæ ille difficilia arbitratur, illud tamen ausim dicere, posse quid excogitari quod & probabilius sit, & ad Vlpiani mentem accommodatius. Vlpianus ita scribit, *Cum societas ad emendum coiretur, & conueniret vt vnus reliquis nundinas, id est, epulas præstaret, eosq; à negotio dimitteret, si eas eis non soluerit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est.*
2 †Quanquam autem in quibusdam editionibus aliter legitur, *vt vnus reliquis nundinarias epulas præstaret*, potest tamen Florentina lectio defendi, & parum refert vtro modo legas. Idem enim sensus esse videtur, vt de nundinarijs epulis ab altero ex socijs præstandis conuenerit, & *nundinas præstare* Vlpianus dixerit, pro ea nundinarum impensa, quæ in epulis consistit. Sicut enim de mercatorum conuentione loquitur, ita mirum videri non debet si minus propriè locutus, ac mercatorum fortassis verbo vsus sit. Eamque ob causam cùm conuentio ita concepta esset, vt vnus reliquis nundinas præstaret, adiecit Vlpianus, *id est epulas*, ne cui insolens locutio difficilẽ
3 faceret conuentionis interpretationẽ. † Illa etiam, quæ sequuntur, *eosq; à negotio dimitteret*, eodem ferè sensu sic intelligo. Conuenisse inter socios vt vnus, reliquis præstaret omnia, quæ ad societatis negotiũ pertinerent, & eos à negotio dimitteret, hoc est efficeret vt à negotio recederent, nulla per eos impẽsa facta extra pecuniam communem emendis mercibus destinatã. Quòd si malis legere, quomodo quidam legunt, *eósque ad negotium dimitteret*, non valde repugnabõ. Nam & bonum sensum habet hæc lectio, & sine dubio ponendum est in hac specie alios quibus epulas præstari conuenerat solos emisse: eũ verò qui epulas præstare debuerat cum venditore non contraxisse, vt & *Cuiacius* fatetur. Tota igitur legis difficultas in eo consistit, quod Vlpianus subijcit, Si epulas socius iuxta conuentionem non soluerit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum esse.
†Illud enim difficile videatur, actionem ex vendito dari socijs qui nihil socio vendiderunt. At neque ex empto agere possunt, cùm nihil à socio emerint, quicquid *Accursius* sentiat, qui verba illa *ex vendito*, ridiculè & perperam interpretatur *ex empto*. Quibus rationibus motus vir doctissimus scripsit socios quibus præstitæ non sunt epulæ, aduersus socium eo nomine actionem duntaxat pro socio habere, ex vẽdito autem agere non posse, sed cum tantùm qui vendidit, quasi & emisse videatur is qui hac de re contracta societate socios in negotium misit, & hanc Vlpiani sententiam esse in *dicta l. cum societas.* Quod mihi probabile non videtur. Cùm enim ex vendito actio sit in personam & ex contractu, fieri non potest vt aduersus eum competat, qui non contraxit. † Neque verò ex eo solo, quòd quis societatem ad emendum coierit, dici potest videri eum emisse vt ex empto obligetur: quia societas non efficit, vt quod vnus ex socijs emit, omnibus acquisitum esse videatur. Iis enim solis acquiratur, qui emerunt, nec commune sit, vt Paulus ait in *l. si quis societatem. 74. ff. eodem tit.* Vnde illud etiam euenit, vt nec si velit aduersus venditorem ex empto agere possit is qui non contraxit: quamuis eorum qui contraxerunt socius sit, quia verum est cum eo neque contractum, neque negotium aliquod gestum fuisse. Sed & Vlpianus apertè scribit, socium non nisi propter epulas non præstitas actione ex vendito teneri, cùm ait, Si socius epulas non præstet, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum esse. Atqui secundum *Cuiacij* interpretationem nihil interesset, quod pertinet ad actionem ex vendito an epulas socius præstitisset, néc ne. Vtroque enim casu putat teneri eum venditori ex vendito actione. Ergo dubitandum non videtur, quin ea Vlpiani sententia sit, vt socius qui epulas non præstitit, tam pro socio quàm ex vendito socijs eo nomine teneatur. † Sed qua ratione motus Vlpia- 6
nus ita responderit, difficilius sanè est, & elegantis dubitationis. Puto autem eam potissimum rationem afferri posse, quam suprà attigi ex *dicta l. si quis societatem*, quòd cùm plures societatem ad emendum contraxerunt, id quod emitur ipsius fit qui emit, nec cæteris socijs acquiritur, quamuis emptor eam rem societatis iudicio cogatur iis communicare. Ea verò communicatio certè alienatio est, quæ porrò alienationis species nisi quædam veluti venditio? Rem enim accipit socius, qui prius non emerat, & iis qui pretium soluerunt tantundem præstat, & cùm pro pecunia res detur, haud dubiè venditio & emptio est. *l. naturalis. 5. §. primo, D. de præscript. verb. leg. prima, D. de rerum permut.*

permut. Quemadmodum igitur ad pretium conse-
quendum non minus ex vendito, quàm pro socio a-
gi posset, ita & ad epulas, quarum impensa propter
venditionem facta est, ac quasi pretij pars quædam
videri potest. Et sicut per communicationem rei
emptæ socius veluti emptor efficitur, ita socij vendi-
tores esse videntur, atque ideò æquum est habere eos
ex vendito actionem, vt consequi possint omne id
quod ad rem emendam impenderunt, periode ac
si aliam rem socio vendidissent. Habent igitur actio-
nem pro socio, vt lex societati dicta seruetur. Ha-
bent etiam actionem ex vendito, quod eas epularum
impensas fecerint ad emendum id, quod societatis
iudicio communicare & quasi reuendere compel-
7 luntur. † *Cuiacij* verò sententiam & emendationem
minimè illud adiuuat, quod idem Vlpianus ex Papi-
niano scribit *in l. Iulianus. 13. §. si procurator. D. de action.
empt.* Si procurator vendiderit & emptori cauerit,
cum domino ex empto agi posse vtili actione si is
rem vendendam mandauerit, exemplo institoriæ a-
ctionis, & per contrarium dicendum esse vtilem ei
ex vendito actionem enmpetere. Eo enim loco Vl-
pianus de procuratore loquitur, qui mandato, & no-
mine domini vendidit, quo casu à domino ipso facta
venditio videtur. *l. si procurator. 13. D. de acquir. rer. do-
m.* At in specie *l. cum societas.* de sociis agitur, qui sibi
emerunt, & tam empti actionem quàm dominium
per traditionem iis factam, sibi non socio acquisiue-
runt. *d. leg. si quis societatem l. si patruus. 4. C. communi. v-
triusq. iudic. l. 2. Cod. pro socio.* Illud verò obseruandum
est *in d. §. si procurator.* erratum esse in iis verbis, *ergo
& per contrarium dicendum est vtilem ex empto actio-
nem domino competere*, & legendum esse, *ex vendito,*
non *ex empto*, quia domino qui rem suam vendi
mandauit, ex vendito non ex empto actio competit.
Et cùm aduersus eum ex empto actionem dari Vl-
pianus scripsisset, consequens est vt quam illi ex con-
trario competere subiicit ex vendito non ex empto
actionem intellexerit, & scripserit.

CAPVT V.

Additur negatio in l. 3. D. de instruct. vel instrum. legat.

SVMMARIA.

1 *Fundum instructum legatum & per fideicommissum à legatariis relictum, in fideicommissi causam talem deductum videri, qualis fuerat legatus.*

2 *An in specie.* d. l. 3. *quæ medio tempore fundo instructo accesserunt, vel fato diminuta sunt, fideicommisso contineantur?*

3 *Certis rebus per fideicommissum relictis, fructuum accessione fideicommissum non augeri.*

4 *Dissimilem causam esse eorum quæ viuo testatore, & eorum quæ post ipsius mortem viuis legatariis rei per fideicommissum relictæ accesserunt.*

1 FVndum † instructum libertis patronus testa-
mento legauit, posteà codicillis petiit vt monē-
tis superstitibus partes suas fundi restituerent. Papi-
niano placet, quamuis testator in fideicommisso in-
structi mētionem non habuerit, tamen in causam fi-
deicommissi talem deductū videri fundū, qualis fue-
rat legatus, id est instructum, siue, quod hoc casu idē
est, cum instrumēto. In quo dubitationē illud facie-
bat, quòd fideicōmissum generalibus verbis relictū
non fuerat. Sed legatarij de suis duntaxat partibus
legati fundi, iis qui superstites essent restituendis
rogati esse proponebantur, nulla instructi, aut in-
strumenti habita mentione. Verùm coniectura vo-
luntatis facit, vt qualem fundum testator legauit, ta-
lem in fideicommissum venire voluisse interprete-
mur, præsertim cùm iis ipsis fideicommissum reli-
ctum sit, quibus anteà fundi instructi partes fuerant
legatæ, indéq. videatur posse conijci voluisse testa-
torem eum fundum talem in familia perpetuo re-
manere. † Sed de iis quæ medio tempore, hoc est an- 2
te diem fideicommissi cedentem & post mortem te-
statoris ac legatariis superstibus fundo accesserunt,
aut fato diminuta sunt, quæstio maior est an fidei-
commisso contineantur. Quamquam enim Papinia-
nus apertè scribit contineri, vix tamen est vt verè di-
ci possit, & probabilius arbitror vt addita negatione
receptam lectionem emendemus, & medij tempo-
ris augmenta vt fœtuum & partuum, itémque detri-
menta fatalium fideicommisso non contineri ad-
mittamus. Nam & in fideicommissum hereditatis,
quod vniuersale est, eámque ob causam recipere fa-
cilius augmenta potest, responsum est non venire
fructus ab herede perceptos pendente fideicommissi
conditione aut die, *l. in fideicommissaria. 28. D. ad S. C.
Trebell.* sicut nec detrimenta earum rerum, quæ fato
aut quo alio modo sine lata heredis culpa perierunt.
leg. mulier. 22. §. sed enim. D. eod. titul. Quo loco etsi par-
tuum accessiones in fideicommissum venire Vlpia-
nus ait, speciali tamen ratione id fieri subiicit, *quia
in fructibus hi non habentur*, vt intelligamus cæteras
accessiones quæ fructuum appellatione continen-
tur vt fœtus & cætera eiusmodi in fideicommissi
restitutionem non venire. Quod qua ratione consti-
tutum sit, idem Vlpianus docet *in d. l. in fideicommis-
saria.* Quoties enim, inquit ille, rogatur quis heredi-
tatem restituere, id videtur rogatus reddere quod
fuit hereditatis, fructus autem non hæreditati sed
rebus ipsis accepto feruntur. † Neque tamen id ita 3
accipi debet si certarum rerum fideicommissum re-
lictum sit, facilius admittēdum quis putet fructuum
accessione fideicommissum augeri. Cùm enim fru-
ctus qui pendente fideicommissi conditione perci-
piuntur, iudicio & voluntate testatoris ad eum per-
tineant qui fideicommisso oneratus est, quemadmo-
dum Vlpianus ait *in d. §. sed enim.* nulla ratio est vt fi-
deicommissario restituantur, præsertim cùm fundi
duntaxat & specialiter mentionem testator fecerit,
& ex aliis iuris locis constet, nec si generaliter heres
quicquam quod ad se ex hereditate bonisque testa-
toris peruenerit, id omne post mortem suam resti-
tuere rogatus sit, fructus tamen ante diem fideicom-
missi perceptos deberi. *leg. scribit. 33. leg. heredes mei.
57. Digest. eod. titul. ad S. C. Trebellian. leg. si ita relictum.
43. §. Pegasus de legat. 2. leg. quod his verbis. 83. de legat.
3.* Sed & difficilius illud credi potest, in ea specie
quam Papinianus tractat detrimenta fatalium fidei-
commisso contineri, & legatarium cogi reddere id
quod non habeat, si neque fideicommisso mora fa-
cta sit, neque lata legatarii culpa argui possit, *d. l.
§. sed enim.* † Ad rem verò non pertinet, nec ad 4
receptæ lectionis coofirmationem, quod ex aliis
iuris locis nonnulli afferunt, ea quæ post testamen-
tum rei legatæ accesserunt plerumque legato cede-
re, *leg. grege. 21. leg. quod in rerum 24. §. si quis post testa-
mentum. de legatar. 1. leg. si mancipia. 29. Dig. de instruct.
vel instrum. legat.* Non enim de iis loquitur, quæ
viuo testatore, sed quæ post ipsius mortem viuis le-

sutam acquisita fuisset, quamuis ex pecunia dotali: sicut nec pretium ex re furtiua redactum furtiuum dicimus. *l. qui vas. 46. §. vltim. D. de furt.* nec rem pignoratam, quæ ex nummis pignoratis empta est. *l. idémque 7. §. vltim. D. qui potior in pign. habeant.* nec communem vsuram, quæ ex communi pecunia ab altero sociis proprio nomine fœnerata debetur. *l. si tutor 67. §. 1. D. pro socio.* Ac sanè dotalis reuera non est res quæ ex dotali pecunia empta est, sed tamen videtur esse, vt perinde ac si in dotem data esset dotis iudicio peti possit. Idque siue maritus soluendo sit siue non, eiusque fructus ad maritum pertineat, quoniam vxoris & mariti voluntate ex pecunia dotali empta & in eius locum veluti subrogata est, nec male quis dixerit extare adhuc videri pecuniam, quæ in rem & corpus versa est, arg. *l. Imperator. 70. cum seq. de legat. 2.* Quòd si pacto inter virum, & vxorem conuenerit, vt dos quæ in pecunia numerata esset, permutaretur, & transferretur in corpora, certum est non solùm valere pactionem si mulieri prosit, sed etiam corpora effici verè dotalia. *l. ita constante. 26. cum l. sequent. D. de iur. dot. l. si mulier. 21. D. de pact. dotal.* scilicet si ex ea pecunia vxoris nomine empta sint corpora. Sic enim leges illæ accipi debent ne pugnent cum *dict. l. si ex ea pecunia.* & aliis supradictis. Dixi rem ex pecunia dotali emptam non esse verè dotalem, siue maritus soluendo sit, siue non, vt eos refellam qui putant eo casu quo maritus soluendo non sit, posse rem quam ille suo nomine emerit, vindicari ab vxore vtili in rem actione ex *l. vxor marito. 55. in fin. D. de don. inter vir. & vxor.* idque adeò ad omnes alios protrahunt, quorum pecunia empta res est, si emptor soluendo non sit: quod tamen & sine lege dicunt & sine ratione. Tantum enim abest vt eo nomine vtilis vindicatio detur ei cui pecunia res empta est, vt nec Seruiana agere possit nisi specialiter vel generaliter de pignore conuenerit. *l. quāuis. 17. Cod. de pignor.* Tametsi cùm de pignore conuenit in ea re cæteris creditoribus etiam anterioribus præferatur. *l. licet. 7. Cod. qui potior. in pignor. habeant.* Et vt breuius dicam, non habet creditor ius tacitæ hypothecæ, sed si expressam hypothecam habeat, ius in ea habet prælationis. Soli enim pupillo illud concessum est vt ex eius pecunia empta res illi tacitè sit obligata *d. l. idémque. in princip. & l. 3. D. de reb. eor. qui sub tutel. vel curat. sunt.* Ex quo magis intelligitur verum esse quod dicimus, rem ex pecunia minoris emptam ipsius non fieri sed emptoris: alioqui & in re ex pecunia pupilli empta idem dicendum esset, cùm pupillus fauorabilior sit minore, neque pignoris nomine pupillus obligatam habere rem suam posset. *l. neque pignus. 45. D. de regul. iur.*

4 † Quod autem obiicitur ex *d. l. vxor marito*, ad rem non pertinet. Neque enim ibi Paulus loquitur de re empta ex pecunia dotali duntaxat, sed de re empta ex pecunia donata. Et ait videri maritū locupletiorem factum ex donatione si ex pecunia mulieris empta res extet, licet maritus soluendo non sit, quia hic non quæramus quod ille deducto ære alieno liberum habeat, sed quod ex re mulieris possideat: & ideò teneri eum condictitia actione, si mulier donationem reuocet, quasi nihil intersit, an ei pecuniam, an rem ipsam vxor donauerit, nisi quod illo casu vindicare rem directò posset, quam isto non potest, quia maritus sibi non vxori rem emisse proponitur. Nec enim loquitur Paulus, deterior conditio viri si ei pecunia quatenus res valet non vltrà id tamen quod donatum est condicatur, quàm si dotis iudicio conueniatur. Ita enim legendum est, non vt vulgo legitur, *& erit deterior.* Nam certè deterior nō est vno casu quàm altero conditio mariti qui soluendo non est. † Duplici autem ratione Paulus vtitur vt 5
probet condictitia maritū teneri. Prima illa est quòd maritus qui ex pecunia sibi ab vxore donata rem emit, non malè comparandus videatur ei qui rem ipsam ex donatione accepit, quem reuocata donatione condictitia teneri certum esset. Altera, quod mariti nihil intersit vtrum condictitia an dotis iudicio secum agatur, cùm vtroque casu par illius causa & conditio futura sit. Tum Paulus subiicit nihil prohibere quin etiam in rem vtilis actio mulieri accommodetur, non illa solum ratione, quod eius pecunia res empta sit, (repugnant enim leges, quas suprà diximus) sed quia nihil etiam interest an res ipsa vindicetur, an ei pecunia quatenus res valet, nec vltra id quod sibi donatum est condicatur. Idque meo iudicio significant verba illa, *nihil prohibet*, quæ ego sic intelligo, vt maritus ipse prohibere non possit. Nam si eam rem emptam maritus ante reuocatam donationem alteri vendiderit, non puto concedendam mulieri aduersus extraneum vindicationem, aut directam aut vtilem, quia cùm à domino emerit dominus ille factus est, quod ad elidendam mulieris actionem sufficit, maximè si bonæ fidei emptorem proponas, qui emptionis tempore rem illam ex pecunia ab vxore donata, à marito emptam ignorauerit. Cùm enim nihil ei imputari possit, iniquum esset damnum eum sentire, & ei succurri æquius est, quàm mulieri cui saltem hoc ipsum obiici potest, quòd marito sponte donauerit, aut quòd donationem citius non reuocauerit. Quamquam & illud fortasse dici potest, facilius dandam vxori vtilem vindicationem in ea specie quam Paulus tractat, cùm maritus ex pecunia sibi donata tanquam sua rem aliquam sibi acquisiit, nec soluendo est. Quasi dici possit, non fuisse eum sibi acquisiturum, at vxori potius, si non suam sed vxoris pecuniam esse existimasset.

CAPVT X.

Explicatio l. si ex pretio. 6. C. si cert. petat.

SVMMARIA.

1 *Diuiditur dicta lex in duas partes, & primæ partis sententia proponitur.*
2 *Quid per* substantiam obligationis *in prima legis parte intelligatur?*
3 *Quænam fuerit Imperatorum sententia in posteriori dicta legis parte.*
4 *An in secunda dicta legis specie vsuræ ex pacto non debitæ actione ex vendito peti possint.*
5 *Noua obseruatio ad posteriorem dicta legis partem.*
6 *Cur in dicta posteriori specie ex stipulatione peti non possint vsuræ vi & potestate pacti, quod in continenti appositum est?*
7 *An, si in eadem specie debita fuisset ex mutuo pecunia, & post debiti nouationem factam in continenti de vsuris pacto nudo conuenisset, vsuræ ex stipulatione peti possent?*
8 *An ex hac lege colligi possit, hodie ex quacunque causa creditam fieri nuda pactione pecuniam, quæ ante credita non erat?*
9 *Malè à nonnullis interpretibus formatam fuisse huius legis speciem.*

LEgis † verba hæc sunt, Si ex pretio debitæ quātitatis facta nouatione per stipulationē vsuras li- 1

tas ab eo contra quē supplicas, stipulatus es, falsa mutuò data quantitatis demonstratio præmissa, cùm obligationis substantia nō defecerit, quominus vsque ad placitum modum vsuræ possint exigi, nihil nocet. Si verò citra vinculum stipulationis tātum mutuam pecuniam datam conscriptū est & eius præstari fœnus conuenit, simulatis pro infectis habitis huiusmodi placitum nihil de præcedenti mutauit obligatione. Apparet igitur legem hanc duabus sententiis & partibus contineri: quarum prior minus difficilis est, & ab omnib. ferè interpretibus rectè sic accipitur, vt si venditor cui pretium ex causa vēditionis debebatur animo nouandæ obligationis vēditi pretium stipulatus posteà vsuras stipuletur tanquā mutuo datæ pecuniæ & fœnoris nomine, mutuæ namq. pecuniæ duntaxat fœnus proprie est, alterius verò pecuniæ vsura nō fœnus, vsuras ex stipulatu petere possit. Quāquā enim falsa mutuò datę quantitatis demonstratio præmissa est, cū pecunia ex stipulatione non ex mutuo debeatur, tamen vt promissæ vsuræ exigi possint,

2 satis est non deficere† substātiam obligationis, id est, vt ego interpretor, stipulationem interuenisse, per quam certum est rectè contrahi fœnoris præstandi obligationem. *l. idémque 10. §. si Titio. D. mandat. l. si pro patre. 10. §. sed vtrum. D. de in rem verso. l. Titius. 24. de præscr. verb. leg. 3. C. de vsur.* Obligationis enim substantia in eo consistit, vt alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, *l. 3. D. de obligat. & action.* eámque ob causam obligationem iuris vinculū esse diffinimus. Neque eorū interpretatio recipi potest qui hîc obligationis substātiā de pecunia debita dici arbitrantur. Sic enim fieret vt neq. in posteriore legis parte obligationis substantiam deficere dici posset: quam tamē deficere, & ex solius stipulationis vinculo & potestate æstimandam esse probāt apertè verba illa, *Si verò citra vinculum stipulationis.* quæ ad posteriorem legis partem pertinent. Si igitur citra vinculum stipulationis, duntaxat mutuam pecuniam datam esse conscriptum sit, eiúsque præstari fœnus conuenerit, maior dubitatio est an vsuræ peti possint.

3 † Obscurum enim videtur, quod ad quæstionem hanc Imperatores respondent simulatis pro infectis habitis, huiusmodi placitum nihil de præcedēti mutasse obligatione. Nam præcedentem obligationem interpretes omnes intelligunt obligationem venditi, cùm ex pretio debitam fuisse quantitatē in legis principio scriptum sit. Indéque nimirum dubitandi causa nascitur, an vsurę debeantur necne, quia obligationis venditi natura vtramque interpretationem admittere videatur, cùm actione ex vendito vsuræ quæ promissæ non sunt, non aliter peti possint, quàm si in soluendo pretio mora facta sit. *l. vlt. ff. de pericul. & commod. rei vendit. l. e. qui per collusionem. 49. §. vlt. D. de action. emp. leg. mora. 32. § in bonæ fidei. D. de vsur.* Debeantur verò etiam, quæ nudo pacto promissæ sunt, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis. *l. Lucius. 24. in fin. l. Publia. 26. §. 1. D. deposi. l. qui negotia. 34. D. mandat.* Communiter tamen & rectè creditum est eam esse Imperatorum sententiam vt in ea specie ad quam posterioribus verbis respondent, vsuræ non debeantur. Illud enim manifestum est non nisi de vsuris consultos eos fuisse: de iis verò aliter in posteriori quàm in priori specie respondisse: in illa scilicet vsuras deberi, in hac non deberi, quod simulatis pro infectis habitis perinde sit, ac si de ea re pactum nullum intercessisset.

4 † Sed non probo quod vulgo interpretes sentiunt, in ea facti specie de qua ab imperatoribus responderi existimāt, hoc est, cùm venditor pecunię quæ sibi ex pretio & venditione debebatur, tanquam mutuæ fœnus præstari citra stipulationem pactus est, promissas vsuras non deberi. Dico enim deberi eas, & actione ex vendito peti posse exemplo & argumento eius quod in quæstione non dissimili Africanus respondet in *d. l. qui negotia. 34. D. mandat.* vsuras promissas quasi ex pecunia credita, quæ tamen re vera non ex mutuo, sed mandati iudicio debebatur, eadem mandati actione peti nihilominus posse. Cur non igitur, & in ea specie de qua disputamus venditori ex vendito agēti præstabuntur? Nam si pactum hoc pro infecto haberi dicas, quia simulatum sit, vt lex ait, nec simulationis rationem aliam adferas, quàm quòd pecunia ex mutuo non deberetur, dicam & in eo pacto quod Africanus valere vult, idem tractari posse, & in priore huius legis parte eandem rationem si recta esset, effecturam, vt neque ex stipulatione deberi vsuræ possint, quòd ea quoque simulata, & pro infecta haberi debeat, cùm in stipulatum deductæ sint vsuræ velut mutuo datæ pecuniæ, quæ tamen non fuit data. Nec enim possis respondere, maiorem vim esse stipulationis quàm pacti quod post bonæ fidei contractum incontinenti factum est, quodque ipsi contractui inesse dicitur, vt ex contractu actio detur in id quod pacto est comprehensum. *l. iuris gentium. 7. §. quinimo & §. adeò D. de pact. l. in bonæ fidei. 13. C. eod.* Neque rursus, simulatam stipulationem potius quàm simulatum pactum tueri possis, cùm in stipulationibus cæterisque contractibus id perpetuum sit, vt quæ simulatè gesta sunt pro infectis habeantur, nec nisi rei veritas inspiciatur *l. 1. & tot. tit. C. plus valer. quod agit. quam quod simulat. concip.* Ergo quemadmodum non eò minus vtilis vsurarum stipulatio est, quòd pecunia mutuò data non sit, cùm verè non simulatè vsuras emptor promiserit, ita cùm pacto nudo promissæ sunt vsuræ tanquam pecuniæ creditæ quæ credita non est, dicendum est promissionem hanc veram esse non simulatam, illud verò duntaxat simulatum esse, mutuò datam pecuniam, quæ data non fuit, & fœnus promissum quod fœnus esse non potest, sed vsura. Ac proinde sicut quæ per stipulationem, sic quæ pacto nudo statim post venditionem adiecto promissæ sunt vsuræ, licet falsa creditæ pecunię demonstratio precesserit, debentur & actione ex vendito peti possunt. † Alia igitur legis huius 5
interpretatio quærenda est, & illud obseruandum quod nondum quisquam fortassis obseruauit, in vtraque specie de qua quæritur proponi factam nouationem obligationis venditi, totamque eam translatam esse in verborum obligationem, vt probant verba illa *nouatione facta*, quæ in principio legis posita in fine repetita intelligi debent. Non enim Imperatores distinguunt an quæ ex pretio debebatur pecunia per stipulationem facta nouatione promissa sit, necne: Sed an facta nouatione obligationis venditi vsuræ quasi mutuò datæ pecuniæ per stipulationē promissæ sint, an pacto nudo, vt ex stipulatione peti possint, ex pacto nudo nō possint. Cùm igitur nouatio facta esse proponatur, atque ita venditi obligatio perēpta, quæri amplius nō oportet cur vsuræ pacto vēditioni adiecto promissæ actione ex vēdito minimè debeantur. Sublata enim obligatione, quæ actionis veluti mater est, nulla aut ad pretiū aut ad pretij vsuras ex vēdito actio superesse potest. At neque ex stipulatione peti vsuræ poterūt, cùm in eā rem nulla stipulatio interuenerit. Restat vt nulla actione peti eas posse cōcludamus. Nam pactū quo promissa sunt

sulti verba illa indicant. *qua magis in reliquum confirmentur supremæ defunctorum voluntates*, & Vlpianus scribit in *l. qua poterat. 4. D. ad S.C. Trebell.* Idque est quod supradicto loco Marcellus ait, non posse heredem transferre actiones ad alium, quam cui fideicommissum debeat, id est, cui testator hereditatem restitui iussit. Et hæc sanè nimia iuris subtilitas est, quemadmodum paulò post Marcellus subijcit, vt qui obligari voluit, obligari tamen non possit, licet neque contra leges, neque contra bonos mores cõuentio facta sit. Mortuo enim testatore nihil fit contra Senatusconsultum si ex voluntate fideicommissarij hereditatem alteri, quàm cui testator voluerit heres restituat. Sicut non fit contra legis falcidię authoritatem, si defuncto testatore heres de non deducenda falcidia cum legatarius paciscatur, aut si filius defuncto patre heredi scripto legitimæ portionis petitionem remittat, quia legi satisfactum est si heres falcidiam deducere, filius verò legitimam petere potuerit, quamuis viuo testatore pactiones huiusmodi non valerent, quòd eo tempore nulla adhuc sit legis potestas. *l. quod bonis. 15. D. ad legem Falcidiam l. si quando. 35. § simili. C. de inoffic. testam.* Sed quoniam sola contrahentium voluntate fieri non potest, vt actiones ab herede in alium transeant propter eam rationem quam diximus, quòd necesse sit liberari iuris potestate eum, qui iuris vi & potestate sit obligatus, euenit necessariò vt conuentio illa, qua per delegationem fideicommissum alteri promittitur quàm cui debeatur, quasi iure destituta minus sufficiens sit ad inducendam obligationem, non tam quòd contra Senatusconsultum facta sit, quàm quòd authoritate Senatusconsulti minimè confirmetur. Eámque ob causam cùm ad nimiã iuris subtilitatem casus quoque necessitas accedat, dici hic non potest quod alijs plerisque locis diximus omissa iuris subtilitate tuẽdam esse ex bono & æquo cõuentionem. Nam sub æquitatis specie ea iniquitas subesset, quòd heres etiam post factam marito fideicommissi restitutionẽ oneribus hereditarijs implicitus remaneret contra mulieris & mariti volun-
3 tatem.† Quemadmodum autem in proposita specie ad fideicommissum præstandum heres non obligatur, ita neque ad fideicommissi præstationẽ actione incerti tenetur, vt Marcellus subijcit. Quod tamen difficilius videbatur, quia cùm in fideicommissi æstimatione id tãtùm esse possit, quòd omni ære alieno, cæterisque oneribus hereditarijs deductis reliquũ sit, atque ita non tam hereditatem ipsam, quàm id quod ex hereditate superest heres restituere videatur, periculum hoc casu nullum est ne propter non translatas actiones damno heres afficiatur. quæ tamen sola ratio facit, vt diximus, ne alteri quam cui testator voluit fideicommissum restitui possit. At neque hoc Marcellus admittẽdum putauit, motus tamen alia ratione quàm superiore. Illa scilicet, quòd mulieris debitorem ita demum marito obligari æquum sit, si accipere id ipsum quòd mulieri debetur vir possit. Necesse enim est vt heres qui fideicõmissum quod mulieri debebat, marito promisit, vel obligetur ad id ipsum præstandum quod debet, vel nullo modo. Nam si id ipsum quod promisit præstare non possit cùm velit, idque propter mariti ipsius conditionem qui id quod stipulatus est accipere nequeat, iniquum esset cogi eum ad præstandam æstimationem; quoniam ita posito iure fieret vt aliud pro alio soluere teneretur. Verùm ne indotata mulier esse videatur, quam sine dote vxorẽ maritus non duxisset. Marcellus ait mulieri ex Trebelliano restituendam hereditatem, vt eam marito suo in dotem præstet. Id verò nõ fit vi, & potestate delegationis, quæ nulla est, licet ex recentioribus quidã contrà scripserit (iuris enim effectum nullum producere potest delegatio, quæ iure ipso non subsistit) sed quoniam sicut heres Senatuscõsulti authoritate hereditatem restituere cogitur, sic mulier dicere non potest cur restitutam sibi hereditatem marito dare non debeat, quam ab herede dari voluerat. *arg. l. cũ post mortem. 43. § vlt. D. de administr. & peric. tutor.*† 4
An verò aliud hodie dicendum sit vt fideicommissi persequendi ius cedi possit, maioris est dubitationis. Et scio esse qui putent correctum hac parte ius verus noua Iustiniani constitutione *De heredibus & falcidia*, cuius primo capite illud constitutum est, vt si hereditatem adire heres nolit, liceat adire fideicommissario, neque per heredis manus restitui eam necesse sit. Hinc enim fieri videtur vt vel omnino vel saltem potissima ex parte sublatum putent Senatusconsultum Trebellianum, quod sicut diximus in id præcipuè factum erat vt ad hereditatis aditionem, deinde restitutionem cogi heres posset. Ego tamen contra puto. Eo namque casu quo hereditatem sponte heres adit, & restituit, nihil Iustinianus innouauit, nec quæ ratio eum impulit vt fideicommissario potestatem faceret hereditatis adeundæ repudiante aut cunctante herede, eadem facere potuit vt constitueret transferri actiones ab herede in eum cui fideicommissarius hereditatem restitui mandauit. Nam ad solam defunctorum voluntatem tuendam Iustinianus respexit, quæ intercidere non potest siue adita siue repudiata sit hereditas, si modo hereditatis emolumentum, iuráque omnia in fideicommissarium transferantur: quod cùm fiat ipso iure & citra restitutionem, vt Iustinianus sanxit, & sancire legémque facere potuit, promptior & expeditior hæc conseruandæ defunctorum voluntatis ratio est, quam si heres ad adeundam tum ad restituendam ex Trebelliano hereditatem cogeretur. Hoc enim modo fideicommissarius heres fit, & aditionis aut pro herede gestionis ius habet, vt ait Constitutio, quod Senatusconsulti authoritate fieri non poterat. Quamquam enim sicut legem, ita heredem facere Senatus potuit, *§. quos autem. Institut. de bonorum possess.* Attamen adita per heredem scriptum hereditate, non potuit Senatus facere vt fideicommissarius quoque heres esset, quoniam eiusdem hereditatis duo in solidum heredes & domini esse non possunt. Ergo cùm heres adijt hereditatem, dicendum est ad conseruandam defuncti voluntatem non posse alteri fideicommissum restitui, quam cui testator voluit, neque hoc casu quicquam à Iustiniano constitutum fuisse, cùm Senatusconsultum Trebellianum sufficeret.

CAPVT VIII.

Emendatio l. Neratius. 11. D. de seruo corrupt.

SVMMARIA.

1 *Additur negatio in princ.* d. l. Neratius, *& emendationis ratio affertur.*

2 *Reijcitur Accursij ad* d. l. *interpretatio.*

PVto† corruptum esse textum *l. Neratius. 11. D. de seruo corrupt.* & in illis verbis, *nam & verba e-* 1

quia nudũ est, nec stipulatione aut contractus cohę-
rentia confirmatum, vtile & efficax esse non potest,
præsertim ad inducendam obligationem, & actio-
nem: ac simulatis pro infectis habitis, hoc est subla-
ta causa pacti quo de fœnore præstando conuene-
rat ac si pecunia credita fuisset, quæ non fuerat cre-
dita quod superest scilicet nuda vsurarum promissio
nihil de præcedenti mutare potuit obligatione, id
est, efficere non potuit, vt obligatio pretij quod iam
non ex vendito sed ex stipulatu debetur vsurarum
accessione & obligatione augeatur. Alioqui eueni-
ret vt vsuræ nudo pacto & sine causa promissæ, at-
que obligationis substantia deficiente nihilominus
deberentur, quod iuris ratio non admittit. Non er-
go pactum ipsum vsurarum simulatum est, sicut nec
in priore legis parte vsurarum stipulatio simulata,
sed tantùm causa pacti, quoniam nulla mutuò data
fuerit pecunia: quæ res facit vt pactum prorsus nu-
dum & inutile sit. Ex præcedenti autem obligatio-
ne hoc est ex stipulatu præstandæ non sint vsuræ,
6 quæ in stipulationem non sunt deductæ. † Sed hîc
non inelegans dubitatio illa incurrit. Cur non ex
stipulatione peti possint vsuræ vi & potestate pacti,
quod incontinenti appositum est, cùm dici soleat
pacta incontinenti facta etiam stipulationibus ines-
se *l. lecta. 40. D. de reb. cred. l. si ita quis. 13. §. Seia. D. de
verb. oblig.* Nam de pacto incontinenti apposito re-
scriptum hoc intelligi debere verisimilius est, & so-
lent plærumque venditores qui pretium nouandi
animo stipulantur vt sibi emptorem strictiùs obli-
gent, de pretij quoque vsuris eodem tempore paci-
sci, ne dum conditionem suam meliorem facere vo-
lunt, deteriorem constituant in eo quòd ex stipulatu
non nisi post litem contestatam consequi vsuras pos-
sent, quas ex vendito aut alio bonæ fidei iudicio sal-
tem à tempore moræ consequerentur. Verùm re-
sponderi potest, pactum huiusmodi de præstando
fœnore stipulationi pretij non inesse, quoniam nec
expressis verbis ita cõcipi stipulatio potuisset, vt pecu-
nia ex pretio deberetur, fœnus vero mutuò datę pe-
cuniæ præstaretur: at potius inepta esset ea stipula-
tio. *Centum quæ mihi ex fundi Corneliani pretio debes
Cal. Ianuarijs proximis dare, & eius pecuniæ nomine quã
tibi mutuam dedi, fœnoris nomine in singulos menses dena-
rios tot dare spondes?* Solemus autem dicere ea demùm
pacta stipulationi inesse, quæ ipsis stipulationis ver-
bis aptè comprehendi potuissent, ne alioqui plus pa-
cto, quàm stipulationi tribuamus. Vnde fit, vt quod
in priore rescripti parte traditur falsam mutuò datę
quantitatis demõstrationem non nocere, quominus
in stipulatũ deductæ vsuræ peti possint, ita accipien-
dum putem, si altera stipulatione promissæ sint non
illa ipsa quæ actionem venditi in verborum obliga-
tionem facta nouatione transtulit. Idque legis verba
non obscurè demõstrant, quę nouationem primùm
factam, deinde vsuras per stipulationem promissas
esse ponunt. Non eadem ratio est pacti, quod statim
post bonæ fidei contractum interuenit: hoc enim
non ex verbis quibus conceptum est æstimatur, sed
ex natura contractus cui adiicitur, quæ conuentionẽ
illam & promissionem vsurarum quibuscũque ver-
7 bis facta sit, facilè admittit. † Planè si quis proponne-
ret in specie quam tractamus debitam fuisse ex mu-
tuo pecuniam & nouatione debiti facta per stipu-
lationem, incontinenti de vsuris pacto nudo con-
uenisse tanquam de fœnore pecuniæ creditæ, non
dubitarem quin ex stipulatione vsuræ peti possent:
quia licet credita dici non possit amplius pecunia,
quæ ex stipulatione non certi condictione propter
nouationem debetur, falsum tamen aut simulatum
dici in totum non posset quod veritatis primordio
adiuuaretur. vt in simili specie Papinianus respondit
in *l. cum filius. 76. §. hæres meus. de leg. 2.* neque hîc ratio
vlla esset, cur non stipulationi pactum inesse dici
posset, *d. l. lecta. & d. §. Seia.* Cùm enim pactum, & sti-
pulatio verbis fiant, nec ferè in alio inter se differant
nisi quòd alius paciscendi, alios stipulandi animus
est. *Arg. l. iuris gentium. 7. §. quod ferè. D. de pact. l. 1. §.
cum qui. D. de const. pec.* facilè fit vt stipulationi insint
pacta incontinenti facta, quasi animus ille stipulan-
di & voluntas, quæ stipulantium fuit in stipulando,
in pacto quod statim secutum est subesse adhoc, &
durare videatur. Idque fortassis non malè quis colli-
gat ex illis verbis, *simulatis pro infectis habitis.* Simula-
tio enim nulla esset, si verè pecunia credita fuisset,
ideoque illud de præcedenti obligatione pactum
immutasset, quòd ex stipulatione vsuræ peti possent,
quæ alioqui non potuissent. Sanè in certi condi-
ctione, quę ex mutuo competit, aliud iuris est. Si e-
nim pecunia mutuò data sit, & de præstando fœno-
re tametsi statim, & incontinenti conuenerit, certi
tamen condictiò ad vsuras minimè extenderetur, quo-
niam re contrahi obligatio non potest, nisi quatenus
datum est. *l. si tibi. 17. D. de pact. l. rogasti. 11. §. si tibi. D.
de reb. cred. l. cùm te. 9. Cod. de non numerat. pecun.*
† Hinc porrò intelligimus, quàm magno in errore 8
ij versentur, qui scripserunt hoc Imperatorum re-
scripto confirmatam esse Vlpiani opinionem in *l.
singularia 15. D. de reb. cr.* & hodie dici posse ex quacũ-
que causa creditam fieri nuda pactione pecuniam,
quæ antè credita non erat. Id enim à veritate, iuris-
que ratione adeò alienum est vt nec Vlpianus ipse
ita dici posse crediderit, nisi duobus illis casibus,
quos refert in *d. l. singularia*, hoc est, si debitorem
meum tibi pecuniam dare iussero, & si quam à me
ex causa mandati pecuniam habes, consentiam vt
crediti nomine retineas. Quorum alterum Africa-
nus in *d. l. qui negotia. ff. mandat.* fatetur benignè rece-
ptum esse: alterum verò negat recipiendum: & ab
absurdo sic argumentatur vt facilè sit intelligere
nulli vnquam Iurisconsulto in mentem venisse vt
diceret nuda pactione ex quacumque causa credi-
tum fieri posse. Non enim nisi re contrahitur, vt om-
nia omnino iure testantur, nec vetera duntaxat, sed
ea etiam quæ post hanc Diocletiani & Maximiani
legem Iustinianus in Institutionibus aliisque locis
conscripsit. Et verò quid absurdius dici potest, quàm
ab Imperatoribus confirmatum, aut inductum esse
id, de quo ne per somnium quidem cogitauerunt?
Neque enim de illo consulebantur, an mutuum con-
tractum esset, sed an fœnus promissum deberetur.
Nec, si nuda pactione fieri creditum posset, rescrip-
sissent falsam mutuò datę quantitatis demonstratio-
nem præmissam fuisse: neque item verba illa subie-
cissent *simulatis pro infectis habitis.* Siquidem in ea
vsurarum conuentione nihil erat, quod simulatum
dici posset, nisi quòd pecuniam creditam esse scri-
ptum fuerat, quæ tamen credita non erat. Non pos-
sis in ea specie aliam simulationis rationem commi-
nisci, quæ porrò nulla esset si nuda consentione cre-
ditum fieri potuisset. Illud certè Imperatores in-
nuunt, nulla interueniente simulatione, si vsura pro-
missa fuisset non fœnus, futurum fuisse vt debere-
tur, quia tale pactum incontinenti factum stipula-
tioni inesset. † At longè improbabilius est, ne di- 9
cam absurdius, quod eruditi quidã viri & benè alio-

quin de iure nostro meriti tradiderunt, ita cnnstituendam esse huius legis speciem, vt Nicander ad quem Imperatores rescribunt maiorem summam à suo debitore stipulatus quàm ei mutuasset, paulò post ab eodem ex eadem summa licitas vsuras esset stipulatus. In qua specie priorem contractum vsurarium esse dicunt, secundum non item nisi pro ea parte pecuniæ quæ debitori verè numerata nō fuit: ac si vsuræ pacto nudo promissæ sint, eas non deberi. Quorum omnium nihil est quod ad rescripti verba, & sententiam accommodatum videri possit. Lex ait debitam fuisse ex pretio quantitatem, & falsam mutuò datæ quantitatis demonstrationis præmissam esse. Isti contrà ex mutuo debitam fuisse aiunt, de pretio tacent. Lex ponit factam fuisse nouationem, isti prætermittunt. Lex ait vsuras in stipulationem deductas vsque ad placitum modum peti posse, isti contrà illicitas vsuras fuisse præmissas pro ea parte quam debitori numeratam non esse comminiscuntur. Lex ait obligationis substantiam non deficere, isti pro parte deficere interpretantur. Lex dicit simulatis pro infectis habitis vsuras nudo pacto promissas non deberi, isti simulationem nullam agnoscunt nisi pro parte vsurarum, neque tamen vsuras aliquas ex pacto nudo deberi volunt. Denique apertissimum est, quod iam docuimus, non de illo quæsitum ab Imperatoribus fuisse an contractus vsurarius esset, necne, sed an sub falsa mutuæ pecuniæ demonstratione promissæ vsuræ ex stipulatione aut nudo pacto deberentur. Quod à summis viris acuti & perspicacis ingenij animaduersum non fuisse miror. Alias aliorum interpretationes æquè aut magis ineptas nec referre nec refellere operæ est.

CAPVT XI.

Emendatio §.vlt.l.cùm essent 33.D.de seruit. rust. prædior.

SVMMARIA.

1 *Eum qui per plurium prædia aquam iure seruitutis ducat, neque eorum cuiuis, neque alteri vicino haustum ex riuo cedere posse.*

2 *Huius iuris rationes ab Africano redditas ab Accursianis bene intellectas non fuisse.*

3 *Cur ex bono & æquo non valeat illa conuentio, qua illi ipsi per cuius prædium aqua ducitur, hauriendæ ex riuo aquæ ius conceditur.*

4 *Quid si in imponenda seruitute per pactum aut stipulationem ita conuenerit, an stricto iure valebit illa conuentio?*

5 *Emendatur vltima verba* d.l.cùm esses, *& emendationis ratio affertur.*

6 *Pauli Castrensis ad illa vltima verba interpretatiō reijcitur.*

1 SI † per plurium prædis aquam ducis iure seruitutis constitutę, quoquomodo ea seruitutis imposita sit, neque eorum cuiuis, neque alij vicino haustum ex riuo cedere poteris, nisi cùm seruitus constitueretur pacto vel stipulatione conuenerit vt id tibi liceret, quemadmodum Africanus respondit in *l.cùm essent.33.§.1.D.de seruit.rustic.prædior.* vbi eius sententiæ duplicē esse rationē demonstrat, nēpe quod neque prędiū sibi ipsum seruire, neque seruitutis seruitus constitui possit. Nam siue alteri ex dominis per quorum prędia aquam ducis, siue alij vicino aquæ haustum cedas ex riuo per quem aqua ducitur, vtroque casu euenit, vt prędium ipsum quod aquæductus seruitutem debet sibi seruire, & seruitutis seruitus constitui videatur. † In quo sanè errant *Accursiani*, 2 qui putant ex his duabus Africani rationibus priorem ostendere, domino prædij in quo riuus est, non rectè haustum ex riuo concedi, posteriorem verò, nulli. Etenim illo etiam casu quo haustum ex riuo cedere vis alij quàm ei per cuius prędiū aquam ducis, vera & recta ratio illa est, quæ cessionem hanc impediat, quòd ita fieret vt vicini prędium quod tuo seruitutem aquęductus debet ipsum sibi seruiret, quia licet haustus aquę alteri fundo prosit, ipsum tamen prædium per quod aqua ducitur sibi ipsi ad haustum aquę seruire necesse est, cùm in eodem fundo aqua & ducitur & hauritur. Hoc verò à stricta, subtili, & vera iuris ratione omnino abhorret, quoniam fieri non potest, vt prędium vel domino suo, vel, quod adhuc absurdius est, sibi ipsi seruiat. Præter has rationes, illa quoque afferri potest, quòd cùm alij quàm ei per cuius prędium aquam ducis haustum ex riuo concedis, seruitutis conditionem efficis duriorem, quod tamen concedendum tibi non est, præsertim si ita facias ignorante aut contradicente eo cuius prędium illud est, quod seruitutem debet. † Sed difficilius illud est, cur non ex bono & 3 æquo valere admittamus conuentionem si illi ipsi per cuius prædium aqua ducitur, hauriendæ ex riuo aquæ ius concedatur. Plærisque enim aliis exemplis probari posset conuentiones multas in constituendis seruitutibus ipso iure non valere, quæ tamen æquitatis ratione & Prætoris auxilio defenduntur. Vt contingit si in diem, vel ad diem, aut sub cōditione vel ad conditionem seruitus imposita sit. *l. 4. D. de seru.* Aut si conuenerit ne emptor fundi Geroniani contra fundum Botroianum quem venditor retinebat piscationem thynnariam exerceat. *l. venditor.13. D.commun.præd.* Responderi tamen meo iudicio potest, quod Papinianus ait *in leg.obligationes.27.D.de obligat. & action.* obligationes quæ propriis viribus non consistunt, neque officio iudicis neq. Prætoris imperio, neque legis potestate confirmari. Hactenus enim æquas & iustas cōuentiones Prætor tuetur, vt ex iis det exceptiones ad elidendā actionem, aut replicationes ad elidendam exceptionem: non autem vt inducere possint obligationem, & actionem, cùm lex iurísque ratio resistit. † Planè si in imponēdā seruitute aquęductus conuenerit per pactum aut stipu- 4 lationem vt tibi liceat haustū ex riuo cedere, siue illi ipsi per cuius prædium aquam ducis, siue alij vicino cuilibet: Africanus ait valere conuentionem, idque, vt ego interpretor, non ex æquitate duntaxat, sed stricto etiam iure, quia hoc casu dici non potest prędium ipsum sibi seruire, an seruitutis seruitutem constitutam esse, aut prædij seruientis conditionem fieri duriorem. Vnica enim aquæductus seruitus est certa conditione & lege constituta, quam neque seruitutis natura, neque alia ratio vlla impedit. Et in eo etiam *Accursius* errauit, qui scripsit prædium in quo aqua nascitur hanc haustus seruitutem pręstare, posséque eam constitui à domino prædij cui aquæductus debetur, licet fundi seruientis dominus non sit, quoniam ita faciat domini voluntate. Hoc enim si verè diceretur, negari certè non posset quin prædiū seruiens sibi ipsi seruiret, & seruitutis seruitus constituta videretur: Aut alia ratio quærenda erit, cur eum aquæ haustum cedere non liceat, nisi constitutæ seruitutis tempore vt liceat conuenerit, maximè verò si cedatur ei per cuius prædium aqua ducitur: quod cùm sit, eius voluntas requiri profectò non potest, cuius commodo & vtilitati cessio ipsa cederet si

ret si valeret. Neque tamen Africanus dubitet inutilem & nullius momenti esse cessionem, si ex interuallo post constitutam aquæductus seruitutem facta sit. Non igitur ad voluntatem domini fundi seruientis respicit, sed ad licitam conditionem & legem iu-
4 re constitutæ seruitutis: vt *in leg. 2. D. de riuis.* † Hæc cùm ita sint, apparet manifestè erratum esse in postremis illis Africani verbis, *neque seruitutis fructus cõstitui potest*, & pro *fructus* potius legendum, *seruitus*. Nam præter id quod ex vtriusque dictionis affinitate facilè error nasci potuit, vt nemo non videt, illud etiam me mouet, quod de seruitutis seruitute Africanus in ea quæstione disputat, neque de seruitutis fructu intelligi commodè potest. Si enim admitteres posse cedi haustum aquæ ex riuo per quem aqua ducitur, seruitutis seruitutem efficeres, nec tamen
5 seruitutis fructum constitueres. † Nisi fructum accipias pro cõcessione commoditatis quæ seruitus quædam esse videatur. Sic enim *Paulus Castrensis* interpretatur. Quæ tamen interpretatio ex eo refellitur, quod quamuis seruitutis vsusfructus constitui non possit sicut nec alia seruitus. *l. 1. D. de vsufr. leg.* de illo tamen fructu non loquimur, qui sit seruitus, nec possit quis rectè dicere concessionem commoditatis alicuius, vt ille loquitur, seruitutem esse, nisi cætera omnia concurrant, quę ad seruitutis constitutionem requiruntur. Sed neque illud verũ est seruitutis fructum constitui non posse. Quid enim si fundi cui seruitus debetur, vsusfructus sit constitutus? Aut quid si vicino meo inferiori potestatem fecerim ducendi in suum fundũ partem aquę quę ex tuo fundo in meum seruitutis iure deriuabat? Vtique enim aquam, quæ fundum meum ingressa est possum alteri vicino concedere in eámque rem fundo meo seruitutem imponere, quæ tamen seruitutis seruitus non erit, sed duorum fundorum duæ erunt seruitutes, quarũ posterior quæ à me constituetur, fructus sanè erit illius quæ fundo meo debetur. Rursus, quis nescit rusticarum seruitutum oppignerationem valere? *leg. sed an via 12. D. de pign.* fructum autem esse vel pignori dare licere, *leg. vlt. D. de vsur. & fruct.* Seruitutis ergo fructus constitui potest, sed seruitus non potest.

CAPVT XII.

Nihil à Pandectarum compositoribus immutatum esse in l. ante tabulas. 5. ff. de iur. co.

SVMMARIA.

1 *Ex codicillis ante tabulas testamenti factis, licet alia dispositione non confirmatis fideicommissum peti posse.*
2 *Hunc esse contrarium esse Papiniani sententiam in* d. l. ante tabulas.
3 *Quomodo accipienda sint illa Papiniani verba in* d. l. 5. aut voluntas eorum quocunque iudicio retineatur?
4 *Cur Papinianus specialem codicillorum in testamento confirmationem requisierit.*
5 *Qua ratione moueatur Seueri & Antonini rescriptum Papiniani sententiæ contrarium?*
6 *Illud rescriptum ad fideicommissorum duntaxat confirmationem pertinere.*
7 *Dicti rescripti ratio a quibusdam interpretibus allata reijcitur.*
8 *Diuersam esse rationem codicillorum qui post testamentum, & eorum qui ante testamentum facti sunt.*

1 PApinianus scribit in *leg. ante tabulas. 5. D. de iur. codicill.* codicillos ante tabulas testamenti factos nõ aliter valere, quàm si testamento, quod posteà factũ est, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocumque iudicio retineatur. Quæ tamẽ sententia non obtinuit, & ipsis Papiniani temporibus abolita est rescripto imperatorum Seueri & Antonini quo constitutũ fuit, vt ex codicillis qui testamentũ præcedunt fideicommissũ peti possit, si modo appareat eum, qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis expresserat non recessisse vt Iustinianus refert in *§. sed cùm ante. Instit. tod. tit. de codicill.* † Ex quo 2
appareat Papiniani sententiã quæ adhuc extat in *d. l. ante tabulas*, ex diametro aduersari rescripto Seueri, duplicemque *Francisci Duareni* errorem esse qui à Pandectarum compositoribus immutatam esse eam scripsit, ne Seueri rescripto aduersaretur. Nam quod Iustinianus supradicto loco refert, Papinianum existimasse codicillos ante testamentum factos non aliter vires habere, quàm si speciali posteà voluntate confirmentur: idem prorsus, in *dict. l. ante tabulas.* iisdem ferè verbis, sanè eodem sensu ex Papiniano traditur. Quid enim aliud est codicillos confirmari speciali postea voluntate, quàm confirmari testamento, quod posteà factum sit, aut codicillis posteà etiam factis? † Quod verò Papinianus adij- 3
cit, *aut voluntas eorum quocunque iudicio retineatur*, non ita accipiendum est, vt codicilli ante testamentum facti ex eo solo confirmari intelligatur, quòd à priore voluntate testator non recesserit, sed ita potius, vt quamuis nec testamento nec codicillis testator eos posteà confirmauerit, si tamen extra testamentum vel codicillos dixerit, nil velle se prius factis codicillis derogare, aut alio quouis indicio de ipsius voluntate appareat, perinde codicilli ante testamentum facti valeant, ac si specialiter testamento aut codicillis postea factis confirmati essent. † Cæterùm 4
confirmationem specialem Papinianus omnimodo requirebat, siue ex testamento, siue ex codicillis, siue ex alio quocunque voluntatis indicio colligeretur. Ac Papinianum ea fortassis ratio mouebat, quòd is qui post factos codicillos testamentum aut alios codicillos facit, nec præcedentes vel confirmat, vel reuocat, eorum oblitus fuisse videatur; quorum si meminisset, voluntatis suæ indicium aliquod verisimiliter reliquisset, vtrum eos confirmatos vellet an reuocatos. At cùm post obligationem prioris scripturę codicillos quis facit, aut testamentum, priorem scripturam contemnimus, & posteriorem solam attendimus, quia in vltimis defunctorum voluntatibus, non quid aliquando testatores voluerint, sed quid eo tempore quo suprema ordinarunt, inspiciendum & considerandum est, *l. Seia. 20. D. de instru. & instrum. legat. l. quingenta. 12. D. de probat.* Placuit tamen Seuero & Antonino requirendum non esse, vt priores codicilli testamento vel codicillis posteà factis confirmentur, at illud duntaxat, vt testator à priore voluntate non recesserit, hoc est expresse prioribus codicillis non derogauerit. † Quanquam autem huius rescripti, quod à Papiniani sententia alienum 5
est, vix alia ratio reddi potest, illa tamen æquitatis & rationis species subesse videtur, quòd cùm vtraque defuncti voluntas commodè seruari potest, nec altera alteri contraria est, vtramque seruari humanius, & vltimis testatorum voluntatibus fauorabilius esse videatur. † Præsertim cùm ea Seueri constitutio ad 6
fideicommissorum duntaxat confirmationem pertineat, vt Iustiniani verba satis apertè demonstrant, & iuris ratio euincit, quæ non patitur vt ea quæ prioribus codicillis scripta sunt verbis directis, aliter va-

lcant quàm si specialiter codicilli testamento confirmati sint, quemadmodum ante nos superioribus annis alter ætatis nostræ Papinianus *Iacobus Cuiacius* ingeniosè & eruditè, vt omnia solet, obseruauit. Fideicommissa autem vt relinquuntur, ita confirmantur facilius quàm cætera quæ nec in codicillis ou dè relinqui possunt nec nisi verbis directis, cuiusinodi sunt legata, tutelæ, libertates, aliaque si quæ sunt id genus. Ad rē verò non perooet Imperatorū Diocletiani & Maximiani rescriptū *in l. sine initio. 6. C. de codicill.* quu *Accursius* sic vtitur, quasi cum illa Seueri constitutione congruat, cùm tamen Papiniani sententiam potius adiuuet & confirmet. Eu namque loco illud taotùm rescribitur, siue testator initio testamenti ea omnia generaliter quæ codicillis relicturus fuerat, siue nouissimè relicta seruari mandauerit, confirmatione munitum legatum non iustam gerere solicitudinem ao quæ sibi relicta sunt debeantur. Id enim est quod Papinianus dicebat tutum esse legatarium, aut fideicommissarium si confirmatione munitus sit. Ex quo inferri magis potest ex codicillis non cōfirmatis nihil peti posse. Et cùm ea lex sit Imperatorum Diocletiani & Maximiani, qui post Seueri & Antonini tempora imperarunt, facilè ex eo intelligimus ea Seueri constitutione quam diximus oon fuisse inductum generaliter vt quæcumque codicillis ante testamentum factis relicta sunt, valeant citra confirmatiooem. Alioqui oeque illud Diocletiani rescriptum dubitandi rationem aliquam haberet, neque fuisset cur id Tribonianus in Codice relioqueret. Debet igitur Seueri constitutio de fideicommissis tantùm intelligi sicut diximus, noo de cæteris quæ in testamento & directis
7 verbis relinquuntur. † Nec tamen satis peritè facere mihi videntur qui eius constitutionis rationem illam afferunt, quòd fideicommissa in codicillis relicta valeant, licet nullum postea testamentum factū sit. Maior enim ratio suadere videtur vt non valeant si post codicillos testamentum factum sit, & eo testamento codicilli non sint confirmati, quasi eorum oblitus omnino testator existimetur, quæ tota Papiniani sententiæ ratio est. Portò non illud Seueri & Antonini rescripto factum est, nec vero fieri potuit, vt codicilli ante testamentum facti eo solo confirmentur quòd postea testamentum vel alij codicilli facti sint, sed illud duntaxat vt quamuis confirmati oon sint, perinde tameo fideicommissum ex iis peti possit, si appareat eum, qui testamentum vel codicillos fecit, à priore voluntate non recessisse, ac si confirmati essent, quomodo Iustinianus loquitur
8 *in d. §. sed cum ante.* † In eoque diuersa ratio est codicillorum qui post testamentum facti suot. Hi enim præcedentis testamenti potestate omnimodo coofirmantur, quamuis testamenti tempore de iis testator oon cogitaoerit, quia neque eorum oblitus fuisse videri potest, quod & iam olim *Accursius* rectè tradidit *ex l. 3. § vltim. D. de iure codicill.* Cui sententiæ non refragatur quod Paulus ait *in l. ab intestato. 16. D. eodem.* ad testameotum quod quoquo tempore quis fecisset, codicillos pertinere. Id enim ita accipi debet, vt codicilli qui valent, & testamento confirmati sunt, testamenti ius & conditionem sequantur siue ante siue post testamentum facti sint, nō autem ita, vt ad codicillorum validitatem & confirmationem nihil intersit ao testamentum subsecuti sint, an præcesserint.

CAPVT XIII.

De quęstione l. si duo. 16. D. de legat. pręstād.

SVMMARIA.

1 *Filium suum præteritum, si cum emancipato instituto bonorum possessionem contra tabulas petierit, legata exceptis personis præstare non teneri.*

2 *An emancipatus post acceptam bonorum possessionem liberis & parentibus legata præstare debeat?*

3 *An emancipatus institutus, qui contra tabulas petere potuit, si testatoris voluntatem retineat, pro ea parte quam ex institutione retinuit legata etiam extraneis personis præstare teneatur?*

4 *Ratio dubitandi in proposita quæstione ex Pauli sententia petita.*

5 *Præualuisse in dicta quæstione Vlpiani & Africani sententiam.*

6 *Pauli cum Africano & Vlpiano conciliatio ab Accursio & sequacibus allata reijcitur.*

7 *Diuersam esse rationem eius qui in fraudem testamenti, & eius qui in fraudem duntaxat edicti de bonorum possessione contra tabulas ab intestato succedit.*

SI † duo proponantur esse, vnus in potestate præ- 1
teritus, alius emancipatus institutus, constat per eum, qui in potestate est commissum esse edictum, vt siue is bonorum possessionem petat, cootra tabulas, siue non petat, emancipatus licet institutus agnoscere eam possit. Vtroque verò agnoscente, dubitatio nulla esse potest quod ad eum pertinet qui in potestate est, quin nec liberis, nec pareotibus cæterisque exceptis personis legata præstet, quoniam rem ab intestato habere intelligitur: &, quemadmodum Paulus ait *in l. is qui. 15. D. de legat. præst.* absurdum esset ideò cogi eū legata præstare quòd bonorū possessionem contra tabulas acceperit, quam etsi non accepisset, nihilominus hereditatē suo iure
2 habiturus fuisset. † Sed de emancipato maior dubitatio est, an post acceptam bonorum possessionem liberis & parentibus legata præstare debeat. Dubitaodi verò causa illa est, quòd si omissa institutione bonorū quoque possessionem repudiaret, vniuersa hereditas ad suū pertineret, quem diximus nec parentibus nec liberis legata debere. Verius tamen esse Vlpianus ait *in l. si duo. 16. D. de legat. præstand.* vt saltem liberis parentibusque præstet, neque inter iuris authores controuersum hoc fuit. Manifestam enim rationem habet, quòd emancipatus citra bonorum possessionem omissa institutione hereditatem suo iure obtinere nō potuisset. † Sed & si petita per eū, qui in po- 3
testate est bonorū possessione, emancipatus hereditatis partem quam rupto per bonorum possessiooē testamento consequi potuerat ex institutione retinuerit, æquè dicendum est legata cum liberis parentibusque debere, vt ibidem Vlpianus ait, multoque magis hoc casu, quàm superiore, quoniā ęquius sit non omnino à legatorū pręstatione liberari eum, qui ex testamento succedat. Eaque ratio facit vt dubitari probabiliter possit, an non exceptis tantùm, sed etiam extraneis & personis omnibus præstare debeat. Cùm enim plena fruatur testatoris voluntate, plenum etiam obsequium præstare testatoris iudicio pro sua parte debet. Atque ita tandē Vlpianus supradicto loco concludit, licet primùm addubitet.
† Magna autē duditationis ratio videbatur, quia bo- 4
norum possessione contra tabulas per fratrem præteritum petita, Prætor non aliam ob causam emancipatum institutum in partem hereditatis tueatur quàm quod ex liberis sit, qui contra tabulas petere potoeruot. Qua ratione motus Paulus *in d. l. is qui. § sed si scriptus*, ait veriorem sibi videri complurium senten-

sententiam, qui putant emancipatum institutum certis & exceptis personis, in hac specie legata præstare debere. Quod ego sic intelligo vt iis duntaxat non etiam extraneis præstet. Nam, & dubitatio longè minor est, quin exceptis præstet quibus præstaret, etsi bonorum possessionem accepisset. Et ratio illa Pauli non tam eò pertinet, vt exceptis saltem personis legata ab emancipato præstentur, quàm vti ne extraneis præstentur. Hoc enim magis probatum esse idē Vlpianus testis est *in l. filium. 5. §. vlt. D. eo. titul.* & Paulus *in d. §. sed si scriptus*, ait ita complures putare. Sed quod subiicit id sibi quoque verius videri, Vlpianus *in dict. §. vltim.* non adiicit, nec quid sentiat exprimit, sed communiorem aliorum opinionē duntaxat refert in Edicti interpretatione. Quam tamen improbat libris Disputationum, in quibus non tam quid ab aliis probetur, quàm quid ipse sentiat, & sentiendum putet, diligentius exponit, *in dict. l. si duo*, vbi suæ sententiç rationem illam adfert, quòd æquū sit, eum qui plena testatoris voluntate fruatur, plenum quoque obsequium eiusdem iudicio pro sua partē præstare. Ac sanè ita ius est, vt qui à causa testamēti discedere potuit, si eam nō omiserit, volūtati defuncti parere & obsequi habeat necesse. *l. Cay Cassij. 35. C. de fideic. liber.* Sed Pauli ratiocinatio hāc cōuincere & refellere videtur: quia ꝙ institutus rupto per cōtra tabulas testamēto nihilominus partem hereditatis ex testamento retinet, fit beneficio Prætoris qui testamenti ius iis conseruat, quibus si id maluissent, bonorum possessionē contra tabulas dedisset. Proinde eodem iure censeri debent, acsi contra tabulas agnouissent, quemadmodum eadem ratio facit vt certis saltem personis legata præstent, quæ vtique præstarent si bonorum possessionem contra tabulas accepissent. † Vlpiani tamen sententia Afneani quo

5 quæ fuit, qui in *l. si ex duobus. 14. D. de bonor. possess. contr. tabul.* aperte scribit, emancipatum institutum, qui contra tabulas petere potuit, si testatoris volūtatem retineat hactenus conditionem suam deteriorem facere, quòd extraneis quoque legata præstat. Frustrà itaque diutius quis laboret in iis conciliandis, qui vltrò & ex proposito dissentiunt, in ea præsertim quæstione, de qua magnis vtrinque rationibus

6 disputari probabiliter possit. † Valeat ergo *Accursius*, qui Paulum loqui ait de suo herede institut o, aut de iis liberis, qui contra tabulas petere non possunt, cùm apertissimè & de emancipato loquatur, & sententiam suam ex eo confirmet, quòd is de quo loquitur sit ex liberis, qui contra tabulas petere potuerunt. Valeant etiam, qui distinguunt inter eum, qui plena testatoris voluntate fruitur, & eū qui non fruitur, interpretantes plena voluntate frui eum, cuius portio cōcursu prçteriti non minuatur: nec animaduertentes in specie ab Vlpiano tractata, concursu præteriti bonorū possessionem contra tabulas agnoscentis minui portionem eius: quem tamē omnibus legata debere ait, quòd plena fruatur testatoris voluntate. Plena enim voluntate frui intelligi eum, qui quicquid habet, ex testatoris iudicio, & voluntate habet, non qui id omne habet, quod sibi testamento relictum est. His verò quæ diximus finitimum illud est, quod idem Vlpianus scribit in *l. si filius. 23. D. si quis omiss. caus. test.* Si filius qui patris potestate mansit heres institutus præterito fratre emancipato qui contra tabulas possessionem accipere potuit, vt intestati patris hereditatem agnouerit, legata omnibus eum præstare ex illo edicto, Si quis omissa causa testamenti: quòd tanquam scriptus & ex testamento hereditatem habere videatur. Nec est contrarium quod idem Vlpianus scribit in *l. quia autem. 6. §. pen. eo.* ex illo edicto fieri, vt qui accipiendo contra tabulas bonorum possessionem liberis parentibúsque legata præstaret, si eam bonorum possessionem omiserit, & ab intestato successent, cogatur ea præstare, quæ præstaret si contra tabulas accepisset, ac proinde ea duntaxat, quæ exceptis personis legata sunt,

non quæ extraneis. † Alia enim ratio est eius qui in 7
fraudem testamenti, alia verò eius qui in fraudem duntaxat edicti De bonorum possessione contra tabulas ab intestato succedit. Nam eum qui in fraudē testamenti ab intestato succedere maluerit, æquissimum est obligari ad ea omnia, quæ ex testamento debuisset. Eum verò qui aliter quàm per bonorum possessionem contra tabulas atq ab intestato succedere non poterat, si in fraudem edicti possessionem omittat, & intestati successionem amplectatur, æquum non est plus debere quàm si bonorum possessionem contra tabulas agnouisset. Vterque igitur fraudis suæ pœnas illas luit, vt tantum præstet, quantum si fraudem non fecisset.

CAPVT XIV.

Emendatio l. cui res. 29. D. de action. empt.

SVMMARIA.

1 *Emptor rei sibi sub conditione legatæ, an existente conditione rem illam ex causa emptionis, an legati habere videatur?*

2 *Dictæ rei pretium solutum qua actione emptor repetat, an ex empto, an ex testamento?*

3 *Quænam actio emptori competat si rem illam legatam venditor nondum tradiderit, & pretium tamen acceperit?*

4 *Examinantur & emendantur verba illa d. l. is cui res.* 29. quia non ex causa legati rem habet.

5 *An ei qui sciens rem sibi sub conditione legat. am emit, existente conditione pretij soluti repetitio ex empto vel ex testamento actione competat?*

IS † cui res sub conditione legata erat, si pendente 1
legati cōditione imprudens eam ab herede emerit, deinde legati conditio extiterit, quæri potest vtrū habere rem videatur ex causa emptionis, an legati. Etsi enim prius legata fuit res, quàm empta prius tamen emptionis, quàm legati iure acquisita est: quia eius legati, quod sub conditi one relictum est neque dies cedit, neque acquisit io vlla intelligitur prius quàm conditio extiterit *l. si ita sit scriptum. 45. §. si sub conditione D. de legat. 2. l. is cui. 42. D. de oblig. & action. l. cedere diem. 213. D. de verbor. signific.* Sed verius est legati & priorem, & potiorem esse causam quàm emptionis, quoniam existens condicio facit, vt perinde legatum debeatur ac si purè relictum fuisset, nec tā eius temporis, quo conditio extitit, quàm quo testator mortuus est ratio habeatur, *l. si fundum. 105. D. de condict. & demonstr.* Vnde fit, vt si fundo legato mihi sub conditione pendente legati conditione heres me heredem instituat, ac posteà legati conditio existat, in falcidiæ ratione fundus non iure hereditario sed legati meus esse intelligatur. *l. fundus. 4. D. ad leg. falcid.* Eum siquidem eram habiturus etiam alio herede existente, ideoque quo tempore mihi defertur heredis hereditas, extra causam bonorum eius

computatur, argum. *l. sequens quæstio. 68. de legat. 2.* Cùm 2
igitur in proposita quæstione rem legatam emptor habeat ex causa legati non emptionis, dubitatio illa nascitur, Si pretium rei venditæ solutum sit qua actione repetatur, an ex empto, an ex testamento. Et

placet posse vtraque actione emptorem experiri, ita vt vtrum volet eligat: diuersa tamen ratione. Nam actionem ex empto illud inducit, quòd cùm eam rem existente legati conditione ex causa legata habere videatur, vt diximus, ex ea causa videtur illi euinci, quam scilicet non esset habiturus si alij legata fuisset. Euictionis autem nomine vel hoc saltem consequi debet vt ei pretium restituatur, quod iam penes venditorem sine causa esse incipit. Satisque venditori in eo parcitur, quòd cætera non præstat, quæ ratione euictionis præstari aliàs solent, quoniam scilicet emptori qui rem emptam possidet, licet ex alia quàm emptionis causa, nihil nisi pretium abesse videtur. Quam ob causam non de euictione, sed ex empto agendum esse dicimus, quoniam res ipsa hoc casu non euincitur, imò sic emptori acquiritur vt euinci ei nunquam possit, quomodo Paulus in illa specie respondit, si seruum Titij mihi vendideris, deinde Titius me heredem reliquerit, in *l. si vendideris. 9. D. de euict.* Actionem verò ex testamento ideò emptori accommodamus, quòd cùm rem habet, eiusq. pretium soluit, non prius habere eam videatur ex testamento, & testatoris iudicio satisfactum esse, quàm ei pretium sit restitutum. Itaque licet ex testamento ad pretium agi non possit: quia testamento legata res est non eius pretium, neque item ad rem ipsam, quam iam habeat, rectè tamen & vtiliter agetur ex testamento vt testatoris volũtati pareatur, neque prius absolui heredẽ oportebit quàm si pretium restituerit, & hominem emptoris fecerit, vt Iulianus ait in *l. huiusmodi. 84. §. qui seruum. D. de legat.* 1.

3 †Quòd si rem illam legatam emptori venditor nondum tradiderit, & pretium tamen acceperit, duplici actione ad duplicem causam emptori tenebitur, nẽpe ex testamento vt rem præstet, & ex empto vt acceptũ pretium restituat: neque enim hoc casu actione ex testamento pretij restitutionem consequi emptor potest, cum testatoris iudicio satisfieri omnino possit rei ipsius, quæ legata est, præstatione, vt idem Iulianus supradicto loco scribit. Ex quibus intelligi potest verum esse quod scriptum est in *l. cui res. 29. D. de action. empt.* eum cui res sub conditione legata erit, si imprudens eam ab herede emerit, actione ex
4 empto pretium consequi posse: † sed tamen falsam & ineptam esse rationem quæ sequitur illis verbis *quia non ex causa legati rem habet.* Imò verò existente conditione legati incipit ex causa legati rem habere *d. l. 4. D. ad leg. falc.* indeque nimirum euenit, vt ad pretium consequendum habeat emptor actionem ex empto quam vtique non haberet si ex causa emptionis non legati rem possideret. Nec est, quod cum Ioanne & *Accursio* eam rationem sic interpretère quasi Iuliani sententia sit non aliter videri emptorem ex causa legati rem habere, quàm si pretium ei restituatur. Hoc enim supplere est non interpretari, eáque interpretatio commẽtitia licet rectam habeat sententiam, ad id tamen de quo quærimus non est accommodata. Nam quod dicimus non prius satisfactum videri voluntati testatoris, quàm si pretiũ emptori restituatur, actionem ex testamento duntaxat, non etiam ex empto inducit, vt scriptum est in *dict. §. qui seruum.* Idque iam ante nos *Paulus Castrensis* disputauit, sed quomodo locus restituendus esset ignorauit, ita vt Iulianum potius, quàm Accursium aut Ioannem reprehendisse videatur. Puto autem legendum esse, *quia nunc ex causa legati rem habet. Nunc,* inquam, id est existente legati conditione: neque enim in præcedentibus verbum vllum

1

est, ex quo possit colligi conditionem legati extitisse, quod tamen in illa quæstione necessariò ponendum est. Id verò neque breuius, neque elegantius exprimi potuit, quàm dictione illa *nunc*, quæ sic accipi debet, ac si pluribus verbis scriptum fuisset *existente legati conditione.* Similem errorem superiore libro obseruauimus, & emendauimus in *l. 2. D. ad S.C. Treb.* Mirum verò videri possit, quod Iulianus ponit rem legatam emptam esse ab imprudente legatario pendente legati conditione, cùm etsi sciens emisset, non ideò tamen aliud iuris constitui deberet, quando nec volens legatarius relictum sub conditione legatum repudiare prius posset, quàm conditio existeret. *d. l. 45. §. si sub conditione, de legat.* 2. Atque ita interpretibus omnibus placet in illa Iuliani quæstione, nihil interesse an sciens an ignorans rem sibi sub conditione legatam legatarius pendente conditione emerit. Quod tamen mihi probabile non videtur, quia neque Iulianum frustrà de imprudente locutum fuisse puto, neque dubito quin legatario qui sciens rem sibi legatam ante conditionis euentum emit, si posteà conditio existat soluti pretij repetitio siue ex empto siue ex testamento actione denegetur. Quamuis enim traditum sit neminem posse rem suam emere, siue sciens, siue ignorãs emerit, illud tamen certissimum est ei qui sciens emit nõ restitui pretium, quod ignoranti emptori restituitur, *l. sua rei. 16. D. de contra. empt.* Cuius namque per errorem soluti repetitio est eius consulto dati donatio est. *l. cuius per errorem. 53. D. de regulis iuris.* Quod si obiicias non fuisse illicitam & inutilem venditionem, quo tempore contracta est, quòd tunc nondum legati conditio extitisset, respondebo fuisse quidem ab initio vtilem, sed prudentem & scientem emptorem iam illud præuidisse aut præuidere potuisse futurum, vt quandocumque legati conditio existeret rem illam legati potius, quàm emptionis iure haberet. ideoque si pretium lubens soluerit nec quicquã de eius repetitione sit protestatus, videtur id donasse & omnem repetendi spem abiecisse. Quamquam autem verum est quod interpretes obiiciunt, non potuisse eo tempore legatum conditionale repudiari, inde tamen non rectè inferas actionem ex testamento ad pretij repetitionem superesse. Iniquum enim esset non aliter absolui heredẽ ab actione ex testamento, quàm si emptori restitueret pretiũ quod sibi ab emptore ipso donatum fuisse intelligitur: neque enim de ea donatione testator quicquam cogitauit: & obseruandum est, etiam in *dict. §. qui seruum,* de ignorante non de sciente emptore Iulianũ loqui. Illud sanè facilius concedam etiam cùm sciens legatarius rem legatam emit, hactenus superesse ex testamento actionem, vt heres, idémque venditor rem illam emptoris facere teneatur, eiúsque dominium in emptorem transferre, quam actione ex empto tradere duntaxat non dare debuisset.

CAPVT XV.

Explicatio noua l. cum bona. 16. D. de reb. author. iudic. possid.

SVMMARIA.

1 *Nullũ esse in Pandectis titulum de priuilegiis creditorum.*
2 *Duplex Accursij ad* d. l. *interpretatio reijcitur.*
3 *Bartoli lapsus in dicta legis explicatione.*
4 *Vera Gaij sententia in* d. l. cùm bona.
5 *Sabaudiæ statutum de priuilegiis creditorum cum dispositione* d. l. cùm bona. *conuenire.*

6 *Aliud*

6 *Aliud esse, creditorem admitti ad licitationem, aliud vero, facta licitatione habere eum ius prælationis.*

1 SEquimur † libenter vt in cæteris ferè omnibus,
ita in titulorum ordine & inscriptione Pandectas
Florentinorum, in quibus de priuilegiis creditorum
titulus nullus est, sed quæ in veteribus codicibus
eius tituli prima lex erat, decimam sextam efficit
tituli, *De reb. auth. iudic. possid.* Et est *l. cum bona.*
cuius nouam explicationem pollicemur, ab *Accursij*,
& veterum omnium interpretationibus alienam.
Sic autem Caius scribit, Cùm bona veneunt debitoris,
in comparationem extranei, & eius, qui creditor
cognatúsve sit, potior habetur creditor, cognatúsve,
magis tamen creditor quàm cognatus, & inter creditores
2 potior is, cui maior pecunia debebitur. † *Accursius*
duplicem interpretationem afferri posse ait.
Primam illam, vt si bona debitoris contingat addici
creditoribus. & ex creditoribus alij sint debitoris
cognati, alij extranei, hoc est, creditores quidem, sed
non cognati, potior causa sit eorum, qui & creditores
sunt & cognati: inter eos verò qui creditores
tantùm sunt, non etiam cognati, præferantur cæteris
ij quibus maior pecuniæ quantitas debetur. Alteram
hanc, vt si inter plures creditores disputetur
an bona debitoris vendenda sint necne, eorum creditorum
sententia sequenda sit qui vel cognati quoque
sunt, vel maioris pecuniæ creditores. Vtramque
verò interpretationem illud refellit, quòd prima
legis verba ostendunt manifestè, neque de addicendis,
neque de vendendis, sed de venditis debitoris
bonis eo loco tractari, nec de illo disputationem
institui cui addicenda sint bona, aut quorum voluntate
vendenda, sed de hoc potius, cùm postulantibus
creditoribus vendontur, quis in eorum emptione
sit præferendus. Verba enim hæc sunt, *Cùm bona veneunt debitoris.* quibus neutra *Accursij* interpretatio
conuenire potest. Aliud enim est bona debitoris
vendi, vt ex re dato pretio creditoribus satisfiat: aliud
verò creditoribus ipsis addici, & velut in solutum
acquiri, quod aliter fieri non potest, quàm si
nullum emptorem bona inueniant *l. vlt. C. si in caus. iudicat. pignor. capt. sit.* Quemadmodum & aliud est
bona debitoris vendi, aliud de iis vendendis aut non
vendendis disputari. Sed & de illo ridiculum est
dubitare, an bonorum debitoris venditio, per aliquos
ex creditoribus quantumuis creditores cognatique
sint impediri possit. Siue enim anterior sit creditor
qui bonorum venditionem postulat, cuiuscunque
tandem summæ sit creditor, cæteri quominus
is debitoris bona distrahat nisi debitum offerant, interpellare
non possunt. *l. vlt. & tot. tit. C. si antiq. credit. pign. vendider.* Siue posterior sit creditor, etiam
aduersus anteriores pignoratitios ius offerendi habet,
neque anteriorum quicquam interesse videtur,
at potius iis prodesse vt bona distrahantur, in quibus
præter ius ipsum debiti nullum aliud habeant
d. l. vlt. Cod. si in caus. iudicat. pign. capt. sit. Illud quoque
apertum est, non de creditoribus duntaxat cognatisque
loqui Iureconsultum, sed etiam de extraneis,
cùm ait, *in comparationem extranei, & eius qui creditor cognatúsve sit.* Comparat enim creditorē aut
cognatum cū eo qui extraneus sit, id est, neque creditor
neque cognatus, vt valde ineptum sit quod
Accursius extraneū interpretatur eum, qui & creditor
sit, nō tamen cognatus. Nam extraneum neque
rectè dicimus eū qui non sit cognatus, neque Caius
comparat cum eo qui sit creditor cognatúsque, sed
cum eo qui sit creditor, vel cognatus, siue creditor
tantùm sit, siue cognatus tantùm † *Bartolus* autē etsi 3
rectè animaduertit non de iis duntaxat intelligi legem
debere, qui sunt creditores, in eo tamē labitur,
quod veteris cuiusdam interpretis sententiam secutus,
putat eum legis sensum esse, vt in comparatione
creditorum inter sese, præferatur is qui creditor cognatúsque
sit. Quasi verò iure creditoris ius cognationis
aliquid possit addere: cùm de iure & priuilegio
aut dispendio creditorum disputatur. † Atqui nō 4
ita Caius loquitur, vt eum qui creditor, cognatúsque
sit præferendum dicat ei, qui non nisi creditor
sit, sed ex contrario scribit, extraneo, id est, ei qui neque
creditor neque cognatus sit præferri eum, qui
sit creditor, aut cognatus, vt si cætera omnia sint paria,
puta si vterque bonorum quæ vendontur par
pretium offerat, is qui creditor est, non cognatus, aut
cognatus non creditor ei qui neque creditor neque
cognatus sit, omnino anteponatur. Prius enim habenda
ratio est necessariarum personarum si idoneæ
sint, *l. Imperator. 60. D. de pact.* Sed si inter eos quorum
alter creditor alter cognatus debitoris est, de
iure & priuilegio prælationis disputetur, id obseruabimus,
vt potiorem faciamus causam creditoris
quàm cognati. Æquissimū enim est præferri in emptione
creditores, quorum præcipue negotium geritur,
ac quibus postulantibus bona venduntur. Verùm
si inter creditores tantùm res agatur, nec quisquam
alius qui creditor non sit, ad emptionē accedat,
magis placet præferri eum, qui maioris pecuniæ
sit creditor, idque vt ego quidem arbitror, licet ex
aliis creditoribus quidam sint etiā cognati debitoris:
quoniā hac parte, vt dixi, ius crediti proculdubio
potentius est quàm ius cognationis. In eoque cùm
vel maximè eluceat creditorum priuilegium, inde
fortassis sumpta à veteribus interpretibus occasio
distinguendi commentitium illum titulum De priuilegiis
creditorū, ab eo qui præcedat De rebus authoritate
iudicis possidendis, vel venundandis. Denique
nullum in tota ea lege verbum est, quo probari
possit potiorem esse causam eius qui creditor cognatúsque
sit, quàm eius qui sit creditor tantùm: neque
enim de creditore & cognato cōiunctim Caius
loquitur, sed disiunctim his verbis, *creditor cognatúsve*,
quod ab interpretibus nō obseruatum communi
omniū errori causam dedit. † Huic verò explicationi 5
nostræ valde conuenit, quod Sabaudiæ statuto nō
dissimiliter cautum est, de priuilegio creditoris cuius
nomine bona sub hasta venduntur, vt extraneo
emtori si par pretium vterque offerat, præfetatur,
Statuti verba quamuis minus elegantia, quia tamen
non omnibus sunt in promptu hæc quæ ad rem pertinere
videntur: subiiciemus. Et in ipso tertio & vltimo
foro seu sub vltima subhastatione, & crida lapsis
dictis terminis plus offerenti vendantur & expediantur
ipsa bona pro pretio maiori inde oblato soluendo
victori, seu creditori, in cuius fauorem fuerit lata
sententia. Et fiet huiusmodi executio, vel expedientur
ipsa bona eidem creditori seu victori si maluerit,
& ea retinere voluerit pro maiore pretio inde oblato.
Ad rem verò non pertinet si quis obiiciat, quod
Accursium fefellisse videtur, non admitti creditorem
ad licitationem bonorum debitoris, quandiu alij
emptores inueniuntur. *l. 2. C. si in caus. pignus capt. sit. l. 3. Cod. de execut. rei iudicat. l. vlt. §. sin vero nemo de iur. dominij impetrando.* † Hæc enim differentia sunt, 6
admitti creditorem ad licitationem, & facta licitatione
habere eum ius in prælationis, aut, vt statutum
nostrum loquitur, retentionis. Non admittitur ad li-

citationem quandiu alij emptores inueniātur, quoniam absurdum videretur constitui ab eo pretium rei alienę quę postulante ipso,& ipsius veluti nomine vendatur. Sed facta licitatione habere eum ius prælationis,nec absurdum,nec iniquum est,cùm neque debitoris quicquam intersit, ad quem res sua perueniat,dummodo debiti liberationem,& si quid prætereà ex pretio superest consequatur,neque extranei emptoris,cui nihil deperit, liberúmque est si velit maius pretium offerre, vt creditor qui tantundem offerre nolit,licitatione superetur. Idque debitoris commodo plærumque cedit, cùm extraneus emptor vt creditori retentionis, & prælationis ius auferat,pluris rem licetur, quàm quanti reuera sit. Hoc verò nec *Bartolus* ipse animaduertit, certè non explicauit.

Caput XVI.

Ad §.sed cum emptor. l. à Diuo Pio.15. D.de re iudicat.

SVMMARIA.

1 *An aliqua actio creditori competat aduersus eum qui cùm bona pignori capta emerit eorum pretium non soluit?*
2 *An venditio ab executore facta ius aliquod creditori aduersus emptorem acquirat?*
3 *Vera Vlpiani sententia in* d.§.sed si emptor.
4 *Quænam actio creditori aduersus emptorem pretium non soluentem detur?*
5 *Confirmatur interpretatio* d.§.sed si emptor.
6 *Cur iudices qui sententiam exequuntur, aduersus emptorem res distractæ pretium non soluentem, manus porrigere non debeant?*
7 *Magistratus non per seipsos, sed per alios iudices datos sententias olim exequi solitos fuisse.*

1 AT † quid si in iudicati executionē debitoris cōdemnati bona pignori capta sint, tum distracta, & extraneo emptori addicta, neque tamen emptor pretium soluat? qua tandem actione aut ratione creditori consuletur? Hæc quæstio pertinet ad ea,quæ Vlpianus tractat in *l. à Diuo Pio.15. D.de re iudic.* in qua cùm multa perobscura sunt,& difficilia, tū illud meo iudicio pessimè ab interpretibus omnibus acceptū est,quod scribitur in *§.sed is emptor*,iudices qui sententiā exequūtur, non debere aduersus emptorē qui pretiū non soluit,manus porrigere, & vltrà procedere,ne vel longè res abeat,si fortè emptor neget se emisse,aut exsoluisse contēdat, vel nimis propere iudicetur ac contra solitū iuris ordinem si in dicta causa statim emptor condēnetur & pro iudicato habeatur,*maxime*,inquit Vlpianus,*cùm nec habeat actionem aduersus eum is,cui iudicatum fieri desideratur.* Sic enim ab interpretibus omnibus verba hæc sumpta sunt,quasi Vlpiani sententia sit, victurē creditorem qui sententiā obtinuit, nullā habere actionē aduersus emptorē,quòd scilicet emptor non ab eo emerit, sed ab executore. Quod si verè diceretur,non video quo sensu possit ea ratio ad id quod Vlp.tractat accommodari. Nam rationē reddere Vlpianus voluit, cur iudicati executores melius faciant si se non interponāt,& manus nō porrigāt aduersus emptorem qui pretiū nō soluit. Quid verò commune cū eo habet quod aiunt interpretes, nullam creditori contra emptorē actionem dari? Imò potiùs ea ratio facere deberet vt executores emptorē ad pretij solutionē compellerent, si nulla creditori ad pretiū recipiendum actio competere potest. Alioqui iniuria procuIdubio afficietur is, qui creditor est & iudicatum fieri desiderat, si neque aduersus emptorem agere possit, neque ab executore petere,vt ex officio suo emptorem condemnet. Atquin Vlpian. apertè scribit nullam ex eo fieri iniuriā creditori.

2 † Deinde nō puto verum, quòd illi sine lege comminiscuntur venditionem ab executore factam nullum creditori aduersus emptorem ius acquirere. Parum enim videtur interesse an creditor ipse pignus vendat, an eo postulante magistratus, qui sententiam exequitur vendi iubeat: & hoc casu, vt alij plerisque nostri tradunt, factum iudicis est factum partis, aut potius vt scriptum est in *l.1.C.si in caus.iudicat. pig. cap.sit.* in vicem iustæ obligationis succedit ex causa contractus authoritas iubentis. Et eo sanè iure vtimur,vt si pretium non soluatur, actio creditori aduersus emptorem eo nomine detur,neque alius iuris locus quærendus est qui id apertius probet, quam hic de quo disputamus.

3 † Ea enim haud dubiè Vlpiani sententia est,creditori qui iudicatum fieri desiderat, nullā competere actionem aduersus executorem, nec videri executorem fecisse litem suam,licet is emptorem pignoris ad pretij solutionem non coegerit,neque tamen ideo iniuria affici creditorem, qui scil. prompta & parata sit actio contra emptorem, qui nihil possit dicere, cur non ad pretium condemnari debeat,quandoquidem ea est publicarum venditionum cōditio,vt res pignori captas & distractas præsenti pecunia distrahi oporteat,non sic vt post tempus pecunia soluatur. Neque enim ea mente venditio fit vt debitoris persona mutetur, sed vt debitor liberetur,& vt vetus obligatio perimatur, non noua contrahatur. Emptor igitur,qui ad publicam venditionem accessit, eius leges & conditiones vel ignorauit,vel certè ignorare non debuit,ideóque recusare non potest,quominus agenti creditori Pretium soluat.

4 † Actio autem dabitur, vt opinor,in factum, quæ ex iudicato datur. *l actiori.8.C.de reb.cred.* neque enim vlla alia actio competit quæ nomen habeat, quod cùm accedit, subsidiaria in factum necessaria est *l quia actionum.11.D.de præscript.verb.* Fefellit verò *Accursium*, cæterosque omnes interpretes, quod in libris quibus vtebantur scriptum erat,vt in plerisque etiamnum scriptum legimus, *melius igitur erit si se non interponant.* Ea enim lectio faciebat vt verba quæ sequuntur, *aduersus eum*, ad executorem referre non possent de quo non in singulari sed in plurali numero dictum fuisset. Sed in Florentinis, aliísque emendatioribus non *interponant* legitur, sed *interponat*, mutato plurali casu in singularem, vt aliàs plærumque fieri adsolet, & in præcedente eodémque §. ita ab Vlpiano vsurpatum & factum animaduertimus.

5 † Nostram verò interpretationem illud quoque omnino confirmat, quod ea Vlpiani ratio, quæ sequitur, *oportet enim res pignori captas, & distractas præsenti pecunia distrahi non sic vt post tempus pecunia soluatur*, alium sensum recipere non potest, quàm vt propter eam causam, creditori aduersus emptorem actio competat, quæ competere non posset si res pignori captas & distractas præsenti pecunia distrahi necesse non esset. Facilius autem est, quod Vlpianus subiicit si iudices qui sententiam exequuntur, velint se interponere in coercenda mora emptoris qui pretium nolit soluere, hactenus debere interuenire vt ipsam rem addictam capiant,& distrahant, quasi non vinculo pignoris liberatam, Neque.n. ad inducendam liberationem sola venditio sufficit,nisi pretium creditori soluatur, cui ea res priùs erat obligata.

6 † Verùm illud magis mirari quis possit,

possit, cur iudices qui sententiam exequûtur aduersus emptorem, porrigere manus nõ debeãt. Cùm.n. à Diuo Pio rescriptum sit, magistratus populi Romani iudiciorũ à se datorum sentẽtias exequi debere, magistratuum verò plenissima esset potestas, dici sanè vix potest, cur non in executione facere potuerint ea omnia, quæ ex ratione & æquitate facienda viderentur. Nisi fortè quis dicat, eo Diui Pij rescripto sublatam potius fuisse iudicibus qui de facto cognouissent, & senteotiam tulilent, exequendi potestatem, quàm impositam magistratibus qui iudices dedecant, eorum sentẽtias exequendi necessitatem.
7 † Et magistratus nõ per seipsos sed per alios iudices datas sententias exequi solitos fuisse, & verisimilius est, & ex ipsis verbis Vlpiani *in d.l.à Diuo Pio.* cognosci facilè potest præsertim *ex §. vlt.* vbi scriptum est pupillarem pecuniam, licet in arca reposita sit, ad comparationem prædiorum, & citra permissum prætoris ab eo qui exequitur iudicatum solere capi, & in iudicati causam conuerti. Frustra enim de Prætoris permissu quæreretur, si Prætor ipse sententiam iudicis à se dati exequeretur. Iudex igitur à Prætore datus neque pro iudicato habere poterat emptorẽ qui non erat condemuatus, neque condemnare statim & in dicta causa eum qui aut non emisse aut pretium exoluisse se contendisset, nec denique de facto cognoscere qui non ad cognoscendum, sed ad exequẽdum datus fuisset. Quamquã & in magistratu si quis volet idem ferè dici potest: quia nec pro iudicato babere nec condemnare potest prius quàm prospecta sit rei & facti veritas: neque item de facto cognoscere & iudicare, quòd id à maiorum magistratuum imperio & digoitate alienius videretur in
8 id vsque tempus quo ius illud vetus posteriorum Imperatorum constitutione abrogatum est in *l. 2. Cod. de pedan. iud.* Vnde illud est quod Cicero ad Quintum fratrem scribit, *Prætorem non solere iudicare debere.*

Capvt XVII.

Variæ emendationes.

SVMMARIA.

1 *Quænam mihi actio competat, ob nauem alienam quæ in meam scapham impacta, damnum dedit.*
2 *Tollitur negatio ex fine* §.2.l.quemadmodum.29.ff. ad l.Aquil.
3 *Quoties nauis damnum facit, toties eo nomine actionem dari.*
4 *Respondetur ad leges contra superiorem emendationem ab Accursio allatas.*
5 *Vera lectio* §.si nurus.18.in fin.l. cùm hic status. de dont.int.vir & vx. *& eius quæstio.*
6 *Quando donatio à nuru in socerum collata confirmetur?*
7 *Cur in* d. §. si nurus, *Seueri & Antonini constitutio* noua oratio *appelletur?*
8 *Emendatur & explicatur* l.1.de in lit.iur.
9 *Quæstio & emendatio duplex* §. vlt.l.ex facto. 43.ff. de vulg.& pupill.substit.

1 SI † nauis tua impacta in meam scapham damnum mihi dederit, quæsitum est, quænam mihi actio competat. Et placet Vlpiano ex Proculi sententia in *leg. quemadmodum. 29. §. si nauis tua. Digest. ad l. Aquil.* ita distinguendum esse, vt si in potestate nautarum fuerit, ne id accideret, & culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agatur, quòd parum referat an nauem immittendo aut seruaculum ad nauem ducendo, an tua manu damnum mibi dederis: quia his omnibus modis per te damno adficior. Sed si fune rupto, aut cùm à nullo regeretur nauis, incurrisset, quia his casibus cum nautis agi non potest, quorum scilicet culpa nulla argui pos-
2 sit, † cum domino agendum esse videatur. Sic enim locus ille sublata negatione, quæ in postremis verbis est, legendus videtur, & explicandus. Nam cùm ruptis funibus, aut quòd à nullo nauis regeretur damnum datum est, imputari certè domino potest, qui non prospexerit vt & ab aliquo nauis regeretur, & bonis funibus esset instructa: ideóque à domino nauis factum damnum videtur, quod ipsius culpa contingit. Ex quo responderi potest ad id quod *Accursius* obiicit, pro rebus inanimatis neque noxaliter, neque Aquilia lege agi posse. Etsi enim nauis inanimata res est, vsum tamen & vtilitatẽ nullam præstat, nisi ab homine regitur & gubernetur:
3 † vnde fit vt generaliter diffiniri possit, quoties nauis damnũ facit dari eo nomine actionẽ vel aduersus nautas, si eorum culpa factum sit, vel aduersus dominum, si nihil sit quod nautis imputetur. Nec video qui casus excipi debeat, nisi cùm tanta vis naui facta est, vt temperari non potuerit, quomodo idem Vlpianus in eadem lege scribit *§. si nauis alteram*, vbi & *Accursius* ipse sui, vt videtur, immemor, notat teneri dominum de damno, quod nauis dedit, nisi casu fortuito id contigerit. An autem dici potest casu fortuito fieri vt fune rupto, aut cùm à nullo regitur nauis incurrat & damnum faciat An non potius culpa domini est, qui præuidere potuit, & debuit futurũ vt si non bonis funibus instructa esset nauis, aut à nullo regeretur, facilè in aliam nauim incurrere, damnúmque afferre posset? Sed & contextus ipse verborũ si propiùs inspicias, id planè demonstrat. Distinguit enim Vlpianus an nautarum culpa damnum factũ sit, necne, & cùm illo casu dicat cum nautis agendum esse, consequens est vt alterum scripserit, non generaliter actionem nullã superesse, sed cum ipsis agi non posse, at cum domino agendum esse, alioqui ita scribere debuerat, *Sed & si fune rupto*, non ita vt scriptum est aduersatiuè. *Sed si*
4 *&c.* † Quas verò leges *Accursius* ad receptæ lectionis confirmationem adducit, tam apertum est ad rẽ non facere: vt in eo pluribus demonstrando operam ponere nil sit necesse. *In l. si quis cum. 39. D. de cond. indeb.* abundant & tollenda sunt verba illa, *plus debito*, vtpote quæ ex interpretis alicuius glossa & interpretatione ad præcedentia illa, *quasi indebitum*, in textũ irrepserint. Sensus enim est heredem qui poterat sibi cauere à fideicommissario, si non cauerit, & totã hereditatem sine cautione restituerit, posse fideicommissum repetere condictione indebiti, tanquã indebitum solutum. Non enim tantùm plus debito solutum videri potest ex eo quòd cautio prætermissa est, *l. 3. §. vlt. D. si cui plus quàm per leg. falcid.* Sed & totum ipsum fideicommissum indebitum fuit: quoniam quibus casibus cautionem præstare fideicommissarius debet, puta cùm periculum est ne heres qui ante restitutionem multa administrauit, iudiciis quibus conuentus est aut stipulationibus quibus necesse habuit promittere obstrictus remaneat, non prius fideicommissum debere videtur, neque id restituere cogitur, quàm si ei caueatur. *l. cùm heredit. as. 36. D. ad S.C. Trebell.* Quamquam & si malit, ipsam duntaxat cautionem, quam omisit, condicet, incerti condictione. *argum. l. hoc Senatusconsultum. 5. §. 1. D. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.*
5 † *In l. cù hic status. 32. §. si nurus 18. in fin. D. de donat. int. vir. & vxo.* malè & corruptè nunc in omnibus

libris legitur *ratione noua*, Legendum enim est, *ora-
tione*, quomodo veteres interpretes legisse *Accursij*
glossa testatur, & ita legendum esse quæstio ipsa quę
in eo §. tractatur, ostendit. Quærit enim Vlpianus
an si nurus socero donauerit, & socer superstite fi-
lio, nurúque decesserit donatio confirmetur, an ex-
tinguatur & finiatur oratione noua Seueri & Anto-
nini, cuius tota ea lege interpretationem facit. Nam
quemadmodum ante eam orationem ita ius erat,
& adhuc est, vt non solùm inter coniuges prohibi-
tæ sint, quæ inter viuos fiunt donationes, sed inter
eos etiam omnes, in quorum coniuges sunt potesta-
te, vt neque socer nurui, neque nurus socero donare
possit. Ita factum est ea Seueri oratione, vt donatoris
aut donatricis morte, hoc est, perseuerante ad mor-
tem vsque voluntate confirmentur sicut cæteræ do-
nationes, quæ fiunt inter virũ & vxorem, sic eæ quas
socer in nurum aut nurus in socerum contulerit, &
vt Papinianus dicebat eleganter, quæ ratio donatio-
nem prohibuit, eadem beneficium datum implora-
uit. Sed tamen multum interest, an nurus socero, an
marito suo inter viuos donauerit. Etenim si in mari-
tum collata donatio sit, & vxor constante matrimo-
nio & durante voluntate decesserit, donatio omni-
modo confirmatur. At cùm socero hoc est patri ma-
riti donatum est, non aliter confirmatur donatio,
quàm si nurus ante maritum & socerum decesserit
non mutata donationis voluntate: quemadmodum
ex contrario si socer nurui donauerit tum donatoris
filius decesserit, non ideò confirmatur donatio, sed
illud præterea exigimus, vt socer ante nurum du-
rante voluntate decedat. *d. l. cum hic status. 32. § ora-
tio. 16.* vbi Papiniani sententiam Vlpianus refert, &
6 probat. † Verùm quod dicimus donationem à nuru
in socerum collatam non aliter confirmari quàm si
nurus ante maritum socerumque decesserit, perpe-
tuum non est. Quid enim si socer ante nurum quidẽ
decesserit, sed filium heredem ex asse scripserit,
quo superstite nec reuocata donatione nurus posteà
moriatur? Placet Vlpiano valere donationem, sed
ita tamen, vt non iam illa ipsa donatio videatur, quæ
in socerum collata fuerat, sed noua potius quam in
mariti personam contulisse videtur vxor, quæ cum
sciret aut scire deberet extinctã morte soceri priorẽ
donationem, passa tamen est res donatas à socero ad
filium eundemque heredem peruenire, neque do-
nationem reuocauit quam iam olim in socerũ ma-
riti sui contemplatione & fauore, vt lex præsumit,
contulerat. Ergo si maritus non sit à socero institu-
tus, sed extraneus, neque prior donatio valebit, ne-
que noua facta esse intelligetur, quoniam nec sola
maritalis affectio sufficit ad inducendam mariti fa-
uore donationem, nisi ad eum donatæ res perueniãt,
nec eas res donatas ad extraneum peruenisse suffi-
cit, vt donatum ei videatur, id quod non ipsius sed
mariti causa donatum fuerat priùs. Idque est, quod
Vlpianus ait si filius heres patri non sit, finitam id est
extinctam esse, & non confirmatam donationem o-
ratione noua Seueri, & Antonini. Quòd si ex parte
tantum filius sit à patre institutus, non nisi pro par-
te donatio valebit, vt rectè *Accurs.* admittit. Quo
exemplo illud quoque dici potest, si filio pater res
sibi à nuru donatas legauerit aut quo alio titulo re-
liquerit, nouam videri in eum collatam donatio-
nem, licet nulla ex parte patris heres sit: quia non ex
institutionis titulo donationem inducimus, sed ex
eo duntaxat, quod donatæ res ad maritum peruene-
runt, volente & sciente vxore, quæ iam eius intuitu
& fauore donasse eas socero videbatur. † Illam autẽ 7
Seueri, & Antonini constitutionem & orationem
Vlpianus nouam appellat, quòd suis temporibus fa-
cta esset & ius vetus correxisset. Sic nouam clausu-
lam Marcellus dixit *in l. 3. D. de coniung. cum eman-
cip. liber. eius.* & idem Vlp. nouum edictum *in l. 1. § si
pater. 13. D. de ventr. in poss. mit. tend.* † In *l. 1. D. de in lit.* 8
iurand. puto sic legendum esse in fine, *non enim res
pluris fit per hoc, sed contumacia æstimatur vltra rei
pretium.* expuncta particula *ex*: quæ si retineretur
ineptam efficeret adeóque falsam legis sententiam.
Quamuis enim crescere possit condemnatio per ius-
iurandum in litem ex contumacia non restituen-
tis, non ideò tamen dicendum est pluris esse rem,
quæ in iudicium deducta est, & cuius nomine iusiu-
randum deferretur: quia, inquit Vlpianus, non plu-
ris res fit per hoc, sed contumacia æstimatur vltra
rei pretium. Atqui hæc omnino contraria sunt, rem
ex contumacia æstimari vltra verum rei pretium. Et
rem non fieri pluris per contumaciam. Deinde quis
sic loquitur, rẽ ex contumacia æstimari vltra rei pre-
tium? Quare & in quibusdam libris pro *res* scriptum
vidi *eius*, quod ab aliquo Grammatico correctum es-
se videtur, atque imperito. Debuerat enim scribere
suam non *eius*. Confirmat etiam emendationem &
opinionem nostram, quod scriptum est in *l. inter hæc
verba 179. de verbor. significat.* quam cum hac con-
iungendam esse vtriusque inscriptio demonstrat.
Est autem sic coniungenda, vt iuramento in litem
æstimetur primùm *quanti res est*, id est verum rei
pretium, deinde & vltra pretium, contumacia non
restituentis. Cæterùm fieri nunquam potest vt res
pluris quàm quanti re vera est æstimetur, idque Vl-
pianus dicere voluit in *d. l. 1. de in lit. iurand.* † In *Lex* 9
facto. 43. § vlt. D. de vulgar. & pupill. substitut. scio esse
qui putant traiecta esse verba illa, *verum pro ea parte
pro qua scriptus fuit veniat, an verò pro ea, quam ce-
pit*, & ita reponenda, *verum pro ea parte quam cepit,
veniat, an pro ea parte pro qua scriptus fuit.* Sequitur
enim, *ita vt augeatur eius pars in substitutione.* Tra-
ctat verò eo loco Paulus de patre qui plures sibi he-
redes instituerat eósque filio ita substituerat, *quisquis
sibi heres esset.* Cùm autem vnus ex heredibus insti-
tutis, qui tacitam fidem testatoris accomodaue-
rat, vt non capienti partem ex eo quod acceperat
daret, deinde ad substitutionem impuberis admissus
esset, quærit Paulus vtrum ex substitutione admit-
tendus sit, pro qua parte scriptus fuit & institutus, an
verò pro ea parte, quam cepit. Neque enim omnem
eam partem accepit, ex qua scriptus erat, quia quod
ei datum fuerat, vt fraus legi fieret, ab eo tanquam
indigno ablatum est. Itaq. augebitur pars eius in sub-
stitutione si ad substitutionẽ admittatur, pro ea parte
ex qua scriptus fuit, non pro ea duntaxat, quam ce-
pit. Vnde moueor vt illam receptæ lectionis emen-
dationẽ facilè adprobẽ, nisi quis probabilius existi-
met addendam esse negationem in illis verbis, *ita vt
augeatur*, & legendum *non augeatur*, quomodo *Mel-
chiors de Fellion.* Viennensi ornatissimo & accutissimo
Iurisconsulto mecum ea de re aliquando disputan-
ti videbatur. Alterutram enim emendationem non
solùm probabilem, sed etiam necessariam & omni-
no comprobandam esse puto. Respondet verò Pau-
lus augeri partem in substitutione, quoniam is qui in
fraudem legum fidem accomodat, heres efficitur
nec ideò desinit heres esse, quòd res, quæ ita relictæ
sunt ab eo auferantur. Sed etsi desineret heres esse,
idem nihilominus iuris constitueretur fortè si post
aditam

aditam hereditatem, in seruitutem redactus esset, deinde libertate donatus. Sufficit.n.ex verbis substitutionis heredem fuisse patri eum qui ad substitutionem vocatus est, satisque is qui tacitam fidem accommodauit punitur in eo quod contra leges facit.

CAPVT XVIII.

Aliæ emendationes.

SVMMARIA.

1 *An fideicommissum valeat si heres rogatus sit post mortem suam hereditatis suæ quartam partem restituere?*

2 *An dicto casu catenus tantùm restitutio fieri debeat quatenus testatoris hereditas patitur, an vero heres de suo aliquid præstare debeat?*

3 *Verba illa*, secundùm vulgarem formam iuris, *quid significent in* l. filiusfam. 114. §. vt quis heredem de leg. 1.

4 *Emendatur* §. quid ergo. 7. d. l. filiusfam.

5 *In l.* si qui. 23. §. 2. & 3. de hered. instit. *legendum esse* curatores, *non* procuratores.

6 *In* l. 108. §. penul. de leg. 1. *pro* aptè *legendum esse* apertè.

7 *Restituitur negatio in* l. 1. versic. planè. ff. de diuers. temp. præscrip.

8 *Restituitur recepta lectionis ordo in* l. solidum. 85. ff. de solut.

NOta est iuris regula, quæ habet testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non alieno arbitrio pendere, *l. illa institutio. 32. ff. de her. inst.* Ea res facit ne testamēto rogari heres possit, vt aliquem heredem instituat *leg. filiusfamilias. 114. §. vt quis heredem. D. de leg. 1.* vbi tamen Marcianus monet perinde esse id habendum atque si testator hereditatem restitui rogasset, idque Senatum censuisse. Neque enim verba spectamus fideicommissi sed sententiam, quibuscunque verbis conceptam, dum testator senserit vt hereditas restituatur *leg. vbi pure. 19. §. 1. D. ad S.C. Trebell.* & in fideicommissis vtcumque precaria voluntas quæratur, coniectura potest admitti. *l.*
1 *cùm proponebatur. 64. de leg. 2.* † Quid ergo si heres post mortem suam rogatus fuerit hereditatis suæ partem quartam restituere? Nam vtique permissum est testatori ab herede legatum vt fideicommissum de ipsius heredis rebus relinquere, *leg. vnum ex familia. 67. § si rem tuam. eod. l. heredem. 25. Cod. de fideicom.* neque hoc casu de testatoris hereditate restituenda rogatus heres videri potest quem suam propriam restituere rogatum proponimus. Sed verius esse Marcianus existimat, quod & Scæuolæ, & Papirio Frontoni placuisse scribit, valere fideicommissum, atque si de hereditate sua restituenda testator rogasset. Ac cur valeat fideicommissum, dubitari certè propter ea, quæ diximus minus potest. Sed cur de testatoris potius quàm de sua hereditate restituenda rogatus heres videatur, id verò maiorem habet atque elegantem dubitationem. Dici tamen possit hereditatem testatoris ab herede aditam ita confundi cum patrimonio heredis, vt cùm heredis hereditatem eo mortuo dicimus, nō minus eam, quam à testatore accepit, quàm cætera omnia quæ aliunde quæsita moriens reliquit,
2 intelligamus. † Vnde fit vt herede rogato restituere quartam partem hereditatis suæ, eam interpretationem accipiamus quæ & verbis non repugnat, & heredi fauorabilior est, eúmque de illa duntaxat hereditate quam à testatore habuit non de reliqua restituenda rogatum interpretemur. Nulla enim ratio est, vt fideicommissi nomine plus præstet, quàm ad eum à testatore peruenerit *leg. 1. § si is qui quadringenta. Digest. ad S.C. Trebell. §. hoc solum obiici usquidum est. Institut. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* præsertim cùm ea aperta non est testatoris voluntas, *leg. Imperator. 70. § cùm quidam. de legat. 2.* Cùm igitur heredē rogatum post mortem suam hereditatis suæ quartam partem restituere, videatur testator de sua duntaxat hereditate restituenda rogasse: fit, vt eatenus restitutio fieri debeat, quatenus hereditas testatoris patitur, nec de suo præstare heres debeat quicquam. Imò & hereditatis quadrantem Senatusconsulti authoritate retinebit. Id enim est quod Marcianus ait, eatenus faciendam esse restitutionem, quatenus hereditas patitur, secundum vulgarem formam iuris. † 3
Vulgaris namque forma iuris est, vt hereditas ex causa fideicommissi retenta quarta restituatur. Hoc verò *Accursius* non intellexit, qui, cùm mendoso codice vteretur, ea verba *secundum vulgarem formam iuris*, retulit ad principium §. sequentis, in quo tractatur de patre, qui filios suos emancipare rogatus est, & acsi ea inter sese commune aliquid haberent, vulgarem formam iuris ridiculè interpretatur, strictam, nec quis eorum verborum sensus sit explicat, qui tamen ex interpretatione nostra & Florentina emendatiorique lectione facillimus est. † Verùm in 4
eo §. quem explicamus miror neminem hactenus emendasse verba illa, *valere fideicommissum atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset*, cum manifestissimum sit pro his postremis verbis legendum esse *rogasset*. Quis enim sensus esse potest, cùm dicis heredem qui post mortem suam rogatus est hereditatis suæ quartam partem restituere, videri de hereditate sua restituenda rogatum esse? An non ea locutio absurda & inepta est. Quare & *Accursius* ipse Iurisconsulti sententiam, magis quàm vim verborum intelligens, verba illa, *atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset*, de rogantis hereditate interpretatur, quod à dictionis illius *sua*, proprietate adeò abhorret, & à latini sermonis ratione, vt nihil dici possit alienius. Si cui verò duriusculum videatur quod emendamus, *rogasset*, cùm in præcedentibus verbis nulla testatoris mentio facta sit, cogitare is debebit non dissimili locutione vsum esse Marcianum in principio §. iis verbis *perinde habendum atque si rogasset hereditatem restitui*: quæ ad alium, quam testatorem referri non possunt, vt & ipsa legis sententia probat, & quod Vlpianus de eadem quæstione eodémq. sensu pluribus verbis scribit in *l. ex facto. 17. in prin. ff. ad S.C. Trebell.* *in l. si quis institutus. 23. §. item si conditioni D. de hered. inst.* † Erratum etiam est in postremis §. verbis, & le- 5
gendum *curatores* non *procuratores*. Tractat enim eo loco Pomponius de herede instituto sub conditione cui parere non possit, quòd in alterius fortè factum, aut in quendam casum collata sit. Et ait tunc postulantibus creditoribus cōstituere Prætorem, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditáque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere iussurum, & interim, id est, quandiu bona possidebuntur, necdum vendentur, ea, quæ vrgebunt per curatores distrahi curaturum. Solet enim hoc casu curator bonis dari, non procurator, cùm nemo dominus sit, qui procuratorem constituere possit. *l. 1. & 2. D. de curat. bon. dand.* aliísque locis quos in hanc rem *Accursius* citat, vt facilè ex eo appareat legisse illum *curatores*: quomodo & in §. *seq.* cùm in quibusdam libris scriptum sit *per procuratorem soluendum ac dilaturum*, in aliis emendationibus legimus *curatorem*

uato fortassis etrure ex particula illa,*per*, quam bre-
ui nota scriptam cùm quidam existimatent signifi-
care *pro*, eceperunt legere *procuratores*: deinde,vt ea
lectio sensom aliquem haberet scripserunt *per procu-*
6 *ratores*.† In *l.si seruus.*108. *§ pen.de leg*,1. poto in illis
vetbis,*parum quidem aptè scribi*,legendum esse *apertè*
non *aptè*.Nam& sic quidam codices habent,& Afri-
cani sententiam esse, cùm in testamẽto scribitur,*Te*
Titi rogo,vt acceptis centum illum seruum manumittas,
vel Sempronio quid prastes,intelligendum esse heredis
fideicommissum vt pecuniam Titio præstet, quam-
uis id parùm apertè scriptum sit.Aptè quidẽ id scri-
ptum est,sed non satis apertè:quia propositis verbis
heres pecuniam Titio dare neque iussus neq. roga-
tus est. Erroris autem causa eadem fuit quæ in *d.l.si*
quis instituatur, quod in dictione illa *apertè*, syllaba
per,notata esset vnica litera *p*. & breuiter scripta. In
*l.cùm centum.*9.*D.de adim.legat*. manifestum est io il-
lis verbis,*siquidem voluit esse hac quinquaginta*. legen-
dum esse *centum quinquaginta*.sequitur enim, *centum*
quinquaginta debebuntur. Et mox, *sin verò quinquagin-*
ta tantùm deberi voluit , quinquaginta tamion debebun-
tur.Id enim Vlp. agit vt doceat tantum deberi quã-
7 tũ test itor voluerit.† Io *l.*1.*vers.planè.D de diuer.tẽp.*
praescrip. non dubito quin addita negatione legen-
dum sit, *Planè is, qui valetudine impeditur vt mandare*
possit,in ea causa est,vt experiundi non habeat potestatem.
Mouet me quod paulò antè lex ait experiundi po-
testatem non habere eum . qui neque experiri ipse
potest,neque alteri mandare vt experiatur. At qui
valetudine impeditur,vt mandare possit,is neque i-
pse experiri,neque alteri mandare potest. Necessa-
rio igitur consequens est, vt experiundi non habeat
potestatem. Idque adeò apertum est vt facilè appa-
reat ab imperito aliquo interprete detractam esse
negationem,quàm restituimus, cùm fortè homo il-
le minimè malus,sed parum bene loquendi peritus,
iis verbis , *qui valetudine impeditur, vt mandare possit*,
eum significari crederet , qui valetudine quidẽ im-
pediatur,sed ea tamen vt mandare possit.At contrà
dixit Vlp. *vt* pro *ne* modo loquendi Latinis omni-
bus,sed *Ciceroni* maximè familiari, quemadmodum
pluribus locis qui omnibus in promptu confirmari
facilè posset.Scio factum posteà esse,à politiori ali-
quo interprete, vt legi cœperit . *Is qui ea valetudine*
impeditur,vt mandare possit:quæ lectio receptę lectio-
nis sententiã sic immutat vt negationem quã deef-
se dicimus non patiatur.Sed præter id quod locum
hunc ab interpretib.corruptum esse vel ex eo intel-
ligere possumus, quòd in plerisque libris scriptũ le-
gimus *in ea causa est vt experiundi non habeat potesta-*
tem, pro eo quod nunc ante *d.vers.planè* in Pand.Fl.
legitur,*experiundi potestatem non habet*. Illud etiá me
mouet,quod io *d.vers.planè*.probabilius videatur tra-
ctare Vlpianum de eo qoi experiundi non habeat
potestatem,de quo & in præcedentibus loquitur,&
in sequentibus. Denique tota ea,lex est de eo qui
experiundi potestatem non habet,ac cui proinde v-
tiles dies, de quib. eo loco disputatio iostituitur,ce-
dere non possunt.Progreditur autem Vlpianus à fa-
cilibus ad faciliora hoc modo:Is,inquit,experiundi
potestatem non habet, qui vel apud hostes, vel in
vinculis,vel Reip.causa abest, vel tempestate in ali-
quo loco detinetur,vt neqoe experiri,neque man-
dare possit. Illud verò apertius est,eum,qui valetu-
dine impeditur,vt mandare possit, experiri nõ pos-
se.Hoc autem cur apertius est? Nimirum,quia diffi-
cilius credatur eum,qui Reip. causa absit,mandare
non potuisse, quàm eom, qui valetudine impeditus
est vt id faceret.Verùm illud vtique neminem fugit
hoc est,omnium apertissimum est,experiundi pote-
statem non habere eum, qui Prætoris copiam non
habeat, quoniam experiri de iure suo nisi apod Præ-
torem non potest.†In *l.solidum.*85.*D.de solut*.iampri-
dem obseruaui restituendum esse receptæ lectionis
inuersum ordinem,& sic legendum, *Solidum nõ sol-*
uitur non minus die,quam quantitate.Nam certè minus
soluit,qui tardiùs soluit,& tempore sicut quantita-
te minus soluitur.*l.vt si cui.*12.*§.vlt. D.de verb signifi.*
Ridicula verò esset sententia & indigna omnioo e-
legantia Callistrati,si quis diceret solidum oon sol-
ui,non minus quantitate,quàm die. Quis enim de
hoc dubitet ? Sed postea comperi *Petrum Fabrum*
singularis eruditionis & existimationis virum, iuris
scientia & clarissimorum honorum gloria præful-
gentem , locum hunc iam ante nos eadem omnino
felicitate,& ratione emendasse. Quo nomine tan-
tùm abest,vt obseruati erroris,& elegantis emenda-
tionis laudem nobis peremptam esse doleamus,
quin potius gloriemur, idem nobis hac in re , quod
tanto viro iudicium extitisse . idque his nostris scri-
ptis publicè testatum facere voluimus,vt debuimus,
ne in plagij crimen quod bene natis omnibus
maximè fugiendum putamus, vltrò incidisse vide-
remur.

CAPVT XIX.

Indicantur Triboniani additiones quibus-dam Digestorum locis.

SVMMARIA.

1 *Plerosque iuris veteris locos a Triboniano interpola-tos & immutatos esse.*
2 *Varia & elegantia de dotis profectitia exactione , in* l.si cùm dotem.sol.matrim.
3 *Indicatur Tribonianismus* in d. l. si cùm dotem. §.si maritus *vsque ad* §.item pater furiosæ.
4 *Qua occasione Tribonianus dictum locum interpola-uerit?*
5 *Indicantur verba à Triboniano adiecta in* l. in tem-pus. §. 1. de hered. insti. *& in* l.29. ff. ad S.C. Treb. *& huius legis sententia enarratur.*

REctè † ac verè doctissimi plerique ætatis nostræ 1
Iurisconsulti obseroarunt moltos iuris veteris
locos à Triboniano pro arbitrio interpolatos esse,
& immutatos, quibusdam verbis , atque interdum
sententiis iotegris vel additis,vel detractis,vel deni-
que intermixtis. Quod quãquam permultis aut pa-
rum aut nihil curandum videtur,quorum imperitia
& negligentia cæterorum eruditioni atqoe diligẽ-
tiæ fortassis velit inuidere,ego tamen non solùm ad
diligentiæ laudem, sed etiam ad ipsam iuris io quo
versamur cognitionem assequendam valde referre
arbitror,vt sciamus qoid quoque loco ab ipsis iuris
authoribus scriptum sit, quidve in eorum responsis
à Triboniano immotatum.Atqoe huius quidem rei
exempum elegans , & vt mihi videtur,non obscurũ
indicaui superiore libro,in interpretatione *leg.actio.*
47.*D.de neg.gest*. Sed addam hoc capite alia plera-
que,nec obscuriora, meo iudicio, nec ohseruatione
indigniora,quę à nemine adhuc animaduersa fuisse
non minus miraodum sit , quam mihi quòd ea pri-
mus obseruauerim gratulandum.† In *l.si cum dotem.*
22.*D.solut matrim.* manifestum est, Vlpianum eius 2
ea lex

ea lex est, nihil aliud agere quàm vt tractet & doceat
à principio vsque ad *§. transgrediamur*, cui compe-
tat profectitiæ dotis restituendæ exactio, patrine, an
filiæ: hic casibus quibus vtriusque voluntas, & con-
currere non potest. Etsi enim dici solet communem
esse patris, & filiæ dotis profectitiæ repetitionem, ta-
men id perpetuum non est. Quid enim si cum dotem
daret pater, in vnum duntaxat casum pepigerit, sibi
reddi, puta in diuortium vel in mortem? Nemo du-
bitat quin in alium casum in quem non pepigit, mu-
lieris non patris sit actio. Aut quid si post solutum
matrimonium, ac citra patris voluntatem maritus
dotem, soluerit filiæfamilias, non perditutæ sed ex
iustis causis, fortè vt liberis aut fratribus egentibus
contulerit, vt eos ab hostibus redimeret, in eásque
res dos consumpta sit, quis dicat patri aut eius here-
dibus vllam dotis nomine actionem superesse? Quid
item si pater filia absente de dote egerit, omissa sa-
tisdatione quæ interponi debuerat de rato, deinde
filia patri heres extiterit. aut ab eo tantum in legato
acceperit quantum dotis nomine satis esset, an non
æquissimum sit compensari ei in dotem quod à pa-
tre accepit, vt si aduersus maritum agere velit doli
mali exceptione repellatur? At ex contrario si patri
propter condemnationem Romæ, vbi dos petatur,
esse non liceat, cur non admittamus filiæ dotis nomi-
ne satisfieri oportere, si modo caueat rem patrem ha-
biturum? Quid item si patris persona tam turpis sit,
vt vereri debeat iudex ne acceptam dotem malè
consumat, atque ideò filia latitet ne tali patri con-
sentire cogatur, atque vt potius per absentiam ei ve-
recundè contradicere videatur? Quis eo casu patrem
patri agere permittendum citra filiæ voluntatem?
Rursus, quid si constante matrimonio filia furere
cœperit, ac diuortij causa pater nuncium miserit?
At non ei concedendum est, vt soluto per diuortium
matrimonio sibi filiæve suæ dotem reddi intendere
possit? Quid contrà si pater ipse furiosus existat, nec
curatoris sit copia? (sic. n. legendum est, non *culpa*)
Cur non filiæ liceat agere, ita vt caueat de rato,
quemadmodum si ab hostibus pater captus esset?
Hi omnes casus sunt quos *dict. leg. si cum dotem.* Vl-
pianus sigillatim & recto ordine prosequitur, bre-
uibúsque ac elegantibus verbis & sententiis quid
iuris in singulis statuendum sit explicat & demon-
strat. Neque aliud quicquam ab eo tota illa lege
tradita arbitror vsque ad *dict. § transgrediamur*, nisi
quod in *§. eo tempore*, apertissimè monuit eo tempore
patri consentire filiam oportere, quo lis contesta-
tur: atque adeò si quæ prius dixerat se consentire
ante litis contestationem voluntatem mutauerit, aut
emancipata sit, frustrà patrem acturum, nisi nouus
filiæ consensus accedat. † Nam intermixtæ illæ
3 quæstiones. An propter superuenientem furorem
alterutrius coniugum, aut ex eo quòd à marito vxor
negligatur, vel dotem maritus dissipet, dotis repe-
titioni locus esse possit, & cætera huiusmodi quæ
tractantur *a §. si maritus. vsque ad §. item pater furio-
sæ.* Ea inquam omnia tam apertè Tribonianum re-
dolent, & ab Vlpiani elegantia abhorrent, vt nihil
mihi videatur dici posse apertius. Etenim præter id
quod ex disputationes à præcedentibus & sequenti-
bus omnibus prorsus alienæ sunt, & discrepantes, i-
psa quoque orationis structura longis verborũ inu-
sitatorum ambagibus nouisque & parum eleganti-
bus loquendi formulis referta & inuoluta se prodit
satis. Neque puto, de illo quisquam dubitabit, qui
eum textum cum Iustiniani Constitutionibus à Tri-
boniano compositis conferre velit, & illud etiam a-
nimaduertere, Imperatoris nouum ius constituentis,
potius quàm Iurisconsulti de iure respondentis vide-
ri verba illa, *licentia erit compoti mentis personæ*, itémq.
illa sequentia *tunc licentiam habeat*, quæ imprudenti
Triboniano neque ad id quod agebat satis attendē-
ti excidisse videntur. †Sumpsit verò ille occasionem 4
hæc intermiscendi ex eo quod in *d. §. item pater.* Vl-
pianus de patre filiæ furiosæ loquitur, quem nuntiu
mittere posse, & filiæ nomine diuortium facere bre-
uiter, & quasi extra rem docet: quoniam, vt diximus
tota ea lege tractat de dote soluto matrimonio, re-
petenda, solui verò matrimonium non posset nisi
patri furiosæ filiæ nuntium mittere liceret, cum filia
quæ propter furorem sensu carere intelligitur, mit-
tere ipsa non possit. Sed cogitare Tribonianus de-
bebat, planè diuersum esse tractatum, si quis quærat,
cùm maritus, vel vxor constante matrimonio furere
cœperint, quid faciendum sit, & an ea iusta diuortij
causa esse videatur. De quo tamē nec dubitandi cau-
sa vlla erat Vlpiani temporibus, quibus libera erant
diuortia, adeò vt furiosæ quoque vxori maritus, &
contrà furioso marito vxor repudium mittere pos-
set, vt idem Vlpian. ex Iuliano siue distinctione scri-
bit *in l. Iuli. vim.* 4 *D. de diuort.* Quamquam ea Tribo-
niani distinctio non est sine ratione, in eámque rem
certum ac speciale ius constitui non erat inutile, si
accommodatiore loco id Tribonianus fecisset. Sed
& in præcedenti *§. nec non illud quoque*, valde suspecta
mihi sunt verba illa, *ideoq; officium iudicis interponen-
dum est quatenus & filiæ & patri competenter consuletur*,
neque possum mihi persuadere ita locutum esse Vl-
pianum, sed potius Tribonianum cui familiare est
eas dictiones *quatenus & competenter* in Constitutio-
nibus frequentissimè vsurpare, quas vix ac ne vix
quidem eo sensu in Iurecõsultorum scriptis adeo-
que priorum Imperatorum responsis reperias. Ideq.
ferè mihi iudicium est de cæteris, quę in eo *§.* sequū-
tur, aut si quid est quod Vlpiani elegantiam sapiat,
id ego Triboniani additionibus, & distinctionibus
sic conspurcatum & immutatum esse arbitror, vt vix
dignosci possit † In *d. in tempus. 62. §. 1. D. de hered. inst.*
imperitè etiam adiecta est à Triboniano ea exceptio
*nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit reuelatũ pro
qua persona testator senserit.* Nam & verba ipsa Tribo-
nianum sapiunt, & ad regulam quam eo loco Mo-
destinus tradit, quoties non apparet quis heres in-
stitutus sit, institutiquē non valere, puta si testator
complures habens eodem nomine amicos ad desi-
gnationem vnius singulari nomine vtatur, non po-
tuit exceptio illa adiici, nisi eodem sensu acsi scri-
ptum esset, non valere institutionem, quoties nõ ap-
paret quis heres institutus sit, nisi appareat quis sit
institutus: quod quam ineptum & ridiculum sit, ne-
mo non videt. Præsertim cùm in apertissima volun-
tate testatoris nullus dubitationi locus reliquus esse
possit. Nec valde dissimile est quod idem Triboniа-
nus, vt arbitror, adiecit *ad l. si quis priore. 29. D. ad S.
C. Trebel.* iis verbis. *Et hoc ita intelligendum est si non a-
liquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit
scriptum.* Quod fiet manifestius si tota eius legis sen-
tentia breuiter enarretur. Scribit Marcianus, Si quis
priore facto testamento posterius aliud fecerit, in
eoque ex certis duntaxat rebus heredes instituerit,
superius testamentum rumpi, & tolli, nempe quod
instituti in certis rebus videantur ex toto asse insti-
tuti *l. coheredi. 41. §. vlt. D. de vulg. & pup. subst. l. 1. § si
ex fundo. D. de hered. inst.* Sed tamen si posteriore testa-

mento fideicommissi verbis testator expresserit velle se prius valere, teneri heredem scriptum ad hoc vt contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege falcidia hereditatē restituat his qui priore testamento fuerant instituti. Quod Imperatorū Seueri & Antonini ad Cocceium Campanum rescripto confirmatum est, cuius verba eo loco Marcianus refert, itémque Iustinianus *in § sed & si quis. Insta. quib. mod. testam. infirment*. vbi cùm Imperator scribit iussisse se inseri verba constitutionis, neque tamen exceptionem illam adiiciat, quæ in Marciani lege extat, facilè ex eo intelligitur, non esse verba illa, quæ tollimus, Imperatorum Seueri & Antonini, adeòque malè & perperàm adiecta esse, quoniam cùm secundo testamento inserta sunt fideicommissi verba, quibus vt valeret prius testamentum expressum est, fieri non potest vt aliquid specialiter contrarium eodem testamento scriptum sit. Nisi fortè stultum & ridiculum proponas testatorem qui sibi non constet, ac cui proinde interdicenda potius testamenti factio, quam repugnantes, & ineptas voluntates dictandi potestas danda esse videatur.

CAPVT XX.

De sententia, & emendatione l. item quod Sabinus. 17. §. vlt. & l. ex facto. D. de hered. instit.

SVMMARIA.

1 *Quam in partem veniat tertius sine parte heres scriptus, si testator dupondium non distribuisset?*
2 *Eandem rationem in diuidendo iuris asse seruari debere quæ diuidendorum inter coheredes plurium assium à testatore præscripta est.*
3 *Obiectio contra interpretationem* d. §. vlt. l. item quod Sabinus, *ab authore propositam.*
4 *Vera sententia* l. ex facto. 19. ff. de hered. instit. *contra Accursium & alios Interpretes.*
5 *Tolluntur verba irreptitia ex* d. l. ex facto. *& Antonij Augustini ad eam emendatio reijcitur.*
6 *Qua ratione motus Pegasus in* d. l. ex facto. *Sempronium ad vacantem portionem admiserit?*
7 *Ratio cur reiecta sit Pegasi sententia, & eius rationis explicatio.*
8 *Differentia inter speciem* d. l. ex facto, *& casum* l. item quod Sabinus. §. sed si. versic. aliter atque.

CErtissimi iuris est si testator primo asse expleto alium sine parte heredem scripserit, vocari eum, qui secundo loco scriptus est in secundum assem, ac duobus assibus iuris potestate ad vnum reuocatum fieri duos semisses, quorum vnum primus heres ferat, alterum secundus. Idque Vlpianus docet in *l. item quod Sabinus.* 17 *§. sed si ex asse expleto. D. de hered. instit.* nec vllam res habet dubitationem. † Sed si te-
1 stator dupondium distribuerit, & tertium sine parte heredem scripserit, quæstio difficilior est quam in partem venire debeat, vtrúmne in trientem, an in semissem, vt tantumdem habeat solus, quantum vterius, an quantum vterque eorum, qui ex duobus primis assibus sunt instituti. Quamquam enim Vlpianus apertè scribit hunc, qui tertio loco scriptus est, non in alium assem venire, sed in trientem, eámque fuisse probabilem Labeonis, Aristonis & Auli Cascellij sententiam, sunt tamen eruditi quidam viri, nec insubtiles quibus id falsum videatur, quíque probabilius putent non in alium assem venire eum, sed in tressem, hoc est vt illi interpretantur, in summam trium assium coniunctorum, ita vt huius summæ dimidiam partem solus ille habeat, altera dimidia reliquis duobus attribuatur. In quam sententiam ex eo precipuè mouentur, quòd queadmodum asse completo is qui sine parte nominatus est in alterum assem vocatur, réque ad vnum assem reuocata semissem aufert, ita, eodémque modo completo dupondio qui sine parte institutus est re ad assem vnum reuocata semissem quoque debeat obtinere. Indéque occasionem sumunt emendandæ vulgaris lectionis, & pro *trientem* reponunt *tressem*. Quod etsi doctissimis quibusdam viris probari scio, mihi tamen neque verum, neque probabile vnquam visum
est. † Cùm enim pluribus assibus à testatore inter 2
heredes distributis tota hereditas iuris potestate in vnum assem resoluitur, id semper ac diligenter obseruandum est, vt quæ ratio diuidendorum inter coheredes plurium assium à testatore præscripta est, eadem in asse iuris (sic enim appellare placet) diuidendo seruetur. Alioqui fieret contra testatoris voluntatem si iuris assem aliter diuideremus, quàm si de omnibus iis assibus, qui à testatore facti sunt, diuidendis ageretur. Inde verò fit, vt cum primo asse expleto testator transit ad dupondium, & Secudum sine parte instituit heredem, duobus illis testatoris assibus ad vnum iuris assem reuocatis, semisses fiant, quia eadem sit proportio semissis ad semissem, quæ est assis ad assem: ac vtroque casu tantumdem habeat Secundus heres, quantum Primus. Nam quemadmodum qui in primo asse instituitur sine parte ex toto asse institutus intelligitur: ita postea quam placuit posse testatorem, in quot velit asses hereditatem suam distribuere, qui expleto primo asse sine parte heres scribitur in toto secundo asse scriptus videtur, vt eadem ratio sit in secundo asse, quæ in primo: atque ideò sicut vnicuique assem integrum testator dederat, ita singulis semissem præstamus, ne inæquales assis partes demus iis quibus æquales hereditatis suæ portiones testator dedit. Et verò, quænam obsecro ei qui post completum primum assem sine parte scriptus est portio dari posset, nisi semis daretur? At si expleto dupondio Tertius sine parte instituatur, nulla ratio est, vt ei semissem demus, quem testator non in duobus assibus sed in vno duntaxat hoc est in tertio heredem instituit. Alioqui eueniret vt contra mentem ac sententiam testatoris tantumdem haberet ille solus, quantum Primus & Secundus simul, quibus tamen dimidio plus testator dedit, nempe duos asses. Tertio verò oon nisi vnum. Alia igitur ratio est eius qui sine parte in secūdo asse heres scribitur, alia eius qui in tertio. Illi enim testator tantundem dat quantum ei quē ex primo asse scripserat, huic vero tantundem duotaxat quantū Primo aut Secūdo, nō quantū doobus simul. Neque enim sicut in dupondio duplex as inest, ita in tertio asse duplea dupondium inesse dici potest. Et qui expleto dupondio heredem sine parte instituit, non transit ad quartum assem, sed ad tertium tantùm, quem expleri quoque necesse est priusquam quarti ratio vlla habeatur. Sic fit vt qui ex verbis testatoris tertium assem habiturus erat, ex eiusdem voluntate vnius assis ad quem tres illi reuocandi sunt trientem solum habeat, hoc est totius hereditatis quam in tres quoque partes ipse testator diuiserat,
partē tertiam.' † Nec ad rem pertinet quod Vlpianus 3
in *d. l. item quod Sabinus. §. vlt.* negat hunc qui expleto dupondio sine parte scriptus est, vocari in alium assem. Id enim non ita accipi debet vt non vocetur in tertium assem, sed sic potius vt dupondio in quo

primus

Primus & Secundus instituti fuerant ad vnum assem
reuocato, & in semisses diuiso, Tertius non admitta-
tur in alium assem, vt tantundem solus habeat quã-
tum ex duobus primis assibus instituti, sed trientem
duntaxat. Quæ enim ratio & proportio est tertij assis
ad tres asses, eadem proculdubio est trientis ad as-
4 sem: scilicet partis tertiæ ad totam hereditatem. † At
difficilior quæstio esse videtur, quam Vlpianus sub-
nectit in *l. ex facto. 19. D. eo. tit. de hered. inst.* Si quis va-
cua parte relicta, puta instituto Titio ex semisse, &
Mæuio ex quadrante duntaxat, nullo iis coherede
dato heredem ita instituerit. *Si mihi Seius heres non
erit* (quem non instituerat) *Sempronius heres esto.* An
hic occupare possit vacantem portionem, hoc est
an Sempronius ad eum quadrantem in quo nemo
est institutus admittendus videatur. Neque enim
dubito quin de Sempronio, non de Seio accipiẽda
quæstio sit, vt quæ sequuntur apud Vlpianum expli-
cant & probant. Sed tamen interpretib. nostris post
Accursium vulgo contra visum est, adeò vt in pro-
posita specie si de Sempronio quæreretur, eum pu-
tent ad vacantem portionem admitti debere, quo-
niam institutus sit sub ea conditione, *Si mihi Seius
heres non erit.* quæ haud dubiè, videtur extitisse, cùm
5 heres esse non possit Seius qui non est institutus. †
Atque hic error adeò communis est & inueteratus,
vt ex interpretum glossis in textum irrepserit, & ple-
risque libris legi cœperit *an hic Seius occupare possit
vacantem portionem,* ac si de Seio Vlpianus quæsisset,
qui certè non nisi de Sempronio dubitauit. Et quod
magis mirandum puto, imposuit ea res doctissimo,
& magni nominis Iurisconsulto *Antonio Augustino,*
qui cùm nullius dubitationis quæstionem esse vi-
deret si sic conciperetur, An Seius heres esse posset,
qui nullomodo esset institutus, putauit tollendã ne-
gationem ex primis illis institutionis verbis, *Si mihi
Seius heres non erit.* quòd ea sublata probabilius dubi-
tari possit, an ex ea cõditione delata Seio hereditas,
eiúsq. adeundæ potestas data esse intelligatur. Qua-
si verò tam imperitus iuris fuerit Pegasus, quem Vl-
pianus refert existimasse eum de quo quæritur ad
vacantem portionem admitti debere, vt crediderit
ex ea conditione, *Si mihi Seius heres erit,* induci Seij
institutionem. Cùm tamen certissimum sit non nisi
ciuilibus, directis, imperatiuis, & vt nostri loquuntur,
dispositiuis verbis institui heredem posse. *leg. Gallus.
29. § in omnibus. D. de libe. & posthum. l. si quis cum 16. §.
vlt. D. de vulg. & pup. substit. l. si quis sub conditione. 8. D.
si quis omiss. caus. testam.* Verum tamen est multò mi-
norem, adeoque absurdiorem fore dubitationem, si
quis ab Vlpiano quæri putet ex iis verbis, *Si mihi Se-
ius heres non erit,* Seius heres scriptus videatur. Ac
proinde multoque magis facias deridiculum Pega-
sum si putes ex eius sententia admittendum esse Se-
ium ad vacantem portionem tanquam institutum.
Vt vel ex eo maximè intelligi debeat, non de Seio,
sed de Sempronio apud Vlpianum disputari, ac do-
bitationis plenam esse quæstionem, de qua diuersæ
& discrepantes fuerint nobiliorum iuris authorum
sententiæ. † Nam quæ ratio ab interpretibus affer-
tur vt probent in specie de qua quærimus, Sempro- 6
nium admitti ad vacantem portionem, ea iam olim
mouisse Pegasum videtur, neque omnino improba-
bilis est, nempe, quòd illa conditio. *Si mihi Seius he-
res non erit,* existat, cùm Seius nõ est institutus, videa-
turque esse ex eo genere conditionum, quæ necessa-
riæ dicuntur, nec possunt non existere, cùm fieri nõ
possit, vt heres sit extraneus, qui scriptus non est. † 7
Sed Aristonem, Iauolenum, Pomponium, Arrianum
& Vlpianum, elegantior ratio mouit, vt Pegasi sen-
tentiam probare non potuerint. Illa nimirum quòd
huic Sempronio ea pars data videatur, quæ nulla est,
ac si scriptum fuisset, *Ex qua parte Seium heredem scri-
psi, si ille heres non erit, Sempronius heres esto,* quo casu
nemo dubitaret quin si nulla parte Seius heres scri-
ptus esset, nec Sempronius quoque institutus vide-
retur *l. 2. D. de her. inst.* Ea namque pars Sempronio
data est, quæ Seio data fuerat, proindéque nulla, cũ
Seio nulla data esset. Caue tamen ne Vlpiani ratio-
nem sic explices, vt Sempronius ideò non admitta-
tur, quòd substitutus sit in ea parte in qua nemo e-
rat institutus. Neque enim substitutum eum, sed in-
stitutum fuisse Vlpianus ait, & si substitutus propo-
neretur, minus elegans esset quæstio, minorisq. dif-
ficultatis, cùm substitutus dici nemo possit nisi qui
secundo gradu sit institutus, ac cui secũdo loco he-
reditas deferatur: quod hic in persona Seij manife-
stè non contingerat, ante quem nemo esset institu-
tus. At, quoniam institutus non substitutus propone-
batur, eò facilius sustinenda institutio videbatur, ne-
que ex eo solo infirmanda quòd Seius heres scriptus
non fuisset. Quod verò dici solet eam vulgaris sub-
stitutionis formulam esse, *Si mihi Seius heres non erit,*
ita verũ est, si Seius sit institutus. Alioqui certo cer-
tius est ei qui institutus non sit vulgariter substitui
non posse. Quod à doctissimis viris in huius loci
interpretatione obseruatum non fuisse miror. † 8
Caue etiam ne Sempronium hunc de quo quæri-
mus, similem esse dicas ei, qui asse iam expleto & di-
stributo ex reliqua parte scriptus est, quem ex nulla
parte heredem esse Vlpianus ait in *d. l. idem quod Sa-
binus. § aliter atque.* si ita scripsisset. Etsi enim neutro
casu institutio valet, diuersa tamen huius & illius
ratio est. Qui namque asse iam expleto ex reliqua
parte scriptus est, ideo heres esse nequit, quòd reli-
quũ nihil sit vt Vlpianus eo loco scribit. At in pro-
posita quæstione hereditatis partem à testatore va-
cuam relictam fuisse ponimus, in qua proculdubio
vtiliter institui Sempronius potuisset, nisi institutio-
nem ea ratio nullam faceret, quod ex testaméti ver-
bis illa testatoris voluntas fuisse videatur, vt non a-
liam hereditatis partem Sempronius haberet, quàm
quæ data esset Seio, cui tamen nulla data esse pro-
ponitur. Atque ita locum hunc satis alioquin ob-
scurum contra interpretum omnium opiniones ex-
plicandum arbitramur.



ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER VI.

CAPVT I.

De legatis ex vetere & nouo iure elegantia quædam needum ab interpretibus rectè explicata.

SVMMARIA.

1 *Duo tantùm præcipua legatorum genera olim fuisse, per vindicationem & per damnationem.*

2 *Quatuor præcipuæ differentiæ inter legata per vindicationem & legata per damnationem.*

3 *Cur res aliena per vindicationem legari non possit, per damnationem possit?*

4 *Legatario licere rem sibi per vindicationem legatam propria authoritate & sine heredis facto capere.*

5 *Legatum per vindicationem hereditate ex testamento non adita, non valere.*

6 *Eodem fundo per vindicationem pluribus legato, an a singulis legatarijs partes duntaxat sumantur, an verò singulis solidus debeatur?*

7 *Caij & Vlpiani in hac quæstione conciliatio.*

8 *Differentia inter legatarios re tantum, aut verbis tantùm, aut re & verbo coniunctos.*

9 *Re & verbo coniunctos legatarios siue per vindicationem siue per damnationem concursu tantùm partes facere.*

10 *Re eadem duobus separatim per vindicationem legata, singulos legatarios nonnisi partes viriles sumere.*

11 *Quando in legato damnationis coniunctim relicto locus sit iuri accrescendi?*

12 *In quo differant verbis duntaxat coniuncti ab ijs qui re tantùm coniuncti sunt?*

13 *De legatarijs re & verbo coniunctis accipiendam esse* l.duobus.85. de leg. 1. *&* l. coniunctim. 80. de leg.3.

14 *Differentia inter legatum damnationis, & legatum vindicationis pluribus separatim relictum, quoad ius accrescendi.*

15 *Vera sententia* §. si coniunctim *&* seq. l. planè.34. de leg.1.

16 *Perperam à nonnullis* d §. *emendatum fuisse.*

17 *Sententia* l.si ex pluribus.33.de leg.1. *& Triboniani in ea vestigium.*

18 *In quo sublata sit nouo iure vetus legatarum differentia.*

19 *Examinatur definitio legati à Triboniano tradita.*

20 *Indicatur veteris inter legata differentiæ vestigium in* l.80.de leg.2. *& in* l.à Titio 64.de furt.

21 *Cur iure nouo legatarius rei sibi legatæ possessionem propria authoritate accipere non possit?*

22 *Interpolatum esse a Triboniano* §. qui verò ex causa. l.1.ff.quod legat.

23 *An sicut vetere, ita & nouo iure homine vel genere per vindicationem legato legatarij electio sit, per damnationem vero heredis?*

24 *Multum olim interfuisse an tacitè, an expresè legata optio esset.*

25 *Explicatur* l.illud aut illud.19. ff.de opt.legat.

26 *An iure vetere optionis legatum conditionale esset, nec ad heredem transmitteretur?*



ARIAS olim fuisse legatorum formulas ac differentias easque omnes Constantini & Iustiniani legibus sublatas esse, vt hodie legatorum omnium, vna eademque sit vis & substantia, nemo est qui ex Vlpiani titulis, Pauli sententiis, Caij & Triboniani Institutionibus non didicerit. Sed & quæ & quales fuerint eæ differentiæ. quæve ab Imperatoribus natura legis omnibus tributa sit, nescio an rectè & diligenter ab vllo interprete hactenus explicatum sit: ob eámque rem operæpretium visum est si de illo à no-
bis disputatio hoc capite instituatur.† Quanquã au- 1
tem quatuor legatorum genera fuisse traditum est, Vindicationis, Damnationis, Sinendi modo, & Præceptionis, mihi tamen attentius intuenti duo tantũ probantur. Eorum scilicet quæ per vindicationem & per damnationem dicebantur. Cætera verò quæ sinendi & præceptionis modo fiebant, priorum species fuisse arbitror & differentias, potius quam distincta genera & separata. Constat enim vindicationis verbo concipi solitum fuisse præceptionis legatum, neque à legato vindicationis differentiam aliã habuisse, quàm quòd per vindicationem legari cuilibet poterat, per præceptionem verò non nisi vni ex heredibus. Formulam autem quæ in legatis per sinendi modum vsurpabatur, eandem fuisse quæ in legatis per damnationem, nisi quod sinendi verbum adijceretur, cuius vis ea esset, vt legati modo eæ duntaxat res legari possent, quæ testatoris propriæ essent aut heredis, nempe quod non nisi frustrà & ineptè damnaretur heres sinere vt alienam rem legatam legatarius haberet, quam ne haberet prohibere non potuisset: Cùm tamen si sinendi verbum adiectum non fuisset, heres alienam rem dare damnatus eam redimere, aut si voluntate domini vel iusto pretio id facere non posset eius pretium, & æstimationem præstare cogeretur. Dicemus igitur tantùm de legatorum Per vindicationem & Per damnationem differentiis, quæ obscuriores erunt, & difficiliores.† Eas verò quatuor præcipuas fuisse anim-
aduerti, quarum prima illa erat quòd per vindica- 2
tionem legari duntaxat poterant testatoris res, quæ in rerum natura essent. Per damnationem verò res omnes, atque adeò eæ quas nondum natura produxisset, si

disset, si modò separentur, puta *Quod ex illa ancilla natum erit, aut fructus, qui ex illo fundo nascentur.*
Secunda, quòd per vindicationem legatæ res statim & ipso iure fiebant legatarij mortuo testatore, ita vt non expectato herede rem legatam propria authoritate vindicare & occupare ei liceret. Cùm tamen is cui per damnationem legatum erat per manus heredis legatum accipere cogeretur, neque legatario vlla in rem ipsam actio, sed ex testamento tantùm in heredis personam competeret. Tertia, quòd eadē re plurib. per vindicationē legata distinguebatur, an coniunctim, an disiunctim seu separatim, hoc est an vna pluribúsve orationibus legata esset, vt posteriore casu solidum legatariis deberetur, altero verò cōcursu partes fierēt quēadmodū Vlpianus scribit. At si per dānationē eadē res plurib. legata esset, si cōiunctim quidem partes duntaxat viriles præstarētur, si verò disiūctim & separatim cōcursus nullus fieret, sed heres vni rē alteri æstimationē deberet. Quarta denique, φ si cui generaliter homo aut alia res per vindicationē legaretur, legatarij erat electio vtrā petere & vindicare vellet. Si verò hominē aut gen⁹ aliud heres dare dānatus fuisset, optionem habebat vtrā ex plurib⁹ specieb⁹ præstare mallet. Atque hæ omnes differētiæ, & si quæ aliæ fuerūt, licet ex verbis potissimū descedere videbātur, nō tamē ex nudis verborū differētiis, sed ex ipsa etiam testatoris volūtate proculdubio dimanabāt, cùm vt plurimùm id quisq. demùm voluisse videatur, φ verbis expresserit. † Nā, vt primā repetam⁹, ex illis verbis quib⁹
3 legatū per vindicationē cōcipi solebat, *Do lego, capito, sumito, habeto, vindicato*, apparet sanè testatoris ita legātis volūtatē eā esse vt post ei⁹ mortē legatari⁹ confestim legati dominiū & possessionē cōsequatur, eoque nomine vindicationē habeat, quæ nō nisi domino ad auferēdā possessionē datur, adeò vt in eā rem nullo heredis facto opus sit, cū quo scilicet testator nō est locut⁹. Atqui ratio iuris minimè patitur vt ei⁹ rei dominiū à testatore in legatariū trāsferatur, cuius testator ipse dominus non erat ne alioqui pl⁹ in aliū iuris trāstulisse eū dicam⁹, q̄ ipse habuisset. Sūma igitur ratione fiebat vt neq. aliena res, neq. ea, quæ nōdū in rerū natura existeret, hoc legati genere relinqui posset, quia nec in alienā rē, nec in eā, quæ non sit, cadere possint solemnia illa vindicationis verba. *Hāc rē ex iure Quiritū meā esse aio.* Cùm verò p damnationē legatū est, nullum testator legatario ius tribuit in re aut ad rē ipsam quā legat, nec cū legatario loquitur, sed tantùm obligat & dānat herede ad quē verba dirigit vt ex testamēto eā rē præstet quæ legatur. Vnde fit vt tā aliena res, q̄ ea quę nondū in rerū natura sit, & aliæ id genus quarū dominiū tā citò legatari⁹ nācisci nō potest, quæq. ideò per vindicationē legari nō possent, hoc tamē legati genere vtiliter relinquantur, quoniā aliud est præstari quid ab herede, aliud à legatario vindicari: hinc difficilius, illud facilius est. Et si quādo cōtingit rē ipsā quę legata est ab herede præstari nō posse, ad æstimationis præstationē quæ nūquā difficilis est, recurrimus, vt vice rei cedat. Hinc porro cæteræ etiam differētiæ fluxerunt, quas suprà retulimus. Fieret enim contra testatoris voluntatem si legatarium vindicationis per manus heredis legatū accipere cogeremus cui testator nulla facta mētione vindicādi facultatē iúsq. cōcessit. Nec miretur quis dominium hoc casu sine traditione ac nuda quodāmodo testatoris voluntate in legatarium trāsferri. Nō enim nuda volūtas dici potest, quę legis authoritate cōfirmatur. Eadē verò lex, quæ supremas defunctorū volūtates confirmat ac cuius potestas tāta est quātā esse publicè expedit, sicut cætera omnia, ita dominiū trāsferre sola potest & inter sex illos veteris iure Quiritiū dominij acquirēdi modos ab Vlpiano in Tit. enumeratur. † Nec rursus obijci possit, 4
nō esse permittēdū legatario propria authoritate legatū capere, ac sibiipsi eūdē nā locū ius dicere. Frustra náq. heredis volūtatē requirat legatarius, cui potestas à testatore facta est sic ut q. potuit legatū sine aliquo heredis facto occupādi. Ac tū demū inciuile esse dicimus rē legatā sine traditione, & volūtate heredis ad legatariū peruenire, cū ea testatoris voluntas fuit, vt ab herede præstaretur, quēadmodū in legatis p dānationē cōtingit. † Quod aute ex Caio diximus 5
nō esse expectādū heredē, vt φ p vindicationē legatū est legatario acquiratur, nō sic accipiēdū est, quasi huius generis legata valeant, quāuis posteà ex testamēto hereditas adita nō sit (Certissimū.n. nō valere: & irrito facto testamēto irrita quoq. fieri omnia quę in eo relicta sūt) Sed id significare voluimus, Si quādo cōtingat ab herede scripto adiri hereditatem ex testamēto, legati vindicationē quā antè legatarius fecerit perinde valere ac si post hereditatis aditionem facta esset: quia eā fuisse testatoris volūtatē ex legati verbis dignoscimus. Eadēq. testatoris volūtas facit vt multū referat an pluribus eadē res per vindicationē an per dānationē relicta & cōiunctim disiunctimve legata sit. † Qui.n. per vindicationē disiūctim legat, 6
is vnicuiq. ex legatariis dominium rei legatæ in solidum tribuit, vt non malè Vlpianus scripserit singulis legatariis solidum deberi, scilicet ex testamenti verbis, & iudicio testatoris. Sed quoniā fieri nō pot vt eiusdē rei dominiū duob. in solidū acquiratur, duplex hoc legatū ita interpretamur, vt quib. singulis testator totū fundū dedit, iis iā inde ab initio semisses tātū dedisse videatur. Et quēadmodū cū expleto primo asse testator transit ad dupōdiū, vtrūque p. ex heredib. in toto asse instituisse intelligitur, ita tamē vt iuris potestate duo asses ad vnū reuocentur, & singuli in semisses resoluātur *l. interdū. 13. §. paterfamilias. l. itē qđ Sabinus. 17 §. sed si asse expleto. D. de her. inst.* Sic eū, qui toto fundo ā vni legato eūdē alteri solidū legat, veluti fundi duplicis rationē habere dicimus, vt si rerū natura pateretur singuli legatarij solidū fundū perciperēt ex eius volūtate, quæ tamē cū effectū sortiri nequeat, pper difficultatē, aut potiùs, si dicere liceat, impossibilitatē præstationis, inde nimirū fit vt iuris potestate duo illa eiusdē fundi legata ad vnū reonluātur, & nō iā singulos fundos singulis legatariis, sed vnicuiq. dimidiā dūtaxat datā interpretemur. Rationi hāq. apprimè cōsentaneū est, vt defunctorū volūtates quæ sine legis authoritate valere nō poss̄t, ad id scil. tēpus collatæ quo rerū suarū dominus amplius nemo est, iuris potestate ac veluti tēperamēto ad eū modū redigātur, quo effectum sortiri possint. † Quod igitur Caius scribit eadē re plurib. 7
per vindicationē disiunctim legata, partes dumtaxat sumi à legatariis, cōtrariū nō est ei φ ex Vlpiano retulimus solidū singulis deberi. Lōgè siquidē differētia hæc sunt, Deberi, & Sumi. Nā deberi singulis fundū integrū cū dicimus, ad testatoris iudiciū & voluntatē respicimus. Sumi verò tātū partes adijcimus, vt eū effectū significemus, quē sortiri testatoris volūtas potest. † Ex quo intelligere licet, quāta inter cōiunctos legatarios differētia sit, si aut re tātū, aut verbis 8
dūtaxat, aut re & verbis cōiuncti proponātur. Si.n. re tātū cōiūcti sint, ea locū habēt quæ diximus, vt legatarij qui ex testamēti verbis singulis totū fundū haberēt, si fieri id posset partes dūtaxat viriles sumant nō ab ipso testatore, sed à iure necessitate cōfectas.

N

Quòd si nõ nisi verbis eos testator cõiunxerit, necesse est iã inde ab initio partes iis testamẽto factas esse, quoniam vt ingeniosissimè ante nos *Goueanus* obseruauit, verbis tantùm coniungi non possunt nisi quibus testator æquas partes adscripsit hoc modo, *Titio & Seio fundum pro æquis partibus do, lego. l. penul. D. de vsufru. accresc. l. re coniunctis 89. de legat. 3.* Nisi fortè proponas communi plurium seruo legatum esse, quod cùm fit sicut legatum dominis acquiritur, ita coniuncti domini videntur non re, sed verbo tan-
9 tùm, nec pro æquis, sed pro dominicis & inæquis portionibus, *l. & Proculo. 20. de legat. 2.* † At si re & verbo coniuncti sint legatarij, siue per vindicationem siue per damnationem, dici non potest partes eos ab initio habere quibus testator totum legauit, ac quorum singulorum ratione testatoris voluntas effectum sortiri potest, quousque alter alteri cõcurrat: neque enim hoc casu separatim singulis solidum fundum præstari testator voluit, cui voluntati ipsa rerum natura, & consequenter lex quoque resistit: sed duobus simul eundem fundum legauit: in quo nihil est absurdi aut incommodi prius quàm legatarius quisque fundum solidum vindicare, aut ex testamento petere velit. Quare nec ratio aut necessitas vlla est propter quam ius interponere debeat, vt quibus testator totũ fundum dedit, iis partes duntaxat adiudicet. Alioqui ne à testamenti verbis recederetur, dicendum esset vi & potestate iuris in id reduci legatum, ac si Titio & Seio fundi semis legatus esset, vnde fieret vt ex iis quisque dimidia parte minus perciperet quàm ei legatum esset. Non enim possis dicere ita interpretandum legatum ac si Titio & Seio fundi semisses legati essent. Nam cùm testator in eo legato fundi mentionem semel duntaxat fecerit, certè vel nullo modo vel in vnum duntaxat semissem fundi legatum resolui necesse est. Quid enim inter fundum & duos fundi semisses interesset? Neque sane vnquam reperias resolui assem vnum in duos semisses, sed ita demum duos semisses fieri si in duos asses testator hereditatem distribuerit: nec proinde fundum vnum semel legatum in duas dimidias reduci, sed tunc tantùm cùm duobus duplici legato idem fundus datus est. Quo casu non vt vulgo creditur partes per concursum fieri possunt, sed iam inde ab initio testatoris voluntatem lex adiuuat, & partes facit, vt legatum valeat, quod alioqui propter legatariorum concursum, qui in ipsa datione fit non valeret. Idque est quod Vlpianus doctè voluit in *l. Titul. D. de legatis.* multum interesse an coniunctim an disiunctim pluribus per vindicationem eadem res relicta sit, & vno casu solidum cuique deberi, id est vt explicauimus, singulis ab initio iuris potestate partes fieri: altero verò partes fieri duntaxat per concursum. Quam differentiam non agnoscunt neque explicant, qui vtroque casu partes concursu fieri arbitrantur: neque animaduertunt in genere legatorum per damnationem idem contingere, vt si quid pluribus coniunctim relictum sit, singulis legatariis pro parte virili duntaxat legatum debeatur, quibus tamen singulis tota res hoc est vni res ipsa alteri æstimatio præstanda esset si disiunctim & separatim legatum fuis-
10 set. *l. duos. 14. D. de vsufruct. leg.* † Nempe aliud est legatam esse rem duobus simul, aliud verò legatam singulis separatim. Etsi autem in legato per vindicationem illud iuris est, vt siue coniunctim siue disiunctim legatum sit, ius accrescendi locum habeat, quia neutro casu partes testator fecit, quæ verò iuris potestate factæ sunt, ex voluntatem testatoris ex qua ius accrescendi æstimandum ac metiẽdum est non impediunt. Attamen eius differentiæ quam Vlpianus tradit effectus ille erit, vt legatarius quisque partem tantum rei legatæ vindicare possit ac si non nisi semis legatus esset quibus eadem res tota separatim legata est. Cùm si coniunctim legatum esset solidam quisque rem vindicaret, nec nisi concurrente altero legatario parte contentus esse cogeretur. Quod satis apertè Caius docet cum legatorum per vindicationem & per damnationem similitudinem illam esse dicit quòd eadem re pluribus legata partes tantùm sumunt legatarij. Nemo autem dixerit quemque ex iis quibus eadem res per damnationem coniunctim legata est, totam rem ex testamẽto petere posse. Alioqui cùm prius agenti data esset, alteri eiusdem rei æstimatio præstari deberet, vt fit re
disiunctim legata quod tamen secus est. † Vnde eiã 11
moueor vt putẽ in legato damnationis coniunctim relicto, non minus quàm in legato vindicationis iuri accrescendi locum esse si fortè vnus ex legatariis legatum repudiauerit, aut ante diem eius cedentem decesserit. Perpetuò enim verum est quod recentiores iuris magistri tradiderunt toties inter legatarios iuri accrescendi locum esse, quoties ab initio qui primus egit minus percepit aut agendo minus percepisset quàm ei à testatore relictum esset. Illa verò cautio duntaxat diligenter adhiberi debet, ne ipso testatore liberaliores simus, hoc est ne totum demus ei cui testator partem tantũ dedit, nève partem augeamus eius, qui ex testamenti verbis & defuncti iudicio minorem consequi debeat. Quæ ratio facit vt inter eos qui verbis tantùm coniuncti sunt iuri accrescendi locus esse nunquam possit. Ita enim fieret contra voluntatem, quòd ex voluntate proficiscitur, & ineptus esset qui totum daret ei, cui testator disertis verbis non nisi partem dedit: cùm vt suprà diximus verbis coniuncti dicantur non etiam re, quibus testator eiusdem rei partes æquas ad-
scripsit. *d. l. re coniunctis.* † Atque in eo differunt qui 12
verbis duntaxat ab iis qui re tantùm coniuncti sunt, quòd quanquam omnes ab initio partes habẽt nõ expectato concursu, hi tamen eas habent quas iuris potestas fecit: illi verò non à iure, sed à testatore factas petunt, vnde illa etiam manat differentia, quæ pertinet ad ius accrescẽdi. Ergo quod Vlpianus scribit in *l. plané. 34. §. si coniunctim. de legat. 1.* si coniunctim legetur partes ab initio fieri, nec solũ eos partem facere in quorum persona legatum constitit, sed eos quoque in quorum persona non constitit, putà si quis Titio, & seruo proprio sine libertate legauerit, de iis legatariis proculdubio accipiendum est qui verbis tantum coniuncti sunt, quod diximus partes habere ab initio datas, ob eámq. causam nullo vnquã casu inter eos accretioni locũ esse. Nec me mouet quod in contrariam, vt videtur, sententiam,
†Celsus scribit in *l. coniunctim. 80. de leg. 3.* Coniũctim 13
heredes institui aut coniunctim legari hoc esse, totam hereditatem, & tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. Non enim de verbo tantum coniunctis id accipiendum est, quibus ab initio semper partes dantur, neque rursus de iis quibus disiunctim eadem res legata est. Sunt enim hæc plane differentia, Legari quid coniunctim, & legari disiunctim. *§. si eadem res. Instit. de legat.* At tametsi iis quibus disiunctim eadem res legatur, singulis tota res datur, disiunctim tamen non coniunctim datur, atque ideò non concursu, sed statim partes fiunt ne alioqui concurrere necesse esset eos, quibus testator ne concurrerẽt disiunctim, & separatim legauit.

Superest

Superest agitur vt ad eos legatarios eo Celsi sententia referatur qui re & verbo coniuncti sint. De quibus etiam accipiendum est, quod Paulus respondit in *l. duobus. 85. de legat.* 1. fundo duobus coniunctim legato, si alter ex iis partis æstimationem per actionem personalem abstulerit, alterum si totum fundũ vindicare velit, exceptionẽ doli pro parte dimidia repelli. Id enim probat ratio, quæ sequitur *quia defunctus semel ad eos legatum peruenire voluit*, quæ ad eos legatarios accomodari non potest quos testator verbis disiunxit, ac quibus eandem quidem rem sed tamen duplici legato reliquit. Videbatur autem in ea specie totum fundum peti posse ab eo cuius legatum cõcursu collegatarij, qui nullam fundi partem, sed partis æstimationem abstulerat, minor amplius non posset. Sed tamen cum partem ipsam habere videatur is cui partis æstimatio præstita est, fieret contra voluntatem, si tota res daretur vni, quam duobus simul, & tantùm semel per vindicationẽ testator dedit, ac præterea partis æstimatio alteri præstaretur. Nam de legato vindicationis non damnationis loqui eo loco Paulum apparet ex iis verbis, *si*
14 *fundum totum vindicare velit*. † At neque eorum opinio placet qui Vlpian. in *d. §. si coniunctim.* de legato per damnationem intelligunt: quia quod ad ius adcrescendi attinet, nulla inter ea legata differentia est nisi cùm eadem res pluribus disiunctim & separatim fuit legata: quo casu vni rem, alteri pretium rei præstandum esse iam suprà ex Caio & Vlpiano diximus, si per damnationem legatũ sit, partes verò ab initio iuris potestate fieri, si per vindicationem, ideoque posteriore hoc casu iuri accrescendi locum esse, illo non esse. † Nõ est etiam sententiæ nostræ contrariũ,
15 quod in *d. §. si coniunctim*, Vlpianus ex Iuliano subiicit, Si quis in pupillari testamento alij eandem rem legauerit quàm mihi in suo testamento dederat, concursu partes nõ habere. Quanquam enim de legatariis re tantùm coniunctis Vlpianum loqui apertissimum est, in ea tamen specie verum esse non potest quod volumus partes ab initio inter eos fieri, cùm vni purè, alteri sub conditione pupillaris substitutionis legatum esse proponatur, & ad faciendas partes legatariorũ concursum expectari necesse est, qui si vtrumque legatum purum esset, expectari minimè posset. Quæ vera eius loci sententia, & elegantia est. Cui consequens est quod apud Vlpianum sequitur, interim igitur hoc est pendente conditione pupillaris substitutionis, & viuo pupillo partem habere me, cui paterno testamento legatum est. Eam, inquam partem de qua quæstio est, id est, quæ existente pupillaris substitutionis conditione ad collegatarium esset peruẽtura. † Nam de alia parte quis
16 dubitaret? vt proinde necesse non sit textum emendari, quod à quibusdam factum video, qui pro eo quod Vlpianus scripsit *partem*, legunt *totum*. Idem enim vtriusq. lectionis sensus est, quandiu non concurrit is cui in testamento pupillari legatum est, eius partem habere me cui totum legatum est. Quod tamen protrahendum non ad eos quibus dupli ci legato eadem res purè legata fuit, ipsa Vlpiani verba non obscurè demonstrant, sicut & *Gomezius* ad eum locum interpretationem omnino refellunt. Putat enim ille Iurisconsulti sententiam hanc esse vt re coniuncti partes ab initio sibi faciant, séque mutuò impediant ne vnus fundum totum petere possit quandiu alter petere potest, quod quanquam in re tantùm coniunctis verè dicitur, tamen ab eius loci quæstione & interpretatione omnino alienũm est: cùm Vlpianus scribat partem fieri etiam ab eo, qui nunquam possit concurrere hoc est à seruo proprio, cui sine libertate legatum est. At qui re & verbis coniuncti sunt, mutuò sese non impediunt, quominus qui primus agit totum legatum consequatur quandiu alter non concurrit, licet concurrere possit. *d. l. coniunctim. 80. de leg. 3. l. vnic. §. vbi autem. C. de cad. toll.* † Et quod scriptum est à Paulo in *leg. si ex* 17
pluribus. 33. de leg. 1. Si pluribus eadem res coniunctim legata sit, etiamsi alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quàm partem habiturum eum, qui ex testamento aget: de concurrentibus legatariis, & de ipso cõcursus effectu omnino accipiendum est. Sanè quæ in eadem lege distinctio subiicitur in legato pluribus disiunctim relicto, an testator adimendi animo Secundo legauerit, an verò vni rem, alteri æstimationem præstari manifestissimè voluerit, vt si ea non appareat voluntas, viriles duntaxat portiones cuique præstentur. Mihi non placet, neque verò ex iuris veteris ratione ita distinguere Paulus potuisset, sed tantùm vindicationis legatum ab eo quod per damnationem relictum esset secernere, quemadmodum Vlpianus & Caius supradictis locis distinguũt. Neque dubitari oportet locum illum, Triboniani arbitrio & iudicio immutatum esse ex Iustiniani Constitutione in *d. l. vnic. §. sin autem disiunctim*, vbi eadem distinctio ex nouo iure contra veteris authoritatem proponitur, vt eo loco Iustinianus ipse gloriatur: quod etiamsi non moneremus, tamen Tribo-
niani stylum agnoscere difficile non esset. † Apparet 18
igitur ex ea Iustiniani lege ita sublatas esse hac parte legatorum differentias vt hodie siue per vindicationis siue per damnationis verba legatum sit, idem iuris obseruetur quod olim constitutum erat in legatis per vindicationem: ac proinde distinctionem illam Vlpiani quæ in vindicationis legato obtinebat, etiam hodie superesse, an scilicet coniunctim an disiunctim legatum proponatur. Sed quod ad priores duas differẽtias pertinet à nobis suprà explicatas data ex contrario est legatis omnib. ea vis & natura quæ iure vetere fuerat legatorum tantùm Per damnationem. Etenim res omnes tam alienæ, quàm quæ nondum in rerum natura existunt, ac quarum dominium tam citò in legatarium transferri non potest quibuscunque verbis legari possunt, vt non voluntatem ex verbis, sed verba ex voluntate æstimemus. *§. non solum & §. ea quoque res. Institut. de legat.* Sic enim puto, tradere eo loco Tribonianum ius illud quod hodie legatis omnibus commune est, non quod olim singulare & proprium erat singulorum generum. Ac quemadmodum iure Digestorum legata, quæ per damnationem relicta essent per manus heredis præstari necesse erat, ita Iustiniano placuit idẽ
in legatis per vindicationem constituendum esse: † 19
vt verè dici possit legatis omnibus conuenire diffinitionem illam quę ponitur in princ. *tit. Inst. de legatis.* qua legatũ diffinitur donatio quædam à defuncto relicta ab herede præstãda. Nec iis assentior qui postrema hæc verba respuunt, moti ex eo quòd non sint addita *in l. legatum. 36. de legat.* 1. ex qua ille Institutionum locus desumptus videtur. Nam quod Modestinus addere non potuit propter veteres illas quæ suis temporibus obtinebant legatorum differẽtias, id Tribonianum addere necesse fuit vt ex legati diffinitione quænam hodie legatorũ omnium hac parte natura esset intelligeretur. † Neque rursus contrarium est, quod Papinianus scribit *in l. legatum 80. eod. tit.* legatum ita dominium rei legatæ legata-

rij facere,& hereditatem heredis res singulas. Idque
eò pertinere vt si purè legatum sit, nec legatarius
repudiauerit defuncti voluntatem, rectà via domi-
nium quod hereditatis fuit ad legatarium transeat
quasi nunquam factum heredis: quod & traditum
est *in l. a Titio.64. in fi. D. de fur.* Nam de vindicatio-
nis tantùm legato quod magis propriè legatū dici-
tur, locus ille intelligi debet. Aut si de omni genere
legatorum accipere malis, admittendum est, aliam
rationem esse dominij, aliam possessionis. Certum
enim est non licuisse legatario rei legatæ cuius do-
minus esset possessionem propria authoritate occu-
pare nisi cui per vindicationem legatū fuisset. Eum
verò cui per damnationem legatum erat per manus
heredis possessionem accipere debuisse contendo.
Alioqui euēturum fuisse vt in edictum Prætoris in-
cideret quo propositum est interdictum. Quod le-
gatorum, adipiscendę per heredem possessionis gra-
tia, & reuocandæ à legatariis qui eam propria autho-
ritate, non ex voluntate heredis occupassent. Non
enim verum esse potest, quod quibusdam placet, eo
tantùm casu interdicto locum esse, quo legata per
legem falcidiam minui necesse sit, vt eam retinere
21 possit heres, qui vindicare non posset. † Nam & le-
gatorum falcidiam vindicari non posse dubito. *l. li-
net.n.26. D. ad leg. falcid. l. penult.* *C. eod.* & alia ratio
edicti quærenda non est quàm quæ ab Vlpiano tra-
ditur in *l. 1. illoris.* Quod legat. nempe quod æquissi-
mum Prætori visum sit vnumquemque non sibi ipsi
ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere:
quæ ratio non minus recta est si legi falcidiæ locus
non sit quàm si de ea retinenda discrepetur. Eamque
ob causam elegāter meo iudicio, Caius in Institutio-
nibus dicebat eum cui per vindicationē legatū esset:
posse rem legatā statim post mortem testatoris non
expectato herede sibi præsumere: quod si fecerit nō
posse eum pro præsumpto legato calumniam ab he-
rede sustinere, hoc est vt ego interpretor, non posse
eum teneri interdicto Quod legatorū: vt intelliga-
mus in alio genere legati quod Per damnationē di-
cebatur, calumniæ heredis obnoxiū fuisse legatariū,
si non expectato herede legatū occupasset. Nā certè
per calumniam facere heres videtur qui rei legatæ à
legatario occupatæ possessionem sibi restitui postu-
lat, quam mox eidem legatario restituere teneatur. *l.
dolo fac. D. de dol. mal. excep.* Quis verò calumniam
esse diceret, si ea res ad falcidiæ quam heres iure pu-
blico habere debet retentionē necessaria esset? At e-
tiam cùm heredis nihil interest, visum est Prętori fa-
cilius ferendam eam calumniam, quā legatario per-
mittendum vt propria authoritate legatum occupet
quod ex testatoris voluntate ab herede præstandum
fuit: illud enim ad priuatam legatarij, hoc verò ad
reipublicæ iniuriam pertinet, cui periculosissimum
futurum sit si singulis concedatur ea facere quæ per
magistratum publicè fieri oporteat. *l. non est singulis
176. de reg. iur.* Quæ tamen ratio in vindicationis
legato heredi prodesse non poterat, cuius volunta-
tem frustrà legatarius expectasset, cui scilicet nulla
heredis mentione facta legatæ rei vindicandæ, &
occupandæ potestatem testator fecisset, vt iam su-
prà explicauimus. Idque apertius ex Edicti verbis
intelligeretur, si extarent, quæ ab Vlpiano non fuisse
prætermissa apparet cùm ex præcedentibus, & se-
quentibus edictis quorum verba idem Vlpianus re-
fert & explicat, tum ex *§. quod ait prætor, aut dolo de-
siit possidere.* & ex *§. quod ait Prætor voluntate eius ad
quem ea res pertinet.* & rursus ex *§. quod ait Prætor
nisi satisdatum sit. d. l. 1. eod. tit.* quibus locis quædam E-
dicti verba ac veluti fragmenta proponuntur. Sed à
Triboniano Edicti contextum sublatum esse verisi-
mile est, vt facilius ei esset quod in legatis per dam-
nationem duntaxat aut etiam sinendi modo Prętor
constituerat ad cætera quoque legatorum genera
protrahere, & hac parte ius idem in legatis omnibus
constituere. † Quod apertius ab eo factum est in *§.* 22
qui verò ex ca præceptionis, vbi cùm Vlpianus scripsis-
set, quantum ex aliis eius scriptis & certissima iuris
veteris ratione coniectura assequi possumus, Illo in-
terdicto non teneri eum qui ex causa præceptionis,
& legati per vindicationem relicti rem legatam oc-
cupauit, Tribonianus contrà sic emendauit. Eū qui
ex causa præceptionis rem possidet vtique teneri eo
interdicto, sed pro ea scilicet parte quam iure legati
habet, non pro ea quam quasi heres à semetipso per-
cipit. Idémque dicendum esse etsi alio genere le-
gati vni ex heredibus legatum sit, vt hoc etiam casu
pro ea parte qua heres est cesset interdictum. Quasi
verò eam distinctionem scire multum interesset, de
qua ne anus quidem dubitaret. Quid enim apertius
quam re aliqua vni de heredibus legata, non conti-
neri legato eam partem quam capit à seipso, atque
ideò non posse pro ea parte interdicto locum esse?
Planè Vlpiani temporibus interdicto Quod legato-
rum locum non fuisse aduersus eum cui per præce-
ptionem legatum esset manifestè probatur ex eo,
quod idem Vlpianus pro Titulis scribit. & nos iam
supra retulimus in hoc legati genere, vindicationis
verba vsurpata fuisse, ac proinde non alio iure le-
gitum hoc quàm quod per vindicationem relictum
erat cēseri potuisse. Sed illud magis mirari quis pos-
sit cur aliud iuris constitutum sit in mortis causa do-
nationibus quàm in legatis. De quo tamen in se-
quenti capite dicemus. † Superest vt subiiciamus de 23
postrema legatorum differentia, quæ in eo elucebat,
vt si cui homo aut genus aliud vel duæ res disiūctim
per vindicationem legarentur, legatarij electio es-
set, quam ex contrario heres habebat si per damna-
tionem ab eo legatum fuisset, *l. legato. 17. l. si à substi-
tuto. 45. §. 1. l. planè. 34. §. pen. de leg. 1. l. si ia cui. 19. l. Lucia.
23. l. si ita relictum. 43. §. vltim. de legat. 2.* Et hanc diffe-
rentiam hodie sublatam non esse docti plerique vi-
ri existimant, cūm quibus & ego sentio, non ea tan-
tùm ratione quod ex testatoris voluntate potiùs
quàm ex verbis descēdat (idem enim de cæteris di-
ci posse, nec adeò iuris authores verbis hæsisse vt
voluntatis rationem semper pręcipuam non habue-
rint apertissimum est) sed quòd apertioribus verbis
non potuerit testator exprimere vtri electionem da-
tam vellet, heredi ne an legatario, quàm cum vel le-
gatarium vindicare iussit, vel heredē dare damna-
uit. Idque est quod Iustinianus scribit in *§. si genera-
liter. 22. Inst. de leg.* Si generaliter seruus vel alia res le-
getur electionem esse legatarij, nisi aliud testator di-
xerit, hoc est nisi ab ipso herede legatum dari testa-
tor iusserit. Plerunque enim legata relinquūtur hoc
verbo, lego, quomodo per vindicationem olim le-
gabatur. At quid si testator ita legauerit, deinde ab
herede legatum præstari iusserit? vt hodie in testa-
mentis ferè omnibus fieri solet. Mihi magis placet
en casu electionem esse legatarij quòd primū vin-
dicationis verbis legatum sit, quamuis de præstando
ab herede legato posteà cautum sit. Quando iam
eo iure vtimur, vt etiam quæ per vindicationem re-
licta sunt, ab herede præstari debeant vt diximus.
Denique in dubio id sequēdum esse nemo negaue-
rit

rit quod à Iustiniano traditum est in *d. §. generaliter.* Legato enim generis tacitè inesse videtur legatum optionis, vt eleganter Vlpianus scripsit in *tit. De legatis.*
24 †Quanquam multũ intererat an tacitè an expressè legata optio esset. Hoc enim casu conditioné habere legatum videbatur, Si legatarius viuus elegisset, eàmque ob causam defuncto ante electionem legatario, in eius heredem legatum non transmittebatur, sicuti Iustinianus refert in *§. optionis. eo tit.* Legatũ, inquàm optionis, ita vt legatarij heres optare posset. Sed rei legatæ petitioné vitam testatoris heres præstare vellet, in heredem legatarij transmitti potuisse non arbitror dubitãdum. Cùm enim testator optionem legauit hoc modo, *heres meus Stichum aut Pamphilum dato Titio vtrum ille elegerit.* duo sunt legata, vnum quod purum est Stichi aut Pamphili, alterum conditionale, optionis. Primi dies cedit statim à morte testatoris, secundi verò non nisi conditione existente, id est facta per legatarium optione. Igitur si legatarius post diem primi legati cedenté, id est defuncto testatore decessisset: priusquam tamen legatæ optionis dies cederet, hoc est nulla electione facta, iuris veteris ratio faciebat vt legatũ purum ad heredem legatarij transmitteretur, conditionale verò deficeret †Idq. est, meo iudicio, quod
25 Paulus respondit in *l. illud aut illud. 19. D. de optione legat.* si legatum ita relictum sit. *Illud aut illud vtrũ legatarius elegerit,* nullo à legatario electo, & eo decedente post diem legati cedentem ad heredem legatum transmitti. Neque enim transmitti ait legatũ optionis, cuius dies cùm conditionale sit ante factam electionem cedere non potuisset, sed legatum illud quod erat purum, ac cuius dies viuo legatario cesserat, hoc est legatum earum rerum quæ disiunctim legatæ fuerunt. Quod si *Accursius* aut qui *Accursium* secuti sunt ad nostram vsque ætatem interpretes intellexissent, non scripsissent corruptum esse eum locum, & detractam negationé à Triboniano propter Iustiniani Constitutionem, qua factum est, quemadmodum ille refert in *d. § optionis,* vt eligendi potestas legatario data ad eius heredé transmittatur. Nihil enim est quod hac parte Triboniano imputari possit, aut Paulo obiici qui certè non de optione ipsa sed de legato cuius optionem testator legatario dederat respondit. Nisi fortè quis malit ea verba *ad heredem transmitti,* de testatoris non de legatarij herede intelligere: ac si scriptum esset, electioné quã legatarius prius quàm optaret mortuus amisit, trãsferri ad heredem testatoris vt quam rem volet ex pluribus quæ disiunctim legatæ sunt heredi legatarij præstet. Quod etsi verum est, & ad rem satis accommodatum, mihi tamen durinsculum videtur. & prior nostra interpretatio magis placet. Nam si de ipsius optionis legato Paulus tractaret, verũ esse non posset, quod lex ait legatarium post diem legati cedentem, necdum tamen electione facta decessisse. †
26 Tametsi vt liberè dicam quod sentio, valde mihi suspectũ est quod Iustinianus refert ius vetus ita fuisse comparatum vt optionis legatum conditionale esset, nec ad heredé transmitteretur, Primùm quia in Digestis & Codice nulla eius rei argumenta aut vestigia extant. Deinde quoniam à ratione prorsus alienum videtur vt deterior conditio sit legatarij cui expressis & disertis verbis optioné testator legauit, quàm cui tacitè ea data est. Quæ. n. tollendæ dubitationis causa, & legatarij fauore addita sunt, ei nocere & heredi prodesse æquum non est *l. in ratione. 30. §. tametsi. D. ad l. Falc.* Postremò idem Iustinianus in prin. *l. vlt. C. com. de leg.* refert dubitatum fuisse apud veteres an si vni legatario optio serui vel alterius rei relicta esset, & is ante factam electionem moriens plures heredes reliquisset qui posteà in eligendo dissentirent, quid iuris cõstitui deberet. Cui quæstioni non video quomodo locus esse potuerit si ponas optionis legatum inter Digest. conditionale fuisse & ad legatarij heredes transmitti non potuisse. Ex iis porrò quæ diximus, vt tandẽ concludamus, manifestum est ad quæstionem illam, Quænam hodie legatorum omnium natura & conditio sit, absolutè & indistinctè responderi non posse: sed eas distinctiones probandas esse, quas retulimus & explicauimus.

Capvt II.

Ad §. si quis ex mortis. l. 1. D. quod legator.

SVMMARIA.

1 *An interdictum quod legatorum Falcidiæ duntaxat retinendæ gratia detur?*
2 *Differentia inter legatum & mortis causa donationem quod ad recuperandæ possessionis interdictum.*
3 *Quando donatarius dicto interdicto teneatur?*

SCribit Vlpianus in *l. 1. §. si quis ex mortis. D. quod legator.* Eum qui ex mortis causa donatione possideat non teneri interdicto Quod legatorum, cum portio legis falcidiæ ipso iure apud heredem remaneat, tametsi rerum possessio in donatarium corporaliter translata sit. †An igitur legata, pro quibus in- 1
terdictum illud competere certum est, per legẽ falcidiam non imminui dicemus? Imò verò ipso iure, hoc est sola iuris & legis potestate minuantur. *l. 1. l. in quantitate. 74. §. vlt. D. ad l. falcid.* Neque enim lex Falcidia liberam testandi & legandi facultatem quã leges Furia & Voconia sustulisse videbatur ciui Romano restituit nisi hactenus, vt hereditatis quadrantem integrum & illibatum heres haberet. An potius credendum est falcidiæ duntaxat retinẽdæ gratia interdictum dari? Ita sanè plerique docti viri putant: quorum sententia numquam probata est. Alioquin admittendum esset nec legatorum nomine interdicto locum esse posse: quorum scilicet falcidia vt diximus, ipso iure penes heredem remaneat quẽadmodum & donationum causa mortis. Et cùm propositi interdicti rationé Vlpianus reddit, non illam affert quòd falcidiam habere heres debeat, sed quòd rem legatam ex heredis voluntate accipere legatarium æquius ac ciuilius sit, vt proinde dubitari minimè oporteat quin siue legi falcidiæ locus sit, siue non sit, interdicto teneatur legatarius qui propria authoritate legatum accipit. †Sic ergo Vlpianum 2
explicandum arbitror, vt in eo dissimilis sit conditio legati, & donationis causa mortis, de qua ille tractat, hoc est quæ per traditionem perfecta est, quòd legati possessio cuius solius eo interdicto ratio habetur (est enim recuperandæ possessionis, vt lex ait) neque per testatorem neque per heredem legatarium translata dici possit: indéque fiat vt à legatario sine heredis voluntate occupari eam inciuile durúmque videatur. At donatio causa mortis ita demùm rei donatæ corpus in donatarium transferat si rem ipsam donator tradiderit: quòd cùm factum est, illa reuocandæ à donatario possessionis ratio locum habere nequit quòd propria authoritate rem donatam occupauerit, aut quòd per heredis manus eam accipere debuerit, quam scilicet

per ipsius donatoris manus iam acceperit. Et igitur heredi ad calumniandum ratio sola superest vt dicam restituendam sibi rei donatæ possessionem, lex falcidia locum habeat. Verùm neque hoc possit dicere cùm etiam in mortis causa donationibus legis falcidiæ potestas & authoritas Seueri Constitutione inducta sit *l.2.C.de don.caus.mort. l.si mortis.5.C.*
5 *ad leg. Falcid.* † Ex quo inferri posse arbitror si cui per stipulationem duntaxat citra traditionẽ mortis causa donatum sit, isque post donatoris mortem sine heredis voluntate rem donatam occupauerit, teneri eum interdicto, exẽplo legatarij, cuius hac parte recta cõparatio videri possit, ne scilicet sibi in causa propria ius dixisse videatur. Quemadmodùm & Vlpiani tẽporibus nõ dissimilis ratio videri poterat donationũ causa mortis traditione perfectarum, & legatorum quæ per vindicationem, aut per præceptionem data essent, quòd sicut ex donatoris voluntate donatarius rem haberet, ita ex testatoris iudicio huiusmodi legata sine vllo heredis facto occupare legatariis liceret. De quo superiori capite fusiùs scriptum.

CAPVT III.

Deprauatissimum esse textum §. tametsi l. in ratione. 30. D. ad leg. falcid. & quomodo emendandus sit.

SVMMARIA.

1 *Differentia præcipua inter quartam Falcidiam & quartam Trebellianicam eiusq. ratio.*
2 *Cur in quartam Falcidiam non imputentur quæ implendæ conditionis causa heredi dantur, in Trebellianicam verò imputentur?*
3 *Legata per legem Falcidiam ipso iure minui, fideicommissum vniuersale per S.C. non item.*
4 *Noua ratio & coniectura ad* l. pen. ff. de donat. int. vir & vxor.
5 *Quod Trebelliano & Pegasiano S.C. cautum & introductum sit, id ...*
6 *An eandem ratione quarta ex fideicommissis vniuersalibus, per S.C. Pegasianum, qua ex legatis, per legem Falcidiam retineatur, & quomodo accipiendus sit §.* sed quia heredes. Inst. de fideicom. hereditatib.
7 *Respondetur ad §.* tametsi. l. in ratione. ff. ad leg. Falcid.
8 *De qua quarta agatur in* d. §. tametsi. *& an quarta Falcidiæ nomen ad quartam Trebellianicam quoque pertineat?*
9 *Quædam esse in* versiculo quemadmodum. d. §. tametsi, *quæ constructionem non recipiunt.*
10 *Restituatur & emendatur* d. §. tametsi, *antea corruptissimus & emendatus sensus proponitur.*
11 *Singularia fideicommissa quoad quarta Falcidiæ retentionem legatis exæquata esse, vniuersalia non item.*
12 *In quartam, siue ex legatis siue ex fideicommissis singularibus deducenda sit, ea demum imputari quæ hereditario iure capiuntur.*
13 *Exceptio à superiore regula.*
14 *Explicatur* l. acceptis. 93. ad leg. Falcid. *& ex ea probatur in Trebellianicam imputari ea quæ mortis causa capiuntur.*
15 *Casus, quo ea quæ extra hereditatem à legatario vel fideicommissario singulari percipiuntur, in quartam Falcidiam imputantur.*

1 VErum † est quod vulgo ab interpretibus iactatur, eam quartam hereditatis quam per legem falcidiam heres habere debet, cùm in aliis plerisque multum differre ab ea quæ ex fideicommissaria hæreditate restituenda Senatuscõsulti authoritate retinetur, tum in eo præcipuè quòd in illam non imputantur quæ implendæ conditionis causa heredi dantur, in hac verò imputantur. *l. ad veteran. 40. l. sed autem. 76. l. in quartam. 91. D. ad leg. falcid.* Differentiæ autem ratio illa esse videtur, quòd in falcidiã ea tantùm imputari possint quæ iure hereditario capiuntur. In quorum numero non sunt, quæ conditionis implendæ causa heres accepit; cùm mortis causa potius, quàm testatoris iudicio & testamenti iure percipi videantur. *d. l. sed autem l. si quis sub conditione. 8. D. si quis omiss. caus. testa. l. Maenius. 55. Digest. de cond. & demonstrat.* In Trebellianicam verò imputantur non ea tantùm quæ iure hereditario heres habet, sed cętera quoque omnia quæ legati fideicommissi, præceptionis, deductionis, retentionis, atque adeò mortis causa ad eum peruenerunt quemadmodũ apertissimis verbis Marcianus tradit *in d. l. in quartam.* licet aliam eius loci interpretationem planéque contrariam magis subtiliter quàm verè *Iacobus Cuiacius* obseruationum libris proposuerit, quam nos sequẽti capite refellemus. † Quòd si quis huius quoque 2
dissimilitudinis rationem pergat quærere, hanc ego afferri posse arbitror, quòd ex legis falcidiæ verbis quæ extant *in l. 1. D. ad leg. falcid.* satis appareat, liberam illam legandi facultatem, quæ ciui Romano lege duodecim tabularum concessa primùm, deinde legibus Furia & Voconia sublata aut certè imminuta fuerat, non aliter lege falcidia restitutam esse quam hactenus vt de solo dodrante testator leget, quadrantem verò nullis legatis diminutum heredi relinquat. Vnde fieri necesse est vt si quid heredi ipsi vel à coherede legatum, vel fideicommisso relictum sit, vel alio quàm hereditario iure ab eo acceptum, id in quartam falcidiæ imputari nequeat, quæ scilicet iam ei cõfecta fuit ipso iure & sola legis potestate prius quã testator vel ipsi heredi vel alij vlli legatum quámve aliam rẽ relinqueret. Neque sanè fieri potest vt ex legatis, aut fideicõmissis, aliisque huiusmodi rebus quadrãs heredi cõficiatur quem lex falcidia iam inde ab eo tempore quo institutio facta est separat à dodrante. nõ aliam ob causam quàm vt ne legatis diminuatur, & ne quæstioni posteà locus esse possit, ex quibus rebus reduci, ac confici eum oporteat. At Senatusconsulti Pegasiani nõ eadem quæ legis falcidiæ verba fuerunt. Etenim si Iustiniano credimus, cuius tantùm testimonio hac de re vti possumus, scribit ille *in titul. De fideicommiss. heredit. §. sed quia heredes*, eo Senatusconsulto duntaxat factum & constitutum fuisse, vt ei qui rogatus esset hereditatem restituere perinde liceret quartam partem retinere atq. per lagẽ falcidiam ex legatis retinere conceditur. Ergo retinendi tantùm quadrantis ex hereditate restituenda potestatem heredi Senatus fecit, testatori verò fideicommittendæ totius hereditatis facultatem non eripuit. Hæc autem iudicio meo longè differentia sunt an quis dicat Rogatũ heredẽ de vniuersa hereditate restituẽda quartã deducere aut retinere posse, quod verũ est, an quis negat haredem de tota hereditate restituenda rogari posse, quod falsissimum est. Alioqui dicendum esset etiam post Senatusconsultum Pegasianum, & ante Iustiniani tempora nunquam ex eo Senatusconsulto restitutionem fieri potuisse: sed tantũ ex Trebelliano, quemadmodum contingebat si non plus, quàm dodrantẽ hereditatis restituere heres rogatus esset,

vt idem

vt idem Iustinianus *in §. ergo si quidam, vod. tit.* scribit
Multum igitur intererat an de totius hereditatis, an
de dodrantis duntaxat restitutione heredem testa-
tor rogasset, sicut & valdè referebat an ex Trebel-
liano an ex Pegasiano Senatusconsulto hereditas
restitueretur, propter actionum translationem, & sti-
pulationem partis & pro parte, aut emptæ & vendi-
tæ hereditatis interpositionem. Cùm tamen nihil
vnquam interfuerit an de tota hereditate, an de do-
drante tantum testator legauerit, quoniam licet to-
tius hereditatis & patrimonij æstimatio legatis ex-
hausta sit, tamen de solo dodrante legatum intelli-
gitur, de quadrante verò nihil, quia nec de eo quic-
quam legari posset, lege scilicet resistente ac repu-
3 gnante. † Propter quam causam dicimus legata per
legem falcidiam ipso iure minui. *l. lineam. 26. l. in
quantitate. 73. §. vlt. l. quotiens. 67. D. ad leg. falcid. l. in im-
ponenda. 9. C. eo.* & si per errorem facti integra soluta
sint, quartæ repetitionem esse. *l. error. 9. l. pen. C. eod.*
est vindicationem *d. l. lineam.* Atqui fideicommis-
sum vniuersale hereditatis per Senatusconsultum i-
pso iure minui & soluto eo per errorem sine qua-
drantis deductione vindicationi aut repetitioni
quartæ locum esse nusquam scriptum reperias. Imò
verò fideicommissarium posse totam hereditatem
petere, nec nisi per doli exceptionem quartam ab
herede retineri, atque adeò si per errorem totum fi-
deicommissum restitutum sit non solius quartæ sed
vniuersæ hereditatis repetitioni locum esse Pompo-
nius scribit, *in l. heres. 23. D. ad S. C. Trebell.* quod in
Falcidia legatorum omnino diuersum est; quæ non
aliam ob causam dicitur capi iure testamenti, *l. qui
duas. 42. D. de vulgar. & pupill. substit.* hoc est iure he-
reditario *l. si pater. 14. D. ad leg. Falcid.* quàm quòd he-
redi ex testamento relinquenda sit priusquàm à te-
statore quicquam legetur vt proinde ad eius reten-
tionem doli exceptio necessaria non sit, quemadmo-
4 dum libri quarti capite sexto explicauimus. † Hinc
illud etiam fortasse descendit quod Vlpianus ex Cel-
so scribit, *in l. 5. §. penult. D. de donat. int. vir. & vxor.* si
maritus rogatus sit præcepta certa quantitate vxori
suæ hereditatem restituere, & is sine deductione re-
stituerit, magis videri functum eum pleniore officio
præstandæ fidei, quàm donationem in vxorem con-
tulisse, quia donare quis nequeat eam rem quam
nondum adquisiuerit. licet in eo sit vt si velit, possit
acquirere, *§. si maritus. 13. ea. leg.* Quarta autem quæ
ex fideicommisso hereditatis restituendæ retinetur,
dici non potest heredi acquisita priusquam retinea-
tur, quam scilicet Senatusconsultum non dat, sed e-
ius tantùm retinendæ potestatem heredi facit. At si
maritus heres institutus legatis in vxorem collatis
supra dodrantem grauatus sit, eaque integra solue-
rit, vereor ne dici possit non tantùm plenius obse-
quium testatoris iudicio præstitum, sed etiam vxori
donationem factam videri, cum marito heredi insti-
tuto non quadrantis deducendi potestas, sed qua-
drans ipse iam per legem deductus & confectus es-
set acquisitus *argum. l. cuius per errorem, de regul. iur. &
l. si patronus. 20. §. de illo. D. de donat.* qui tamen locus
nisi me fallo, Tribonianum potius quàm Marcellum
redolet, ac fortassis immutatus est propter *l. vlt. C. ad
leg. falcid.* Verùm vtut sit, non alia ratione pertinet
quæstio illius *§. ad tit. de donationibus*, quàm quod do-
nare videatur is qui quod per legem falcidiam re-
tinere poterat, non retinuit. Denique non potuit
saluo Senatusconsulto Trebelliano fieri vt per Pe-
gasianum legis falcidiæ potestas ad fideicommissa
vniuersalia produceretur. † Nam Trebelliano non 5
prohibebatur testator heredem rogare vt vniuer-
sam hereditatem restitueret, quòd potius in id tan-
tùm factum esset vt hoc casu actiones omnes here-
ditariæ in fideicommissarium transferrentur. Pega-
sianum verò Trebelliani vim non sustulit, sed tan-
tùm addidit ea quæ Trebelliano deesse videbantur.
Non igitur Senatus sanxit ne testatori supra dodran-
tem fideicommittere liceret, sed si supra dodrantem
hereditatis restituendæ fideicommissum esset. qua-
drantis retentionem heredi permisit. † Ex quo intel- 6
ligi potest quomodo accipiendum sit quod Iustinia-
nus supradicto loco scribit Pegasiano cautum esse
vt heredi rogato hereditatem restituere perinde li-
ceret quartam partem retinere, atque per legem fal-
cidiam ex legatis retinere conceditur. Neque enim
illud dicere Iustinianus voluit, nullam inter legato-
rum & fideicommissorum falcidias differentiam es-
se, sed tam ex fideicommissis vniuersalibus de qui-
bus eo loco tractat quàm ex legatis quadrantem re-
tineri, quamuis non eadem omnino ratione retinea-
tur. Lex namque falcidia ad heredum fauorem re-
spexit qui cùm iuris successores sint, proculdubio
legatariis longè sunt fauorabiliores. Senatusconsul-
tum verò Pegasianum non heredibus consultum
voluit, quibus iam Trebelliano satis consultum vi-
debatur, sed fideicommissariis qui repudiantibus
heredibus ad quos nullum ex hereditate lucrum
peruenerit fideicommissorum iacturam faciebant,
quorum tamen causa fauorabilior quàm heredum
esse deberet, vel eo maximè nomine quòd totius he-
reditatis ius fructusque in eos transferatur, ideoque
effectu ipso heredes sint, nec nisi nudum heredis
nomen penes heredem remaneat. Cùm verò non a-
liam ob causam vt diximus, Senatusconsultum Pe-
gasianum factum sit quàm vt aliquo præmio here-
des ad adeundam hereditatem inuitarentur, dici
non potest cur in eum quadrantem quem heres re-
tinet ea tantùm imputari debeant, quæ ab eo iure
hereditario capiuntur, qui si minore aut nullo lucro
quáve alia ratione ad aditionem inuitari potuisset,
nulla certè quadrantis retinendi potestas ei facta
fuisset. Etsi enim non magis bonorum quàm here-
ditatis quartam partem habere heres debet, non ta-
men rectè ex eo inferas in eam imputanda esse quæ
hereditario tantùm iure apud heredē manent, cùm
non quicquid capitur ex hereditate, aut propter he-
reditatem idem confestim dici possit capi iure he-
reditario nisi prætereà ex testatoris iudicio ac vo-
luntate, & heredis iure capiatur. Nam & legatum
delibari dicitur ex hereditate, & propter hereditа-
tem capiuntur quæ conditionis implendæ causa he-
res à legatariis aut fideicommissariis accipit, neque
tamen legata aut mortis causa capiones iure here-
ditario capi existimantur. Verissimum igitur est
quod Marcianus scribit in *d. l. in quartam.* Quod im-
plendæ conditionis causa fideicommissi heredi da-
tur (sic enim legendum puto) in quartam quam
Trebellianicam dicimus imputari. Si verò quid he-
res implendæ conditionis causa accipiat à legatariis
in falcidiæ computationem id non prodesse, quo-
niam id extra hereditatem habeatur, quæ mortis
tempore fuit, ac cuius quadrans iam à tempore
testamenti per legem falcidiam heredi confectus &
relictus esse intelligatur. † Neque in toto iure vllus 7
locus est qui aduersus ea quæ diximus pugnare
videatur, nisi quod ex Marciani libro octauo Fidei-
commissorum scriptum legimus in *l. in actione. 30. §.*

tametsi. Digest. ad leg. Falcidiam. Tametsi in ratione
legis falcidiæ quæ conditionis implendæ causa he-
redi dantur, in quartam non cōputantur: tamen id
quod non figura conditionis heres accipere iussus
est ab eo qui hereditatem restituere rogatus est, Cel-
so & Iuliano placere computari, quemadmodum si
ea summa heres vendere eas res iussus esset, quia
non conditionis implendæ causa, sed quodammodo
pro pretio inferre sunt iussi. Hæc enim Marciani
verba sunt, ex quibus apparet loqui eum de falcidia
quæ ex fideicommisso vniuersali hereditatis resti-
tuendæ retineatur, neque tamen admittere vt quæ
conditionis implendæ causa heredi dantur in quar-
tam aliter computentur quàm si figura conditionis
non expressa heres accipere iussus sit. Quod si ita es-
set dici profectò non posset, quid inter legis Falcidię
& Senatusconsulti Pegasiani quadrantem hac parte
interesset. Nam quæ conditionis implendæ causa
heredi sic data sunt, vt tamen conditionis figuram
testator non expresserit, ea certum est in legatorum
quoque falcidiam imputari propter rationem illam
quam Marcianus reddit, quod non tam conditionis
implendæ causa quàm veluti pro pretio pecunia
præstari videatur, ac si eas res quæ legatæ sunt illa
summa certóque pretio vendere heres iussus esset.
Quod enim pro rei pretio heredi præstatur, id non
minus iure hereditario capi dicitur, quàm res ipsa
hereditaria caperetur si eam vendere heres iussus
non fuisset: vt eadem *l. an §. vendere.* Marcianus scri-
8 bit, & Iulianus in *l. qui fundum. 78 D. eod.* † Sed non
possum mihi persuadere loqui Marcianum in *d. l. §.*
tametsi, de falcidia quæ Senatusconsulti author. ta-
te retinetur. Nam tractari potius de illa ipsa Fal-
cidia de qua in præcedentibus tractatum fuerat o-
stendunt prima ea verba *tametsi autem*, quæ non tam
nouam disputationem institui, quàm institutam &
inchoatam absolui præ se ferunt. Deinde quæ se-
quuntur *in legis falcidiæ ratione*. Quanquam enim eam
quoque quartam quæ ex Pegasiano retinetur Falci-
diam aliquando appellari scio, quod vtraque quartã
sit, & quadrantis potius quàm maioris aut minoris
portionis retinendę exemplum lex Falcidia dederit:
Nusquam tamen reperio legem Falcidiam dici à Iu-
risconsultis pro Senatusconsulto Pegasiano nisi præ-
cedentia aliqua, de restituenda hereditate tractari
demonstrent, & si verum est quod iam probauimus
non eandem legis, & Senatusconsulti potestatem
fuisse, confundi certe vtriusque iura & nomina non
9 potuerunt. † Sed & me illud maximè mouet quòd il-
la Marciani verba in *d. §. tametsi, quemadmodum si ea*
summa heres vendere eas res iussus esset, quia non con-
ditionis implendæ causa, sed quodammodo pro pretio
inferre sunt iussi, tantùm abest vt commodè explicari
possint, vt nec Grammaticam constructionem reci-
pere posse videantur. Quò enim referas *eas res*, cùm
de nullis rebus ac de sola hereditate restituenda ro-
gatum esse heredem in præcedentibus proponatur?
Nam si dicas *earum rerum* appellatione hereditatem
significari obiiciam hereditatem, ab ipsis rebus he-
reditariis toto genere differre. Res enim corporales
esse, hereditatem verò non in rebus & corporibus,
sed in iure consistere, atque ideò si testator res suas
omnes ab herede restitui fideicommissario iusserit,
non aliter ex Trebelliano restitutionem fieri vt a-
ctiones in fideicommissarium transferantur, aut co-
gi posse heredem vt adeat quàm si de ipsa hereditate
& successione restituenda testator senserit. *l. nam*
quod. 14. §. vltim. l. 15. & 16. in princip. D. ad S.C. Trebel-
lia. Deinde vix est vt *eas res* Iurisconsultus scripsis-
set, si de omnibus rebus hereditariis sensisset. Rur-
sus, ad quas personas referri possint verba illa *inferre*
sunt iussi, nisi ad illos ipsos quibus vicissim heres quid
præstare iussus est? Atqui non plures eos fuisse sed v-
num duntaxat Marcianus scripserat iis verbis, *ab eo*
cui hereditatem restituere rogatus est. Scribendum i-
gitur fuerat in singulari numero *inferre est iussus*. si
Grammaticarum præceptionum obseruationes ama-
mus, & curamus. Denique iuris ratio non patitur vt
regula aut sententia quę initio §. ponitur, Ea quæ cō-
ditionis implendæ causa heredi dantur, in quartam
non cōputari, ad quartam Trebellianicam referatur de
qua in præcedentibus ne verbum quidem Marcia-
nus fecerat. Ergo exceptio quæ ad regulam illam
subiicitur ad aliam quàm legatorum falcidiam per-
tinere potest. † Quibus rationibus victus cogor 10
dicere, quod à tot tantisque Iurisconsultis quid de
eius loci sententia disputarunt hactenus obseruatum
non fuisse & miror, & doleo, corruptissimum esse
Marciani textum tam in eo §. quàm in præcedenti-
bus, & peritissimi artificis manū requirere vt pristi-
næ sanitati & integritati restituatur. Etsi autem iudi-
cio meo minus tribuo, quàm vt tam anticipitis cura-
tionis periculum fide mea esse velim, cōiecturam ta-
men meam dum amplius delibero proponam, vt
quomodo mendum tollēdum sit, si non omnino di-
xisse & docuisse, saltem eruditioribus & diligentio-
ribus videar indicasse. Puto igitur erratū esse in illis
verbis *ab eo cui hereditatem restituere rogatus est*. & le-
gendum potius *ab eis quibus certas res restituere ro-
gatus est*. tum in versic. quo loco, tollenda verba illa
& recipere hereditatem, & in glossam imperiti inter-
pretis vnde emanarit reiicienda. Sic enim fiet vt re-
ctissimè omnia, & inter se & cum præcedentibus
conueniant in quibus iam de certarum, & incerta-
rum rerum legato tractatum legimus *in §. certis vero
corporibus, & §. incerta res.* Facilis porrò & lubricus
error fuit si fortè scriptum fuisse ponas quomodo
in Florentinis Pandectis scribi solet, *ab eis Cuib. cer-
tas RE Stituere*. Fieri enim potuit, vt qui hanc scri-
bendi rationem non intelligeret, scriptum putaret
Cui hereditat. restituere, aut in hanc sententiam lo-
cum qui corruptus videbatur restituere, deinde in
illis sequentibus *an fideicommissarius quoque inuitus
cogatur dare eam summam*, adiiceret ea verba *& reci-
pere hereditatem*, quæ tamen palam est nisi ineptè &
supervacuò adiici non potuisse. Neque enim quæ-
stio est an fideicommissarius inuitus hereditatem
recipere cogatur, sed an cogi possit dare heredi
eam summam, pro qua veluti certo pretio certas res
fideicommissario præstare heres rogatus est. Ita ve-
rò si legas quomodo restituimus, efficies longè a-
liam planè que diuersam, sed verissimam Marciani
sententiam, quę non de quarta Pegasiana, sed de Fal-
cidia intelligetur. Quamquam enim de fideicom-
misso singulari non de legato Marcianum disputare
admittimus, neque negamus retentionem ex fidei-
commissis singularibus Senatusconsulto Pegasiano
inducta esse, sicuti Iustinianus, & Theophilus scri-
bunt, attamen longè alia ratione de singularibus,
quàm de vniuersalibus fideicommissis Senatuscon-
sulto cautum & constitutum esse contendimus.
† Nam legis falcidiæ potestatem ad fideicommissa 11
singularia Senatusconsulto tractam esse, ita vt quē-
admodum legare sic fideicommittere res singu-
las supra dodrantem non liceat, & quæ ex fideicom-
missis singularibus Falcidia retinetur, eam non Tre-

bellia-

bellianicam sed Falcidiam dicimus, vnde fit vt legatorum & fideicommissorum singularium iura promiscuè tractata sint in titulis Digestorum & Codicis de legatis, & ad legem Falcidiam. De vniuersalibus verò disputatum separatim *in tit. ad S.C. Trebell.* Quo etiam pertinere arbitror, quod ex Vlpiano scriptum est *in l. 1. de legat. 1.* Per omnia esse exæquata legata fideicommissis nempe singularibus & in falcidiæ retentione, quomodo ex legis inscriptione à *Iacobo Cuiacio* rectissimè obseruatum est, quamquam in eo ille labitur quòd fideicommissa vniuersalia à singularibus non distinguit. Cùm tamen neque eo titulo neque in tractatu De lege Falcidia, mentio ex proposito vlla fiat vniuersalium fideicommissorum. Et ipso Senatusconsulto Pegasiano aliam vniuersalium aliam singularium rationem habitam fuisse vel ex eo maximè appareat, quòd pro singularibus fideicommissis conseruandis non magis cogi possit heres ad adeundam hereditatem, quàm pro legatis. Sicut enim legatarij, ita fideicommissarij singulares non sunt iuris successores. Et vt breuius dicam, nonnisi verbis legata differunt à fideicommissis singolaribus, effectu aotem ipso præsertim cùm de lege Falcidia, quæritur omnmo conueniont. Cúmque lex Falcidia sufficere posset cui fraus alioqui parata fuisset si post inducta & confirmata fideicommissa ea in singularibus fideicommissis sibi locum non vindicasset, satis fuit legis potestatem interpretatione & authoritate Senatusconsulti ad singularia fideicommissa extendi: neque de iis ita nouum constitui necesse fuit, quòd aliud diuersúmque constitui non potuisset. Quamquam nec illud nouum est, vt priores leges ad posteriores trahantur *l. 26. & 27. D. de legib.* scilicet per interpretationem eadem iuris & æquitatis ratione subnixam. Itaque quamuis Senatusconsulti Pegasiani verbis nullam legis Falcidiæ mentionem factam fuisse admitterem, sed inductam duntaxat quartę ex fideicommissis singularibus retentionem, fieri tamen potuit Iurisconsultorum interpretatione vt ad eius retentionem eadem iura, eadémque regulæ traherentur, quæ ex lege Falcidia in retentione quartæ ex legatis obtinebãt, propter maximam illam per omnia & in omnibus legatorum, & fideicommissorum singularium similitudinem.

12 † Ergo cùm quæretur Quænam res in falcidiam imputari debeant, non distinguemus an ab herede legata an fideicommissa singularia testator reliquerit, sed id semper obseruabimus, vt siue ex legatis siue ex fideicommissis singularibus quarta deducenda sit, in eam non imputentur nisi quæ hereditario iure capiuntur. In neutram igitur imputabuntur, quæ conditionis implendæ causa heredi data sunt ab eis quibus certas res aut per legatum aut per fideicommissum præstare iussus est: neque enim

13 hæc testamenti aut hereditario iure capiuntur. † Sed huic sententiæ subiicienda exceptio est quam Marcianus tradit, nisi figura conditionis non expressa heres pecuniam accipere iussus sit, puta si testator non ita dixerit *Accepto centum a Sempronio fundum Cornelianum ei dato* aut *restituito*, sed si potius *Heres meus accepto centum à Sempronio, & fundum ei restituito.* Hoc enim casu, inquit ille, non tam conditionis implendæ causa, quàm quodammodo pro pretio fundi Sempronios centum dare iussus videtur, parúmque interest an fundum eo pretio vendere iussus sit heres, an centum accipere & fundum restituere. Iam autem suprà diximus heredem certo precio vendere rem hereditariam testator voluerit pretium in falcidiam imputari, tanquam iure hereditario perceptum, *d. l. in ratione. §. vendere.* At si figura conditinois expressa sit hoc modo, *Heres meus Sempronio fundum dato si tibi centum dederit.* negari certè non potest quin ea centum mortis causa, & implendæ conditionis nomine capiantur. Idémque iuris constituendum puto, licet testator dixerit *Acceptis centum a Sempronio fundum ei dato*, non expressa quidem figura conditionis sed demonstrata dantis persona. Nam & hæc centum mortis causa capi Papinianus scribit *in l. accepteis. 93. D. ad leg. falcid.* † Etsi 14
verò Papinianus eo loco distinguendum ait an persona dantis demonstrata sit nécne, cum heres de restituenda hereditate rogatus est, mihi tamen in proposita quæstione hoc est cum singulare fideicommissum heres præstat, distinctio hæc non probatur. Quod enim ille ait non demonstrata dantis persona, quasi perceptam & retentam pecuniam videri, id dici nequit si singularis aliqua res legata sit, aut per fideicommissum relicta. Nimirum quoniam pecunia facilè ex hereditate retineri potest, ex singulis verò corporibus nullomodo potest: ac proinde semper necesse est capi eam extra hereditatem & mortis causa, nisi cùm testator heredem eam pecuniam accipere iussit, & pro ea vicissim quasi venditionis iure legatario aut fideicommissario fundum præstare. Ex illa autem Papiniani lege magis intelligimus verum esse quod volumus in Trebellianicam imputari ea etiam quæ mortis causa capiuntur ex diui Pij Constitutione, si modò penes heredem remaneant: atque ideò in *§. tametsi.* de Trebellianica Marcianum intelligi non posse vbi generaliter & indistinctè tradit in quartam non imputari quæ conditionis implendæ & mortis causa accipiuntur, sed eam tantùm pecuniam quæ à legatario aut fideicommissario ad heredem pro pretio rei hereditariæ & hereditario iure peruenit. Quod cùm ita sit, parum etiam acutè faciunt qui quod à Marciano contra scriptum est generaliter in *d. l. in quartam.* Ea quæ conditionis implendæ causa à fideicommissario heredi dantur, in Trebellianicam imputari, de iis duntaxat accipi volunt quæ sine figura conditionis relicta sunt. & ab herede veluti pro pretio accepta. Quasi verò fieri possit vt eadem pecunia & pro pretio & conditionis implendæ mortisque causa accipiatur, quæ tamen ex diametro aduersari ostendunt satis illa Marciani verba *non conditionis implendæ causa, sed quodammodo pro pretio.* Denique perpetuò verum est quæ conditionis implendæ causa capiuntur nunquam in falcidiam legatorum aut fideicommissorum singularium imputari. In quartam verò fideicommissorum vniuersalium semper imputari, præterquam in casu *d. l. acceptis.* † Sed non perpetuò 15
verum est ea, quæ extra hereditatem à legatario aut fideicommissario singulari percipiuntur, implendæ conditionis, mortisque causa capi: nempe si quasi pro rei hereditariæ pretio capiantur. Dixi *à fideicommissario singulari*, quia quod à fideicommissario vniuersali heres accipere iussus esset his verbis, *Accepto centum a Sempronio & ei restituito hereditatem*, non tam pro pretio hereditatis quàm pro quartæ commodo acciperetur *l. si heres. 90. D. ad legem falcid. d. l. acceptis in fine.* Alioqui retento ab herede pretio hereditatis, ipsa hereditas restitui nõ videretur. Nec quicquam refert an heres accepta certa quantitate vniuersam hereditatem restituere iussus sit, an verò quãtitatem accipere, & hereditatem restituere: quia neutro casu de vendenda, sed tantùm de restituẽda

hereditate cogitasse testatorem dici potest, cùm tamen in legatis & fideicommissis singularibus ea distinctio necessaria sit secundum Marciani sententiam. Ferè enim est vt videatur heres iussus vendere qui pecuniam à legatario aut fideicommissario accipera iussus est pro ea re quam etiam iussus est dare, & aa necessitas iniuncta pecuniam pro re accipiendi coniecturam iniunctæ venditionis inducit arg. l. 5. §. 1. *D. de præscr. verb.* Qood verò apud Marcianum sequitur fideicommissarios in proposita specie cogi non posse vt eam pecuniam, & quantitatem præstent, optimam rationem habet, quòd talis oratio ipsorum causa non contra ipsos posita videatur. Nec contrarium est quod Vlpianus in eadem vt videtur specie respondit duplex fideicommissum esse in *l. fideicommissa. 11. §. cum esset. D. de legat. 3.* Nam vt rectissimè *Accursius* animaduertit, multùm interest, verum coheres coheredi accepta certa quantitate portionem hereditatis restituere rogatus sit, an verò ei aliquid dare, qui præter legatum aut fideicommissum nihil aliud ex testamento acceperit. Priore casu de commutanda portione hereditaria in certam pecuniæ quantitatem cogitasse testator videtur, neque minus grauare potuit fideicommissarium eundemque coheredem vt pecuniam daret, quàm alterum vt portionem restitueret. Posteriore verò dici non potest testatorem obligare voluisse aut potuisse eum, cùm testamento nihil aliud dederit quàm illud ipsum legatum aut fidaicommissum cuius nomina quantitatem ab eo vicissim præstari voluit. Quis enim legatum vel fideicommissum sibi relictum agnoscete, aut propter defuncti voluntatem quam agnouerit quicquam præstare compelletur? Atque hoc rectè, vt dixi, *Accursius* explicauit. Sed cętera de quibus hoc capite disputauimus; & quæ in sequenti subiiciemos, non reperi adhuc ex interpretibus qui bene explicuerit.

CAPVT IV.

Emendatio l. in quartam. 91. & explicatio l. Titia. 86. D. ad leg. Falcid.

SVMMARIA.

1 *An eadem sit vtriusque quartæ tam Falcidiæ quàm Trebellianicæ ratio?*

2 *Variæ lectiones & explicationes* l. in quartam. 91. ff. ad leg. Falcid.

3 *Ratio dissimilitudinis inter quartam Falcidiam, & quartam Trebellianicam siue Pegasianam.*

4 *Probatur contra Cuiacium omnia ea quæ legati iure, & extra hereditatem heredi data sunt in quartam Trebellianicam imputari.*

5 *In quo differant legata quæ coheredi relinquuntur, à fideicommissis coheredi relictis?*

6 *Difficultas nata ex* l. Titia. 86. ad leg. Falcid. *eiusque legis species & quæstio.*

7 *Iuliani sententia in* d. l. Titia *& contra eam facientes rationes.*

8 *Legata & prælegata pro ea parte qua iure hereditario capitur in hereditatis restitutionem venire.*

9 *Differentia inter legatum & prælegatum, eiusque ratio.*

10 *An in* d. l. Titia *intersit, vtrum Titio heredi ex tertia parte scripto legata essent prædia, an prælegata?*

11 *Cur in specie* d. l. Titia *in quartam non imputentur ea omnia quæ iure hereditario capiuntur?*

12 *Goueani ad dictam difficultatem responsio improbatur.*

13 *Vera eius difficultatis resolutio.*

14 *Alia quæstio super versiculo* sed si non. d. l. Titia, *& eius declaratio.*

15 *Reycitur distinctio ad* dictam l. Titia *ab Interpretibus allata.*

16 *Emendatur versic.* pro ea verò parte. d. l. in quartam.

17 *Sententia versiculi* sed & quod accepta. *& sequentium explicatio* in d. l. in quartam.

POstulant quæ superiore capite diximus vt cætera quæ pertinent ad institutam disputatiooem De iis quæ in legatorum & fideicommissorum falcidias imputantur, explicemus. Quæ quæstio pertinet ad interpretationem *l. in quartam. 91. D. ad leg. falcid. l. Titia. 86. D. eod. l. filium. C. famil. ercisciund.* quibus vix aliæ vllæ sunt in toto iure difficiliores, & variis interpretum nostrorum Commentariis factæ obscuriores; atque ideò nobis diligentius elaborandum erit, vt non magis in aliorum opinionibus refellendis quàm in nostris proponendis, & confirmandis ingeniosi videamur. † Sed cùm aduersus 1
omnes omnino interpretes dimicandum nobis est, tum præcipuè aduersus Doctorum ætatis nostræ sine controuersia Principem *Iacobum Cuiacium*, qui primus docuit, quod nemini vnquam anteà in mentem venerat, eandam omnino vtriusque falcidiæ rationem esse, nac plura imputari in eam quartam, quæ ex restituendæ hereditatis fideicommisso retinetur, quàm in illam, quæ ex legatis per legem falcidiam penes heredem manere debet. In quam sententiam præcipitem eum egit quod à Marciano scriptum credidit in *l. in ratione. 30. §. tametsi. D. ad leg. falcid.* ea quæ conditionis implendæ causa heredi data sunt in quartam fideicommissorum vniuersalium non imputari. Quod tamen quàm sit à veritate alienum & ab illius loci sententia, superiore capite, vt nobis videmur, apertè demõstrauimus. & pluribus argumẽtis probauimus verũ esse quod Marcian⁹ cõtrà scribit in *d. l. in quarta.* Ea quę implẽdę cõditionis causa à fideicommissario heredi dantur, in Trebellianicam imputari. vt proinde Basilicorum authoritas quia vir doctissimus potissimum nititur, neque tot librorum authoritati, neque iuris rationi de qua mihi omnino constat anteponẽda videatur. Si quid enim in iure certum, sanè illud certissimum est in quartam hereditatis quam per legem falcidiam heres habere debet, imputari eas duntaxat res quas iure hereditatio capit, noo quas iure legati vel fideicommissi, vel conditionis implendæ causa. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda siue legatum vel fideicommissum datum sit heredi, siue præcipere, vel deducere, vel retinere iussus est in quartam id ei imputari, quemadmodum disertis verbis Marcianus scribit in *d. l. in quartam.* † Neque 2
possis dicere cum *Goueano* in illo loco *Sed in fideicommissaria*, legendum esse *Sed &*, aut cum *Cuiacio*, totum eum versiculum generalis prioris sententiæ explicandæ non restringendæ causa subiectum esse. Verba enim omnino repugnant nisi in illis sequentibus *in quartam id ei imputatur*, negationem addas quæ in libris omnibus deest. At neque verum est priorem legis sententiam gaoeralem esse, quæ non nisi de ea quarta loquitur, quam per legem Falcidiam heres habere debet. Nam quanta differentia est inter legem Falcidiam & Senatusconsultum Pegasianum, tantam inter eas quartas differentiam esse necesse est. Sed cùm differentiæ ration em satis rectam interpretes nullam adhuc attulerint, fecit ea

cit ea res vt sublatam dissimilitudinem illi voluerint,
3 qui dissimilitudinis causam non intellexerunt. † Docuimus autem in superioribus, heredi per legem falcidiam quadrantem dari priusquam à testatore aliquid legetur vel fideicommittatur, ideoque non posse confici eum ex legatis fideicommissis & aliis huiusmodi si qua sunt quæ ad eum alio quam hereditario iure perueniant, quin potius ea omnia cùm accedant quadranti iam confecto, extra & supra quadrantem esse debere. Pegasiano verò Senatusconsulto non confici quartam heredi sed permitti duntaxat vt illam sibi is conficiat ne omnino infructuosa hereditatis aditio videatur, & potius spe alicuius lucri, & commodi ad adeundum inuitetur. eámque ob causam Senatusconsulto satisfactum esse, si quartam heres habeat vndecunque tandem sibi illam coofecerit.
4 † Inde igitur fit, vt si accepta pecunia hereditatem restituere heres rogatus sit, eam pecuniam illi in quartam imputari Diuus Hadrianus Pius constituerit, quamuis non iure hereditario sed mortis causa capi Papinianus scribat in *l. accepti 93. eod.* ad quã nescio certè qua ratione responderi possit. In eadem causa sunt quę heres retinere, deducere & pręcipere iussus est. Hęc enim etsi ex hereditate capiuntur, non tamẽ iure hereditario, quoniã heres ea percipit nõ hereditaria, sed retẽtionis, deductionis & præceptionis iure, & vt cum Iustiniano loquar quasi ex legato. *§. si quis vna. Instit. de fideic. heredit.* Etenim testatoris voluntas est vt quasi extra hereditatem hæc accipiantur, ipsa autem hereditas restituatur. Ac sanè si subtilius inspicias, tantùm abest vt quæ hereditario tantùm iure capiuntur in quartã imputari debeant, vt nec si maximè heres velit imputare, tamen ea possit: quia quæcunque ab herede hereditario iure capiuntur, ea cùm sint hereditatis in restitutionem venire necesse est. *l. in fideicommissaria. 18. §. 1. & vlt. D. ad S.C. Trebell.* Quanquam enim non quicquid fuit hereditatis id statim hereditario iure percipitur, sed ita demùm si heredis iure & ex testatoria voluntate heres capiat, fieri tamen non potest vt quicquam capiatur iure hereditario quod non fuerit hereditatis, aut in rei hereditarię locum successerit. Heres autem qui rogatus est hereditatem restituere id omne restituere rogatus videtur, quod fuit hereditatis. Necesse igitur est vel quadrãtem nullum ab herede retineri, vel in eum imputari illa duntaxat, quæ iure hereditario non capiuntur, si modò ad quartam conficiendam sufficiant. Si quid enim heres iure heredis retineret, eueniret vt ex Trebelliano restitui hereditas non posset, hoc est vt partem aliquam iurium & actionum hereditariarum penes eum remanere necesse esset, quemadmodum accidit si retenta quarta hereditatem restituere sit rogatus, quod tamen Iustinianus apertè negat in *d. §. si quis vna*, eo colore quòd illa quæ retinere aut deducere aut præcipere heres iussus est non tam hereditario quàm legati iure hoc est extra hereditatem, ac quasi à fideicommissario præstita percipi videantur. Et tamen imputari in quartam Iustinianus ait, ita vt si quartæ sufficiant, restitutio facienda sit ex Trebelliano sine vlla quartæ deductione. Verum igitur non est in Trebellianicam non imputari nisi quæ hereditario iure capiuntur. Rursus quæro, si *Cuiacij* sententia recta est quomodo explicari possit quod Marcianus scribit & vir doctissimus non negat siue legatum siue fideicommissum heredi datum sit id in restituendæ hereditatis quartam imputari? Dices fortasse, imputari duntaxat pro ea parte quæ capitur iure hereditario non pro ea quæ accipitur à coherede vt sequentia Marciani verba innuere videntur. Sed primum obseruandum est de fideicommisso id dici non posse cuius siquidem nulla pars capitur iure hereditario.
† Cùm in eo differant legata quæ coheredi relinquuntur à fideicõmissis quod illa delibantur ex tota hereditate, nec proinde valent, nisi pro ea parte quã ex coheredis portione lex sumit. Hæc verò non nisi ex portione eius, qui rogat is est possunt detrahi, quoniam frustrà coheredis fidei testator committat vt fundũ hereditarium præstet coheredi supra eam partem quam in illo fundo habet. Deinde quid si vnus tantùm heres institutus sit, & alicuius legatarij aut ipsius fideicommissarij fidei testator commiserit vt heredi aliquid præstet? Quis dixerit accipi hoc casu partem aliquam fideicommissi iure hereditario? Aut quis neget ex Marciani sententia quæ generalis est, fideicõmissum huiusmodi in quartam imputari? Postremò cum certi iuris sit legatum quod vni ex heredibus relinquitur, non valere pro ea parte quam is iure hereditario & à semetipso cepit, *l. & quidem. 18. de leg. 1.* An non absurdam efficiamus & Marciani elegantia indignam sententiam, si quod ille scripsit in Trebellianicam imputari quicquid heredi legatum est, de ea tantùm legati parte accipiamus quæ non nisi inutiliter legata est, & cuius ratione nihil legatum videatur? Atqui, inquies, Cogit ea quæ sequuntur apud Marcianum, vt hanc interpretationem admittamus. Sic enim lex ait, *Pro ea vero parte quam accepit à coherede, extra quartam, id est quod a coherede accipitur.* Hic verò versiculus est, qui totius legis interpretationem adeò difficilem fecit vt si quis receptã lectionem pertinacius tueri velit, nulla eius explicandæ ratio superesse possit. Nullus namque in toto iure locus est qui probet eam legati partem, quæ capitur à coherede in Trebellianicam non imputari. Tametsi vir doctissimus id probari putet ex *l. filium. 24. C. famil. ercisc.* De cuius quoque sententia ob eam causam nobis sequenti capite tractandum erit. † Sed probabilius quis moueatur ex *l. Titia. 86. D. ad leg. falcid.* quæ cùm per se difficillima & obscurissima est, tum maximè opinioni nostræ aduersari videtur. Eo loco Iulianus tractat, Cùm Titia testamento suo Titium fratrem ex parte tertia heredem instituisset, fideique eius commisisset vt hereditatem retenta quarta parte restitueret Secundæ & Proculæ coheredibus, deinde eadem fratri quædam prædia prælegasset. An Titius illa quæ prælegata sunt etiam pro ea parte hereditatis quam restituere rogatus est, ac integra retinere debeat? Sic enim legendum est non *an integra*. Respondet verò Iulianus Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem prædiorum. Sed si non esset adiectum vt pars quarta deduceretur, totum trientem prædiorũ legi Falcidiæ imputandũ esse, quoniam contra sententiam matrisfamiliæ lex falcidia induceretur. † Il-
7 la igitur Iuliani sententia est, in quartam hereditariæ portionis restituendæ non imputari tota prædia quorum scilicet duos trientes Titius accepit à coheredibus, sed eam duntaxat portionem quæ ad eũ iure hereditario peruenit, hoc est trientem: At ne quidẽ totum trientem, sed duodecimam tantùm partem si retenta aut quod idẽ est deducta quarta hereditatẽ restituere iussus sit. Quæ omnia quã rationẽ habeãt difficilius est dicere, quàm vt omnibus hac in re satisfieri posse videatur. Primùm enim illud à iuris ratione alienum videtur esse legata integra ab herede

retineri. Cùm certi iuris sit eam legati partem quã
heres à seipso capit non tam legati quàm heredita-
rio iure percipi, *l. heredes. 25. §. vltim. cum l. seq. D. famil.*
ercisc. & d. l. miles ad sororem. 75. §. vltim de legat. 2. l. cum
qui. 18. §. vltim. D. de his qua vt indign. aufer. atque
ideò in fideicommissi restitutionem venire *l. an fidei-*
8 *commissariam. 18. §. vlt. D. ad S.C. Trebell.* † Nec placet
Goueani distinctio inter legata & prælegata, quasi
nulla prælegati pars in restitutionem venire debeat
quod nihil tam contrarium sit restitutioni quàm re-
tentio. Nam & prælegata venire in restitutionem
constat, si heres portionem restituere iussus sit. *l. 3. §.*
vlt. D. eo. tit. aut quicquid ad eum ex hereditate per-
uenerit, *l. cum virum 16. Cod. de fideic.* Quòd si heredi-
tatis tantùm mentio facta sit, fateor eam prælegati
partem quæ legati iure capitur in restitutionem non
venire, quoniam scilicet hereditatis appellatione
legata non continentur. *l. si Titius ex parte. 96. de le-*
gat. 3. Sed eam partem quæ iure hereditario capitur
siue legatum siue prælegatum sit restituendam esse
non dubito: quoniam pro ea parte nec legatum va-
leat nec prælegatum. Quam ob causam Iulianus in
dict. l. Titia, ea prædia quæ prius prælegata dixerat,
posteà legata vocat, vt intelligamus nihil hac parte
9 legata differre à prælegatis. † Sanè si heres ex parte
institutus portionem suam repudiauerit, multùm in-
tererit an legatum ei sit an prælegatum. Nam lega-
tum totum ad eum nihilominus pertinebit, prælega-
tum verò non nisi pro parte coheredis. *d. l. & quidem*
totum de legat. 1. d. l. miles. §. vlt. de legat. 2. dict. l. cum
qui. §. vltim. de his qua vt indign. aufer. Cuius dissimili-
tudinis illa fortassis ratio est quòd iis etiam qui he-
redes non sunt legamus solis autem heredibus præ-
legamus: adeò vt quicquid heredi legatur id si here-
ditas quandocumque adeatur, promiscuè legatum
& prælegatum dici possit. Nam & quod heredi le-
gatur id ille præcipuum habet ac præter portionem
hereditatis, non minus quàm si esset prælegatum, &
ex contrario prælegatum non minus quàm legati
10 pars ex hereditate capitur, & iure hereditario. † At
in quæstione *dict. l. Titia*, non puto quicquam inte-
resse vtrum Titio heredi ex tertia parte scripto lega
ta essent prædia an prælegata. Et vtroque casu puto
responsurum fuisse Iulianum legata integra retine-
ri, nec vllam eorum partem venire in restitutionem.
Nempe quia vt rectissimè iam olim veteres omnes
interpretes animaduerterunt, quoties de heredita-
te restituenda heres rogatus est priusquam ei quic-
quam legatum aut prælegatum sit, non potest videri
testator voluisse vt quod post iniunctum fideicom-
missum heredi reliquit fideicommissario restituere-
tur, sed potius vt præstito fideicommisso ea res lega-
ta, aut prælegata ab herede retineretur. Etenim dici
solet parùm aut nihil curandum esse ordinem scri-
pturę, accidit tamen aliquando vt ex ordine scriptu-
rę coniectura diuersę voluntatis inducatur. *l. cum pa-*
ter. 77. §. à te peto de legat. 2. l. heredes mei. 57. §. vltim.
D. ad S.C. Trebellian. & in eo de quo quærimus fieri
non potest vt heres rogatus videatur id restituere
quod nondum acceperit. Quamquam & alia ratione
moueri Iulianus potuit. Nimirum quòd verisimile
esset testatricem quæ retinendę ex portione resti-
tuendæ quartę potestatem heredi fecisset, multò
magis voluisse integra ab eo retineri legata quę sci-
licet ex hereditate delibata essent non aliam ob cau-
sam quàm vt extra hereditatem; & restituendi ne-
cessitatem constituerentur. † Sed illud difficilius
11 est, quod Iulianus subiicit in partem quartam impu-
tari oportere duodecimam duntaxat partem præ-
diorum. Nemo enim dubitat quin tam in Falcidiã,
quàm in Trebellianicam ea saltem imputentur, quæ
iure hereditario capiuntur: Atqui prædiorum quæ
prælegata proponuntur non tantùm duodecima
sed tertia pars iure hereditario percipitur, cùm ex
parte tertia Titius institutus esset. Cur non igitur
saltem tertia aliorum pars imputabitur? Etsi verò Iu-
liani verba ostendunt satis rationem aliam cogitan-
dam non esse, quàm quòd ex testatricis iudicio, &
voluntate quarta deduceretur, hoc ipsum tamen
obscurum est, cur non & hoc casu in quartam impu-
tentur ea omnia, quæ iure hereditario capiuntur,
quemadmodum contingeret si de dodrante tantùm
hereditatis restituendo heres rogatus esset. Quòd si
quis dicat testatoris hereditatem suam restitui io-
bentis retenta quarta, voluntatem illam videri vt ex
iis tantùm rebus quarta detrahatur quæ restituen-
tur, prælegatum autem non restitui. Inde igitur fieri,
vt quæ pars hereditatis capitur iure hereditario nõ
ideò in quartam imputetur. Quæro, Cur ergo pars
aliqua prælegati imputetur cùm nulla restituatur?
Aut si pars aliqua imputanda est, cur duodecima po-
tius quàm alia portio? † Scio *Goueanum*, cuius extant 12
prę clari & eruditi in hunc titulum Commentarij, in
ea esse opinione vt putet illam duntaxat partem im-
putari sine qua heres quartam non retineret. Sed
quid ille sibi velit tam obscuris verbis, ego planè nõ
intelligo. Nam & non imputata illa parte duodeci-
ma nonne Titius quartam ex illa ipsa hereditate quę
restituitur retinere posset, atque ita plus quàm to-
tius hereditatis quartam haberet? Aut si quis absur-
dum putet plus quàm quartam eum retinere, An
non & imputata illa duodecima pręcipuum & su-
pra quartam habet quadrantem qui in prędiis præ-
legatis hereditario iure capitur, quique nec restitui-
tur, nec imputatur? † Dicendum igitur est eam par- 13
tem imputari quæ imputaretur, si prædiorum portio
quæ iure hereditario capitur, in restitutionem veni-
ret. Voluit enim testatrix retineri quartam ex here-
ditate, hoc est ex iis omnibus quæ hereditatis iure
ad Titium fratrem pertinerent, in quorum numero
triens ille est quem in fundis prælegatis à semetipso
Titius accipit. Trientis igitur quartam hoc est præ-
diorum duodecimam imputare eum necesse est.
Nec ad rem pertinet quod nulla prædiorum pars fi-
deicommissario restituatur. Non enim restitutionis
& imputationis iura confundi debent, nec quę ratio
restitutionem impedit, eadem impedire potest im-
putationem. Nulla pars restituitur, quia, vt diximus,
post iniunctum hereditatis fideicommissum, prędia
sunt prælegata, atque eorum ratione imminutum
fideicommissum, ex verisimili testantis voluntate.
Imputatur tamen duodecima, quoniam illa testa-
menti verba *retenta quarta*, non minus ad quartam
trientis pertinẽt qui in prędiis prælegatis iure here-
ditario capitur, quàm ad quartam reliquę totius he-
reditatis, neque ex eo quòd fideicommissum prius
relictum est quam prælegata essent prędia, volunta-
tis coniectura capi potest, quasi alia ratione imputa-
tionem fieri testatrix voluerit quàm si primum prę-
legasset, deinde fideicõmissum hereditatis reliquis-
set. † Illud ergo duntaxat mirandum sit quod Iulia- 14
nus ait, Si non esset adiectum vt quarta deducere-
tur, futurum vt totus ille triens in quartam imputa-
tur Cur non enim totum pretium prędiorum impu-
tatur, si verum est quod nos defendimus in fideicom-
missaria hereditate restituenda non ea tantùm here-
di

di in quartam imputari quæ iure hereditario capit,
sed illa etiam quæ iure legati aut fideicommissi? At-
que ob eam causam putabam aliquando corruptũ
esse Iuliani textum in iis verbis *totum trientem præ-
legatum*.&pro *trientem* legendum potius esse *pretium*.
Sed mihi nunc probabilius videtur vt distinguamus
quomodo in prima legis quæstione distinximus. An
prius heredi fideicommissum iniunctũ quàm præ-
legatum relictum sit, an ex contrario prius præle-
gatum sit, quàm fideicommissum. Priore siquidẽ ca-
su puto testatoris voluntatem efficere vt ea tantum
prælegati pars in quartam imputari debeat, quæ iu-
re hereditario capitur, non quę à coherede. Illa for-
tassis ratione, quod videatur testator voluisse, vt et-
iam restituta hereditate nihilominus prælegatum
heres haberet, quod tamen habere non videretur
prælegati iure, si totum id in falcidiam imputaret.
Nec Senatusconsulti beneficiũ implorare heres p-
hibeatur, vt ex restituenda hereditate quartam de-
ducat, licet ea deducta futurum sit vt ex bonis te-
statoris plus quàm quartam habeat, quia sicut fidei-
commisso oneratus est prius quàm ei prælegatum
esset, ita quartæ retentionem ei permitti necesse est,
ante quàm de prælegato disputetur. Quod tamẽ si-
militer dici non posset, si prius heredi prælegatum
esset quàm eius fidei commissum vt hereditatem
restitueret. Tunc enim licere non deberet here-
di quartam ex fideicommissaria hereditate resti-
tuenda retinere quam ei testator ipse iam dedis-
set, & ante iniunctum onus fideicommissi confecis-
set, *arg. l. cum quo. 56. §. vlt. D. ad l. Falc.* Denique si ea
legati aut prælegati pars, quæ à coherede accipitur
in quartam hereditatis restituẽdæ non imputaretur,
nulla hac parte differentia esset inter Falcidiam &
Trebellianicam, quæ tamen apertissimè ponitur in
d. l. in quartam. vt qui apertioribus verbis concipere
eam vellet planè nesciam quomodo id facere pos-
15 set. † Nec ratio vlla satis recta reddi potest eius di-
stinctionis quam interpretes nostri verbis legis po-
tiùs quàm iuris ratione coacti induxisse videntur.
An legatum quod heredi relinquitur tale sit quod
totum à coherede accipiatur, puta si legata sit pecu-
nia quæ tota ex coheredis portione confici potest,
*l. cùm pater. 77. de legat. 2. l. deducta. 58. §. acceptus. ad S.
C. Trebell.* An verò pars hereditario iure capiatur,
pars à coherede, vt si hereditatis prædium legatum
proponatur. Nam quod dicunt posteriore hoc casu
non imputari eam partem quæ capitur à coherede,
ne alioqui eueniat vt vna eademque res diuerso
iure censeatur, ad rem sanè non pertinet. An non e-
nim id etiam multò magis contingat, si dicas eiusdẽ
rei partem in quartam imputari, partem aliam non
imputari? Aut quæ ratio est cur ea pars quæ à cohe-
rede legati iure capitur in quartam non imputetur,
ea verò quæ nec hereditario nec legati nec testa-
menti iure, sed tantùm mortis causa capiuntur, im-
putentur *d. l. in quartam. & l. acceptis*. Sed interpretes
omnes præcipites egit vnicus ille versiculus *pro ea
vero parte quam accepit à coherede extra quartam, id est,
quod à coherede accipitur*. quem tamen cùm in Pan-
dect. Florentinis asterisco notetur, vel omnino tol-
lendum, vel saltem emendandum, esse suspicari li-
cet: eoque magis quod ex illis ipsis qui receptam o-
pinionem, & interpretationem amplectuntur, qui-
dam non negant locum corruptum esse, & ita emẽ-
dant *non pro ea parte quam accepit a coherede, extra
16 quartam enim est quod a coherede accipitur*. † Ego verò
neque dubito quin recepta lectio emendari debeat,
neque video quomodo probabilius emẽdari possit,
quàm si vel totum eum versiculum tollamus, vel sic
legamus *pro ea etiam parte quam à coherede accepit*, mu-
tata dictione *verò* in hanc quam reponimus *etiam*:
deinde sequentia illa omnia deleamus *extra quartã,
id est quod à coherede accipitur*. Coniecturã iuuat quod
Goueanus testatur vidisse se in libris manuscriptis ar-
ticulum *verò* scriptum hac nota ñ. quæ facilè corrũ-
pi potuit cùm fortè scriptum esset *etiam* his literis
ẽt, quomodo in veteribus libris dictio *etiam* bre-
uiter scribebatur. Cùm autem corruptè legi cœpisset
verò pro *etiam*, factum posteà est ab imperito inter-
prete, qui mancam & imperfectam loci sententiam
esse existimabat, vt addita sint illa, quæ sequuntur,
extra quartã, id est, quod à coherede accipitur. Nã articu-
lus *verò* differentiæ alicuius notam, & significationẽ
habet. Differentia autem non aliter explicari potest,
quàm si admittas extra quartam esse eam legati par-
tem, quæ à coherede accipiatur. Verũ cogitare de-
bebat quisquis fuit ille interpres, non potuisse fieri
vt ita Marcianus scriberet, qui ex contrario dixerat
in præcedentibus, siue legatum siue fideicommissum
heredi relictum sit in quartam id illi imputari. Ne-
que enim possis dicere imputari quidem sed pro ea
parte quam heres capit à semetipso, & iure heredi-
tario: Cùm pro ea parte ne quidem legatum quic-
quam videatur, quia, vt diximus, heredi à semetipso
legari non potest, *d. l. & quidem tantum. de legat. 1.*
Perinde igitur esset, ac si Marcianus scripsisset. Si he-
redi legatum sit in quartam imputari quatenus le-
gatum non valet. Siue quod idem est, imputari in
quartam legatum, quod legatum non est, quo quid
absurdius aut ineptius dici posset? Præterea si cætera
inspicias quæ in ea lege sequuntur, satis videas Mar-
cianum nihil aliud agere quàm vt doceat omnia o-
mnino quę heres accepit, quocumque tandem ti-
tulo & iure acceperit in Trebellianicam imputari.
Ac sanè si quid esset quod non imputaretur ea ma-
ximè extra quartam essent, quę conditionis implen-
dæ & mortis causa capiuntur. Hæc enim non solùm
hereditario iure non capiuntur, sed neque ex here-
ditate, neque ex testamento, nec denique ex iudicio
& voluntate testatoris. Atqui hæc imputantur vt a-
pertissimè Papinianus scribit *in d. l. acceptis. 91. ad leg.
Falcid.* Quid igitur esse potest, quod imputari non
debeat? idque etsi apertius erit si versiculum, *Sed &
quod implenda*, retineamus, tamen & eo sublato non
alia Marciani sententia futura sit. † Nam & quod 17
scriptum est in *§. sed etsi accepta*. si heres accepta pe-
cunia hereditatem restituere rogatus fuerit, in quar-
tam id imputari ex Diui Pij Constitutione non tan-
tùm ad eam pecuniam pertinet quę ex hereditate &
bonis testatoris accipiatur, ac quasi retinetur: sed de
illa etiam intelligi debet quæ ab ipso fideicommis-
sario conditionis implendę causa præstatur & ab he-
rede mortis causa accipitur, vt probat supradictus
Papiniani locus. Quę ratio facit vt post eum versi-
culum, *Sed etsi accepta*, accommodatè subiici potue-
rit quod sequitur in *§. si quid verò implenda*, nec enim
necesse erat, vt apertioribus verbis Marcianus scri-
beret ea quæ conditionis implendæ causa capiun-
tur in quartam imputari, quàm quomodo scripsit in
dict. § sed etsi accepta. Quod tamen ab ignaro in-
terprete non intellectum fecit fortassis, vt addendũ
ille existimauerit versic. *Sed & quod implenda*. Quem
si velis prorsus tollere, non tanquam falsum, sed po-
tius quasi superfluum, facilè id concedam: vt admit-
tas non defuisse interpretes; qui textum legis cor-

rumpere & depravare ausi sint: indéque etiam colligas verba illa quæ tollimus *extra quartam. id est quod à coherede accipitur*, quæ asterisco notantur quęque absurdam efficiant legis sententiam & orationis constructionem, ab eodem interprete addita fuisse, & vt rectè omnia inter se cohæreant, tollenda esse.

CAPVT V.

Ad l. filium. 24. C. fam. ercisc.

SVMMARIA.

1 *Verba illa* d. l. 24. habentem fundum, *an de fundo prælegato vel retinere iusso accipienda sint?*

2 *De fundo quem filius in peculio habuit* d. l. 24. *accipiendam esse.*

3 *Vera species & causa constitutio* d. l. 24.

4 *Interpretum error in explicanda huius legis sententia.*

IN † huius loci explicatione refutanda primū nobis est eorum sententia qui fundū de quo agitur, prælegatum fuisse interpretātur, itémque aliorum, qui filium de restituenda sua hereditatis portione rogatum fundum ex ea retinere iussum esse ponunt. Nam & verba illa *habentem fundum* nescio quid aliud præ se ferunt: Et si fundus aut prælegatus, aut retinere iussus proponeretur, falsum esset quod lex ait eas partes fundi, quę à coheredibus percipiūtur, quibus nihil vicissim filius pręstat, restituendas esse. Siue enim ita intelligas, vt pro iis partibus fundus veniat in restitutionem hereditatis, falsum est illam prælegati partem quæ iure legati capitur in restitutionem venire. *§. vlt. l. an fideicommissariam. 38. D. ad S. C. Treb.* Siue quod probabilius est, eam legis sententiam esse putes vt iudicio familiæ erciscundæ partes restituantur: Certum est ad arbitri familiæ erciscūdæ officium pertinere vt ex voluntate defuncti pręlegata & retentiones integras ei adiudicet seruétque præcipuas cui testator dedit. *l. heredes. 25. §. vlt. cum l. seq. & l. si ita. 42. D. famil. ercisc. l. cum pater. 77. in prin.*
2 *de leg. 2.* † Vetus igitur est quod iam olim plærique ex interpretibus tradiderunt, filium qui de hereditatis parte restituenda rogatus proponitur, neque prælegati, neque retentionis iure, sed in peculio habuisse fundum, de quo disputamus. Quicquid enim viuo patre filius habet, id si aliud non appareat ex causa peculij habere eum necesse est. Certum autem est peculia liberorum post mortem patris in hereditatem diuidendam ad communionem esse reuocandam *l. certum. C. famil. ercisc.* De illo igitur Imperatores consulti sunt, qua ratione fundus ille peculiaris post patris mortem factus hereditarius inter coheredes diuidendus esset, ac quomodo falcidiæ ratio poni deberet à filio quem pater portionem hereditariam restituere rogasset. Septem verò coheredes institutos fuisse, quod ante nos *Arnaldus Ferrerius* obseruauit, ipsa legis verba demonstrant, atque vnū ex iis filium scilicet qui fundum in peculio habebat rogatum vt partem ex qua institutus erat fratribus suis ac præterea quibusdam aliis duobus puta extra-
3 neis restitueret. † Quare speciem & causæ constitutionem sic ponendam existimo. Testator cùm septingentos aureos in bonis haberet, ac inter cætera bona fundum octo & viginti aureis dignum quem vni ex filiis suis in peculium viuus concesserat, testamento septem heredes instituit, tres filios Titiū, Lucium, & Sempronium, & quatuor extraneos, Caium puta, Mæuium, Seium, & Cornelium. Titinm rogauit vt portionem hereditatis fratribus Lucio & Semptonio, itémque extraneis Caio & Mæuio coheredibus restitueret sub ea conditione, Si nauis ex Asia veniret. De fundo nihil dixit, ideoque in diuisionem hereditatis venire eum sicut cæteras quoque res hereditarias ambigi non potest. Rursus quin fideicommissum valeat, restituendæ portionis hereditariæ, cùm conditio extiterit, postquam placuit in singulis heredibus legi falcidiæ locum esse nemo dubitat. Itaque cum falcidiæ nomine Titius ex portione sua, quæ centum aureorum est viginti quinque retinere debeat, eam conficiendæ quartæ rationem inibimus, vt septimam partem prędij quæ iure hereditario ad eum pertinet, id est, quatuor aureos imputet. Eas verò portiones, quæ hereditatis iure in eo fundo ad Lucium, & Semptonium fratres, itémque ad Caium & Mæuium extraneos pertinent quibus portionem suam restituere rogatus est compenset cum pari quantitate quam ex portione restituenda retinere alioquin posset. Sic fiet vt quatuor septimas fundi partes, quæ sexdecim aureos efficiunt cū falcidia compenset, & tàm ex sua, quàm ex coheredum portionibus in eo fundo viginti sibi conficiat, quæ quoniam ad quartam integram non sufficiunt, cùm ea quinque & viginti aureorum esse debeat, id quod quartæ deest, nempe quinque aureos in supplemētum deducet ex ipsa portione hereditaria restituenda. Atque ita confecto quadrante partim retentione, partim compensatione, partim etiam deductione cogetur id, quod à cæteris coheredibus Seio & Cornelio, quibus restituere rogatus non est, in eo fundo soluitur, id est duas septimas quas iam supra quartam habet, iis restituere, non quidem ex causa fideicommissi quod Seio & Cornelio nullum relictum proponitur, sed iudicio familiæ erciscundæ, de quo titulus ille est. Neque enim cum falcidia compensare Titius potest eas partes fundi quæ ad Seium & Cornelium pertinent, quibus nihil ipse vicissim præstat. Quæ sanè verissima & facillima est, licet noua, needum tradita huius legis sententia, ex qua intelligimus nihil eam pertinere ad id de quo præcedenti capite quærebamus, An prælegati aut retentionis pars quæ à coherede accipitur in Trebellianicam imputetur. † Et toto cœlo errare eos, 4
qui legis sententiam illam esse putant, vt Titius de fundo restituendo rogatus quartam ex eo retineat, in quam imputet quod à fideicommissarius accepit si tantum acceperit, quantum ad quartam satis sit, sin minus, ex ipso fundo fideicommissario deducat quod ad quartam deest. Quod si plus acceperit, reddere id compellatur. Nam de portionis hereditariæ non de fundi substitutione rogatus Titius proponitur. Neque rursus paria sunt, vt illi putant, an in falcidiam imputetur, an cum quarta compensetur, quod à coheredibus percipitur. Quæ enim à coherede accipiuntur, ea in legatorum falcidiam minimè imputantur, quia iure hereditario non capiuntur, nec tamen ideò minus compensantur. *l. qui non habebat. 78. D. de hered. instit. l. Nesennius. 22. D. ad l. Falcid.*

CAPVT VI.

Emendatio l. ob hæc verba. 20. D. de his qui not. infam. & l. fundum. 20. D. de euict.

SVMMARIA.

1 *Papiniani ratio in* d. l. 20. *quomodo accipienda sit?*

2 *An qui falsò & per calumniam accusationem instigant infames fiant?*
3 *Bartoli* ad d.l.20. *coniectura reycitur.*
4 *Emendatur* d.l.20. *& pro* mandatoris *legitur* damnatoris.
5 *Boni iudicis officium.*
6 *Emendantur & supplentur nonnulla in* l. fundum. 20. ff de euict.
7 *Pomponij sententia in* d.l. fundum.

OCcurrunt plæraque in libris nostris librariorũ
errata in transpositione literarum aut verbo-
rum, quæ nisi diligentius attendenti non facile est
animaduertere, vt ex iis quæ hoc capite docebimus
intelligetur. In *l. ob hæc verba.20. D. de his qui not. infa.*
Papinianus scribit, Ob hæc verba sententiæ Præsi-
dis prouinciæ *Callido commento videris accusationis in-*
stigator fuisse, pudorem potius oneratũ quàm igno-
5 miniam irrogatam videri. † Tum rationem subiicit;
Non enim qui exhortatur mandatoris opera fungitur.
Quæ ratio quomodo accipienda sit, & quo sensu ad
Papiniani responsum accommodari debeat, *Accur-*
sius & alij interpretes non explicant. Illud tantùm
notant, eum qui exhortatur non mandare atque in
eam rem similia plæraque congerunt, quæ à Papi-
niani sententia certè omnino sunt aliena. Cur enim
Præses prouinciæ mãdatoris opera fungeretur? Aut
cur eum in quem prolata sunt verba illa sententiæ
Præsidis exhortatorem duntaxat, non etiam manda-
torem accusationis fuisse diuinamus? Imò instigato-
rem dixit Præses prouinciæ non exhortatorem aut
mandatorem. Indéque nimium dubitandi causa
nascebatur, propter quam non pudor tantùm one-
ratus, sed infamia quoque irrogata videretur. quòd
certi iuris sit non esse hac parte dissimilem calum-
niantis instigatoris, & accusatoris rationem *ex l.1. §.*
2 *incidit. D. ad S.C. Turpill.* † Qui locus apertissimè cõ-
uincit sententiam existimantium eos qui falsò & per
calumniam accusationem instigarint, non fieri infa-
mes. Tam enim infames fiunt, nec minus in Senatus-
consultum Turpillianum incidunt si ab instigatio-
ne desistant, quàm qui per calumniam accusationẽ
instituerunt aut institutam accusationem prosequi
destiterunt. Omnes namque calumniatores Præto-
3 ris edictum infames facit, *l.1. D. de calumniat.* † Nec
possis Papiniani responsum quod contrarium vide-
tur ex eo defendere, quòd *Bartolus* diuinat verba il-
la sententiæ Præsidis, quæ Papinianus refert, prolata
fuisse prius quàm de causa cognosceretur. Vnde in-
fert ille verba iudicis vituperiosa (sic enim loquitur)
si non prolata sint causa cognita infamiam nõ irro-
gare. Quis enim *Bartolum* admonuit in ea specie, quę
Papiniano ex facto proponebatur, nullam causæ co-
gnitionem præcessisse, vt Præsidẽ prouinciç ad sen-
tentiam de accusatione ferendam sine vl a causæ
cognitione contra omnem omnium iudiciorum e-
xercendorum ordinem ac ritum prosiluisse? Aut cur
sententię appellatione Præsidis interlocutionem in-
telligere volumus, quæ propriè sententia dici non
potest. *l. quod iussit. 14. D. de re iudic. & tit. C. de sent. &*
interloc. omn. iud. Probabilius ergo est loqui Papinia-
num de sententia Præsidis diffinitiua lata super ac-
cusatione per calumniam instituta, & in eum qui ac-
cusationis instigator dicebatur direxisse Præsidem
verba illa. *Callido commento videris accusationis insti-*
gator fuisse, quibus ignominia ei, tamquam calumnia-
tori irrogata videbatur. † Sed hanc non irrogatæ i-
4 gnominiæ rationem Papinianus adfert, quod is qui
exhortatur damnatoris opera non fungatur. Lego e-
nim *damnatoris* pro *mandatoris*, prioribus duntaxat
literis quæ inuersæ & transpositæ erant, in pristinum
suum locum restitutis. Sensus verò est & perelegans
& apertus, Præsidem prouinciæ iis verbis quæ pro-
ponuntur, non tam id egisse vt instigatorem de ca-
lumnia condemnaret, quàm vt eum exhortaretur
ne in posterum callidis eiusmodi commentis ad in-
stigandas accusationes abuteretur. Infamia igitur, &
ignominia irrogata non est cùm nulla condemna-
tio secuta sit. Nam vt calumniator infamia notetur;
non sufficit calumniatum esse eum, sed illud præter-
ea requiritur, vt calumniæ causa sit condemnatus, *l.*
athletas. 4. §. calumniator. l. non alia. 19. D. de his qui not.
infa. Sicut & in cæteris criminibus siue priuatis, siuè
publicis accidit, vt numquam ex ipso crimine, sed
ex sententia tantùm quæ de crimine lata est infamia
irrogetur *l. quod ergo. 13. §. vlt. D. eod. l. infamem. 7. D. de*
publ. iud. Ita fit vt multum interesse dicendum sit an
Præses prouinciæ sic pronũciauerit, *Per calumniam*
accusationis instigator fuisti, an quomodo Papinianus
ponit. *Callido commento videris accusationis instigator*
fuisse. Illa enim verba, sententiæ & condemnationis,
hæc verò exhortationis potius speciem præ se ferũt.
† Denique ad boni iudicis officium pertinet nõ tan- 5
tum vt absoluat, aut condemnet, sed etiam vt inter-
dum exhortetur, præsertim si quando probationes
minus plenas esse videat, quàm vt iis moueri possit
ad condemnandum eum, quem tamen aliqua deli-
cti suspicionе non omnino vacare ex litis indiciis
& argumentis intelligit. Hæc ad Papinianum, nũc
ad Pomponium. † Is *in l. fundum 20. D. de euiction.* ita 6
scribit. Fundum meum obligaui, deinde alienaui ti-
bi, vt eo nomine non obligeris. Si eum postea abs te
emam, & satis pro euictione mihi des, excipiendum
cautione, quòd pro me obligatus sit: quia etiam nõ
excepto eo, agendo, eo nomine contra te, doli mali
exceptione possim summoueri. Dico tollenda esse
verba illa, *vt eo nomine non obligeris*, & in sequentibus
sic legendum, *excipiendum cautione vt eo nomine non o-*
bligeris, quod pro me obligatus sit. Nã conuentione fie-
ri non potest vt fundum quem obligaui tibi alienẽ
hac lege, ne tu eo nomine obligeris. Pignoris enim
obligatio rem ipsam obligatam, non personam obli-
gantis afficit, & alienatio cùm fit, eam necesse est fie-
ri cum sua causa, ne alioqui eueniat, vt sit in pote-
state debitoris pignus alienando soluere obligatio-
nem, in eoque deteriorem facere creditoris condi-
tionem. Rursus quamuis in fundi obligati venditio-
ne dictum non sit vt tu eo nomine non obligeris;
nemo tamen dubitat quin creditore fundum iure
pignoris euincente sim obligatus aut ex stipulatio-
ne duplæ si intercesserit, aut ex empto propter natu-
rã contractus bonæ fidei ex quo vacuam possessio-
nẽ tradere tibi debeo, & præstare vt eam rẽ quã vẽ-
didi habere tibi liceat. Ergo inutilis & nullius mo-
mẽti est ea vẽditionis cõditio vt tu pignoris nomine
nõ sis obligatus. Aut potius inepta & ridicula est cõ-
uẽtio, cũ fieri non possit vt pignoris nomine emptor
obligetur. Quamquã enim pignoris obligatio rei o-
bligatæ alienatione nõ extinguitur, ipsa tamen em-
ptoris persona non ideò obligatur, vt nulla causa sit
paciscendi ne emptor pignoris nomine obligetur.
Sed neque rectum sensum habet quod sequitur *ex-*
cipiendum cautione quod pro me sit obligatus. nisi cũ *Ac-*
cursio suppleas quę nos addenda esse contendimus:
& sic legas, *excipiendũ cautione vt eo nomine non oblige-*
ris, quod pro me sit obligatus. Id enim apertè sibi vult 7

Pomponius. Si fundum obligatum quem tibi vendidi postea abs te emã & tu euictionis causa satisdes, excipiendum esse cautione & promissione ne tu ex stipulatione aut venditione obligeris eo nomine quòd pro me fundus sit obligatus, si quando cõtingat eum pignoris iure per creditoré euinci. Aequũ autem esse vt cautione id excipiatur probat Pomponius hac ratione, quòd etiam non excepto eo agendo hoc nomine contra te, doli mali exceptione possem summoueri. Quoties enim facto meo res quam abs te emi euincitur, nullam ob eam rem aduersus te actionem habere possum. *l. hoc iure. 27. D. eo. tit.* Propter quam causam mihi videbatur aliquãdo corruptum esse Pomponij textũ & addita negatione legendum *non excipiendum cautione* quasi monere is voluisset non esse excipiendum cautione vt eo nomine non obligeris, quandoquidem & non excepto eo si ex stipulatione agere vellem doli exceptio mihi noceret. Frustrà enim excipi videtur quod quamuis exceptum non sit pro excepto tamen habeatur. Sed me nunc in contrariam sententiam illud vocat, quòd expressæ exceptionis vtilitas illa futura sit vt ipso iure nulla mihi actio ex stipulatione competat quæ tamen ex verbis competeret, si cautione & promissione nihil exceptum esset. Alioqui doli exceptio obiici nõ posset si actio nulla competeret quæ per exceptionem elideretur. Atqui longè commodius & vtilius est ipso iure tutum esse, quàm per doli exceptionem, quod per actionem propositam multa accidere possint quæ exceptionis vim & potestatem, vel impediant, vel remorentur, vt non tantùm Iurisconsultis sed pragmaticis quoque notum est.

CAPVT VII.

De purgatione moræ.

SVMMARIA.

1 *Moram tribus modis contrahi vel ex persona, vel ex reipsa, vel ex die.*
2 *Quando* ex reipsa *mora contrahatur?*
3 *Moram* ex die *solo temporis cursu sine vlla interpellatione contrahi.*
4 *Moram, siue ex persona, siue ex re contracta sit ante litis contestationem purgari posse.*
5 *Mora ex die contracta cur post diem purgari non possit?*
6 *Quando mora contracta ex stipulatione quanti res est, purgari possit, vel non?*
7 *Cuius quo die stipulationi adiecta post diem mora purgatur.*
8 *De qua stipulatione accipi debeat.* l. etsi. 8. ff. si quis caution. in iud. sist. caus. dat.
9 *Cur in* d. l. etsi *mora contracta ex stipulatione cui dies & pœna adiecta est post diem tamen purgetur?*
10 *Cur aliud in pœna ob traiectitiam pecuniam sua die non solutam, item in pœna ex compromisso dari iussa, obtineat?*
11 *Explicatur exceptio addita in* d. l. etsi.
12 *Differentia inter Prætorias & conuentionales stipulationes, à Bartolo constituta reycitur.*

1 MOram † contrahi certum est vel ex persona, vel ex re ipsa, vel ex die. Ex persona contrahitur si interpellatus quis opportuno loco & tempore non soluerit quod debet, vel non acceperit quod sibi debetur. In quo genere contrahendæ moræ si quando disputetur an ea contracta sit, facti plærunque quæstio est, potiùs quàm iuris, ita vt neque constitutione vlla, neque iuris authorum quæstionibus decidi id posse videatur, quemadmodum Marcianus scribit in *l. mora. 32. D. de vsur.* vbi illud etiam adiicit non sufficere ad probationem contractæ moræ vt debitori, vel creditori suo quis denunciauerit, sed illud præterea requiri, vt non omittatur debiti repetendi aut offerendi instantia si sui potestatem facere cœperit is, cui denunciatum est. Non quòd ad contrahendam moram sæpius interpellatum quem esse necesse sit, vt vulgo plærique existimant (vnica námque interpellatio sufficit si modò solenniter hoc est testatò facta sit. *l. Titia Seio. 80. §. vsur. ii. de legat. 2. l. qui Romæ. 122. in prin. D. de verb. oblig.*) sed vt intelligamus moram, quę ex persona eius qui interpellatus est contracta fuit facilè ex persona eius qui interpellauit purgari si is debiti repetendi aut offerendi instantiam remittat. † Ex re ipsa moram fieri dicimus, 2
Si quis fortè insulam ædificare promiserit, neque tamen ædificauerit intra id tempus quod ad ædificandam insulam sufficere potuisset. Quemadmodum enim stipulatio illa *Insulam ædificari* quæ verbis pura est, ex re ipsa dilationem capit vt non prius actio incipiat, quàm tempus transierit intra quod ædificari insula potuerit *l. interdum. 73. D. de verb. oblig.* Ita fit vt si promissor intra id tempus insulam non ædificauerit re ipsa moram contraxisse intelligatur, licet interpellatio nulla præcesserit. *l. stipulationes. 71. §. vltim. D. eod.* Quanquam dissensisse videntur Iurecõsulti in quæstione illa, An ex huiusmodi stipulatione agi possit priusquàm temporis tantum præterierit quanto insula fabricari potuerit, cùm Pomponius & Marcellus scribant non prius agi posse. *l. si ita stipulatus essem. 14. l. existimo. 98. §. vlt. D. eodem.* Vlpianus verò contrà in *dict. l. stipulationes.* magis esse putet, vt statim atque mora faciẽdæ insulæ fieri cœpit stipulationis dies cedat, agique ex ea possit. Quod tamẽ quomodo accipiendum sit, quoniam variis Doctorum nostrorum contentionibus valde agitatum & controuersum est, neque ad institutam disputationem omnino pertinet alio loco explicabimus. † Po- 3
stremò ex die mora cõtrahitur si quis ad certam diẽ daturum se facturúmve aliquid promiserit, neque dederit vel fecerit intra diem præstitutum. Hoc enim casu sicut & superiore nulla interpellatio requiritur, sed solo temporis cursu & diei aduẽtu mora contrahitur *leg. pecuniæ. 9. §. vsur. non. D. de vsur. l. magnam. C. de contr. & commit. stipul.* Adeò vt Paulus scripserit ad diem sub pœna promissa pecunia, & ante diem mortuo promissore, pœnam committi, proindéque moram contrahi licet adita non sit eius hereditas. *l. ad diem. 77. D. de verbor. obligat. l. vlt. D. de nautic. fœnor. l. traiectitiæ. 23. D. de oblig. & action.* Et, quod magis mirum videri debeat, si ante diem creditor moriatur, nec existente die quisquam sit cui pecunia solui possit, ea diei adiectæ vis & potestas est vt moram nihilominus contrahere promissor videatur, quamuis totius eius temporis quo solui non potest mora sit inculpata, & non damnosa, *d. §. vsurarum.* Sicut autem variis rationibus mora contrahitur, ita si contracta sit aliter atque aliter purgatur. † 4
Nam si ex persona id est per interpellationem contracta fuerit, constat debitorem quandocumque offerentem ante litis contestationem liberari, atque ita moram purgari ac si contracta non fuisset *d. l. interdum. 73. §. vlt. l. si seruum. 91. § sequitur. D. de verb. obli. l. qui decem. 72. in prin. & §. 1. D. de solut.* Neque distinguemus an in stipulationem pœna deducta sit, aut an creditoris cœperit interesse, necne. Omnimodo

namque

namque mora purgabitur, & sibi imputare creditor
debebit quòd cuius litem contestatus non fuerit. I-
démque iuris erit si ex re ipsa moram debitor cōtra-
xerit, quòd fortè insulam non ædificauerit intra id
tempus quod ædificandæ insulæ sufficere potuisset.
Sufficit enim si ante litem contestatam ædificauerit,
aut ædificare cœperit *l. si insulam. 84. D. de verb. oblig.*
Atque huius iuris ratio & aperta est, & elegans. Ni-
mirum, quòd debitor qui non nisi ad dandum vel
faciendum aliquid obstrictus erat, obligationi satis-
fecerit quocunque tandem tempore dederit vel fe-
cerit quod debebatur. Verum enim est datum vel
factum fuisse quod dari vel fieri debuerat. Cur non
5 igitur liberatio contingeret? † At si mora ex die con-
tracta sit, verius est vt posteà purgari numquam pos-
sit, nec aliter debitor liberetur, quàm si ea omnia præ-
stet, quæ post litem contestatam præstanda essent.
Perpetuo enim verum est intra diem obligationi
adiectum datum aut factum non fuisse id quod vt
intra diem illum daretur, vel fieret, conuenerat. *leg.
Celsus ait. 23. D. de recept. arbitr.* Nihil igitur debitori
proderit, si post diem dare vel facere velit quod in-
tra diem iam datum vel factum esse oportuerat. Ne-
que probo sententiam distinguētium an stipulatio-
ni pœna aliqua adiecta sit an nulla. Quasi maior &
seuerior sit stipulatio pœnæ quàm eius, quod inter-
est, cum illa committatur sui natura statim ipso iu-
re ex solo die tardæ solutionis, hæc neque ex die cō-
mittatur, neque ex interpellatione qualibet facta ex-
tra iudicium, sed tantùm ex lite mota vel contestata.
Nisi ex mora, inquiunt, ius actoris deterius factū sit.
An non enim obligationi dies frustrà præscribere-
tur, si post diem purgare moram liceret? An nō sem-
per verum est intra diem præscriptum satisfactum
non esse? Deinde cùm stipulatio *Quanti res est* non
nisi eius quod interest obligationem contineat *l. vl-
tim. D. de prætor. stipulat.* nec proinde possit eiusmo-
di stipulatio committi nisi stipulatoris interesse cœ-
perit. An non absurda est exceptio illa: *nisi ex mora
ius actoris deterius factum sit*. Perinde enim est, ac si di-
ceres stipulationem ex qua debetur id, quod inter-
est non committi, nisi stipulatoris cœperit interesse:
quod etsi verum est, tamen ad propositam disputa-
tionem non pertinet. Quærimus enim an mora ex
die contracta, oblatione post diem purgetur. Mora
autem contrahi non potest ex stipulatione ex qua a-
gi numquam potuerit. *l. si pupillus. 127. D. de verborum
oblig. l. nulla. 88. de regulis iuris.* nec rursus agi ex stipu-
6 latione *Quanti res est*, priusquam intersit. † Et si ad-
mittas, quod omnino admittendum est, moram cō-
tractam ex stipulatione *Quanti res est* non posse pur-
gari posteaquam cœperit interesse stipulatoris, fate-
ri te necesse est nūquam purgari posse, quia nec an-
tequam intersit contracta videri potest. Ac quem-
admodum de bonorum possessione decretali scri-
ptum est in *l. 1. §. decretalis. D. de success. edict.* non pos-
se eam repudiari priusquàm decreta sit quia nec
dum delata est, posteà verò quàm decreta est seram
esse repudiationem quia iam est acquisita: Ita de sti-
pulatione *Quanti res est* dici potest non posse ex ea
moram cōtrahi ante quàm stipulatoris intersit quia
nec prius commissa est stipulatio. Postquam autem
cœpit interesse nimis seram esse obligationem, cùm
stipulatoris ius ex mora iam deterius factū sit. Quod
tamen ita verum est, si diem stipulationi adiectum
esse proponas. Nam si dies adiectus non sit, beni-
gna interpretatione placuit non prius commissam
videri stipulationem quàm si ex ea lis contestata sit,
*l. cùm quærebatur. 13. §. proinde. D. iudicat. solui. l. nuda. 5.
C. de contrah. & committ. stipulat.* quemadmodum con-
tingeret si in obligatione factum dūntaxat deductū
esset non subiecta stipulatione *Quanti res est. vt in
dict. l. si insulam. 84. de verb. oblig.* Parum enim refert
an disertis verbis promissum sit. Quanti stipulatoris
intererit, an verò in locum obligationis faciendi
succedat obligatio eius quod interest. *l. quoties. 81. D.
eodem. l. si quis ab alio. 13. §. vlt. de re iudicat.* Et cum v-
troque casu dies adiecta non sit debitorem ad pur-
gandam moram vsque ad litis contestationem au-
diri admittimus. Die verò adiecta nullum post diem
obligationi locum superesse contendimus si iam
stipulatori interfuit, ne alioqui fatendum sit inuti-
lem esse diei adiectionem, quod à contrahentiū vo-
luntate & contractus verbis omnino alienum esset.
† Nec sententiæ nostræ aduersatur quòd à Scæuola 7
responsum legimus in *l. stipta quis. 135. §. Seiam de ver-
borum obligat.* etiam die stipulationi adiecta moram
purgari posse si non multò post diem offeratur, nec
stipulatoris propter moram quicquam intersit. Non
enim de stipulatione pœnali aut *Quanti res est* apud
Scæuolam tractatur, sed de pacto incontinenti post
stipulationem adiecto vt intra Calēdas Apriles pri-
mas vniuersam summam mandatori numeraret &
hortos acciperet. In qua specie meritò responsum
est paucorum dierum moram nocere non debere;
vt in *l. si in lege. 24. §. colonus. D. locat.* cùm neque sti-
pulatoris quicquam intersit, neque ob causam dies
adiecta sit, vt si intra eam diem promissioni non sa-
tisfieret pœnam aliquam eo nomine promissor pa-
teretur, sed ideò duntaxat vt ad dictam diem satisfa-
ceret: Satisfecisse porrò videtur si non multò post
tempore satisfecerit, cùm nihil dum stipulatoris in-
teresset. Neque possis dicere inutilem hoc casu vi-
deri diei adiectionem, quando neque litis contesta-
tæ tempus, neque longum interuallum expectan-
dum erit, vt moræ purgatio impediatur, quod tamē
expectari esset necesse, si dies adiecta non fuisset. At
magis tempus videtur quod Caius scribit *in l. etsi post
tres. 8. D. si quis caution. in iudic. sistend. caus. fact. non ob-
temp.* Etsi post tres aut quinque pluresve dies quàm
iudicio sisti reus promisit secum agendi potestatem
fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum sit
consequens esse dici debere eum per exceptionem
defendi. † Non enim probo quod obiectionis tol- 8
lendæ aut vitandæ causa, vir doctissimus *Iacobus Cu-
iacius* admonuit eam legem de stipulatione Quanti
res est, non de pœnali accipiendam esse. Nam quā-
uis pœnæ in stipulationem deductæ mentio non
fiat, attamen vt rectissimè *Accursius* animaduertit,
non nisi de pœnali stipulatione intelligi Caius po-
test, cùm vt supradictum est pœna nulla adiecta sti-
pulatio Quanti res est quæ in Prætoriis præcipuè
stipulationibus, eius duntaxat quod interest pro-
missionem continet *l. vltim. D. de Prætor. stipulat. &
dict. l. quoties. 81. de verborum obligat.* prius committi
non possit, quàm stipulatoris intersit, nec si dies sti-
pulationi adiecta non venerit. Quomodo enim aut
qua fronte id quod sua interest petere possit is, cu-
ius nihil intersit? Pœnam igitur præmissam fuisse
ponendum est, quæ & subiici plerumque solet sti-
pulationibus in iudicio sistendi causa factis, *vt in l. 2.
l. si duo. 5. §. 2. l. si seruus. 9. §. 1. l. si cum. 19. §. 1. l. pen. D. eod.
tit. si quis caution.* idque ex consilio Iurisconsulti in
d. l. vlt. de Prætor. stipula. ne stipulatori necesse sit pro-
bare interesse sua, & quanti intersit, quæ probatio
vt plurimum perdifficilis est. † At cùm dici soleat 9

adiecta pœna non esse quærendum an & quatenus stipolatoris intersit, sed illud tantùm inspiciendum, quænam sit quantitas & cunditio stipulationis. *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. D. de verborum obligat.* quid illud est quod Caius ait stipulatori post diem agenti obstaturam doli exceptionem si post tres aut quinque pluresve dies promissor secum agendi potestatem fecerit, necdum stipulatoris quicquam intersit? An quod huiusmodi stipulatio sit ex numero cautionalium stipulationum quæ priorum actionnm quas nouant & perimunt: naturam tamen induunt & vicem repræsentant, sicut primo libri tertij capite explicauimus? vt proinde non prius agi possit ex stipulatione quàm stipulatoris intersit, quia & nulla stipulatione interposita non nisi ad id quod actoris interesset agi posset. Sed non ita est. Id enim tum demum verè dicitur eùm in stipulationem deductum fuit duntaxat Quanti res est nulla pœna adiecta. Pœnæ adiectio efficit vt amplius quærendum non sit an aut quantum intersit stipulatoris, neque item stipulationis pœnalis natura patitur vt vllo casu nouet præcedentem obligationem. Ratio igitur alia afferri non potest, quã quòd hæc stipulatio non tam in promissoris odium interponatur, aut in vtilitatem stipulatoris, quàm propter necessitatem iudicij. Iudicium namque nullum datur nisi post litẽ contestatam, nec rursus contestatio fieri potest, quin aduersarius in ius vocatus sit & venerit. *§. omnium. Inst. de pœn. temer. litigan.* Propter quam causam scriptum est in *l. 1. D. de Prætor. stipulat.* stipulationes iudicio sisti communes esse, hoc est non tantùm cautionales, sed etiam iudiciales, quia propter iudicium vt ratum fiat interponuntur. Cui consequens est vt is qui à reo nisi steterit pœnam stipulatus est nõ tam id solum animo agitasse videatur, vt reus iudicio sisteret certa die, quàm vt sibi potestas fieret ea die experiendi, & agendi. Quid verò refert an ea ipsa die, an post trium, pluriúmve dierum moram reus secũ agendi potestatem faciat, si modò actoris ius ex mora deterius factum non sit? Nam etsi reus iudicio stitisset ad dictam diem, non ideò actor lucrum aut commodum aliud obtinuisset, quàm vt citius egisse videretur. Iudicio igitur duntaxat moram facit, qui ad diem non sistit: fieri verò potest vt iudicio mora fiat neque tamẽ stipulatoris ius lædatur: quod eùm accidit æquum est actionem quæ ex pœnali stipulatione commissa stricto iure nascitur elidi per exceptionem si post modicum tempus, quod arbitrio & religioni iudicantis æstimandũ relinquitur, promissionis suæ reus satisfaciat. Si quidem & iudicium omne, ex se moram habet & tractum temporis. Idque eò æquius est quòd in Prætoriis omnibus stipulationibus cùm pœna promittitur non tam ad coercendam seuerius promissoris moram, quàm ad taxationem eius quod interest promissa intelligitur, *d. l. vltim. de Prætor. stipulat.* Et ea quoque soluta non ideò minùs iudicio sistere reus debet vt iudiciũ exerceatur, & Prætoris imperio contumacia promissoris cedat. Vnde fit vt eò facilius elidi possit pœnæ petitio quòd valde durum & iniquum videatur pœnam omnimodo deberi ab eo qui non nisi paucorum dierum moram contraxerit, quique pœna soluta nihilominus iudicio sistere adhuc debeat, & pro-
10 missioni satisfacere. † Non idem est si quis traiectitiæ pecuniæ nomine si ad diem soluta nõ esset pœnam ob operas eius, qui eam pecuniam peteret in stipulationem deduxerit. Aut si arbiter ex compromisso pœnam certo die dari iusserit, quibus exemplis Africanus vtitur in *l. traiectitia. 23. D. de oblig. & action.* His enim casibus pœna omnino in odiũ promissoris & moræ tantùm coercendæ gratia promittitur, & cùm ea soluta erit, promissor neque ob operas serui qui ad petendum sua die pecuniam missus est, neque ex arbitri sententia quicquam præstare compelletur: ac proinde aut minor certè, aut nulla potius æquitas subest, quæ faciat vt pœnæ petitio quæ stricto iure competit elidi debeat per exceptionem. Id namque citra stipulatoris iniuriam fieri non posset, qui nihil nisi pœnam in stipulationem deduxit, ac cui nec si eius interesset alia vlla ratione cunsultum esset. † Obseruanda verò est exceptio quæ ponitur in *d. l. et si post tres. si actoris ius ex mora deterius factum non sit*, quam ego sic explico; Si actoris nondum interesse cœperit, non quomodo *Accursius*, si actionis ius deterius factum non sit. Aliud enim est actoris ius deterius fieri, aliud actionis. Actoris ius deterius factum videtur cùm eius iã interfuit, *l. vtique. 22. D. de recept. arbitr.* licet ipsius actionis ius tale sit, quale anteà fuerit. Cùm verò cœpit interesse, nulla ratio est vt contractæ moræ purgatio admittatur, quæ nec si pœna adiecta non esset, post diem tamen hoc casu admitteretur. *dict. l. si ita quis. 13. §. Seia. D. de verb. oblig.* Multò igitur minus cum pœna adiecta est ad taxationem eius quod interest, quemadmodum suprà diximus. Quamuis enim maior quantitas in stipulationem deducta sit quàm quanti re vera intersit, non ideò tamen minus præstari debet, sicut & ex contrario si pluris interesset, maior quantitas peti non posset, quàm quæ pœnæ nomine promissa esset. † Non probo etiam quod 11
Bartolus tradidit, constituendam esse hac parte differentiam inter stipulationes Prætorias & conuentionales, quòd in Prætoriis facilius admittat Prætor purgationem moræ ex æquitate quæ in conuentionalibus quas non ex mente sua, & pro arbitrio vt Prætorias, sed ex contrahentium verbis & voluntate interpretatur. Etsi enim verum est in conuentionalibus stipulationibus contractui formam dare contrahentes, Prætorias verò legem accipere de mente Prætoris qui eas proposuit. *l. in conuentionalibus. 52. D. de verborum obligat.* pœnæ tamen adiectio in Prætoriis quoque stipulationibus sicut non fit Prætoris imperio sed stipulantium voluntate, ita ex stipulationis verbis, & contrahentium mente interpretanda est, neque aliam Prætoris quàm contrahentium mentem esse dici potest. Sanè probabilius erit si quis dicat stipulationes Prætorias sic esse comparatas, vt ex iis si non satisfiat agatur in id quod stipulatoris interest, atque ideò facilius admitti purgationem moræ etiam post diem, & pœna adiecta, si nihildum stipulatoris intersit. Quasi in huiusmodi stipulationibus pœna adiiciatur, non tam vt peti possit quamuis nihil intersit, quàm vt ne stipulator cogatur probare quanti sua intersit, si modò vel aliquantulum interesse cœperit.

CAPVT VIII.

Triboniani error in §. si cui fundus alienus, Institut. de legat.

SVMMARIA.

1 *Non bene à Triboniano intellectam aut explicatam fuisse Iuliani sententiam in* l. non quocunque. §. fundus. de leg. 1.

2 *Quomodo in* d. §. fundus *accipi debeant illa verba*, si ex te-

ex testamento egero.

3 *Cur in d. §. specie nudæ proprietatis pretium peti non possit?*

4 *An in dicta specie vsusfructus seruitutis locum obtineat?*

5 *Refutatur ratio pro Triboniani errore allata.*

6 *Explicatur & declaratur* l. Mæuius. §. fundo. de leg. 2.

1 NOn † rectè à Triboniano accepta aut explicata mihi videtur Iuliani sententia, quæ extat in *l. non quocumque.* 82. *§ fundus. de legat.* 1. Eo loco Iulianus scribit, Si fundi alieni quem mihi testator legauerat propeietatem emero detracto vsufructu, ac postea fructuario capite minuto aut defuncto vsusfructus ad me pertinere cœperit, tum ex testamento egero, iudicem tanti litem æstimare debere, quantum mihi aberit. Tribonianus verò in *§. si cum fundus alienus. Inst. de legat.* Iulianum scripsisse refert in proposita specie rectè me agere & fundum petere. quia vsusfructus in petitione seruitutis locum obtineat: sed officio iudicis contineri vt deducto vsufructu, ac proinde nudæ proprietatis præstari iubeat æstimationem. Quod sanè à Iuliani præscriptis verbis & mente omnino alienum est. Neque enim ille eo loco qui vnus in hanc rem extat ita loquitur, vt dicat me rectè agere si fundum petam, aut vsumfru-
2 ctum quasi seruitutis iure petere. † sed illud duntaxat ait, agere me ex testamento posse. Id verò ego sic intelligo, vt tamen neque fundum possim petere, neque fundum detracto vsufructu. Illo namque casu in petitione contineretur id quod iam ex lucratiua causa haberem, id est vsusfructus, qui ad proprietatem meam reuersus morte aut capitis minutione fructuarij mihi vltrò & gratis acquisitus est, atque ita obstaret iuris regula, quæ negat duas lucratiuas causas circa eandem rem & eundem hominem posse concurrere *l. Mæuius.* 56. *§. duorum. D. eod. l. omnes.* 17 *l. ex promissione.* 19. *D. de obligat. & action.* At si nudam proprietatem peterem, id ipsum quoque peterem quod iam haberē, quódque posteà quàm meū factum est licet ex causa emptionis, quę onerosa est mihi tamen amplius præstari, magisqoe meum fieri non potest. Quare nec vllo iuris loco scriptum raperias eum cui res aliena legata est, si viuo testatore eius rei dominus ex causa emptionis factus sit, legatam rem nihilominus ex testamento petere posse: sed si ex testamento agat, posse pretium consequi. *§.*
3 *si res aliena. Instit. de legat.* 2. † Sed nec in proposita specie pretium posse me petere nudæ proprietatis palam est, quoniam ita fieret vt neque rem ipsam peterem, quæ mihi legata esset, cùm legato fundo pecunia legata non intelligatur *l. debitor.* 82. *de legat.* 2. neque ipsius rei quæ legata est, sed alterius cuiusdam æstimationem. Fundum enim cùm dicimus, plenam proprietatem intelligimus, cui nuda velut
4 ex diametro aduersatur. † Multoque minus verū esse potest quod Tribonianus ait & Triboniani errorem secuti interpretes omnes existimant vsumfructum in hac petitione seruitutis locum obtinere. Quomodo enim fieri possit vt is, qui nihil nisi fundum petit eum vsumfructum petere videatur qui sit seruitus, cùm fundi appellatione alius vsusfructus contineri non possit quàm qui eum proprietate cōiunctus est, plenámque proprietatem efficit: is verò qui seruitus est non alius intelligatur, quàm qui à proprietate seiunctus sit, & separatus? *l. vsusfru.* 5. *D. si vsusfru. pet.* Ergo in ea specie de qua disputamus alia petendi ratio mihi nulla superest, quàm vt ex testamento agam, & heredem in id quod mihi ex testamentô præstare debet condemnari postulem. Fieri siquidem non potest vt malè ex testamento agam, si nihil aliud petam, quàm quod mihi ex testamento debetur. Quemadmodum & in alio casu contingit, de quo idem Iulianus tractat in *l. huiusmodi.* 84. *§. qui seruum. de legat.* 1. cùm ignorans legatarius sibi legatam rem testatoris emit ab herede. Non enim Iulianus ait posse rem ipsam ex testamentô peti, sed si legatarius ex testamento agat, non aliter absolui heredem oportere, quàm si pretium restituat, & rē emptoris faciat. His itaque casibus, & cæteris si qui sunt similes, officio iudicis continetur, vt qooniam certa res non petitur, æstimet ille quid deducendum sit in condemnationem. vt in *§. curare. Inst. de actio.* Verum igitur non est quod Tribonianus refert, Iulianum scripsisse rectè me agere si fundum petam, & vsumfructum in hac petitione seruitutis locum obtinere. Sed cùm Tribonianus ea Iuliani verba, *si ex testamento egero,* sic accepisset, ac si Iulianus scripsisset, *si ex testamento fundum petiero,* & tamē ea petitione vsumfructum quoque contineri videret, qui iam legatario esset acquisitus, comminisci eū necesse fuit quod ille de suo adiecit, in huiusmodi petitionem vsumfructum deduci iure seruitutis; non proprietatis. † 5
Neque defendi hic error potest eo argumēto, quod à nonnullis adduci video, qui sic ratiocinantur, vt petere fundum possim: quia eum vsumfructum, qui seruitutis sit, & à proprietate disiunctus nō habeam: eum verò qui non sit separatus habere non possim ex alia causa, quàm ex qua habeo proprietatem, id est ex causa emptionis, quæ cùm onerosa sit, nō impediet quominus eundem ex causa lucratiua rursus consequi mihi liceat. Nam vt illud taceam, posteriorem huius dilemmatis partē apertè falsam esse, quia vsumfructum qui cum proprietate coniunctus sit, habeo gratis non ex causa emptionis, cum post emptionem mihi accesserit, vt & Tribonianus fatetur, cur non ex contrario rectius & verius argumentari quis possit. Non esse mihi permittendum vt fundum petam, quia iam habeam vsumfructum cum proprietate coniunctum, eum verò qui sit separatus petere non possim, quia non sit mihi legatus? Et verò qua ratione peti possit seruitutis iure is vsusfructus qui petitionis tempore à proprietate separatus non est? Deinde an nō prorsus absurdum est si quis dicat legato fundo eum vsumfructum videri legatum qui sit seruitus, aut me qui fundi proprietatem habeo vsumfructum petere posse iure seruitutis, cùm proprietarius eum vsumfructum, qui seruitus est, habere numquam possit? † Sanè si quis fundum suum cu- 6
ius tamen vsusfructus alienus est, mihi legauerit, Papiniano placet posse nihilominus vsumfructum ab herede peti *d. l. Mæuius.* 66. *§. fundo. de legat.* 2. Quod sic accipiendum videtur, vt neque petatur tanquam seruitus, neque tanquam pars fundi sed tanquam emolumentū legati. itaq. si fundū ex testamento petam qui legatus est, non aliter heres liberabitur, nec prius testatoris voluntati satisfecisse videbitur, quàm si præstet vt fundo mihi frui liceat, quoniam vsusfructus, tametsi in iure potius quàm in parte consistat, atque ideò nulla fundi pars abesse videatur mihi cui vsusfructus abest, rei tamen emolumentum continet, neque sufficit ad liberationem heredis vt legata res præstita sit, nisi præstetur etiam omne rei emolumentum, quod ex legato consequi legatarius possit. Hanc verò nostram ad Iulianum interpreta-

O 4

tionem mirificè illud adiuuat quod ad eum Marcellus notat. Si fundi alieni, qui mihi legatus est partem emero, & pars alia mihi donata aut legata sit, non posse me nisi partem petere. Ita innuens satis, vt mihi videtur, apertè nec in Iuliani specie fundum totum peti posse: alioqui dissimile exemplum esset, quod Marcellus tanquam simile proponit.

CAPVT IX.

Ad l. 1. D. de rer. permutat.

SVMMARIA.

1 *An permutatione rerum emtio & venditio contrahi possit?*
2 *An sine nummis venditio dici hodie possit?*
3 *Differentia inter* vendere *&* emere, *inter* emptorem *&* venditorem, pretium *&* mercem.
4 *Ratio differentiæ inter emtorem & venditorem constituta.*
5 *Cur venditor tradere duntaxat, non dare, emptor verò nummos venditoris facere teneatur?*
6 *Reijciuntur variæ Doctorum interpretationes ad illa Pauli verba in* d. l. 1. In permutatione verò si vtrumque pretium, &c.
7 *Præcipua emtionis & permutationis differentia.*
8 *Effectus actionis in factum quæ datur in eum, qui permutationis titulo rem tradidit, quæ postea euicta est.*
9 *Explicatur* l. 1. C. de rer. permut.
10 *Secunda emptionis & permutationis differentia à Paulo constituta.*
11 *Cur permutatio quæ elegans nomen habet, nullum habere existimetur?*
12 *Tertia inter emtionem & permutationem differentia.*
13 *Duplex differentia inter permutationem & contractum, do vt des.*
14 *Contractum do vt des non esse permutationem, sed permutationis principium.*
15 *Cur actio quæ ex permutatione oritur bonæ fidei sit, illa verò quæ ex contractu Do vt des, sit stricti iuris?*
16 *An in electione sit eius qui conuenitur ex contractu do vt des, vtrum vel contractum implere, vel quod accepit restituere velit?*
17 *Suo loco restituitur versic.* Ideóque Pedius ait d. l. 1. de rer. permut.
18 *Cur is qui alienam rem dat nullam contrahat obligationem?*

1 Disputarunt † veteres iuris authores an permutatione rerum emptio & venditio cõtrahi posset quemadmodum Iustinianus scribit in §. 1. *Inst. de loca & conduct.* Disputationi verò causam illud dedisse videtur, quod origo emendi vendendique à permutationibus cœperit. Nam vt Paulus ait in *l. 1. D. de contrah. emp.* cùm priscis temporibus nondum esset nummus, fieri nõ poterat vt cùm vicissim quid alter alteri præstabat, aliud merx, aliud pretium vocaretur, sed vnusquisque secundum necessitaté temporum ac rerum, vtilibus inutilia permutabat, quãdo plerumque euenit vt quod vni superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, vt cùm tu haberes quod ego desiderarem, inuicem ego haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica aut perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subueniret: nec amplius vtrumque merx, sed alterum pre-
2 tium vocatur. † Neque tamen desitum est dubitari an sine nummis venditio dici hodie possit. veluti si ego togam dederim vt tunicam acciperem. Sabinus enim & Cassius emptionem & venditionem esse putabant. Nerua autem & Proculus magis probabant, vt hoc casu permutatio rerum non emptio cõtraheretur. Quorum sententia post multas contentiones tandem obtinuit, atque adeò Sabinianis ipsis placuit, teste Paulo qui Sabinianus fuit *in d. l. 1. de cõtrah. emp. l. naturalis. 5. §. 1. D. de præscrip. verb.* Contra enim Sabini sententiam idem Paulus multis verbis disputat *in l. 1. D. de rer. permut.* sed ita tamen vt in re non difficili perobscurus meritò plærisque videatur. Quam ob causam operæ pretium visum est singula eius verba Accursiano more, sed tamen longo aliter quàm *Accursius*, & alij hactenus fecerint, expli-
care. † Primùm autem scribit aliud esse vendere, 3
aliud emere, alium emptorem, alium venditorem, aliud quoque pretium, aliud mercem. Etsi enim veteres in emptione venditionéque appellationibus huiusmodi promiscuè vsos fuisse, itémque in locatione & conductione Caius refert *in l. veteres. 19. & seq. De actio. emp.* hoc est vt eum qui emisset venditorem plerumque dicerent, & eum qui locasset conductorem & contrà. Certum tamen est venditionem eam demùm dici quæ à venditore contrahitur, emptionem verò quæ ab emptore. Rursus venditorem eum esse qui rem alienat certo pretio: emptorem verò eum qui ad pretij solutionem se obligat. Pretium denique illud esse quod pro merce datur, mercem autem eam rem, quæ pretio æstimatur. An in permutatione, inquit, discerni non potest, vter emptor vel vter venditor sit, vt ex eo inferamus, permutationem igitur nec emptionem esse, nec vẽditionem. Sed priusquàm probet non posse in permutatione discerni vter sit emptor vel vter venditor, monet iis verbis *multúmque differunt præstationes* non sine causa quæri vter sit emptor aut venditor, quia venditoris alia, emptoris longè alia obligatio sit, & quamuis mutuo vtriusque consensu concurrente, vtrimque obligatio nascatur, alias tamen esse venditoris, alias emptoris præstationes. Emptor enim nisi nummos accipientis fecerit tenetur vendito: at venditori sufficit ob euictionem se obligare, possessionem tradare & purgari dolo malo, ita vt si res aliena vendita, & tradita sit necdum euicta, nihil eo nomine venditor debeat. Quod & scriptum est *in l. ex empto. 11. D. de action. empt.* aliisque pluribus
locis. † Horum verò differentiæ quæ inter empto- 4
rem & venditorem constituitur, ratio à paucis inuestigata, nondum ab vllo cuius scripta legera mihi contigerit rectè tradita & explicata est. Quod enim ab *Accursio* scriptum & à *Bartolo* probatum video, emptorem non nisi generis debitorem esse, venditorem verò speciei, & cùm in eo durior sit venditoris conditio, debere in alio meliorem esse, in eo scilicet vt speciem tradere duntaxat non etiam dare teneatur, mihi totum id ineptum & nugatorium videtur. Neque enim ex æquitate tantùm vt illi sentiunt, sed ex vera ac necessaria iuris ratione differentiam hanc proficisci dubitandum est. Deinde quisnam hac parte venditoris fauor esse potest, cum si rem alienam tradiderit quæ posteà euicta sit, obligetur in id omne quod emptoris interest? quod plerumque non tantùm pretium conuentum egreditur sed & veram rei ipsius æstimationem *l. 1. D. de action. empt. l. in interdicto. 6. D. de vi & vi armat.* Non igitur venditoris fauore vllo id constitutum est, sed quia ius ipsum non patitur vt venditoe

venditor rei venditæ dominium in emptorem transferre teneatur, aut vt emptor ex alienis nummis soluere pretium possit. † Venditor tradere duntaxat, nó
5 dare cogitur, quia inter emptorem & venditorem non id agitur præcipuè, vt dominium transferatur, sed ita demum si dominus sit is qui vendit. Qui enim rem emit, non tam de dominio quàm de venditoris iure acquirendo cogitat, quem scit futurum sibi satis abundéque obligatum si aliena res vendatur, tum euincatur. Nec inutilis dici potest rei alienę emptio, ex qua & vsucapiendi causa acquiritur, & indemnitati emptoris præstatione eius quod interest omnino consulitur. Emptor verò nummos venditoris facere tenetur, non tam quòd inter emptorem & venditorem id maximè agi videatur, quàm quòd si aliter ius constitutum esset, ita fieret vt euicta pecunia quæ pretij nomine soluta esset quasi decepto & illuso venditore, emptor ad id quod venditoris interesset teneretur, quemadmodũ si vendita & tradita sit res aliena venditor ex contrario ad omne id quod emptoris interest obligatur. Atqui cùm pretium semper in pecunia numerata consistere debeat, sic eueniret vt ratione nummorum ageretur ad id quod interesset, quod tamen vix vllo casu ciuilis legislator admittit, nisi cũ obligationi dies, aut locus adiectus est, *l. nummos. 3. D. de in lit. iurand.* Credo, quod si ex obligatione pecuniæ ad id quod interesset agere liceret, facilè in infinitum quantitas condemnationis excurreret, nisi diei aut loci alicuius adiectione concludatur, ac veluti coerceatur. Est enim pecunia rerum omnium mensura, præterquam sui ipsius, si eam æstimationem quæ publico populi consensu, aut principis placito certa statuta est egrediatur. Quam ob causam constitui necesse fuit, vt creditori pecuniæ non id quod interest sed vsura præstetur. Ne igitur emptor qui pretij & pecuniæ numeratæ debitor est, vel soluendo ex nummis alienis omnino liberaretur, vel ad id quod venditoris interesset, contra iuris rationem obligaretur, non aliter ius comparari potuit, quàm vt nummos venditoris facere cogeretur, vt si alienos soluerit, quorum dominium proinde in venditorẽ non transtulerit, non minus teneatur actione ex vendito,
6 quàm si nihil præstitisset. † Sequitur apud Paulum, *In permutatione verò si vtriusque pretium sit, vtriusque rem fieri oportet: si merx, neutrius.* Quæ verba omnino malè explicant, qui putant secundam à Paulo constitui differentiam inter emptionem & permutationem, quòd in emptione venditor rem tradere, emptor pretium dare teneatur. In permutatione verò eo iure vtamur, vt si vtrimque pretium datum sit, vtriusque rem fieri oporteat: sin merx, neutrius. Quomodo enim fieri possit vt vtrimque pretium detur, nisi admittas quod Paulus mox negat dici posse, vnam eandemque rem & mercem, & sui ipsius pretium videri? Deinde quis nesciat permutationẽ non aliter contrahi posse, quàm si vtraque ex parte rerũ quæ permutantur dominium transferatur? Sed neque minus errant, qui putant Paulum his verbis illud agere, vt probet permutationem neque emptionem esse, neque locationem. Emptionem non esse, quia si emptio esset vtrimque dominium transferri oporteret, quod illi absurdum esse aiunt. Locationẽ non esse, quia in permutatione non id agatur, vt vtraque res detur loco mercedis: mercedem enim ita dari vt in eius vicem res accipiatur: at in permutatione ab vtroque rem dari. Nam quod absurdum esse aiunt in permutatione vtriusque rem fieri oportere, non modò non absurdum sed etiam verissimum & certissimum est, cùm Paulo cæterisque Iureconsultis placeat Pedij sententia existimantis alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem. Quod verò subiiciunt de locatione, omnino ridiculum & ineptum est. Neque enim locationis aut mercedis vlla apud Paulum mentio fit, nisi fortè illi mercedem pro merce vel intelligunt vel
legunt. † Pauli ergo sententia est, vel in eo maximè 7
dignosci emptionis & permutationis differentiam, quod cum in emptione merx tradatur, & pretium detur, in permutatione vtrimque rem dari oporteat: quod tamen falsum esset, si permutatio emptionis iure censeri posset. Dicendum namque esset si merx vtrimque permutaretur nulla ex parte dominium transferri, sed eo tantùm casu quo pretium vtrimque daretur, quemadmodum in emptione & venditione contingit vt qui mercem debet, non nisi ad tradendum, qui verò pretium, etiam ad dandum sit obligatus. Probat autem Paulus fieri non posse, vt in permutatione vtrumque quod permutatur pretium sit; vt ex eo inferat: Nullo igitur casu dominiũ in permutatione transferri posse secundum eorum sententiam qui putant emptionem esse permutationem, cùm tamen fateri eos necesse sit in permutatione vtrimque rem dari, & dominium transferri oportere. Argumentum quo Paulus vtitur est in illis verbis, *Sed cùm debeat & res & pretium esse, non potest inueniri quod eorum merx & quod pretium sit, nec ratio patitur vt vna eademque res & veneat, & pretium sit emptionis.* Sensus est, non aliter emptionem contrahi posse quàm si ex vna parte res, ex altera pretium præstetur. Id enim nec Sabinus ipse negabat, sed pretium non solùm in pecunia numerata, at in alia qualibet etiam re constitui posse contendebat. Cur igitur, inquit Paulus, debeat & res & pretium esse in emptione scilicet & venditione, non potest inueniri in permutatione cum res pro re detur, vtra res mercis, vtráve pretij locum obtineat. Ratio autem non patitur vt vna eadémque res & veneat & pretium sit emptionis, neque rursus vt res vna potius quàm altera alterius pretium dici possit. Concedendum ergo est in rerum permutatione sicut non constat quæ in re pretium consistat, ita dici non posse cuiusnam rei dominium alienetur, ac proinde huius incertitudinis ratione neutram rem dari sed vtramque duntaxat tradi. Quod si ita est, sequitur sanè permutatione rerum nullam contrahi emptionem: quando certum sit in emptione dominium transferri ex altera parte, nempe emptoris qui pretium dare tenetur. *Vnde si ea res quam acceperim vel dederim postea euicta sit, actionem in factum dandam respondetur.* Atqui si emptio & venditio esset, non in factum sed ex empto euictionis nomine agi oporteret. *d. l. ex empto. & l. si venditione. 61. & pass. D. de euict.* Emptio igitur rerũ permutatione constitui non potest. Sanè quoniam permutatio vicem emptionis obtinet, idem ferè effectus est actionis illius in factum, qui actionis ex empto. † Nimirum vt qui permutationis titulo tradidit rem alienam quæ posteà euicta sit, in id omne quod alterius interest teneatur, quemadmodum ex empto teneretur *l. si permutationis. 19. D. de euict.* Cui contrarium non est quod in *l. 1. C. de rer. permut.* rescriptum est, distinguendum esse an venalis res fuerit quæ tradita & euicta est, & is qui venalem habebat velut pretij nomine aliam rem, licet non taxata pretij quantitate acceperit. An cùm venalis non esset permutationis nomine tradita sit ab eo, qui do-

minus non erat. Nun enim distinctionis huius effectus ille est vt vno potius quàm altero casu euictionis nomine in id quod interest agatur, sed ille potius vt si quidem venalis possessio fuerit, non nisi ad id quod sua intererit agere possit is cui res euicta est. Si verò cùm venalis non esset permutatio facta sit electionem actor habeat, an id quòd sua interest agere, an potius rem datam condicere malit quasi re, & causa dandi non secuta.
9 † Sic enim verba illa interpretor, *Si hoc elegeris*, idest, nisi malis an id quod tua interest experiri. Differentiæ autem ratio est, quod quamuis vtroque casu permutatio fit nõ emptio, cùm de certo pretio in pecunia numerata non conuenerit: Illa tamen permutatio ad emptionem propius accedit, quæ facta est ab eo qui rem venalem habebat, quique pretij nomine non aliam accepit, licet non taxata pretij quantitate. Vnde fit vt, quemadmodum in venditione, si euictio rei venditæ facta sit, non ad pretij dati restitutionem emptor agit, sed ad hoc vt sibi quod sua interest præstetur. Ita in hoc permutationis exemplo ius idem obseruetur, & à natura actionis, quæ ex permutatione oritur nonnihil recedatur. Euicta enim re quæ permutata fuerat, duplici ratione consulere sibi potest is à quo euicta est, nimirum actione in factum ad id quod interest, & condictione dati ob causam causa non secuta. Quarum actionum electio ex conuentionis interpretatione & æquitate deneganda videtur ei qui permutationem sic contraxerit, vt pro re quæ venalis erat rem suam pretij nomine dederit. Illud namque inter contrahentes actum videtur, vt res pretij nomine data condici numquam posset, quemadmodum nec si pretium verè esset vllo casu cõdiceretur.

10 † Secundam emptionis & permutationis differentiam Paulus haoc subijcit, quod emptio ac venditio nuda consequentium volũtate contrahitur: permutatio autem non nisi ex re tradita initium obligationi præbeat. Alinquin, inquit, si res nondum tradita sit, nudo consensu obligationem constitui diceremus: quòd in his duntaxat negotiis receptũ est, quæ nomen suum habent. Etsi enim non omnes cõtractus qui nomen suum habent, consensu perficiũtur, omnes tamen qui consensu perficiuntur suum & proprium nomen habent. Facilius namque fuit legislatori negotia omnia prævidere quę consensu solo contrahuntur, quàm ea quæ rei traditione perficiuntur. Nempe quòd non nisi certis modis & perpaucis nasci possit iure ciuili actio ex nudo consensu, postquam placuit nudorum pactorum nullam omnino rationem haberi. At vix vllus casus est, quo res aliqua tradatur, quin ex traditione confestim obligatio nascatur, vel eam maximè ob causam, quòd æquum non sit ex re alterius alium locupletari. Causæ autem tradendi sunt penè innumeræ & infinitæ. Contractus igitur innominatos plærosque admitti
11 necesse fuit. † At dubitari video, cur permutatio quę tam elegans nomen habet nullum habere existimetur. An quòd minus generale nomen sit, vt emptionem quoque, locationẽ ac cæteros ferè omnes contractus complectatur? Minimè verò. Neq. enim vllo iuris loco videas permutationis verbo sic abuti Iurisconsultos, vt contractus nominatos ea appellatione significari velint. An potius quod ipsum nomen permutationis non tam contractum significet quàm causam ex qua contractus constituitur? Neq. enim permutationis contractus vllus est: sed rerum permutatione contractus fit, qui nomen nullum habet. Atque ita mihi sanè videtur, vt rerum permutatio perinde sit causa eius contractus, quem innominatum dicimus, atque consensus in constituendo certo rei venditæ pretio causa est emptionis. Itaque si ex vna tantum parte traditio facta sit, quia nondũ permutatio est, non poterit is qui tradidit agere ex causa permutationis in id quod sua interest illam rem accepisse de qua conuenit, sed tantùm vt res data reddatur condictioni locus est, quasi re non secuta, vt apertis verbis Paulus scribit *in d.l.1.in fin. de rer. permut.* Nec possum concoquere interpretationẽ Accursij, qui ad verba illa *non in hoc agemus* adijcit *tantum*, quasi in potestate & electione sit eius, qui ex placito permutationis rem tradidit an agere velit præscriptis verbis ad id quod interest, an potius eam rem quam dedit condicere. † Imò verò in electione 12
est eius qui rem accepit vtrum ex parte sua contractum implere velit, an verò quod accepit restituere. Sane alterutrum facere compellitur. *l. cum precibus. 4. C. eod.* At si traditione facta ex vna parte, nasceretur actio ad id quod interest, non daretur reo potestas eligendi an quod accepisset restituere mallet. Quemadmodum in venditione contingit vt venditor qui pretium accepit nec rem tradit, pretij restitutione non liberetur, sed omnimodo ad id, quod emptoris interest teneatur. *l.1. D. de act. emp.* Et hæc tertia inter emptionem & permutationẽ differẽtia est. Accursium autẽ, cæterosque interpretes illud fefellit, quod ab eodem Paulo scriptum est *in l. naturalis. §.1. de præscrip.* Si rem tibi dederim vt rem accipiam nasci obligationem ciuilem, & in actionem id venire non vt reddas quod acceperis, sed vt damneris mihi quanti interest mea illud de quo conuẽnit accipere. † Etsi enim de contractu Do vt des lo- 13
cus ille est, tamen recepta est interpretum sententia contractum illum à permutatione vel omnino non differre, vel in eo duntaxat quòd contractus Do vt des velut genus sit, permutatio autem species. Secũdùm quam sententiam dicendum est omnia quæ in contractu Do vt des locum habent, etiam in permutatione obtinere. Nescio an quisquam adhuc dixerit, quod mihi videtur in eo differre permutationẽ à contractũ Do vt des, quòd permutatio nõ est priusquàm res quæ permutantur vicissim dentur. At cõtractus Do vt des fit ex eo solo quòd ego tibi do ea lege, vt vicissim mihi des. Itaque quamuis non dederis, attamen accepisse te sufficit vt ex contractu tanquam perfecto sis obligatus, vt proinde minuo non sit teneri te in id quod mea interest si ex parte tua dare nolis. Præsertim cùm rem ipsam dare præcisè cogi non possis: quia in id non sis obligatus. At ex contractu permutationis fieri non potest vt obligeris priusquàm permutatio facta sit: neque rursus vt permutatio facta videatur antequam res vtrimq. tradita fuerit. Sed quoniam qui primus tradidit rei suæ dominium in accipientem transtulit, condictioni locum esse necesse est, vt quod datum fuit repetatur. Quam ob causam traditio quæ ex vna tantum parte facta est obligationi initium præbere dicitur, non quòd agi in id possit vti vicissim res detur, vel vt quod interest præstetur, sed quòd obligatus esse incipiat is qui accepit vt quod sibi datum est restituat, nisi permutationem implere malit. † Cõtractus 14
igitur Do vt des, non permutatio est, sed principium permutationis, quæ tum demum perficietur cùm postquàm ego dedero tu vicissim dederis. Denique permutatio non est cùm Do vt des, sed cùm do, quia tu dedisti. Vterque quidem contractus innominatus est, sed ille traditionem ab altero ex contrahen-

trahentibus faciendam: permutatio ab vtroque factam demonstrat. In contractu Do vt des negotium contrahitur inter dantem & accipientem. Neque enim potest quis dare vt sibi detur, quin is qui accepit, accipiat ea lege vt det vicissim. Permutatio autē non requirit datum esse ab vno vt ab altero daretur: Sed si permutationis placitum præcesserit, deinde alter ex contrahentibus dederit purè, hoc est nulla dationi lege adiecta, permutatio erit si quod ab eo qui accepit dari conuenit, posteà detur. Neq. præcessisse videbitur contractus Do vt des, quia dationi non proponatur adiecta ea lex vt vicissim accipiens quicquam daret. Aliud enim est permutationis placitum præcedere, quod ex traditione quæ postea vtrimque fiat vires sumit. Aliud verò dari quid à me vt alia res mihi detur. Denique permutatio non fit sine præcedente pacto permutandi, vt dignosci possit an ea contrahentium voluntas fuerit, vt permutationem potius quàm aliud negotium contraherent. At contractus Do vt des præcedentem conuentionem nullam desiderat. Satis enim quid agatur demonstrat is qui dicit se rem dare vt rem accipiat. Et qui accipit ea lege idipsum velle se, si non verbis certè facto testatur.
15 † Hinc verò fit vt quamuis ex vtroque contractu permutationis & Do vt des, sicut ex cæteris innominatis nascatur actio præscriptis verbis: ea tamen quæ ex permutatione oritur bonæ fidei sit, illa verò quæ ex contractu Do vt des sicut cæteræ omnes præter æstimatoriam, sit stricti iuris. *§. actionem. Inst. de action. l. 2. C. de rer. permut. l. 2. D. eod.* Nempe quòd contractus permutationis non tantùm ex traditione sed etiam ex placito permutandi quamuis non nudo æstimetur: quod placitum si bonam fidem spectes & contrahentium voluntatem vix differat à placito emptionis in alio quàm quòd in permutatione pretiū nullum sit, sine quo tamen emptio esse non potest. Cōtractus autem Do vt des non ex voluntate contrahentium verbis, & consensu mutuo declarata, sed ex sola dationis lege & ex acceptione constituitur, lōgéque minus quàm permutatio ad emptionem accedit.
16 † Nec superioribus contrarium est quod in *l. quoniam. & l. emptionem. 7. C. de rer. permut.* scriptum est eum qui ex contractu Do vt des conuenitur vel cōtractum implere vel quod accepit restituere debere: quasi in ipsius potestate sit, vt eligat vtrum præstare malit: quam tamen electionem Paulus nō dat in *d. l. naturalis, §. 1. D. de præscript. verb.* & nos suprà muniuimus dandam nō esse nisi permutationis placitum præcesserit. Obseruandum enim est iis legibus consultos fuisse Imperatores, an ei qui rem suā dedisset si vicissim nihil daretur: condicere liceret. non autem, an ad id quod sua interesset agere is posset, vt probant verba illa *Sicut postulat & pro desiderio tuo.* Respondēt verò actione præscriptis verbis posse agi vt quod datum est restituatur, nisi reus ex parte sua contractum implere velit. Sed non negant præstandum esse omnimodo actori quicquid eius interest. si in eam rem actio præscriptis verbis instituatur. Id enim apertè Paulus sentit, *d. l. naturalis. §. 1.*
17 † Superest vt versiculum illum *l. 1. de rer. permut.* explicemus. *Idemq́, Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* Quem ego existimo transpositum esse. & post illa præcedentia verba reponendum, *in factum dandam actionem responderetur.* Voluit enim Paulus Pedij authoritate confirmare quod dixerat de emptionis & permutationis differentia. quæ vel in eo maximè elucet, quòd qui vendit, non nisi tradere: qui permutat etiam dare tenetur. At cū eo quod posteà subiicitur, in permutatione ex re tātùm tradita initium obligationis constitui, illa Pedij sententia nihil omnino commune habet, quicquid Accursius causetur, & in contrarium laboret. 18
† Cur verò is qui alienam rem dat nullam contrahat permutationem, ratio quæ obscura plærisque videtur, aperta meo iudicio est, quòd natura & verbū ipsum permutationis, rei ac proinde proprietatis & dominij mutationem præ se ferat: quæ porrò nulla fieri potest, si is qui permutat dominus non sit. Quod enim alterius est dominium, ei ignoranti aut inuito auferri non potest. neque ab eo qui dominus non sit in alium transferri: ob idque dominij permutatio hoc casu nulla contrahitur: sed in factum actio duntaxat nascitur si aliena res permutata ante completam vsucapionem euincatur: aut si ante euictionem is qui accepit alienam esse nesciat, quasi permutatio nulla interuenerit, quod à se datum erit condicere poterit, ac si nihil ei traditum fuisset: quia non sufficiat traditum esse id quod dari oportuit, *l. vlt. D. de cond. caus. dat.* de cuius quoque sententia quoniam & satis obscura est. & ad ea quæ hoc capite diximus valde pertinet, dicendum est, quid nobis videatur.

CAPVT, X.

Ad l. vlt. D. de condict. caus. data.

SVMMARIA.

1 *An contractus ille, do tibi pecuniam vt mihi Stichum des, emptioni similis sit?*
2 *Omne pretium in pecunia numerata consistere, sed non omnem pecuniam numeratam pretium esse.*
3 *An contractus suprà propositus sit contractus do vt des.*
4 *Prima differentia inter contractum initio propositum & emptionem.*
5 *Cur in hoc contractu innominato si ex vna parte datum sit, res quæ ex altera parte dari debet periculum eius sit qui non dedit?*
6 *Examinatur decisio quæstionis propositæ in* l. naturalis. §. 1. versic. si scyphos. de præscript. verb. *eiusque ratio redditur.*
7 *Cur in d. l. vlt. contractus ille Do tibi pecuniam vt mihi Stichum des, vel tradas, emptio non sit?*
8 *Secunda differentia inter dictum contractus genus, & emptionem.*
9 *Tertia differentia eiusque explicatio.*

DEdi † tibi pecuniam vt mihi Stichum dares: Quærit Celsus vtrum id genus contractus pro portione emptionis & venditionis sit, an nulla alia obligatio nascatur, quàm ob rem dati re non secuta? Non disputat an contractus ille emptio sit, sed an sit emptioni similis. Contractum esse certum est, quia negotium geritur inter dantem & accipientem, ac proinde *συνάλλαγμα* fit, quemadmodum eidem Celso Aristonem eleganter respondisse Paulus refert in *l. iuris gentium. 7. §. 1. D. de pact.* Emptionem verò esse nemo dixerit, quia licet ego pecuniam dederim vt tu mihi Stichum dares, emptio tamen esse non potest si pretium nullum sit, vt superiore capite disputauimus. 1
† Non autem pecunia omnis quæ sic datur, vt vicissim res detur pretium est. sed ea demum quæ pro rei pretio datur. Pretium porrò illud tātùm est, de quo vt pretium esset inter emptorem & venditorem conuenit. Et vt apertius dicam, pretium nō ex 2

pecuniæ quæ datur qualitate, neque ex ipsius dantis
voluntate, verùm ex vtriusque contrahentium con-
uentione, & consensu, qui quidem donationem præ-
cesserit, æstimatur. Neque quisquam dubitat quin
ita accipiendum sit, quod scriptum est *in l. naturalis.*
§. 1. D. de præscrip. verb. & in fact. act. si pecuniam dem
vt rem accipiam, emptionem esse: nempe si de pre-
tio conuenerit, tum pecunia pretij nomine detur.
Omne pretium in pecunia numerata consistit: sed
non omnis pecunia numerata pretium est. Videba-
tur autem illud contractus genus de quo Celsus di-
sputat, simile esse emptioni & venditioni, siue quòd
pecunia pro re data esset siue quod permutatio sal-
tem contracta videretur. Est enim permutatio simi-
lis emptioni *l. 2. D. de rer. permu. l. 2. C. eo.* Negat tamen
Celsus contractum illum, qui proponitur esse pro
portione emptionis & venditionis. Negat igitur es-
se permutationem: & in id procliuior est, vt nulla a-
lia obligatio sit, quàm ob rem dati re nō secuta. Per-
mutatio enim esse non potest prius quàm vtrimque
datum sit, præsertim si permutationis placitum nul-
3 lum præcesserit. † an igitur cōtractus erit do vt des?
Ita sane est. Idque Celsus non obscurè significat, cū
ait nullam hic aliam obligationem nasci, quàm ob
rem dati re non secuta. Non ait nasci duntaxat con-
dictionem, sed obligationem, ex qua scilicet agi po-
terit, non tantùm vt quod datum est restituatur, sed
etiam vt præstetur quod mea interest accepisse eam
rem, de qua conuenit, *d. l. naturalis. §. 1.* Si contractus
est do vt des, ergo permutatio non est, si vera sunt
quæ superiore capite in hanc rem diximus. Subiicit
verò Paulus differentias tres inter hoc contractus
genus, & emptionem, vt planè ridiculi videantur
qui scribūt aliqua ea parte simile illud esse emptio-
4 ni. † Prima differentia est in illis verbis, *Et ideo si mor-*
tuus est Stichus repetere possum, quod ideò tibi dedi vt mi-
hi Stichum dares. Nam si contracta venditio esset ac
soluto pretio Stichus periisset, neque ad Stichum pe-
tendum, neque ad pretium repetendum actio vlla
superesset. Ad emptorem enim rei venditæ pericu-
lum pertinet statim atque contracta venditio est,
quamuis ante traditionem pretij quem solutionem
aut satisfactionem dominus factus non sit. *§. cum au-*
tem. Inst. de empt. & vend. Idque secundo Coniectura-
rum libro pluribus iuris locis ac rationibus compro-
bauimus aduersus eorum sententiam, qui contra o-
mnes omnium prudentum & interpretum opinio-
nes nouam inducere voluerunt, decepti falsa inter-
pretatione *l. si fundus. D. locat.* vt hic repetere nihil sit
necesse. At in eo contractus genere, de quo disputa-
mus, Celsus ait periculo tuo esse Stichum quem da-
re mihi debeas, ita vt si mortuus sit priusquàm de-
deris tibi pereat, & pretium quod accepisti restitue-
re tenearis: quod sanè secus esset si periculo meo
5 Stichus fuisset. † eàque contractus huius innomina-
ti natura esse videtur, vt si ex vna parte datum sit, rei
quæ ex altera dari debet periculum eius sit qui non
dedit. Non solùm quia regulare ac ferè perpetuum
illud sit vt casus fortuiti ad dominos pertineant, sed
etiam quod neque iuris neque æquitatis ratio vlla
patiatur, vt factum eius, qui dedit, quod ad inducē-
dam pro eo obligationem profuit, eidem noceat, &
damni quod in re nondum data contingere pote-
rit, periculum adferat. Præsertim cùm ad petendam
rem ipsam, quæ dari debet actionem nullam habeat,
quàm emptor habet aduersus venditorem. Denique
quod ego tibi dedi vt mihi Stichum dares, fieri non
potest vt restituere non debeas, nisi contractum ex
parte tua impleueris & Stichum mihi dederis. † At- 6
qui contra sentire Paulus videtur, in *d. l. naturalis. §.*
1. vbi ait Si scyphos tibi dederim vt Stichū mihi da-
res, periculo meo Stichū esse, nisi ad eū casum Pauli
sententiam coarctes, si quod ego tibi dedi tale sit,
quod facilè amitti possit. Ne alioqui accidat vt vtri-
usque rei, eius scilicet quam accepisti, & alterius quā
dare debeas periculo præstando onereris. Quod sa-
ne iniquum videatur, maximè si culpa tua nulla in-
tercedat. Finge dedisse me tibi Romæ scyphos, vt tu
Stichum mihi dares qui tum erat in prouincia. An
non iniquum esset præstare te periculum Stichi, si
fortè paucis postdiebus in prouincia decesserit, cùm
accidere facilè potuerit vt eodem tempore scyphos
quoque quos tibi Romæ dedi amitteres? At si pecu-
niam tibi dederim, quæ cùm in genere & quantita-
te consistat, non in specie, perire numquam potest,
aut rem aliquam immobilem, quæ non facilè peri-
tura sit vt tu mihi Stichū dares nulla ratio est vt pe-
riculo meo Stichus viuat priusquam mihi detur, ne
melior conditio sit eius qui contractum implere vel
recusat vel differt, quàm eius qui in implendo dili-
gentior fuit. Atque huius dissimilitudinis argumen-
tum non obscurum illud præbet, quod Paulus post-
eaquā scripsit posse me si velim repetere quod dedi
si tu dare cesses, ac proinde eius rei quam tu dare
debeas periculum ad me non pertinere. (nam si per-
tineret, vtique repetitioni dati indistinctè locus esse
nō posset) subiicit quasi diuersum quid, obscurè ta-
men suo more. *Sed si scyphos tibi dederim, &c.* ne quis
putaret condici id quod datum est perpetuò posse.
Igitur si rei quam ego dedi, & eius quam tu vicissim
dare debes perdendæ æquale periculum sit, neque
culpa tua vlla interuenit æquius est quod Paulo pla-
cet, sicut rei quæ tibi à me data, tuáque facta est pe-
riculum tuum est, ita eius quam vicissim mihi dare
debeas periculum ad me pertinere. Cùm verò Cel-
sus hanc sententiam suæ rationem adferat, quòd i-
deò tibi pecuniam dederim vt mihi Stichum dares,
intelligimus non fuisse eum aliud responsurum, si
quis proposuisset dedisse me tibi pecuniam vt mihi
Stichum traderes. Nam & hoc casu verum est me
tibi pecuniam dedisse ob rem quæ non est secuta:
qua ratione sola Celsus mouetur vt dicat condici
posse pecuniam si Stichus antequam detur, moria-
tur. † Et errant meo iudicio qui interrogati, Cur in 7
hac specie quam Celsus tractat emptio non sit, nihil
aliud habent quod respondeant, quàm quòd inter
nos conuenerit, vt tu mihi Stichum dares quem ex
natura venditionis tradere duntaxat debebes. Non
enim tam ad dandi verbum Celsus respicit, quàm
ad contractus ineundi rationem quæ hic talis esse
proponitur, vt neque conuentio vlla de contrahen-
dæ emptionis consensus pecuniæ dationem præces-
serit, neque de pretio conuenerit, ex quo tamē præ-
cipua emptionis substantia consistit *l. pacta conuenta.*
72. D. de contr. emp. Siue igitur de danda, siue de tra-
denda re conuenerit emptio non erit, sed vel con-
tractus Do vt des, vt si res detur: vel Do vt facias, si
vt tradatur tantùm conuenerit. Quo posteriore casu
nō magis locatio erit licet pecunia interueniat, quā
priore, emptio. Nimirum quia mercedis nomine pe-
cunia data esse non proponitur: quod ad contrahen-
dam locationem non minus requiritur, quàm pretij
conuentio ad contrahendam emptionem. † Sanè 8
quod Celsus subiicit iis verbis, *Finge alienum esse Sti-*
chum, sed te tamen eum tradidisse, repetere à te pecuniam
potere, aliam rationem non habet, quàm quòd de
dando,

dando, non de tradendo Sticho inter nos actum sit, vt ille probat ratione quæ sequitur, *quia hominem accipientis non feceris.* Dare enim nihil aliud est, quàm sic tradere vt facias accipientis. *l. vbi autem. 75. §. vlt. D. de verb. oblig. l. ex empto 11. §. 1. de act. emp.* Ex hæc secunda differentia est inter emptionem, & id contractus genus de quo disputamus, cum venditor nó nisi ad rem tradendam dolúmque malum præstãdum
9 teneatur *d. l. ex empt.* † Tertia sequitur apud Celsum cùm ait, *Et rursus saluus est Stichus & pro euictione eum promittere non vis, an liberaberis quominus pecuniã ace i cpetere possim.* Quamuis enim reuera hominem meum feceris, quia tamen contractus tempore nesciri potest an quisquã alius in ea re ius aliquod habeat aut dominij aut pignoris fortasse, non immeritò euictionis periculum timere videor si tu ob eam rem nolis promittere: nec videris rem omnimodo dedisse nisi caueas etiam de euictione. Verùm nonne & ob eam rem cùm emptio contracta est competit ex empto actio? ita vt si duplam promittere venditor nolit & eo nomine agatur dupli sit condemnandus? Sic sanè Paulus scribit in *l. 2. D. de euict.* Sed differentia quæ à Celso hac parte constituitur inter emptionem & hoc contractus genus, sic explicanda est, quòd si tibi pecuniam dederim vt mihi Stichum dares, & Stichum dederis, neque tamen pro euictione eius promittere velis non possim in id agere vt de euictione caueas: sed tantùm liceat mihi pecuniã quę data est condicere, quasi nondum dederis quod dare debeas. At si emptio contracta esset pretium condici certè non posset: sed ex empto actio mihi ad hoc competeret, vt tu pro euictione promitteres & si promittere nolles eo nomine condemnareris. Perpetuò enim verùm est, pretium quod semel solutum fuit, condici numquam posse, quia scilicet non datur ob rem, quę sequi debeat, sed potius ob rem quę præcessit, neque ad inducendam obligationem, sed ad tollendam eam quæ ex parte emptoris solo consensu & pretij conuentione contracta est: quemadmodum & cùm emptor contra venditorem in id agit vt venditam rem tradat, non ideò agit, quod pretium soluerit, sed quòd venditor ad rem tradendam ex ipso venditionis contractu ac priusquàm pretium solueretur iam esset obligatus.

CAPVT XI.

De sententia §. si sub conditione. l. facta. 63. D. ad S.C. Trebel. & obseruata Triboniani additio. in l. si cui. 31. §. vlt. eodem.

SVMMARIA.

1 *Qua ratione fideicommissario consulatur quum heres sub conditione institutus & de hereditate restituenda rogatus conditionem implere non vult?*
2 *An heres sub turpi vel impossibili conditione institutus & de restituenda hereditate rogatus cogi possit, vt spreta illa conditione hereditatem adeat, & fideicommissario restituat?*
3 *Perperam a nonnullis emendatum fuisse* dict. §. si sub conditione *in illis verbis,* remitti eam ab initio.
4 *Conditiones eo ipso modo quo testator iussit, & in forma specifica implendas esse.*
5 *Conditionem heredi adscriptam, siue in dando siue in faciendo consistat per fideicommissarium impleri non posse.*
6 *Turpem & difficilem conditionem ab impossibili in iure distingui.*
7 *Differentia conditionum quæ ipso Prætoris edicto remittuntur, ab ijs quarum nulla mentio edicto facta est.*
8 *De conditione honesti, vel turpis nominis ferendi, & quænam sit inter vtramque differentia.*

SI † heres sub conditione institutus & hereditatẽ alij restituere rogatus, suspectam hereditatem dicat, atque ideò conditionem implere nolit, quæstio est: qua ratione fideicommissario restitutionem hereditatis postulanti consultum, & succursum esse oporteat. Et si quidem dandi conditio adscripta sit, facilè expediri res potest. Offerre enim fideicommissarius heredi poterit id quod testator dari iussit, atque ita fiet vt commodo & incommodo fideicommissarij ab herede conditio impleatur, nullúmque ex ea re damnum heres alieni lucri & compendij caussa sentiat. *leg. sed sciendum. 7. l. apud Iulianum. 11. l. si cui. 31. §. vlt. l. facta. 63. §. si dande. D. ad S.C. Treb.* Sed si institutionis conditio in faciendo consistat, non ita commodè videtur res explicari posse. Neque enim sicut pecuniam ita factum heredi fideicommissarius offerre potest. Heredem verò cogi ad faciendum vt ex eo facto fideicommissarius lucrum accipiat, durum quodammodo & inciuile videatur. Verùm placuit iuris authoribus distinguendum esse qualem conditionem heredi testator adscripserit. Nam si impossibilis conditio sit, quæstioni locus nõ erit, posteaquàm placuit & obtinuit conditiones impossibiles in testamentis adiectas pro non scriptis habendas esse. *leg. 1. D. de cond. instit. l. obtinuit. 3. D. de cond. & demonstr.* At si ex contrario facilè ac sine impendio & incommodo vllo impleri conditio possit, malitiæ heredis indulgendum non est, vt si conditionem implere recuset, audiatur: at potius Prætoris qui de fideicommisso cognoscet imperio cogẽdus erit, vt id faciat ex quo nullum ille damnum aut incommodum, magnum verò fideicommissarius lucrum sentire possit. *d. l. si cui. §. vlt. & l. facta. §. si sub conditione.* Ergo quæstioni eo tantùm casu locus est, quo turpis, aut difficilis cõditio adscripta est. Quod cùm euenit, non sine caussa heres conditionem alterius gratia implere recusat, & apertè iniquum esset cogi eum vt impleat, quemadmodum Caius scribit in *d. §. si sub conditione.* Quid igitur? † An cogi heres 2 poterit vt spreta conditione & perinde ac si nulla adiecta esset hereditatem adeat, tum fideicommissario restituat? Minimè verò. Plus enim à Prætore tribui ei qui fideicommissum petit quàm testator voluerit absurdum esset. Vtique autem testator nisi expleta conditione, neque scriptum heredem ad hereditatem vocauit, neque per eum fideicommissario restitui voluit hereditatem, & ob eam nimirum caussam huiusmodi conditiones remitti ab initio visum est: & ad Prætoris fideicommissarij iurisdictionem atque officium pertinet vt eas, si implementum heredi turpe aut difficile futurum esse videat, statim ab initio remittat, hoc est priùs quàm heres adimplere recuset. Si enim adimplere primum heres iuberetur deinde recusaret: alterutrum Prætorem facere necesse esset, nempe vt vel inuitum heredem ad conditionis turpis aut difficilis implementum fideicommissarij gratia compelleret, vel vt conditionem quam primùm implendam iudicasset, & verò impleri iussisset, quasi per errorem & imperitiam id factum esset posteà remitteret: quorum alterum à Prætoris æquitate, alterum ab eiusdem pretio &

authoritate alienum videretur. Non igitur ita ius
constitutum est, vt huiusmodi conditiones non ali-
ter remittátur, quàm si adimplere eas heres recuset,
sed vt ab initio remittantur: & heres ad adeundam
hereditatem statim atque fideicommissarius id po-
stulat quasi omissa conditione adiecta compellatur.
Id verò cùm sit non plus à Prætore tribuitur fidei-
commissario, quàm testator voluerit. Cõditio enim
quæ à Prætore remittitur perinde habetur ac si adie-
cta nõ esset: atque ideò quemadmodum si purè he-
res institutus esset, purè hereditatem adire cogitur:
neque in eo quicquam fieri intelligitur contra te-
statoris voluntatem. Fieret sanè, si conditio neque
remitteretur, neque impleretur: sed quæ remittitur
implenda non est, alioqui inutilis esset remissio, quę
non ob aliam causam sit quàm vti ne conditionem
impleri necesse sit: & remitti conditionem nihil a-
liud est, quàm, quod ad conditionem pertinet negli-
gi voluntatẽ testatoris. Rectè igitur & verè Caius
scripsit remitti ab initio conditionem ne si aliter ius
constitueretur, accideret vt Prætor liberalior esset
testatore. Aut si quis rationem hanc minus rectam
esse putet, fateri eum necesse est nunquam permit-
tendum esse Prætori vt conditionem quæ in testa-
mento adiecta est remittat: quandoquidem id face-
re nequeat quin à testatoris volũtate recedat. † Quę
5 cùm ita sint, absurdè, meo iudicio, faciunt qui in illis
verbis *& remitti eam ab initio visum est*, erratum esse
putant & legendum *absurdum* non *ab initio*. Nam ab-
surdum potius esset huiusmodi cõditiones quę he-
redi turpes aut difficiles futurę sunt ab initio non
remitti. Sic enim fieret vt vel fideicommissum inter-
cideret, vel conditionem alterius causa suóque dã-
no implere heres cogeretur. Neq. dici potest quod
illi aiunt implendã esse per fideicommissariũ cõdi-
tionem. Nullo siquidem casu permittitur fideicom-
missario implere conditionẽ quæ ipsius heredis per-
sonæ adscripta est. Adeò vt quamuis in dando con-
sistat si fortè heres ita scriptus sit, Si Titio decem de-
derit, non tamen liceat fideicõmissario implère cõ-
ditionem. sed eum necesse sit heredi offerre primũ,
vt ille posteà Titio dando conditioni & testatoris
4 voluntati satisfaciat. *d. §. si dande.* † Illud enim perpe-
tuò verum est implendas esse conditiones eo ipso
modo quo testator iussit, & vt nostri interpretes lo-
quuntur, in forma specifica: nec heredis & fideicom-
missarij personæ sic confundi possunt, vt quod ab
herede vel heredi dandum est, id à fideicommissa-
rio vel ipsi detur *l. qui heredi. 44. in princip. & §. 1. D.
de cond. & demonstr.* Multò igitur minus permittetur
fideicommissario implendæ conditionis causa id fa-
cere, quod testator ab ipso herede fieri voluit. Quæ
enim faciendi sunt conditiones eæ magis personam
eius, cui adscriptæ sunt afficiunt, quàm quæ in dan-
do consistunt. arg. *l. quod dicitur. 130. D. de verborum o-
blig.* Verùm supradictæ emendationi quam refelli-
mus causam illud dedisse videtur, quod à Marciano
scriptum legimus *in d. l. si cui. §. vltim. Recusante au-
tem herede factum implere, licentia dabitur fideicommis-
sario secundum imitationem dationis factum implere, &
tunc necessitas imponitur adire hereditatem.* Ego verò
non dubito, quin ea omnia Triboniani sint, potius
5 quàm Iurisconsulti. † Nam & verba ipsa parum ele-
gantia Triboniani manum produnt satis. & nullo a-
lio iuris loco scriptum reperias conditionem quæ
heredi adscripta sit, per fideicommissarium impleri
posse, siue in dando, siue in faciendo consistat. Verũ
contrà sæpius traditum est, per heredem implen-
dam esse præsertim in *d. §. si dande.* vbi hac de re Ca-
ius eleganter & accuratè tractat, & proinde inepta
& falsa sit ratio illa Triboniani, *Secundum imitatio-
nem dationis.* Sed & in ipso *§. vlt. d. l. si cui.* an non a-
pertissimè Marcianus scribit, Si facti conditio sit de-
bere heredem parẽre, & adire & restituere? Heredẽ
verò parẽre debere quid aliud est quàm ab illo ip-
so implendam esse conditionem? Quod si ita est
cur eam recusantem audiet Prætor quem inuitum
vt pateat iurisdictione sua possit compellere? Aut si
qua recusandi iusta causa est propter conditionis
fortasse turpitudinem. An non absurdum & iniquũ
sit cogi fideicommissarium à Prætore vt rem tur-
pem faciat? Ita sanè est: & eo saltem casu nemo ne-
gauerit, Prætorem ab initio remittere conditionem
debere *d. §. sub conditione.* vbi tamen cùm eandem
turpis & difficilis conditionis rationem Caius con-
stituat, eo ipso probat manifestè, difficilem condi-
tionem à fideicommissario impleri non posse: quæ
si posset, vtique heredi non remitteretur. † Compa- 6
ratur hac parte difficilis conditio ei quæ turpis est
quòd vtraque per Prætorem remittatur: & vel ex eo
maximè intelligimus malè interpretes nostros tur-
pem conditionem ab impossibili non distinguere,
cuius tamen longè dispar, diuersaque ratio est. Im-
possibilis enim pro nõ scripta habetur, ideóque nec
remitti potest. Turpis verò non pro non scripta ha-
betur, sed pro non implenda: atque idcirco remitti
eam à Prætore necesse est *l. conditiones. 9. l. conditiones
14. D. de condit. instit.* † Sed & distinguendæ & sepa- 7
randæ sunt eæ conditiones quæ ipso Prætoris edi-
cto remittuntur, cuiusmodi est conditio iurisiuran-
di *l. qua sub conditione. 8. D. eodem.* ab alijs quarum nul-
la mentio edicto facta est. Non enim omnes turpes
conditiones edicto Prætoris remittuntur, sed quæ e-
dicto non remittuntur, ex decreto remittẽdæ sunt.
Idque est quod Caius disputat in *d. §. si dande. vers.
Quod si conditio adscripta ea est quam Prætor remittit
sufficere edictum Pr[illegible]ri [illegible].* Loquitur enim de con-
ditionibus, quæ ipso edicto remittuntur, & ait suffi-
cere edictum Prætoris, hoc est non esse necessarium
decretum Prætoris fideicommissarij, quod prius ne-
cessarium esse dixerat si difficilis cõditio heredi ad-
scripta sit, aut si turpis quæ edicto non remittatur.
His igitur omnibus casibus quoniam conditio non
à iure ciuili, sed Prætoris tantùm vel edicto vel de-
creto remittitur, adiri iure ciuili hereditas non po-
test. & hactenus duntaxat iubendus & cogendus est
heres, vt constituat Prætoris actionibus vti, aut pe-
tat bonorum possessionem secundum tabulas vt ita
nactus actiones, tum restituta hereditate transferat
eas ex Senatusconsulto. Et valde probo, quòd com-
muni interpretum nostrorum voce iactatur, etiam
hodie post tot Iustiniani Constitutiones quibus
correcta aut potius sublata sunt vetera fere omnia
iura, quæ extabant De bonorum possessionibus, ne-
cessariam esse hoc casu bonorum possessionem se-
cundum tabulas. Idémque iuris esse Caius subii-
ciat si heredi adscripta conditio sit ferendi nominis
siue honestum illud sit, siue turpe. † Etsi enim inter 8
conditiones honesti, & turpis nominis ferendi hoc
interest, quòd hanc statim ab initio Prætor remit-
tit, illam verò non aliter quàm si heres nomen fer-
re recuset, propterea quòd nihil mali est honesti
hominis nomen adsumere, neque ideò vel paupe-
rior vel ignobilior fit qui adsumit. Recusante ta-
men herede nomen sumere nulla iure ciuili adeun-
dæ hereditatis ratio superest, sed necessariò recur-
rendum

tandum est ad remedium & beneficium bonorum
possessionis secundum tabulas. Multùm ergo inter-
est an honesti nominis ferendi, an rei difficilis con-
ditio adscripta sit. Nam cùm difficultatem & im-
pendium aliquod habet conditio, non interrogat
heredem Prætor an cōditionem implere velit, néc-
ne: sed quoniam iniquum esse videt impleri eam al-
terius gratia statim ab initio remittit. At quia neque
iniquum neque malum est honesti hominis nomen
adsumere, conditionem hanc non statim ab initio
remittit, sed prius heredem interrogat vtrum con-
ditionem explere velit, & si recuset tunc demū Præ-
tor eum remittit. Rectè igitur & non sine causa Ca-
ius in præcedentibus scripsit *remitti eam ab initio vi-
sum est*, vt intelligamus non eandem omnium condi-
tionum remittendarum rationem esse: & alias edi-
cto Prætoris remitti alias decreto & ab initio, alias
decreto & ex post facto, post heredis scilicet recusa-
tionem. Non possum mihi temperare quin subscri-
bam eandem me Triboniani manum & orationem
agnoscere in *d.l. facta. §. si heres ante.* ab illis verbis *&
hoc est fatendum* vsque ad finem §. neque id obserua-
re difficile est si ea verba conferas cum præcedenti-
bus & sequentibus quæ longè sunt elegantiora, &
ornatiore contextu scripta.

Capvt XII.

Ad l.4.§.1.D. de statulib.

SVMMARIA.

1 *Cur impossibilis conditio contractum vitiet, in vlti-
mis verò voluntatibus pro non scripta habeatur?*
2 *De difficili vel pene impossibili conditione libertati
adiecta.*
3 *De libertate post mille annos seruo relicta, & annon
impossibilis sit illa temporis adiectio?*
4 *Multum interesse an ita libertas data sit*, Stichus
post mille annus liber esto, *an hoc modo*, Stichus
si digito cœlum tetigerit, liber esto.
5 *Obiectio contra hanc distinctionem.*
6 *Intra quod tempus libertatem consequatur is quem*
post annos *liberum esse iussit testator nullo anno-
rum numero adiecto?*

1 CVm † inter vltimas volūtates & contractus dif-
ferentiæ multæ sunt, tum illa maximè quòd in
contractibus impossibilis conditio actum vitiat, *l.
non solùm. 31. D. de obligat. & action.* In vltimis verò
voluntatibus reiicitur, nec heredem impedit insti-
tutiones, aut legata, aut fideicommissa, aut libertates
*l.1. de cond. inst. l.3. D. de cond. & demonstrat. §. impossibi-
lis. Instit. de hered. inst.* Cuius dissimilitudinis ratio nō
obscura illa est, quòd in contractibus obligatio na-
sci non potest, nisi ex vtriusque contrahentium con-
sensu & in ea re, quæ ex duorum pluriúmve consen-
su agitur, omnium voluntas spectanda est. Porrò
contrahentium talis cogitatio esse videtur, vt nihil
agi existiment apposita ea conditione, quam impos-
sibilem esse sciunt. *d.l. non solùm.* At in testamentis
cæterisque vltimis voluntatibus nihil nisi volunta-
tem testatoris intuemur, quem certè verisimile non
est frustrà & inutiliter testari voluisse, vt proinde
longè vtilius & humanius sit impossibilem condi-
tionem reiici, quàm suprema defuncti hominis iu-
dicia, quæ amplius reformari non possunt interci-
dere: quæ ex contrario exitum habere, non testato-
rum tantùm causa, sed publicè quoque expedit. *l. vel
negare. 6. D. testament. quemad. aper.* Præsertim cùm
nemini id fraudi esse possit, quando ex alterius te-
stamento nemo nisi volens & sponte obligatur. † 2
Quæ cùm ita sint, non abs re quis miretur, quod
Paulus scribit in *l. cùm heres. 4. §. 1. D de statuliber.* non
esse statuliberum eum cui libertas in tam longum
tempus data est, vt eo tempore viuere non possit: aut
si tam difficilem, imò penè impossibilem conditio-
nem testator adiecerit, vt aliūnde libertas obtinge-
re non possit, veluti, inquit, si heredi millies dedisset,
aut si testator seruum cùm moreretur liberum esse
iussisset. Difficilius verò est quod ille rationis loco
ex Iuliani sententia subiicit, *quia hic casibus nec ani-
mus sit dandæ libertatis.* Cur non enim eadem ra-
tione quis contendat, quoties impossibilis conditio
testamento adiecta sit testatori animum non esse vel
heredis instituendi, vel legata aut libertates relin-
quendi: Sed tamen apertè Paulus docet non idem
de difficili quod de impossibili conditione dici pos-
se, illis verbis, *si tam difficilem, imo penè impossibilem
conditionem adiecerit.* Et verò quamuis difficilli-
ma, impossibilis tamen non est conditio illa, *Si he-
redi millies dederit.* Respicit enim ad facultatem dā-
di, & recedit multum ab impedimento naturali, vt
Venuleius loquitur, in *leg. continuus. 137. §. illud. D. de
verborum oblig.* Impossibilis autem conditio ea de-
mum habetur, cui natura ipsa impedimento est quo
minus existat, *§. impossibilis. Instit. de inutil. stipul.* † At 3
finge relictam seruo libertatem post mille annos; in
quod vsque tempus certum est per rerum naturam
viuere eum non posse, an non impossibilis rei adie-
ctio illa est, *Post mille annos*: & cùm impossibilis sit,
cur non æquè reiicitur, atque si seruo libertas data
esset sub illa conditione, si digito cœlum tangeret?
Nec enim per rerum naturam magis possibile est ad
millesimum vsque annum viuere, quàm digito cœ-
lum tangere. Neque *Accursij* distinctio placere po-
test existimantis conditiones, quæ per rerum natu-
ram impossibiles sunt ab eis quæ de facto, vt ille lo-
quitur, impleri non possunt separandas esse, vt illæ
reiiciantur, hæ non reiiciātur. Nam generaliter tra-
ditum est, impossibiles conditiones pro non scriptis
haberi: & conditio illa, *si ad millesimum annum perue-
nerit*, non tantùm de facto, sed etiam per rerum &
hominum naturam impossibilis est: quemadmodū
ex contrario illa, *si heredi millies dederit.* neque natu-
ra, neque facto impossibilis, sed difficilis duntaxat
est. † Videamus igitur ne dici possit, non videri sub 4
impossibili conditione datam libertatem ei cui in
tam longum tempus collata est, vt eo tempore viue-
re non possit, his verbis, *Stichus post mille annos liber
esto*: multúmque interesse an ita libertas data sit, an
hoc modo, *Stichus si digito cœlum tetigerit, liber esto.*
Hac enim formula datur libertas sub conditione
impossibili, illa verò datur in diem certum, quia ta-
men viuente Sticho venire non possit. Si libertas
sub conditione impossibili data sit, dico valere da-
tionem, & statuliberum quidem non esse eum cui
sic data libertas est, sed statim liberum ac si purè da-
ta esset, reiecta scilicet conditione, quæ impossibi-
lis est. At si post *mille annos* libertas data sit, con-
ditio nulla est, sed certus dies: ac quamuis fieri
nequeat vt si post mille annos liber sit is, qui in id
vsque tempus viuere non possit: testatoris tamen
voluntas non patitur, vt libertatem quæ post mil-
le annos data est, purè datam esse dicamus:
cùm omnino contraria hæc sint, dari liberatem
purè, & dari in diem. † Quòd si quis obiiciat; 5
purè dationi libertatis non minùs contrariam

esse eam, quæ sub conditione, quàm quæ in diẽ est. Respondebo, diei & conditionis differentiam illam esse quòd in cõditione siue possibilis ea sit, siue impossibilis, alia conditio nulla continetur. In tempore verò, tempus aliud quod breuius sit comprehenditur, ita vt qui post mille annos liber esse iussus est, idem non nisi post tres, quinque, decem, viginti, pluresque annos liber esse iussus videatur. Nam in mille annis tres, quinque, decem, viginti, pluresq. anni expressè insunt. Vnde fit vt si ex ea datione libertatis, *Stichus si digito cœlum tetigerit, liber esto*, tollas id quod impossibile est, conditionem omnino tollas, nihilque supersit præter puram libertatis dationem. Sed si Stichus post mille annos liber esse iussus sit, non possis tollere tempus illud in quod vsque impossibile sit Stichum viuere, quin tempus aliud supersit, in quod vtiliter dari libertas potuerit. Nam si non post mille, falsum quòd post tres, quinque decẽ, pluresue annos libertas vtiliter dari potest. Quis verò possit dicere in quod vsque tẽpus data videatur libertas, cùm eius temporis quod testator ipse præscripsit, ratio nulla habetur? Consequens igitur est non competere libertatem propter incertum temporis quod ex testatoris voluntate, neque omnino reiici, neque cuiusmndi sit ab alio quàm ab ipso testatore diffiniri possit: vt non malè Iulianus dixerit, libertatis dandæ animum habere nõ videri eum, qui in tam longum tempus libertatis datione conferret, vt eo tempore in hominum natura esse nequeat
6 is cui data libertas est. † Longéque alia ratio est testatoris, qui Stichum post annos liberum esse iussit, nullo annorum numero adiecto. Hinc enim libertatem post biennium dedisse videri idem Iulianus scripsit in *l. libertas. 17. §. vlt. de manum. testam.* non illa tantùm ratione quòd fauor libertatis id exigat, sed etiam quòd eam interpretationem testatoris verba patiantur. Quam tamen non patiuntur illa, *post mille annos liber esto*, quoniam in mille annis non magis biennium, quàm quinquennium, aut decennium continetur. At conditionum alia ratio est. Neque enim iis aliæ conditiones insunt, atque ideò sublata, si dicere liceat, impossibilitate, quod superest quemadmodum possibile est, ita commodè ex testatoris voluntate impleri potest.

CAPVT XIII.

Emendatio l. 2. D. qui potior. in pign. hab.

SVMMARIA.

1 *Conciliatio* l. 2. ff. qui pot in pign. *cum* l. 2. ff. de pignor. *ab Accursio allata reiicitur.*
2 *Accursij interpretatio ad versic.* quòd si ea conuentio d. l. 2. ff. qui pot. in pign.
3 *Cuiacij ad eundem versiculum emendatio.*
4 *Aliter emendandum esse dictum versiculum, & pro* cætera *legendum esse* certa.
5 *De generali & speciali bonorum obligatione obseruatio.*

1 QVod † Papinianus respondit in *l. 2. D. qui potior. in pign. hab.* eum qui generaliter bona debitoris pignori accepit, potiorem esse illo cui postea prædium aliquod ex iis bonis obligatum est, quamuis ex cæteris pecuniam suam redigere possit, pugnare omnino videtur cum rescripto Imperatorum Seueri & Antonini in *l. 2. C. de pignor.* quo cõtinetur vt priori creditori qui in omnibus debitoris bonis æquale ius habet, denegetur tamen pignoris persecutio in iis quæ secundo creditori specialiter obligata sunt, si cætera debito exsoluendo sufficiant. Nec dici potest quod *Accursius* primùm tentat Papinianum de stricto Iure, Imperatores verò de æquitate respondisse. Quamquam enim æquitatis potius quàm stricti iuris rationem Imperatores habuisse vel ex eo maximè constat quod lex ait creditorem qui prior generalem hypothecam accepit æquale ius in omnibus bonis habere, sed iurisdictionem temperandam esse: mihi tamen probabile fieri non potest, Papinianum de stricto iure aduersus æquitatẽ respondisse: cuius cætera responsa omnia rationis & æquitatis plenissima fidem faciunt præcipuam eum vtilitatis & æquitatis causam habuisse: & strictum ius si quando ab æquitate dissideret semper neglexisse. Quare nec *Accursius* conciliationem hanc probat, sed subiicit quod verius est, Papiniani sententiam ad eum creditorem referri, qui debitoris bona omnia generaliter pignori acceperat: specialiter verò nulla. At Imperatores de eo creditore cõsultos fuisse cui generaliter bona omnia, ac præterea specialiter quædam obligata esse proponebantur, quemadmodum apertè legis verba demonstrant. Hunc, qui specialiter quædã bona pignori accepit, videri quodammodo ac sub tacita conditione à generali obligatione recessisse, & conuenisse, vt non prius ea, quæ generaliter obligata essent pignoris iure vindicaret, quàm si specialiter obligata pecuniæ debitæ solutioni non sufficere appareret. Illum verò, cui generaliter duntaxat bona omnia pignori data sunt, nihil fecisse ex eo cõiici possit ab eo iure, quod in bonis omnibus æquale habere cœperit, recedere eum voluisse, *l. si generaliter. 6. C. qui pot. in pign. hab.* Neque sanè aut veriot aut elegantior earum legum conciliatio aut afferri aut requiri potest. † Sed difficilius est, quod apud Papinianum sequitur in illis verbis, 2
Quòd si ea conuentio prior us fuit, vt ita demùm cætera bona pignori habeantur si pecunia de his, quæ generaliter accepit seruari non potuisset, deficiente secunda conuentione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quàm solus inuenitur. Hic verò *Accursius* casum mutari scribit, & incipere Papinianum loqui de eo creditore, qui ex generali conuentione pignoris bona quædam excepit, quæ obligata noluerit nisi sub ea conditione si ex iis quæ generaliter obligata essent, pecunia seruari non posset. Quod quanquam verisimum videtur, Papiniani tamen verbis nullomodo conuenit, qui *cætera bona* paulò antè dixit ea quę generaliter obligata sunt vt & in *l. 1. D. de distract. pig.* Et cùm in præcedentibus non posuerit bona aliqua specialiter aut excepta aut obligata fuisse ei, qui generalem hypothecam acceperat, vix est vt *Cætera* commodè interpretari possimus ea, quæ specialiter excepta sunt, nisi aute generalem hypothecam specialem aliquam constitutam esse comminiscamur. At rursus si *Accursij* interpretationem reiiciamus, fatendum erit ineptam esse conuentionem illam, vt ita demùm generali hypothecæ locus esset, si pecunia de bonis generaliter obligatis seruari non posset. Quomodo enim seruari possit quia prius admittas generali hypothecę locum esse? † Quam ob causam placuit viro doctissimo *Iacobo Cuiacio* emendari debere Papin. contextum in illis verbis, *si pecunia de his quæ generaliter accepit seruari non potuisset.* & pro eo quod scriptum est, *generaliter* legendum esse *specialiter*, quomodo in quibusdam exemplaribus scriptum esse testatur. Quod si ita est, prioris creditoris conuentionem illam fuisse dicemus, vt ita demùm generali 3

nerali hypothecæ locus esset si ex bonis specialiter obligatis pecunia seruari minimè posset. At iam suprà diximus, obligatis generaliter bonis omnibus & specialiter quibusdam potiorem esse secundũ creditorem cui ex bonis generaliter obligatis pignus datum est *d.l.2. C.de pignor.* quasi tacitè facta ea cõuentione inter debitorem & priorem creditorem, quam tamen expressè fieri Papinianus requirit. Dissidentem igitur omnino faciamus Papinianũ ab Imperatoribus, nec conciliationis ratio vlla recta afferri potuerit nisi ad eam confugiamus, quam supra ex *Accursio* priore loco retulimus & refutauimus.
4 † Quamobrem non puto dubitandum, quin aliter emendanda sint Papiniani verba & illo loco *Cætera bona*, non *cætera* legendum, sed *Certa*. Hoc enim & probabilius est, & ad superiores omnes obiectiones diluendas accommodatius. Papiniani verò sententia & apertissima & verissima hæc erit, Obligatis generaliter bonis omnibus, si ex iis posteà prædium aliquod secundo creditori in pignus datũ sit, multum interest an prioris creditoris conuentio generalis pura fuerit, an verò conditionem hanc habuerit, vt ita demùm certa bona pignori essent si pecunia de his quæ generaliter accepisset seruari non posset. Priore casu omnimodo potiorem esse causam creditoris in re posteà obligata, licèt ex cæteris bonis tantùm redigi possit quantum ad eius quod debetur solutionem sit satis: posteriore non item. Secundum namque creditorem in pignore sibi dato non tam potiorem, quàm solum inueniri, deficiente secunda conuẽtione, hoc est si ex bonis generaliter obligatis debitum seruari posse appareat. Ponimus enim secũdo creditori pignus datum esse ex iis bonis quæ non nisi sub conditione quæ defecit fuerãt obligata. Et secundam conuentionem Papinianus intelligit conditionalem, ad differentiam eius qua cætera omnia bona generaliter & purè obligata sunt. † Obseruãdum autem est multùm interesse an quis bona sua omnia generaliter obligauerit, & quædã specialiter. An verò ex generali bonorum obligatione pura quædã exceperit quæ obligari noluerit nisi sub ea conditione, si cætera non sufficerent. Priore casu si ex bonis specialiter obligatis secundo creditori pignus datum sit, & ex iis quæ generaliter obligata sunt prioris creditoris pecunia redigi possit, secundus creditor in suo pignore non solus sed potior inuenietur, posteriore verò, non potior sed solus, vt Papinianus ait: quod tamẽ nõ satis animaduersum videtur ab iis qui Imperatorum Diocletiani & Maximiani rescriptum Papiniani sententiæ omnino congruere scripserunt: cùm neque congruat, neque repugnet, sed ad aliam facti speciem & quæstionem pertineat, si emendationem nostram non improbabilem ad tuendam *Accursij* interpretationem, quæ verissima est, amplectare.

CAPVT XIIII.

Emendatio §. vlt. l. 2. D. de suis & legit. hered.

SVMMARIA.

1 *Proximus agnatus quis dicatur, quum de intestati successione agitur?*
2 *An post repudiationem successio adhuc sit inter agnatos?*
3 *Aliquando contingere vt repudiante scripto herede non ideo locus fiat successioni ab intestato.*
4 *An heredes liceat ad adeundam hereditatem cogi possit?*
5 *An hereditate ex testamento non adita fideicommissum à scripto herede relictum legitimus heres præstare teneatur?*
6 *Tollantur è* d. §. vlt. *verba illa*, cum onere fideicommissi.
7 *Fideicommissum intercedere, siue scriptus heres hereditatem repudiauerit, siue ea neque adita neque repudiata decesserit.*
8 *Differentiam constituendam esse inter coheredem testamentarium, & heredem legitimum, quum de fideicommissi præstatione agitur.*
9 *Sententia* l. non instam. C. ad SC. Treb.
10 *Sublatam esse veterem aditionis, & pro herede gestionis differentiam.*
11 *An* d. l. non iustam. *de aditione, an verò de gestione pro herede accipienda sit?*

SCripserat † Vlpianus *in §. proximum l. 2. D. de suis & leg. hered.* proximum agnatum cùm re intestati successione agitur, nõ eum dici qui tunc fuit cum paterfamilias moreretur, sed enim qui tunc fuit cùm intestatum decessisse certum est. Indéque fieri vt interdum etiam vlterior agnatus admittatur. puta si quis fortè testamentum fecerit, cùm patruum & patrui filium haberet, quo exemplo vtitur Vlpianus in *§. præcedenti.* Nam si deliberante herede scripto patruus decesserit, mox heres scriptus hereditatẽ repudiauerit, patrui filius admittetur. Et generaliter si mortis tempore suus aut alius erat, qui præcedebat, nec tamen eorum quisquam viuit cùm repudiatur hereditas, proximum eum accipiemus qui eo tempore quo hereditas repudiatur primus erit. † Tum subiicit Vlpianus in *§. vlt.* bellè quæri posse, an etiam post repudiationem adhuc demus inter agnatos successionem. Difficilius enim est vt post repudiationem quàm vt post mortem successio detur, quòd inter tempora mortis & aditæ hereditatis, aut repudiatæ ab herede scripto nullum ius quæsitum dici possit iis quos ad intestati hereditatem lex vocat, cũ successioni ab intestato locus esse nequeat quandiu ex testamento acquiri hereditas potest. At statim atque hereditatem scriptus heres repudiat, lege duodecim tabularum ex causa intestati proximioribus ea defertur, nec videtur fieri posse vt non deferatur ei qui eo repudiationis tempore proximior reperiatur. † Ac sanè plerumque ita se res habet. Sed tamẽ aliquando contingit vt repudiante scripto herede non ideò locus fiat successioni ab intestato. Finge rogatum esse heredem scriptum vt Titio hereditatem restitueret. Certum est repudiantem eum cogi posse per Prætorem vt hereditatẽ adeat deinde restituat: idque tam authoritate Senatusconsulti Pegasiani, quàm rescripti quod à Diuo Pio post Senatusconsultum factum est: cuius & mentio fit in *l. nam quod. 14. §. 1. D. ad S.C. Treb.* † Cùm verò is quoque qui inuitus & compulsus hæreditatem adit, heres nihilominus ex testamento fiat, vt restitui etiam ex testamento hereditas possit. Apparet non posse hoc casu per solam heredis repudiationem testamentũ irritum fieri, nisi fideicommissarius quoque fideicõmissum repudiet: ac proinde quandiu cogi heres potest, vt herditatem adeat, tandiu quærendum non esse quis agnatus proximior sit, sed eo demum tempore quo acquirendæ ex testamento hereditatis nulla spes superfuerit. Pone igitur herdem scriptum post repudiationem superuixisse centum diebus, & interim proximum decessisse, mox & eum qui restituere rogatus erat. Dicendum est, inquit Vlpianus, poste-

tioré admitti, id est eũ qui eo tẽpore quo heres scriptus mortem obiit proximus fuit, licet repudiationis tempore ab alio anteuerteretur. Nempe, quia non nisi moriente herede certum esse cœpit successioni intestati locum factum esse, cùm is quandiu vixit, cogi potuerit adire ex testamento hereditatem. Sanè quin eius morte præcisa & sublata sit spes omnis testamentariæ successionis sani iudicij nemo, vt opinor, negauerit. Quemadmodum enim veteris nouique iuris regula est hereditatem non aditam non transmitti *l. vnic. § in nouissimo. Cod. de caduc. tollend.* ita verum est heredis heredem cogi non posse, vt hereditatem fideicommissariam adeat, præsertim quæ à defuncto repudiata est *l. ille à quo. 13. § quid ergo. D. ad*
5 *S.C. Treb.* †Fateor hereditatem à scripto herede aditam, necdum fideicommissario restitutam posse per heredis heredem restitui, adeoque cogi eum debere vt restituat *l. quamuis. 40. § persona. l. si eius. 64. §. si quis rogatus. D. eod.* Sed aditionis & restitutionis iura distincta sunt propterea quòd heredis heres hereditatem, quæ sibi delata non est adire non potest: At eam hereditatem quæ sibi ex causa successionis & ex persona defuncti acquisita est cum onere fideicommissi, restituere omnino debet, ne meliore conditione sit quam defunctus qui ad restitutionẽ tenebatur ex Senatusconsulto Trebelliano. Coactio adeundi fit ex Pegasiano, restitutio ex Trebelliano: Et ridiculus est *Accursius* cùm plerisque locis disputat an heredis heres ad adeundam hereditatem cogi possit. Nullus enim omnino iuris locus est quo moueri quis possit, vt putet Senatusconsultum Pegasianum, quod de cogendo herede factum est ad heredis heredem porrigi debere. Iustiniani namque constitutio *in l. vlt. § cùm autem. C. ad Trebell.* qua in eam rem *Accursius* vtitur, non de aditione, sed de restitutione hereditatis loquitur, & propterea singulare ius inducit sola Iustiniani voluntate contra omnem iuris veteris rationem constitutum. Sed neque dici potest quod à viro doctissimo scriptum aliquãdo legere puduit, repudiante herede scripto in fraudem fideicommissarij, & gratiam legitimi heredis, nihilominus fideicommissum ab herede legitimo præstandum esse quod ab instituto disertis verbis relictum fuerat. Iuris enim certissima regula est fideicommissum ab herede scripto datum hereditate ex testamento non adita sic intercidere vt à succedentibus ab intestato peti non possit, nisi vel ab iis nominatim repetitum sit, vel simpliciter, hoc est nulla heredis mentione facta relictum. *l. ea quam. 14. C. de fideic. l. 1. C. de fideic. lib.* Et verò si ita ius esset vt hereditate ex testamento non adita legitimus heres fideicommissum præstare teneretur, quid causæ esset cur ex Pegasiano hereditatem adire scriptus heres cogeretur? Aut quo iure cogi possit is qui ab intestato, & præter voluntaté testatoris succedit, vt quicquam præstet ex testamento quod irritum factum est? Denique an non absurdum est repudiationem scripti heredis efficere vt fideicommissarij melior conditio sit quàm si scriptus heres nec adita nec repudiata hereditate decessisset? Aut si repudiatione heredis fideicommissarij ius augeri & legitimi heredis minui contra iuris rationem admittere volumus, quid illud est quod Vlpianus ait in *dict. § vltim. l. 2. de suis & legit. hered.* cogi nihilominus heredem posse vt ex testamento hereditatem adeat tum restituat ex edicto Diui Pij? An non heredi scripto iniuria fieret si repudiatam hereditatem adire cogeretur, cùm fideicommissarij nihil interesset, & à legitimo quoque herede fideicommissum præstandum esset? Sed neque Vlpianus ponit repudiatam esse hereditatem ab herede instituto in fraudem fideicommissarij & gratiam legitimi heredis: neque verò de eo legitimo herede intelligi potest, qui cum scripto herede fraudem participauerit. Ponit enim decessisse eum cui repudiationis tempore deferri potuit hereditas, & ad intestati successionem vocari ait eum, qui repudiationis tempore proximus non erat.† His itaque 6
rationibus moueor, vt dicam quod ante me nemo dixit, verum esse non posse quod in *d. § vltim.* ex Vlpiano proponitur posteriorem agnatum teneri ad restitutionem fideicommissi, neque dubito quin postrema illa legis verba *cum onere fideicommissi* quæ virum doctissimum fefellerunt delenda sint, & imperitissimo alicui interpreti potiùs quàm Vlpiano tribuenda. Nihil enim aliud agebat Vlpianus quàm vt probaret posteriorem agnatum admitti: neque erat cur de fideicommisso quicquam subiiceret, de quo nec dubitare quisquam poterat, præsertim cùm idẽ Vlpianus in præcedentibus scripsisset heredem scriptum qui hereditatem repudiauerant cogi potuisse vt eam adiret & restitueret ex rescripto Diui Pij: quod sanè rationem nullam haberet si eo repudiante hereditas ad legitimum heredem non nisi cum fideicommissi onere proueniret. Quare nec Accursius in eius loci interpretatione leges vllas habet quas pro tuenda Vlpiani sententia congerat, sed Marciani tantùm authoritate nititur qui in *d. l. si eius 64. § si quis rogatus D. ad S.C. Trebel.* scribit. Si quis rogatus hereditatem restituere decesserit priusquã restituat, heredem eius restituere posse, & ex Trebelliano transitur as actiones. Verùm iam suprà monuimus ita demùm id verè dici si hereditatem scriptus heres adierit. Priùs enim quàm si hereditas adita sit de restitutione quæri nunquam potest. †Nihil ergo 7
interest an scriptus heres hereditatem repudiauerit, an ea neque adita neque repudiata decesserit: & vtroque casu fatendum est fideicommissum intercidere, & successioni ab intestato sine onere fideicõmissi locum esse. Alioqui dicendum esset frustrà legatorum & fideicommissorum seruandorum causa propositum à Prætore Edictum, Si quis omissa causa testamenti hereditatem ab intestato possideat: cui scilicet locus aliter esse non potest, quàm si hereditas ex testamento repudietur, tum ab intestato possideatur *l. 1. § prætermittere est. D. si quis omiss. caus. testa.* & quamuis non sim nescius aliis etiam modis quàm repudiatione omitti hereditatem posse, ea tamen omissio non nisi tacitæ repudiationis iure plerumque censeri potest. Quòd si fideicommissum iure ciuili intercidit, cùm heres scriptus hereditatem repudiat in fraudem fideicommissarij, quamuis idem ipse ab intestato possideat hereditatem, ob eámque causam vel ad Prætoris edictum, vel ad Senatusconsulti Pegasiani remediũ necessariò recurrendũ est. Quantò magis admittendum sit, fideicommissum omnino intercidere, si hereditatem scriptus heres repudiet, eáque ad proximiorem agnatum deuoluatur, quia neque Prætoris edicto, neque Senatusconsulti authoritate teneatur? Neque verò recta comparatio esse potest legitimi heredis & eius, qui ex testamento coheres est. Huic namque coheredis repudiantis, aut aliter omittentis portio cũ fideicommissi onere perpetuo accrescit post constitutionẽ Seueri, qua factũ est, vt ab instituto relicta fideicõmissa à substituto repetita intelligantur *l. licet. 74. de leg. 1.* Coheres enim coheredi ex tacita testatoris voluntate substitu-

stitutus videtur, *l. si Titio.61.§.1.de legat.2.* ac proinde quasi substitutus fideicommissum quod ab eo relictum fuerat, qui heres non est, in omnem causam fi-
8 deicommisso præstando obstringitur. † Huius verò dissimilitudinis inter coheredem testamentarium, & legitimum heredem ratio aperta illa est, quod nō aliter legitimus heres admittitur, quam si testamentum repudiata aut alio modo omissa ex testamento hereditate irritum factum sit, ac proinde fideicommissum interciderit. Coheres verò testamento datus si portionem suam adeat testamentum sustinet, atque ex esse heres fit, si alius coheres ex parte heres esse vel nolit, vel non possit: quod cùm euenit ratio facit, ne plus iuris habeat in ea portione quæ accrescit, quàm habuisset is qui ex ea portione fuerat institutus. Ergo si ab eo qui heres non fuit fideicōmissum relictum proponatur, fideicommissum à coherede præstabitur: & consequenter si is qui heres esse noluit, cùm hereditariam portionem restituere rogatus esset postulante fideicommissario per Prætorem adire coactus & iussus sit, tum priusquàm adiret decesserit, fiet vt quemadmodum ex eius persona coheres præstare & restituere fideicommissum tenetur, ita quartam Pegasianā detrahere nequeat. quam is qui adire iussus erat, detrahere non potuisset. Idémque meo iudicio, iuris erit, si post repudiationem, licèt ante iussū Prætoris decesserit is, à quo fideicommissum testator reliquit. Non enim Prætoris iussus, sed sola heredis repudiatio facit ne ex restituenda hereditate falcidiæ commodum sentire heres debeat, quando certum sit nec volentem eum posse hereditatem posteà adire quam repudiauerit nisi à Prætore ita facere iubeatur. Sed multum interierit an coheres portionem restituere rogatus iubente & cogente Prætore hereditatem adierit, ac posteà priusquàm restitueret mortuus sit: an verò post iussum Prætoris nondum tamen adita hereditate decesserit. Hoc enim casu iuri accrescendi locus est & fideicommissum à coherede omnimodo præstari debet. Priore verò specie fieri non potest, vt fideicommissum coheres debeat, cui adita coheredis portio accrescere non potuit, sed heredis heres iubendus erit, vt eam portionem quam fideicommissario postulante defunctus adire iussus fuerat & adierat ille ex Senatusconsulto restituat.
9 † Quæ sententia est *l. non iustam.4.C. ad S.C. Trebell.* in qua proponitur coheredem repudiantem adire iussum decessisse prius quàm adiret aut pro herede gereret. Et ob eam causam respondetur repudiatam portionem coheredi accrescere, ita tamen vt fideicommissum nulla deducta falcidia præstare teneatur. Errant verò miserè, quia in ea lege separant aditionem à gestione
10 pro herede. † Quasi ad scrupulosam illā, quæ priscis temporibus obtinebat aditionis & gestionis pro herede differentiam, potiùs quàm ad rei effectum Imperatores respexerint. Aut quasi ad acquirendam hereditatem, & impediendum ius accrescendi sola aditio non sufficiat nisi pro herede gestio etiam subsequatur: quo absurdius nihil sanè dici potest. Tam enim per aditionem quàm per gestionem acquiri hereditatem certum est, & siue hoc siue illo modo acquisita sit iuri accrescendi locum non esse. *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* sicut ne vulgari substitutioni. *l. post aditam. C. de impub. & alijs substitut.*
11 † Rectè igitur Accursius in *d. l. nō iustam.* coactionem iussum esse interpretatur. Cogitur enim adire qui à Prætore iubetur, neque tamen ideò adit & acquirit hereditatem, nisi Prætori pareat & pro herede gerat. Dixit *Pro herede geras.* quoniam si aditionem eam intelligas, quæ olim certis & solemnibus cretionum verbis fiebat, nulla ratio est cur Prætor heredem iubeat adire, & ea solemnia verba proferre, quibus vix aliter locus erat, quàm cùm iure ciuili hereditas acquirebatur, & ita demùm si testator sic heredem instituisset, vt hereditatem intra centum puta dies adiret cerneretque, sicúti Vlp. scribit in tit. *Qui hered. instit. poss.* Quid verò Prætoris interest an ea cretionum verba heres proferat, an rem aliquam hereditariam attingat? Id siquidem duntaxat Prætor curat, vt hereditatem heres acquirat, quod cum per gestionem pro herede facilius minoréque incommodo quàm per aditionem fieri possit, credendum est Prætorem iubere solitum, vt heres pro herede gereret potius quàm vt per cretionem adiret. *arg. l. seruū inuito.65.§. si pupillo. D. ad S.C. Treb.* Vt vel ex eo máximè appareat Imperatores *in d. l. non iustam.* veteris illius inter aditionem & pro herede gestionem differentię rationem nullam habere voluisse: neque dubitandum esse, quin ita demùm repudiata coheredis portio coheredi cum onere fideicommissi adcrescat, si is qui post repudiationem hereditatem acquirere iussus est, ante acquisitionem quoquomodo factam decesserit. At si neque adita hereditate neque adire iussus decesserit, siue portionem suam repudiauerit, siue voluntatem suam minimè declarauerit, fideicommissum sanè non intercidet, sed à coherede ac si coheredi substitutus esset præstabitur, cum ea tamen distinctione, vt si fideicommissaria portio repudiata fuerit falcidia ex fideicommisso retineri non possit. Sin repudiata non fuit, eam portionem quæ adcreuit, coheres deducta quarta restituat.

CAPVT XV.

Ad l. Micinius.61.D. de rei vindic.

SVMMARIA.

1 *De media inter Proculum & Cassium sententia in illa quæstione ad quem dominium pertineat, quum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecit?*
2 *Iuliani à Paulo dissensio in quæstione de dominio nauis ex alienis tabulis compacta.*
3 *Iuliani & Micinij distinctio inter nauem, & quamlibet aliam speciem quæ ex aliena materia facta est.*
4 *Propositæ differentiæ ratio redditur.*
5 *De vsufructu nauis quæ per partes refecta, aut omninò dissoluta est, & an vsusfructus extinguatur?*
6 *Cur domus si ad aream vsque diruta sit, licet ex eadem materia postea restituatur, eius tamen vsusfructus extinguatur?*
7 *Non eadem ratione aream partem aut principium domus dici, qua tabula pars, aut principium nauis dicitur.*
8 *De naue ex alienis tabulis refecta, & ad quem eius dominium pertineat?*

CVm † quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecit, si de rei dominio disputetur, vtrum ad eum pertineat qui materiæ dominus sit, an ad eum qui speciem fecerit, dissentientes fuisse legimus Proculianorum & Cassianorū opiniones. Proculo namque placebat dominū esse eū, qui fecerit quòd ea species prius quā facta esset neque in rerū natura, neq. in bonis vllius esset. Cassius contrà, naturali rationi conuenientius esse putabat vt qui ma-

teriæ dominus extitisset, idem eius quoque dominus
esset quod ex ea materia factum fuisset, quoniam si-
ne materia species effici non potuisset *l. adeò. 7. §. cum
quis ex aliena D. de acquirend. rer. domin.* Vtraque igi-
tur opinio sicut magnos assertores habuit, ita ratio-
ne perelegantei, & probabili inducta, & confirmata
fuit. Ob eamque causam, qui Proculum & Cassium
secuti sunt Iurisconsulti neutrius opinionem omni-
no explosam voluerunt, sed distinctione potius v-
tramque sic conciliari posse crediderunt, vt dicerent
si materia ex qua species facta est talis sit, quæ in sua
initia redigi possit, Cassij sententiam prævalere, &
materiæ magis quàm speciei & formæ rationem
habendam esse. At si ex contrario materia per spe-
ciem adeò immutata sit, vt à specie & forma quam
accepit ad pristinam suam substantiam & qualita-
tem reuerti nequeat, Proculi opinionem obtinere,
& materiæ quasi in rerum natura esse desierit domi-
nium ad eum omnino spectare qui speciem fecerit.
Et hæc media Ercíscundorum sententia, quam su-
pradicto loco Caius refert sicut æquior & verior
est, ita magis communiter à iuris auctoribus proba-
te fuisse videtur si Paolo qui Cassianus fuit credi-
mos in *l. si omnibus. 24. D. eo.* & Iustiniano in *§. cùm ex
aliena. Instit. de rer. diuis.* † Quid ergo si ex meis tabulis
2 nauem feceris? Tuam nauem esse Paulus respondit
l. sed si 26. de acquir. rer. domin. non alia ratione quàm
quòd facta naui cupressus non mauserit, sed cupres-
seum corpus factum sit: quæmadmodum inquit, si ex
mea lana vestimentum à te confectum esset, tuum
non meum esse deberet: quoniam lana non mane-
ret, sed laneum corpus efficeretur. Sed Iulianus in *l.
Micinius. 61. D. de rei vindicat.* Micinium interroga-
tum contrà respondisse refert. Nauim quam tu ex
meis tabulis ædificaueris tuam non esse, sed meam:
eiusque sententiæ rationem illam subiicit, quòd to-
tius nauis proprietas carinæ causam sequatur. Dis-
sentit ergo Iulianus à Paulo non in quæstione illa
Sabinianorum, & Proculianorum, quæ Ercíscundo-
rum distinctione sublata est, sed in speciali hac con-
tentione, De dominio nauis ex alienis tabulis com-
3 pactæ. † Aliam enim Iulianus & Micinius nauis ra-
tionem esse voluerunt: aliam cuiuslibet alterius spe-
ciei quæ ex aliena materie facta sit. Fatentur regula-
re ac ferè perpetuum illud esse, vt qui ex aliena ma-
teria speciem fecit, rei dominus fit si materia in sua
initia redigi non possit. Fatentur cupressum ex qua
nauis tabulæ confectæ sunt non manere, & ad pristi-
nam speciem reuerti non posse. Sed in eo dissimilem
nauis, & cæterarum rerum rationem constituunt,
quòd totius nauis proprietas carinæ causam sequi
debeat: in cæteris verò rebus nihil sit, præter mate-
riam & formam ex quo rei dominium & proprietas
4 æstimari possit. † Paulus contrà, pinguius meo indi-
cio, minúsque subtiliter in *d. l. sed si*, sic disputat vt
differentiam illam quæ à Iuliano inter nauim, cæte-
rasque res constituitur, non tam reprehendere, quàm
prætermittere videatur: quæ tamen si attentius in-
tuerare & perelegans est, & vera. Neque. n. aut Erci-
scundi aut Proculiani ipsi materię dominium aliter
amitti existimarunt, quàm si ex ea materia speciem
aliquam non dominus fecisset. Ea enim ratio sola est
qua Proculus mouebatur quòd species quæ ex alie-
na materia facta est, in nullius bonis anteà esset. Nõ-
dum igitur confecta specie, ne Proculus quidem
negabat materiæ dominum manere eum, qui an-
teà fuisset. Atqui cùm ex meis tabulis carinam na-
uis extruxisti, nondum tamen nauis facta est, Neque
enim nauis carina, nauis est, sed pars nauis. quemad-
modum area pars ædificij. Carinam igitur ex meis
tabulis factam fateri te necesse est meam esse; cùm
materia tota mea sit, forma autem nulladum acces-
serit, ne carinæ quidem priusquam totam nauim
construxeris. Hoc verò si ita est, illud quoque fateri
te oportet quicquid superædificatur meum esse de-
bere, quoniam carina veluti nauis area & solum est:
cui ratione tum naturali, tum ciuili superficies cedit
quia neq. ędificium sine area, neque nauis sine carina
subsistere posset. Quemadmodum ergo accedit vt si
quis in alieno solo ędificauerit, ædificium non ad eũ
cuius impensa factum est sed ad soli, & areæ dominũ
pertineat: ita si tabularum corpus illud connexum ex
quo nauis carina facta est meum sit, totam quoq. na-
uim meam esse & carinæ causam sequi omnino ne-
cesse est. Eaque rectissima sanè est nauis & domus
comparatio, itémque areæ & carinæ: qua & plerisque
aliis locis Iurisconsultos vti videas, vt in quæstione
illa quam Vlpianus tractat *in l. quid tamen. 10. §. in na-
ue. D. quib. mod. vsusfruct. amitt.* † Si nauis vsusfructus 5
ad aliquem perueniat, eaque per partes refecta, aut
omnino dissoluta sit, an vsusfructus extinguatur. Ait
enim: Si per partes nauis refecta sit vsumfructum nõ
interire, quoniam eadem nauis existimanda sit licet
adeò sępe refectam eam proponas vt nulla tabula ea-
dem permanserit. *l. proponebatur. 76. D. de iudic.* Sed si
dissoluta sit quamuis posteà restaurata iisdem omni-
no tabulis nulla prætereà adiecta, extinctum tamen
esse vsumfructum, quòd non ea ipsa cuius vsusfru-
ctus relictus erat, sed alia nauis esse existimetur. Tum
subiicit Vlpianus, *nam et si domus fuerit restituta vsus-
fructus extinguitur.* Eadem omnino extinguendi vsus-
fructus ratione scilicet rei mutatione, propterea
quòd domus diruta licèt posteà ex iisdem lapidibus
& lignis restituta alia domus est: cùm tamen si per
partes sæpius refecta sit, lapidibus & lignis omnibus
vsque ad vnum immutatis, nihilominus eadem do-
mus esse censeatur. Quamquã hac parte in eo for-
tasse dissimilis domus & nauis ratio est, quòd si nauis
dissoluta sit ea mẽte vt ex iisdem tabulis reficeretur,
nondum intercidisse videtur, & compositis tabulis
rursus eadẽ esse incipit. *l. inter stipulantem. 83. §. sacrã.
D. de ver. obl. l. qui res. 98. §. aream. D. de solut.* † At si do- 6
mus ad aream vsque deposita & diruta sit, licet ex
eadem materia posteà restituatur, alia erit. *dict. §. sa-
cram. in fi.* Nec distinguemus an diruta sit ea mente
vt ex eadem materia reficeretur. Quæ enim semel o-
mnino diruta est refici non potest, cùm ex ædificio,
nihil supersit præter aream, quæ tamen nec pars
dicẽda est ædificij quod amplius nullũ est: vt proin-
de si in eadem area rursus ædifices, aliam domũ fieri
non veterem refici dicendum sit. Nam ex lapidibus,
& lignis sine area domum efficere non possis, neque
igitur reficere. Cùm autem nauis dissoluta est, quæ
tota ex tabulis constabat, tabulæ ipsæ supersunt ex
quibus refici possit non secus ac si non omnes tabu-
læ refixæ essent. Et si ea mente refixas esse proponat
vt rursus componerentur, solus ille reficiendi ani-
mus facit vt nondum intercidisse nauis videatur,
quia nondum inciderint omnia ex quibus nauis
constabat, id est tabulæ quarum vel minima prin-
cipium reficiendæ nauis esse possit. † Dices neque 7
aream diruto ædificio interdicere, quæ tamen do-
mus pars quoque est, *l. solum. 50. Dig. de rer. vindic. l.
cum qui. 23. Dig. de vsucap.* Verùm respondeo, non ea-
dem ratione aream partẽ aut principium domus dici
posse, qua tabulam partem aut principium nauis esse
dicimus.

dicimus. Fit enim nauis ex tabula & ſicut ita fit ita
reficitur. Ex area verò neque fit neque reficitur do-
mus, ſed cùm aream partem aut principium domus
eſſe dicimus, ad id reſpicimus quòd ſine area do-
mus ſubſiſtere & ædificari non poſſet. Denique ta-
bula fit ad vſum nauis, area non fit ad vſum domus,
ſed ea vtitur qui domum ædificat, & eo demum tem-
pore quo ædificatum eſt, aream partem ædificij ap-
pellamus. Et hanc domus & nauis diſſimilitudinem
Paulus non obſcurè docet in *d. §. ſacram*, cùm nauim
quæ diſſoluta eſt ea mente vt ex iiſdem tabulis refi-
ceretur comparat tignis ædium quæ depoſita ſunt
ea mente vt reponerentur: Nauim verò quæ eo ani-
mo reſoluta eſt vt ad alium vſum tabulæ deſtinarē-
tur, licet mutato conſilio reficiatur comparat ædib.
quæ ad aream vſque depoſitæ, poſtea reſtitutę ſunt.
8 † Cæterùm vt ad inſtitutam Micinij diſputationem
reuertamur, quemadmodum ſi ex meis tabulis na-
uim ædificaueris ratio facit vt nauis mea ſit, quia to-
tius nauis proprietas carinæ cauſam ſequi debeat:
Ita ſi nauim quæ tua erat ex meis tabulis refeceris,
eadem ratio euincit, vt nauis tua maneat, quoniam
carina tua remaneat, ſiue refecta ea non ſit, ſiue per
partes refecta ſit, ſiue etiam omnino diſſoluta, ea
mente tamen vt ex iiſdem tabulis reficeretur. At ſi
omnino reſoluta ſit eo animo vt in alium vſum ta-
bulæ deſtinarentur, quamuis mutato conſilio carina
reficiatur, quia tamen alia eſt, mea efficietur, tũ quæ
naui ædificabatur carinæ cauſam ſequetur, & mea e-
rit, non tua. Atque ita Micinij & Iuliani ſententiam
explicandam eſſe exiſtimo, quam nec Azo nec Ac-
curſius, nec alij interpretes perceperunt.

Capvt XVI.

Emendatio l. etſi non adſcripta. 9. C. de fideicommiſſ. libert.

SVMMARIA.

1 *Cur ſeruo quem pater filiis ſine libertate tutorem dedit libertas data videatur?*
2 *An ea libertas directa dicenda ſit, an fideicommiſſaria?*
3 *Caſus quo is, qui teſtamento liber eſſe iuſſus eſt, fideicommiſſariam duntaxat libertatem conſequitur.*
4 *Cur is qui ſeruo ſine libertate tutelam dedit, directam libertatem dediſſe videatur?*
5 *Difficultas nata ex* l. etſi. 9. C. de fideicom. libert. *vbi non directam ſed fideicommiſſariam libertatem pater dediſſe dicitur.*
6 *Tolluntur verba* per fideicommiſſum è d. l. etſi.
7 *Verba illa* d. l. etſi poteſt igitur & huic fideicommiſſaria libertas defendi *de ſeruo alieno, non de proprio accipienda eſſe.*
8 *Quibus libertatibus Senatuſconſulto Danuſiano aut Rubriano ſubuentum fuerit?*

1 PAter † filiis ſuis teſtamento tutorem ſeruũ pro-
prium dedit, nec libertatem adſcripſit. Placet, ac
iam olim prudentibus placuit, libertatem quoque
datam videri, quòd non aliter ſeruus tutor eſſe poſ-
ſit, quàm ſi liber primùm fiat. Nam vt rectè Seruius
dicebat, nihil aliud tutela eſt, quàm vis & poteſtas in
capite libero iure ciuili data & permiſſa *l. 1. D. de tu-
tel.* Eorum verò omnium, quę iuris ciuilis ſunt vſque
adeò incapaces ſunt ſerui vt pro nullis & mortuis
habeantur *l. quod attinet. 32. D. de reg. iur.* & quod ma-
gis eſt quadrupedibus comparentur. *l. 2. §. vt igitur.
D. ad leg. Aquil.* Eadémque ratio facit vt etſi alieno
ſeruo tutela ſine libertate data ſit, nihilominus data
libertas exiſtimetur. *l. ſi hereditas. 10. §. vlt. D. de teſt. tu-
tel. l. etſi non adſcripta. 9. C. de fideic. libert.* Quod ius
libertatis non ſolùm libertatis fauore inductum eſt,
ſed etiam pupilli, cuius vel maximè intereſt tutorē
habere: nec minus ea res ad publicam vtilitatē per-
tinet vt libertates & pupillorum bona conſeruen-
tur. † Sed quæſtio eſt & difficilis & elegans an taci- 2
ta ea libertas directa dicenda ſit, an fideicommiſſa-
ria. Et ſi quidem alienus ſeruus tutor datus ſit, nõ ni-
ſi fideicommiſſariæ libertati locum eſſe poſſe nemo
ambigit: quoniam iuris ratio non patitur, vt teſta-
mento manumitti poſſint, niſi qui teſtamēti & mor-
tis tempore teſtatoris ſerui fuerunt. Nam quemad
modum Vlpianus in titulis ſcribit, Vt teſtamento
manumiſſi liberi fiant, lex duodecim tabularum fa-
cit ex ea parte qua confirmat quicquid teſtamento
datum, & legatum eſt. Lex verò patrifamilias legan-
di poteſtatem facit de ſua duntaxat pecunia non de
aliena. *l. verbis legis. 120. de verb. ſign.* At ſi ſeruũ pro-
prium tutorem dominus dederit, magis eſſe puto vt
directa libertas competat perinde acſi ſeruus & li-
ber, & tutor eſſe iuſſus eſſet. Fauor namque liber-
tatis ſanè poſtulat, vt ſi directa libertas competere
poſſit, fideicommiſſaria non debeatur, ne patronũ
ſeruus manumiſſus habeat, quem Orcinum, hoc eſt
nullius libertum eſſe paterfamilias voluit. Cur au-
tem directo iure liber non ſit, quem teſtator manu-
mittere & voluit & potuit. † Non inficior aliquando 3
accidere vt qui teſtamento liber eſſe iuſſus eſt fidei-
commiſſariam duntaxat libertatem conſequatur.
Sed id tum demum accidit cùm directa competere
non poteſt, fortè ſi quis ſeruo pignorato directam
libertatem dederit, quo caſu quia ſubtili iure dire-
cta libertas impeditur, cùm fieri nequeat vt ipſo iu-
re liber ſit qui pignoris iure & vinculo tenetur, ad
fideicommiſſariam neceſſariò recurrendum eſt, quaſi
ſi tacitè rogato herede vt pignus luat, deinde ſeruũ
manumittat. *l. generaliter. 24. § ſi quis ſeruo. D. de fidei-
commiſſ. liber.* Quoties autem iuris ratio directam li-
bertatem non impedit, nullo iuris loco ita conſtitu-
tum reperias vt ex fideicommiſſo libertatem petere
liceat ei quem teſtator ipſe manumiſit. Imò verò ius
noſtrum non patitur vt in ſerui electione ſit, vtram
petere malit, ſed vel directam ipſa iure competere
neceſſe eſt, vel fideicommiſſaria deberi. Directa li-
bertas ipſo iure competit, & quæ iam competit, de-
beri non poteſt. Fideicommiſſaria ex contrario non
competit, ſed debetur. *d. l. generaliter. § ex teſtamento.*
Directam dat teſtator, & lex duodecim tabularum
confirmat. Fideicommiſſariam nec teſtator dat, nec
lex confirmat, ſed heres præſtat *l. ſi ſeruus. C. eod.* De-
nique fieri nullomodo poteſt vt qui ipſo iure ex te-
ſtamento liber eſt, quaſi nondum liber ſit libertatē
ſibi ex fideicommiſſo præſtari poſtulet. † Ergo ſi
quis ſeruo ſuo ſine libertate tutelam dederit, quia 4
perinde eſt acſi libertatem quoque dediſſet, quod
ſine libertate tutelæ datio non valeret, dicendum eſt
ſicut tutelam directis verbis teſtator dedit ita dire-
ctam quoque libertatem dediſſe eum videri non fi-
deicommiſſariam: & quemadmodum eo caſu ſeruus
tutor neceſſarius efficitur, ita & neceſſariò liberum
eſſe: ac proinde directo iure non per fideicommiſ-
ſum: quandoquidem is cui fideicommiſſaria dunta-
xat libertas debetur, non niſi volens & petens liber
fieri poſſit. Quò etiam pertinet quod Vlp. ſcribit *in
d. l. generaliter. § ſi quis tutorem.* Aliud eſſe tutelam li-
bertati patrocinari: Aliud verò libertatem ex fidei-

commisso deberi, vt intelligamus quoties tutela libertati patrocinatur, directæ libertati, nō fideicommissariæ locū esse. Atque ita Iustinianus apertè scribit, itémque Theophilus *in §.1.Inst. qui testam.tutor. dar poss.*& Paulus *in §.vlt.l.quero.32.D.de testam.tutel.* illis verbis *an possit libertatem sibi vindicare*, & aliis sequentibus *& liberum quidem ab adita hereditate esse*. Directa enim libertas illa est, quæ vindicatur: fideicommissaria non vindicatur, sed petitur: & cùm ab herede petenda sit, qui non nisi post aditam hereditatem heres est, fieri certè nequit vt ab adita hereditate liber sit, cui ex fideicommisso tantùm libertas debetur. Nec est quod quis dicat in ea specie directam libertatem ideò competere, quod Eros seruus cum liberi hominis prænomine Lucius Eros testamento dictus esset. Ea namque sola adiectio facere nón potest, vt libertatem directam seruo dare testator voluerit, potius quàm si Erotem simpliciter dixisset, neque verò ex testamenti verbis, sed ex sola tutelæ datione libertatē quoque datam videri Paulus interpretatur. Ob eamque causam sic loquitur vt dicat libertatem directam datam videri, nō quòd verè data non sit, sed quòd nonnisi ex tacita testatoris voluntate, & iuris interpretatione data intelligatur. Ac sanè ita ius est vt si fideicommissi verba nulla sint directa libertas competat, nisi stricta aliqua iuris ratio testatoris voluntati refragetur, indéque fiat vt ad fideicommissariam deflectendum & recurrendum sit *d.§.si quis seruo.* vbi quod dicitur ita constitutum esse fauore libertatis contra communes iuris regulas, ostendunt satis regulam illam esse, vt in vnam eandémque personam vtriusque libertatis directæ scilicet & fideicōmissariæ ius concurrere non possit. † Quæ cùm ita se habeant, non immeritò quis
5 miretur quod contra scriptum est in *d.l.etsi.9.C.de fideicom.libert.* Etsi non adscripta libertate tutorem quis seruum proprium testamanto dederit, receptū tamen esse vt per fideicommissum manumisisse videatur. Repugnant enim ij iuris loci quos suprà citauimus. Repugnat iuris ratio quam attulimus. Repugnāt denique ipsa legis verba si subtilius intueare. Neque enim testator ipse seruum manumisisse videretur, si non nisi ex fideicommisso libertas deberetur, cùm eo casu manumissio ab herede fieri debeat non à testatore. *d.l.si seruus.C.eod.* Vnde fit vt separati sint tituli De manumissis testamento, & De fideicommissariis libertatibus, quod iis qui testamēto manumissi sunt non fideicommissaria libertas debeatur, sed directa competat. Sed & Iustinianus *in d.l.quidam.5.§.cū igitur.C.de necess.here.insti.* apertè scribit ius ciuile ita comparatum fuisse vt seruus qui tutor à domino scriptus esset directam quoque libertatem accepisse videretur. Sic enim eum locum accipiendum esse constat, & quod lex ait *iure nostro* non ius nouum & Iustinianeum significat, vt à nonnullis interpretatum video, sed ius ciuile vetus quod ante Iustiniani tempora obtinebat, & cuius argumēto Iustinianus vtitur, vt probet summa ratione niti quod ille ea constitutione inducit. Nimirum vt seruus qui heres esse iussus est, non adscripta libertate, nihilominus omnino ciuis Romanus existat, hoc est directam libertatem nanciscatur. Siquidem fideicommissariam ab aliquo petere eum necesse esset,
6 quam porrò à seipso petere non posset. † Quare sic mihi persuadeo in *d.l.etsi.* tollenda ea verba *per fideicommissum*, addita fortassis ab imperito interprete in iuris nostri principiis parùm aut malè versato. Quē ex eo deceptū verisimile est quòd posita lex sit sob titulo De fideicommissariis libertatibus, & quòd in secunda legis parte quæ est de alieno seruo tutore dato, scriptum sit eo casu *æquè fideicommissariam libertatem datam videri*. quasi in priore specie de fideicōmissaria quoque non de directa libertate respōsum fuisset. Verum facilis erit ad obiectionem responsio si quis dicat legis sententia illa esse, vt siue proprio, siue alieno seruo tutela data sit æquè libertas data videatur, sed tamē priore casu directa, posteriore fideicommissaria. Sic enim Vlpianus *in d.l.si heredit.as.10.§.vlt.de testam. tutel.* nihil interesse ait in proprio an alieno seruo tutelam testator dederit: cùm tamē certo certius sit hactenus interesse, quod si alienus seruus tutor datus sit, sub ea conditione datus intelligitur, *cum liber erit*, quæ in seruo proprio tutore dato, neque tacitè inesse creditur, nec nisi inutiliter & frustrà expressè adiici posset. §. *seruus autem alienus. Instit. qui testam.tutor.dar.poss.* † Et perperam locum 7.
illum accipit qui ea verba *potest igitur & huic fideicommissaria libertas defendi*, de seruo proprio interpretatur, cùm non nisi de alieno Vlpianus tractet. Non enim argumentum ducit à seruo extraneo ad proprium, sed ex contrario à proprio ad extraneum, vt quemadmodum proprius ita alienus seruus tutori datus libertatem consequatur, quòd vtroque casu eadem sit voluntas testatoris. Sed ex eo rectè inferre nequeas, eandem vtrique libertatem competere. Directam namque à fideicommissaria distinguit non voluntas duntaxat testatoris, sed etiam potestas. Seruo alieno nec volens directam libertatem dare testator potest: seruo autem proprio tutori dato nec si velit fideicommissariam: quia vt eleganter Theophilus ratiocinatur, neque pupillus manumittere seruum potest sine tutoris authoritate, neque seruus aut ante acceptam libertatem tutor esse aut in rem suam pupillo authoritatem præstare. † Nec possis 8
dicere, quod quidam putant, sublatum hoc incommodum Senatusconsulto Damusiano quo cautum est de iis qui ex iusta causa absunt, vt nec libertas impediatur, nec libertus eripiatur his qui fraude careant. *l.neque.36.§.1.D de fideic.libert.* Quamquā enim pupillus qui tutorem non habet absentis loco est, non aliis tamen libertatibus Senatusconsulto Damusiano, aut Rubriano subuentum fuit quàm quæ ex causa fideicommissi sic deberentur, vt vel interciderent vel impedirentur nisi Senatusconsulti authoritas difficultati præstationis subueniret. *d.l.neque & l.cum verò.26.§ subuentum.D.eo.* Sed ad directas libertates Senatusconsultum non pertinet, quæ cùm ipsius legis duodecim tabolarum potestate omnino confirmentur, Senatusconsulti auxilium implorare non possint. Qui ergo fatentur, quòd ex Iustiniani, Theophili & Pauli sententia verissimum est seruū proprium, tutorem testamento datum directam libertatem vindicare posse, eos fateri quoque necesse est nullum Senatusconsulto ad conseruādam libertatem eo casu locum esse, ac proinde fideicommissariam libertatem impediri, directam verò ex testatoris voluntate & iuris ratione omnimodo competere.

CAPVT XVII.

Venditoris rem tradere nolentis, dolus quomodo æstimetur.

SVMMARIA.

1 *An venditor qui rei tradendæ potestatem habet ad tradendum cogi possit, an vero eius quod emtoris interest præ-*

est præstatione liberetur?

2 *Reiicitur Martini sententia existimantis venditorem ad tradendum cogi posse.*

3 *Respondetur obiectioni contra Martini sententiam allatæ.*

4 *Rationes duæ pro Martini sententia.*

5 *Quid iuris, si venditor rem ipsam tradere nequeat?*

6 *An quum dolo & procacia venditoris res vendita perijt, ita vt tradi nequeat, eo casu iusiurandum in litem iudex deferre possit?*

7 *Sententia & declaratio* l. si traditio. 4. Cod. de act. emt.

8 *Qua ratione iusiurandum in litem inductum sit?*

9 *An perpetuò verum sit quod traditur, In bonæ fidei iudicijs in litem iurari?*

10 *Casus quo in actione stricti iuris in litem iuratur.*

11 *Emptori onus incumbere probandi quanti sua intersit, quum res vendita dolo venditoris, priusquam traderetur, perijt.*

12 *Quomodo venditoris dolus æstimetur, quum non modo moram contraxit, sed dolo fecit ne rem tradere cogi posset, ac postea res perijt?*

1 DEcisa † est ex Pauli sententiis vetus illa inter Martinum & Ioannem tot locis tractata quæstio, An venditor qui rei venditæ tradendæ potestatem habet ad tradendum cogi possit, an verò eius quod emptoris interest præstatione liberetur. Scribit enim ille cogendum esse venditorem vt tradat, nec indulgendum ei esse, vt si quicquid emptoris interest præstare malit, audiatur. Quæ fuit iam olim Martini opinio, à cæteris tamen interpretibus iuris ferè omnibus improbata. Quibus fortassis ignoscendum esset, si nulla in libris nostris quos præ manibus habebant, in eam rem argumenta extarent. Pauli namque sententias eius seculi infelicitate, velut in tenebris sepultas nondum quisquam in lucem reuocauerat. Sed videamus ne & manifesta iuris ratione & aliis plærisque Digestorum locis Martini sententia comprobari possit. Atque vt cætera omittam,
2 quæ ille iam olim non ineleganter disputauit. † Ea præcipuè ratio mouere Ioannem debuit, quòd venditor eo ipso quod vendere se dicit, hoc vnum præcipuè promittere intelligatur, traditurum se vacuam rei venditæ possessionem. Quod verò non propter non traditam rem, aut propter rei traditæ euictionem præstat aliquando quicquid emptoris interest, id non tam fit vi & potestate obligationis, quàm æquitate iudicij quod bonæ fidei est, & eam tantùm ob causam quòd obligationi non satisfecerit siue rem non tradiderit, siue eam tradiderit cuius possessio iure auocata sit, quam perinde haberi lex ait acsi tradita non esset. *l. 3. l. ex empto. 1. D. de act. empt. l. si in venditione. 61. de euict.* Quod cùm ita sit, dici non potest ex bona fide permittendum venditori vt nō præstet quod præstare debeat cū possit: ne alioqui meliorem eius conditionem efficiamus, quàm si ex cōtractu stricto ad rem dandam teneretur. Melior enim conditio est eius qui electionem habet ex pluribus rebus vtram præstare malit, quàm eius qui certæ rei præstandæ omnino obstrictus est. Atqui nemo dixerit eum qui fundum Tusculanum dari stipulanti spoponderit eligere posse, vt si id quod stipulatoris interest præstare malit liberetur. Fundū namque ipsum dare debet & præstare vt eius dominium stipulatoris omnimodo efficiatur. *l. vbi autem. 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* neque pro ea re quæ ex stipulatu debetur id quod interest vnquam petitur, aut præstatur nisi cum faciendi obligatio est. *l. si quis ab alio. 13. §. vlt. D. de re iudic. l. quoties. 81. de verb. oblig.* Non alia ratione quàm quòd contractus stricti iuris præstationem illam, eius quod interest quæ ex bona fide proficiscitur, recipere non possit. Cur ergo venditori cōcedamus, vt mala fide rem retineat quam præstare debet potéstque, præstet verò quicquid emptoris interest, cùm ad id quod interest non aliter sit obligatus quàm si id ex bona fide esse videatur? Sanè ex bona fide est, vt venditore rem tradere nolente cum possit, emptori liceat petere quicquid sua interest rem traditam esse: in quo non vera duntaxat rei venditæ æstimatio continebitur, sed & si quid prætereà intersit. *l. 1. de act. emp.* Sed si rem ipsam habere emptor malit, eadem bona fides facit vt ei omnimodo præstari debeat, adeoque obligationis iure & potestate non secus acsi ex contractu stricto de-
beretur. † Quòd si obiicias tradendi obligationem 3
qua venditor tenetur, facti esse: in huiusmodi verò faciendi obligationibus perpetuò sic obseruari vt si non fiat quod conuenit præstandum sit id quod interest, quemadmodum suprà diximus. Respondebo factum quod in traditione versatur non esse ex eorum genere quæ vt quis faciat cogi non possit sine vi & impressione: quale illud est vt tu mihi tabulam pingas, aut pro me Romam eas: in quo demùm faciendorum genere ne libero homini & ciui Romano vis fieret, constitui rationis fuit vt in locum obligationis faciendi, obligatio & præstatio succederet eius quod creditoris interesset. At cum res aliqua tradenda est, non tam illud agitur vt tradentis factū aliquod interueniat, quàm vt in eum cui tradi res debet possessio transferatur, quod si facto eius ipsius qui ad tradendum obligatus est, non fiat iudicis authoritate auocari possessio poterit, & in eum cui tradi res debuerat, transferri, adeoque manu militari si exequendæ iudicis sententiæ ratio alia non supersit vt in *l. qui restituere. 68. D. de rei vindicat.* Alioqui posset quis non dissimili ratiocinatione concludere, eū qui rem aliquam dare promisit, ad dandum cogi non posse, quia dare hoc est dominium transferre nequeat, nisi per traditionem: cogi verò vt tradat & faciat, citra vim & impressionem non possit. Quod tamen Vlpianus negat in *dict. §. vlt. l. vbi autem. 75. de verb. oblig.* Quemadmodum & cogi quem posse dicimus vt rem alienam quam possidet restituat, *d. l. qui restituere*, quamuis qui restituere tenetur, vtique ad faciendum obligatus sit, non minùs quàm qui ad
tradendum. † Atque hanc Martini sententiam ele- 4
ganter illud probat quod Paulus respondit in *leg. si quis. 46. D. de act. emp.* eum qui rem alienam vendiderit si medio tempore, hoc est ante traditionē domino rei heres extiterit cogendum esse vt impleat vēditionem. Hoc enim quid aliud est quàm cogendum eum esse vt rem tradat? Nam etsi domino rei heres non extitisset: tamen ad id quod emptoris interesset obligatus fuisset. Cum igitur rei venditæ dominus factus sit, non liberabitur si emptori præstare velit quanti eius interest alienam rem venditam nō esse, sed venditionem implere & rem ipsam tradere omnimodo compelletur. Nec dissimile est quod Proculus respondit in *l. si cùm fundum. 68. §. vlt. D. de contr. emp.* ita demum venditoris rem tradere nolentis dolum æstimari si aliquo modo accidat ne rem ipsam tradere possit. Vt ex eo intelligamus posse venditorem præcisè cogi vt rem tradat, si eius tradendæ potestatem habeat, quamuis Accursius ad eū locum Ioannis opinionem secutus reluctetur. † Ve-

rùm quid ſi rem ipſam tradere venditor nequeat? Id
enim multis modis accidere Proculus ait, & veriſſi-
mum eſt, puta ſi vẽditoris dolo res quæ tradi debue-
rat perierit, aut eius poſſeſſio in alium tranſlata ſit,
aut ſi fortè rem alienam quis ſiue ſciens ſiue impru-
dens vendiderit. His ſanè caſibus de obligatione
tradendæ rei quæ tradi non poſſit fruſtrà contenda-
tur, & ad præſtationem eius quod emptoris intereſt
neceſſariò recurrendum eſt, idipſum aliter atque a-
liter æſtimandum. Nam ſi venditor dolo careat, di-
gnus certè eſt cum quo mitius agatur, nec iuris aut
æquitatis ratio patitur vt in plus quàm quanti reue-
ra emptoris intereſt teneatur. Emptori igitur in-
cumbet probandi onus quanti ſua interſit, quæ pro-
batio plærumque difficilis eſt, & probationum ino-
pia res vt plurimum ad exiguam ſummam deduci-
tur. *l. vlt. D. de Prætor. ſtipul.* At ſi venditoris dolus a-
liquis arguatur, magis eſt quod Proculus ait vt dolus
æſtimari debeat, ac præter id quod reuera emptoris
intereſt etiam doli nomine venditor condamnetur.
6 †An ergo emptori iuſiurandum in litem iudex de-
ferre poterit? Dici enim ſolet in bonæ fidei iudiciis
in litem iurari, *l. in actionibus. 5. D. de in lit. iurand. l. 1.
§. in depoſiti. D. depoſit. l. ſi cui. 48. §. 1. D. legat.* propterea
quod ex bona fide vt dolus cui nihil magis contra-
rium eſt quàm bona fides, ipſius iudicij bonitate &
æquitate vindicetur. Quæ res facit vt & doli exce-
ptiones bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe dicamus
*l. ſed et ſi. 21. D. ſol. matr. l. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum. D.
de legat. 1.* Nec melior alia coercendæ contumaciæ
ratio eſt quàm ſi actori permittatur vt in reiurando
æſtimet pro arbitrio rem quam petit. *l. 1. D. de in lit.
iurand.* Atqui in contrarium, cùm de actionibus em-
pti & venditi, tot iura in libris noſtris conſcripta ex-
tent, nuſpiam tamen legimus, aduerſus venditorem
iurari in litem, multóque minus contra emptorem,
qui non niſi pecuniæ debitor eſt, cuius ratione, ſicut
alio loco ſuprà monuimus, vix eſt vt id quod inter-
eſt præſtetur: ſed venditorem ad id quod emptoris
intereſt, emptorem verò ad pretij vſuras teneri paſ-
ſim ſcriptum eſt: de iureiurando in litem ne verbum
7 quidem. † Quin extat Imperatorum Valeriani &
Gallieni reſcriptum quo continetur, Si rei venditæ
traditio iuxta contractum emptionis procacia & do-
lo venditoris non fiat, quanti intereſſe cõpleri em-
ptionem & rem tradi arbitratus fuerit Præſes pro-
uinciæ, tantum in condemnationi taxationem de-
ducere eum debere *l. ſi traditio. 4. C. de act. emp.* Qui
locus omnium apertiſſimus eſt, & ab iis interpreti-
bus rectè acceptus, quibus viſum eſt ex eo probari in
actione empti iuramento in litem locum non eſſe.
Si quo enim caſu aduerſus venditorem iurari poſ-
ſit, tunc ſanè iurare licet cùm venditoris procacia,
& dolo rei venditæ traditio recuſatur. Iurare tamen
eo caſu licere negant imperatores, qui taxationem,
& condemnationem eius quod intereſt iudicis nõ
8 emptoris arbitrio & religioni permittunt. † Ac ſanè
ſi eam rationem inſpicias, quæ iuriſiurandi in litem
æquitatem induxit, facile videas ita ius conſtitui nõ
poſſe, vt in actione empti iuretur. Ea ſiquidem ratio
iuſiurandum hoc ſuaſit, quòd æquum non ſit inui-
tum quem ſuo pretio res ſuas vendere. *l. non enim. D.
rer. amot.* & vero pretio, id eſt quanti reuera res eſt
litem æſtimari, cùm & contumacia punienda ſit, &
arbitrio domini potius quàm alterius pretium rei
ſtatuendum, vt Marcellus ait *in l. ſutor. 8. D. de in lit.
iur.* Vnde fit vt in actionibus in rem, tametſi bonæ
fidei non ſint, ſed ſtricti iuris in litem iuretur. *d. l. in
actionibus l. qui reſtituere. 68. D. de rei vendic. l. ſi fundus.
16. §. in vendicatione. D. de pignor.* Nimirum quoniam
qui in rem agit, ſiue dominiũ, ſiue ius pignoris ven-
dicet ius ſuum adſerit, quod in ipſa re habet: quod
ius cùm ei inuito per rei contumaciam auferatur, æ-
quum ſanè eſt actoris arbitrio & religione æſtima-
ri. Non idem dicendum eſt ſi aliena res petatur in
qua nullum ius actor habeat, tametſi eius nomine in
perſonam experiri poſſit, quemadmodum contingit
in actionibus ex ſtipulatu, ex teſtamento, & aliis quæ
ſunt ſtricti iuris, præter in rẽ actiones. Minor nam-
que iniuria fit ei cui alienæ, quàm cui propriæ rei,
aut in qua ius aliquod proprium habeat, reſtitutio
denegatur. Cui conſequens eſt, vt neque in empti a-
ctione, quamuis bonæ fidei ſit, in litem iuretur: quia
in re vendita nihil iuris emptor habeat priuſquàm
tradita ſit, licet in perſonam venditoris actionẽ ha-
beat, ad hoc ipſum vt ſi tradi res poſſit, omnimodo
tradatur. *§. cùm autem. Inſt. de empt. & vend. l. Quintus.
40. D. de act. emp.* Satiſque venditoris contumacia ac
dolus in eo coercetur, quòd emptori præſtat, ſupra
quam reuera interſit. Et id eſt meo iudicio, quod
Proculo placet, venditoris dolum æſtimari, ſcilicet
officio & arbitriu iudicis, non emptoris iureiuran-
do, his enim modis æſtimari ſolet id quod intereſt,
quoties non curat iudex vt quatenus verè interſit,
inſpiciatur, hoc eſt quoties ratio & æquitas poſtu-
lat vt condemnatio ex rei dolo & contumacia au-
geatur *l. ſemper. 15. §. hoc interdicto. D. quod vi aut clam.
l. ſi quando. 9. C. vnde vi.* † Ex quo intelligimus perpe- 9
tuò verum non eſſe quod pleriſque locis traditũ eſt,
in bonæ fidei iudiciis in litem iurari. Nam & con-
trariæ depoſiti, commodati, & ſimiles aliæ actiones
bonæ fidei ſunt: neque tamen in iis iurare in litem
actori conceditur. *l. ei apud quem. 5. D. depoſit.* vbi ra-
tionem elegantem Vlp. reddit, quòd in huiuſmodi
iudiciis non de fide rupta agatur, ſed tantùm vt a-
ctori indemnitas præſtetur. Ita innuens, non quem-
libet dolum, aut quamlibet æquitatem locum face-
re iuramento in litem, ſi ex contractu agatur, ſed il-
lud præcipuè requiri vt de fide rupta conqueratur
is qui iuſiurandum ſibi deferre poſtulat, non vt de
indemnitate duntaxat conſequenda decertet. Fidem
verò ruptam intelligere debemus, cùm is qui depo-
ſitum aut commodatum ab alio accepit reſtituere
recuſat: in quo ſingularis quædam perfidia elucet,
ac longè maior quàm cùm quis rem ſuam quam da-
re vel tradere promiſit non præſtat. Nam ſi fidem
ruptam Vlpianus intelligeret quoties non fit quod
dictum aut promiſſum eſt, fidem ſanè omnium ma-
ximè rumperet, qui id quod ſtipulanti promiſiſſet,
præſtare nollet: atqui ita ex Vlpiani verbis admit-
tendum eſſet in actione ex ſtipulatu iurari in litem,
ſi fortè Stichum ſeruum tuum mihi ſtipulanti pro-
miſeris, nec dare velis: † quod tamen Iuriſconſulti 10
negant, niſi eo ſolo caſu quem Marcianus refert, ſi
poſt moram à te factam Stichus deceſſerit. propter-
eà quòd ſine delatione iuriſiurandi nõ poſſit iudex
æſtimare rem, quæ non extat. *d. l. in actionibus. §. vlt.
cum l. ſeq. D. de in lit. iur.* Quæ ratio oſtendit neque
ex æquitate, neque ad dolum vindicandum iuſiurã-
dum eo caſu permitti, vt in bonæ fidei iudiciis: ſed
ex neceſſitate potius, quòd aliter condemnatio fieri
non poſſit. Quamquam enim nouum non eſt vt æ-
ſtimetur etiam res quæ non extat, quemadmodum
contingit in actione legis Aquiliæ, & aliis pleriſ-
que, fieri tamen non poteſt, vt defuncto poſt promiſ-
ſoris moram Sticho qui dari debuerat, iudex per ſe
æſtimat

æstimet quanti Stichus fuerit mortis tempore, cuius solius temporis ratio habenda est quoties in condemnationem deducenda est æstimatio quæ in humanis esse desiit. *l. pen. D. de cond. tritic.* Nam cùm debitoris mora obligationem sic perpetuet, vt Stichus qui dari debuit post moram mortuus peti nihilominus possit, acsi in rerum natura extaret. *l. si seruum. 91. §. sequitur. & §. vltim. de verborum oblig.* inde fit vt stipulator qui Stichum petit onerari nõ possit, vt probet veram quę fuit mortis tempore Stichi æstimationem quam scilicet non petit, quomodo petit is, qui legis Aquiliæ actionem proponit. At quoniam iudex promissorem condemnare non potest vt pręstet eam rem, quam per rerum naturam præstare nequeat, necesse est Stichi æstimationem quę petita non fuerat, in condemnationem deduci. & ab ipso iudice rem æstimari quam tamen verè æstimare non potest, cum non extet, sine iurisiurandi delatione. Cùm verò res petita extat, facilè iudex æstimare eam potest, pręsertim cùm in facienda æstimatione condemnationis tempus inspiciendum sit. *dict. l. penultim. D. de condic. tritic.* ideóque hoc casu iusiurandum in litem necessarium non est. Diuersum erit si rei quæ non extat æstimatio petatur, vt in actione legis Aquiliæ. Tunc enim petentem necesse est probare æstimationem quam petit, idque testibus aut aliis probationibus in eam rem idoneis non iureiurando. Atque ita difficilis ille necdum rectè explicatus Marciani locus explicandus mihi videtur. An igitur, vt ad propositam disputationem reuertamur, si Stichus venditus post venditoris moram ac prinsquam traderetur, decesserit, emptori iu-
21 rare in litem permittetur? Minime verò. † Neque enim æstimandus est Stichus qui non extat, sed omne id quod emptoris interest. quod quantum sit nõ minus mortuo, quã viuo Sticho sciri potest: & emptori onus incumbit, vt probet quanti sua intersit, quoniam ex natura actionis empti est, vt si res vendita non tradatur, id quod interest præstetur, & qui ex empto agit, licet neque rem ipsam nominatim petat, neque id quod interest, petit tamen quicquid ex bona fide venditorem præstare oportet, ac proinde id etiam quod interest, si in re tradenda mora facta sit, quia id bonum & æquum est. Actorem verò semper necesse est probare quid, quale, quantúmque illud sit quod petit: nec nouum aut absurdum est, vt difficultate probationum id quod interest ad exiguam summam deducatur, sicut suprà diximus,
22 ex *dict. l. vltim. D. de prætor. stipular.* † Quòd si venditor non tantùm moram contraxerit, sed etiam dolo fecerit ne rem tradere cogi posset, ac posteà res perierit, dolus eius hactenus æstimabitur, vt officio iudicis id quod interest taxetur, non legitimis probationibus ac iureiurando emptoris, sed arbitrio & religione iudicantis, cui liberum est in condemnationem taxationem deducere suprà quàm reuera interfuit, ne alioqui dolus impunè commissus videatur. *dict. l. si cùm fundum. §. vltim. D. de contrahend. empt. & dict. l. si traditio. C. de action. empt.* Denique cùm ex empto agitur aduersus venditorem ob non traditam rem quæ amplius tradi non possit, distinguendum non est, an vendita res extet, nécne, sed illud tantùm inspiciendum an venditoris dolus aliquis sit, an nullus. Priore casu æstimatur dolus suprà quàm reuera emptoris intersit. Posteriore verò non fit condemnatio nisi quanti sua interesse emptor probauerit. Nunquam autem iurare in litem emptori conceditur.

CAPVT XVIII.

Emendatur §. quis cùm esset. l. cùm post mortem. 43. D. de administ. & pericul. tutor. & curat.

SVMMARIA.

1 *An patruo & curatori qui filiæ supra vires patrimonij dotem promisit emergente postea ære alieno succurri possit, vt supra facultates mulieris à marito non conueniatur?*
2 *Pauli rationes duæ pro curatore.*
3 *Eiusdem responsum contra curatorem.*
4 *Curatorem eo casu mulierem obligatam habere, vt pro ea dotis parte qua mulieris facultates excedit indemnis seruetur.*
5 *Indicatur Triboniani addiamentum ad* dict. §. quis cùm.
6 *Vera Pauli sententia quænam sit in* d. §. quis cùm.
7 *An in specie* d. §. quis cùm. *curator rectè ei comparetur qui creditori puellæ pecuniam dare spopondisset, quæ ex puellæ bonis confici non posset?*
8 *Quomodo verba illa* sed is de quo tractamus *in* d. §. *sint accipienda?*

Titius † cùm esset fratris sui filiæ curator, quadringenta marito eius dotis nomine daturum se 1
promisit. Cùm postea emergente ære alieno apparuerit supra vires patrimonij filiæ dotem esse promissam, quæsitum est an ei patruo & curatori succurrendum sit, vt supra facultates mulieris à marito non conueniatur. Huic quæstioni quæ proponitur in *§. quis cùm esset l. cùm post mortem. 43. D. de administ. & peric. tutor.* priùs quàm Paulus respondeat, duplicē rationem adfert, quæ pro curatore facere videatur?
†Primam illam quod non vt de suo dotem daret, sed 2
cùm crederet rationem pupillarem sufficere, quadringenta dotis nomine marito promisit. Alteram quòd in proposito casu non possit curatori obiici, si sciens mulieris facultates non sufficere, promisere vel donasse eum videri, vel quoniam dolo fecerit illi succurrendum non esse. Neque enim sciens promisit, qui putabat rationem pupillarem sufficere. & verò. qui ita existimandi probabilem causam habebat, cùm non nisi post dotis promissionem æris alieni onus, quod anteà latebat emerserit. Id enim est quod Paulus sibi vult in vers. *præterea*, vbi tamē pro & omnino legendum est *nec* hoc modo, *Præterea nec illud hic potest tractari*, acsi diceret non posse hoc casu curatori obiici, vt vel donasse vel dolo quid fecisse existimetur, proinde facilius ei subueniendum
esse. † Verùm contrà ille respondet, Curatori qui 3
officium suum egressus sponte se obligauerit, à Prætore subueniri non debere, hoc est posse eum à marito, cui quadringenta promisit, in solidum conueniri, non secus acsi creditori puellæ pecuniam daturum se spopondisset. Curator enim officium suum sanè egreditur, qui puellæ nomine promittit plus quam ex eius bonis præstare possit, siue sciens, siue ignorans puellæ facultates ita faciat, quia neutro casu dici potest curatoris officio incumbere vt dotem puellæ supra patrimonij vires promittat, eique imputari potest, cur marito qui alias vxorem ducturus non erat sponte, ac minime explorato ære alieno dotem certam promiserit, cui potius omnes puellæ facultates sine vlla certæ quantitatis taxatione dotis nomine promittere debuisset, aut puellæ autoritate tantùm præstare vt proprio nomine do-

Q

tem promitteret, quo casu si quid supra facultates promissum fuisset, promissio ipso iure non valuisset, *l. siue generalis. 61 de iur. dot.*
4 † Quand. quamquam ita est, Paulus tamen subiicit curatorem hunc qui non donandi animo, sed gerendi negotij causa dotē promisit habere mulierem obligatā, vt pro ea dotis parte, quæ mulieris facultates excedit, indemnis seruetur: atque ideò posse dici etiam manēte matrimonio eam teneri cùm dotem habeat, sicut in collatione bonorū dicitur etiam constante matrimonio dotem conferri, vel certè, quod facilius admittendum sit, post diuortiū: siue exacta sit dos, quo casu ex eo ipso quod exactum erit satisfacere curatori poterit: siue nomen manserit, quia efficere poterit vt curatori qui ex promissione adhuc obligatus est accepto ferri possit id quod debet, quodque promissum est supra mulieris facultates. Hæc cùm Paulus scripsisset, atque ita ad propositam quæstionem non minus apertè quàm vere & elegāter respondisset, Tribonianus noster cæcutiens neque respōsi vim, & elegantiam intelligens, ac si nihil responsum esset ad id de quo potissimùm quærebatur, An curatori aduersus maritum quadringenta ex promissione dotis petentem subueniri deberet:
5 † Subiecit de suo, eleganter nimirum & acutè, si Diis placet: *Quod si mulier suum curatorem adimplere ad, quod supra vires patrimonij eius in dotem dare promisit nō queat, curatorem quidem in hoc quod superfluum est per exceptionem releuari. mulier vero cautionem in maritum exponere debet; quia si quandoque constante matrimonio locupletior facta fuerit, dotis reliquum marito seruat.* Tota hac sententia quid obsecro dici potest inelegantius, stultius, insulsius? Primùm enim, quænam loquendi ratio illa est, *si mulier curatorem suum adimplere non queat*, pro eo, quod Tribonianus dicere voluit, Si mulier curare & præstare nō possit vt curator adimpleat ea, quæ promisit? Aut qua fronte possit mulier à curatore petere vt eam quantitatem quam supra vires matrimonij imprudens promisit, præstet: cùm ei vel hoc maximè nomine ad indemnitatem præstandam teneatur? Rursus quis vnquam apud Iureconsultos scriptū legit, releuari quem per exceptionem, vt significent dari, aut competere alicui exceptionem? Quis denique præter Tribonianum sic loquatur, *cautionem in maritum exponere*, pro eo quod est marito cauere? & dotis reliquum marito seruare, pro *soluere*. Sed vt omissa verborum disputatione rem ipsam & sententiā cōsideremus, an non apertissimè Paulo Tribonianus contradicit? Hic enim putat curatori contra maritum dandam exceptionem. Paulus contra magis esse ait, vt ei à Prætore non subueniatur, quia officium
6 suum egressus sponte se obligauerit. † Nam ad propositam quæstionem Paulus proculdubio respondet iis verbis, *Respondit; Curator cum officium suum egressus sponte se obligauerit, non puto à Prætore ei subueniri debere.* Et de eo ipso curatore loquitur de quo ex facto consultus fuerat, hoc est qui quadringenta dotis nomine promisit supra puellæ, cuius curam gerebat, facultates. Quod à Triboniano animaduersum non est, qui iis verbis regulam potius constitui credidit de curatore qui officium suum egressus spōte se obligauit, vt ei qui ita faciat, non soleat Prætor subuenire. Quasi tamen ex ea regula excipi debeat is de quo Paulus consulebatur. Atqui ex cōtrario sic Paulus respondet, vt primùm dicat putare se huic curatori qui quadringenta sponte hac nimis temere promiserit subueniendum non esse. Deinde huius suæ sententiæ rationem illam adferat, quòd officiū suū egressus sponte se obligauerit. Nā, vt suprà diximus, officium suum certè egressus ille est, qui puellæ nomine ampliorem dotem promisit quàm patrimonij vires paterentur, siue sciens siue ignorans quantita-
tem patrimonij, dotem promiserit. † Neque hac par- 7
te dissimilis est hic curator ei, qui creditori puellæ pecuniam dare spopondisset, quæ ex puellæ bonis confici non posset. Vterque enim in eo peccat quod officij præscriptum egrediuntur, dum sponte se obligant: eâmq. ob causam neutri subueniatur vt Paulus ait. Quā ex cōparatione magis intelligimus priora illa responsi verba, quæ supra retulimus, non, tam ad constituendam iuris regulam, quàm ad propositæ quæstionis decisionem pertinere. Alioqui ridicula esset comparatio illa, curatoris qui officium suum egressus sponte se obligauit, & eius qui creditori puellæ pecuniam se daturum spoponderit, cum & hic quoque officium suum egressus sponte se obligauerit. Sed non male comparabimus curatorem qui quadringenta in dotem puellæ nomine promisit, quæ non plus quam trecenta in bonis habebat, ei qui creditori pecuniam dare promisit, quæ ex puellæ bonis redigi non possit. Ac sicut in vtroque eadem ratio locum habet, ita ius idem constituemus, vt neque huic, neque illi à Prætore subueniatur. Et sanè ineptum faciamus Paulum, si dicamus non respondisse eum ad propositam quæstionem, quæ non de illo erat, An curatori mulier, sed an marito cura-
tor esset obligatus. † Nec interpretationi nostræ ad- 8
uersatur, quòd ea verba sequentia, *Sed is de quo tractamus*, quæ Tribonianum fortassis deceperunt, sic accipienda videntur, quasi in præcedentibus nondum Paulus de eo curatore tractauerit de quo quærebatur. Hæc enim coniectura leuior est, quàm vt Tribonianum nostrosque interpretes aut fallere aut mouere debuerit. Sed ita loqui Paulum necesse fuit, vt ostenderet difficilius obligari mulierem curatori, quàm curatorem marito. Nam marito curator omnimodo obligatur, siue sciens siue ignorans puellæ facultates ampliorem quàm par esset dotem promiserit. At curatori ita demùm mulier obligatur si non donandi animo, sed negotij gerendi causa dotem ille promiserit, hoc est si puellæ facultates ignorauerit, non si sciuerit. Eámque ob causam Paulus de mulieris obligatione tractaturus ita scripsit: *is de quo tractamus*, hoc est quem proponimus ignorantem, & imprudentem quadringenta dotis nomine promisisse priusquàm æris alieni onus apparuisset. Quanquam illud quoque dici probabiliter potest addita ea verba, quòd institutam disputationē Paulus prosequatur de curatore qui quadringinta dotis nomine marito promiserat: quæ disputatio prioribus verbis interrupta videbatur, propter intermixtam comparationem eius curatoris qui creditori puellæ pecuniam se daturum spopondisset. Falsum igitur est, quod Tribonianus putauit, quodq. nostri interpretes Triboniani errore decepti existimant curatori dandam exceptionem si à marito in solidū, ac supra mulieris facultates conueniatur. Quemadmodū & illud ridiculū est dicere, mulierē marito cauere debere, si constante matrimonio locupletior fiat integram dotem se soluturam. Qua enim actione consequi id maritus possit ab vxore quæ dotem non promisit, quæque in eam rem non est obligata? Verùm de his iam satis. Tam multa autem dixisse nō piget, quòd quæstio hæc magni momenti sit, & digna quæ reiectis Triboniani notis atque interpretū erroribus ex Pauli sententia, rectaq. iuris ratione explicetur.

CAPVT

CAPVT XIX.

Emendatur & explicatur perdifficilis Papiniani ratio in l.cum tabulis.10.in princ. D.de his quæ vt indig.

SVMMARIA.

1 *Species & quæstio* d.l.cùm tabulis.

2 *Cur in dicta lege substitutis pars hereditatis quæ ad eos ex substitutione pupillari pertinebat, auferenda sit?*

3 *Quænam sit mens Papiniani in illis verbis*, quia ex testamento sententiam secundùm se dictam non haberent?

4 *Emendantur dicta Papiniani verba, & eorum sensus proponitur.*

5 *Contra Papiniani sententiam disputatur, partem ex pupillari substitutione competentem substitutis & victis non esse auferendam.*

6 *An in specie* d.l.cùm tabulis *substituti à testamenti causa simpliciter recesserint, an verò sub conditione si successioni intestati locus esset?*

7 *Substitutos in specie* d. l. *testatoris iudicium non impugnasse, & ideò nihil eis auferendum esse.*

8 *Papiniani & Pauli dissensio in* l.Clodius.97.de acquir.hered.

9 *Auferri quid dicatur?*

10 *Cur in* d. l.cùm in tabulis. *substitutis qui substitutionem agnouerunt subiecti partus accusationem instituere permittatur, per quam testamentum infirmetur?*

11 *An fisco, an verò proximioribus ab intestato succedentibus locus fiat, quum post aditã à filio herede scripto hereditatem subiectum fuisse partum apparuit?*

1 Filium † impuberem quem habebat pater testamento heredem ex asse instituit: deinde secundis tabulis, si is heres esset & in pupillari ætate decederet, substituit fratris sui filios Titium & Sempronium, deditque iis coheredes Caium & Mæuium. Patri defuncto filius heres extitit: tum impubes decessit. Atque ita cùm pupillaris substitutionis conditio euenisset, Caius & Mæuius dimidiam hereditatis partem, dimidiam alteram Titius & Sempronius substitutionis iure vindicarunt. Sed cum postcà fortè fratris filij, resciuissent subiectum & suppositum fuisse filium, qui fuerat institutus vniuersam hereditatem ab intestato petere instituerunt. In eamque rem pupilli matrem subiecti partus ream postularunt. Si accusatio iusta pronunciaretur, testamẽtum vtique non valeret, quasi per errorem instituto eo, quem testator nisi filium existimasset verisimiliter instituturus non fuisset. *l.si pater.4.C.de her.inst.* Multoque minus pupillaris substitutio defendi posset, quam certum est aliter valere non posse, quàm si & patris testamento quod principale est confirmetur, & filio in potestate facta sit. Proinde successioni ab intestatò locus esset, & tota patrui hereditas ad fratris filios tanquam proximiores exclusis coheredibus pupillaribus, qui non proponuntur agnati, deueniret. Sed contrà pronunciatum est iniustam esse accusationem, & victi sunt qui legitimam hereditatem petebant. Consultus Papinianus an pars illa hereditatis quæ ex causa substitutionis pupillaris ad eos pertinebat iis auferenda esset. Respondit auferendam, hoc est, vt ego interpretor, & titulus ipse ostendit, fisco vindicandam. † Cuius rei quanquam
2 ratio illa statim occurrit, quod indigni videantur, qui ex pupillari substitutione succedant, cum patris & pupilli testamentum impugnauerint. Aliam tamẽ & subtiliorem & elegantiorem Papinianus reddit iis verbis, *quia ex testamento sententiam secundum se dictam non haberent*. Sed quis horum verborum sensus sit, quidve sibi Papinianus voluerit, non facilè dici potest. Neque enim ponimus fratris filios de quibus Papinianus loquitur ex testamento egisse, at potius testamentum impugnasse, & id curasse vt institutio nulla ac per errorem facta pronunciaretur. Quod cum ita sit, quomodo ex testamento sententiam secundum se dictam habere, vel non habere potuissent? Aut si testamenti ratio aliqua habenda est, cur non ex testamẽto dimidiam hereditatis partem retinere ius liceat, qui disertis testamenti verbis ad pupilli hereditatem ex semisse vocati sunt? Deniq. quis non videat de controuersia illa & suppositi partus quæstione sententiam ex testamento dici non potuisse? Siquidem extra testamentum illud, vt sciatur an filius ille sit quem testator filium nominauit, an suppositițius sit partus, idque ex aliis probationibus quàm ex testamenti verbis decidendum est. Nihil igitur proximioribus agnatis obesse potest, quòd ex testamento sententiam secundum se dictã non habeant: neque est quod ex eo quis inferat hereditatis partem iis auferendam esse eum neque ex testamẽto neque de hereditate actum & iudicatum sit, sed
de filij statu de quo controuertebatur. † Ego puto 3
Papiniani mentem illam esse, vt dicat auferendam esse proximioribus agnatis partem hereditatis quã ex substitutione habuerunt, quòd nec haberent eã ex testamento si secundum eos dicta sententia fuisset. Nam vt suprà diximus, si partum subiectum esse apparuisset, neque patris ex testamento, neque pupillari substitutioni locus esse potuisset, ac proinde partem illam hereditatis ex testamento non habuissent, sed totam hereditatem ab intestato. Vnde fit vt probè petere non possint hereditatem ex testamento, quam ex alia planéque contraria causa, hoc est ab intestato habere voluerunt. Tametsi autem quod petebant non obtinuerint, absurdum tamen Papiniano videtur, vt post dictam contra eos sententiam de successione intestati hereditatem ex testamento retinere iis liceat: rationi longè conuenientius esse, vt neque ex testamento heredes maneant, cùm noluerint, neque legitimam successionem obtineãt, cùm sint condemnati. Non dicit ille videri eos repudiasse testamentariam successionem ex eo quod legitimam petierũt, cui locus esse nequeat nisi prius repudiata ex testamento hereditate. Cùm enim partem hereditatis ex causa substitutionis ac proinde testamenti iure iam acquisiuerint, certum est, nec volentes eos testamentariam successioné repudiare posse. Sed illud Papinianus vult non esse iis permittendum vt hereditatem ex causa substitutionis retineant, qui id omnino egerunt, vt eius ex testamento retinendæ ius non esset. Itaque quod illi sponte amittere & repudiare non poterant iis etiam inuitis auferetur. Denique ea præcipuè ratio Papinianum mouere videtur, quòd eorum qui condemnati sunt, melior conditio esse non debeat quàm si obtinuissent. Atqui si secundum eos dicta sententia fuisset hereditatem ex testamento non retinuissent, sed cũ contra testamentum pronunciatum esset, successionem ab intestato habuissent. Non est ergo quod cõquerantur, si pars hereditatis quam ex causa substitutionis habuerunt, iis auferatur. † Hæc cùm ita se 4
habeant, nemo non videt. Papiniani verba superius

relata quę secundum receptam lectionem interpre-
tationi nostræ minimè conueniunt emendanda esse,
vt sic legamus *quia ex testamento sententia secundum se
dicta non haberent*. Solet enim Papinianus & elegan-
tiæ studiosissimus ablatiuis absolutis vti, quibus ora-
tionem efficiat, & breuiorem, & venustiorem. Sic
autem ea verba *sententia secundum se dicta* accipi de-
bent ac si pluribus scriptum esset *si sententia secundū
eos dicta fuisset*. Verùm quāquàm hæc Papiniani sen-
tentia rectissimè disputantur, videamos tamen ne
magis sobtiliter quàm verè dicantur. † Mihi enim
5 attentios consideranti sic videtur. Meliorem quidē
conditionem agnatorum qui condemnati sunt esse
non debere, quàm si obtinuissent: sed tamen ex eo
inferri non posse, auferendam iis victis partem he-
reditatis ex causa substitutionis, quòd eam ex testa-
mento non haberent si secundum illos iudicatum
fuisset. Nam etsi nihil iis auferatur, erunt tameo de-
teriotis conditionia, quàm si cnntra testamentum
iudicatum esset, cum eo casu totam hereditatem le-
gitimam obtinuissent, cows non nisi partem ex te-
stamento & pupillari substitutione habere posſunt.
Nec rursus video, qua ratione dici possit eos qui v-
niuersam successionem ab intestato petierunt, cùm
existimarent testamentum non valere, partem illam
quam ex causa substitutionis habebant retinere ex
6 testamento noluisse. † Fateor maluisse eos ab inte-
stato, quàm ex testamento succedere, sed à testa-
menti causa recessisse eos nego nisi sub ea veluti
conditione. Si successioni intestati locus esset. Quæ
res facit, vt si in legitimæ hereditatis petitione suc-
cubuerint, tamen successionis ex testamento reti-
nendæ facultas iis adimenda minimè videatur. Per-
petuò enim verum, & æquum est quod Paulus ait
in *l. mater. 19. ff. de inoff. testam.* neminem ius suum e-
tiam, quod se habere scit amittere, tametsi aliud eli-
gat, quod sibi competere arbitretur. Propter quam
causam scribit ille eo loco, legitimam hereditatem
repudiasse non videri eum qui ex testamento quod
putabat valere adiisset: quod si ita est, quidni eadem
ratione dicere liceat à testamento recedere noluis-
se eum, qui legitimam hereditatem obtinere voluit
cùm testamentum iure nullum esse existimaret?
Vnde suspicari lubet, in ea quoque Papiniani specie
de qua disputamus aliud responsurum Paulum fuis-
se, quàm Papinianus respooderit. Permittendum sci-
licet pupillaribus substitutis qui vniuersam succes-
sionem ab intestato sperauerant, vt post condem-
nationem nihilominus hereditatis partem quam ex
substitutione habuerunt, retineant. Eaque senten-
tia mihi, si dicere liceat quod sentio, & æquior, &
verior videtur. † Nec enim testatoris iudicium im-
7 pugnarunt qui de iure & testamenti vitibus dispu-
tarunt, quique matrem pueri de subiecto partu, non
ipsam testatoris vulontatem accusarunt, exemplo e-
ius qui testamentum ex quo legatum acceperat iure
factum negauit, & victus est, cui nihil auferendum
esse Papinianus respondit in *l. si testamentum. 24. D.
eodem titul. de his quæ vt indign.* Si enim partum sub-
iectum esse constitisset, testamentum infirmatū fuis-
set non contra testatoris voluntatem, sed eam potius
ob causam, quòd testatoris voluntas illa fuisse vide-
retur, vt filius heres scriptus non aliter hereditа-
tem obtineret quàm si filius verè esset. Quare nec
Papinianus suæ sententiæ rationem illam adfert,
quòd agnati qui subiecti partus accusationem insti-
tuerunt indigni sint, qui ex testamento aliquid con-
sequantur: sed quòd si iusta accusatio pronuncia-
ta fuisset, nihil ex testamento haberent. Quæ tamen
ratio si vera esset, cur non dici etiam posset filium,
qui patris testamentum iure factum negauit, & le-
gitimam hereditatem petiit, nihil ex voluntate de-
functi retinere debere, qui scilicet ex testamento si
non iure factum apparuisset nihil habere potuisset?
Quod igitur Papinianus probat in *d. l. si testamentum*,
& verissimum est auferendum non esse filio quod
ex testamento accepit, tametsi testamentum iure fa-
ctum negauerit & victus sit, *l. 5. §. 1. D. eod.* Idem mi-
hi videtur de agnatis pupillo substitutis dicendum
esse, vt quamuis subiecti partus accusationem pro-
posuerint & succubuerint, ea tamen pars hereditatis
quam ex substitutione habuerunt iis non auferatur.
† Superiori disputationi non omnino dissimilis
illa est de qua discrepantes Papiniani & Pauli sen-
tentias legimus in *l. Clodius. 97. Digest. de acquir. hered.*
Nam cùm ex facto proponeretur Clodium Clodia-
num facto prius testamento posteà eundem here-
dem in alio testamento inutiliter facto instituisse,
scriptum verò heredem cùm putaret posterius te-
stamentum valere, ex eo hereditatem adire voluisse,
Papinianus putabat repudiasse eum ex priore here-
ditatem: ex posteriore autem nō posse adire. Paulus
contrà magis esse ait, vt prioris testamenti ius repu-
diasse non videatur, qui putauit posterius valere. Ac
quamuis Clodianum intestatum decessisse secundū
Papiniani sententiam iudex pronunciauerit, ex Pau-
lus refert, rectè tamen interpretes omnes sentiunt,
qui Pauli opinionem veriorem esse defendūt. Quod
si hereditatem ex priore testamento repudiasse non
videtur is qui si voluisset repudiare potuisset, an non
multò minus dicendum sit repudiare hereditatem
ex testamento voluisse eos, qui nec si voluissent, ta-
men potuissent? Agnati enim pupillo substituti he-
reditatis partem quam ex substitutione acquisierunt
repudiare non potuerunt. † Acquisitā verò ex causa
substitutionis hereditatem ex eo intelligimus, quòd 9
auferendam eam esse Papinianus ait. Auferri namq.
non posset quod prius acquisitum non esset: ex quo
etiam intelligimus ita Papinianum intelligi debere,
vt quod agnatis aufertur fisco vendicetur. Cohere-
dibus enim adcrescendi iure acquiri non potest ea
pars hereditatis quæ iam est acquisita, cùm dici so-
leat in portionibus agnatis neque iuri accrescendi
locum esse, neque substitutioni, *l. si ex pluribus. 9. de
suis & legit. l. vnic. §. his ita deffinitis. Cod. de caduc. tol-
len.* † Sed hic illa dubitatio incurrit, cur pupillaribus 10
substitutis qui substitutionem agnouerunt, eam ac-
cusationem instituere permittatur, per quam testa-
mentum infirmetur. Verum facilis respōsio est, eum
qui de subiectio partu accusationem instituit non de
suo iure contendere, quomodo contendit qui de
inofficioso testamento agit, sed de viribus testamen-
ti disputare quod an valeat, necne, in heredis aut
substituti arbitrio esse non potest: quamquam cùm
quæritur an ab accusatione & impugnatione testa-
menti prohibendus sit is, qui ex testamento substitu-
tionem accepit, iudici permittitur, vt causa cognita
ex cuiusque persona, conditione & ætate id consti-
tuat, vt Paulus ait in *dicta lege quinta. §. 1. de his quæ vt
indign.*

† Illud reliquū est vt moneamus, si post aditā ex te- 11
stamēto hereditatem ab eo qui filius dicebatur sub-
iectum fuisse partū appareat, testamentū quidē infir-
mari, & heredi scripto hereditatem auferri, sicut di-
ximus ex *d. l. pater. 4. C. de hered. instit.* sed non ideò fis-
cum admitti, vt malè quidam putant ex *l. aufertur. 46.
in princip.*

in princip. D. de iur. fisc. quæ de fisco non loquitur. At proximioribus ab intestato succedentibus locum fieri: quod omnium apertissimè probat hic Papiniani locus quem explicauimus, cùm Papinianus ait fratris filios pro parte hereditatis pupillo substitutos matrem subiecti partus ream postulasse vt ab intestato vniuersam successionem obtinerent: Item illa Papiniani ratio quam emendauimus, *quia ex testamento sententia secundum se dicta non haberent.* Quorsùm enim verba illa *ex testamento* si neque ab intestato quicquam habere potuissent? Nec sanè credendum est quicquid heredi instituto aut legatario aufertur statim fisco vindicari, sed id duntaxat quod aufertur ab eo qui indignus est, vt testatoris voluntatem quam semel habuit retinent, aut per quem exclusi sint cæteri, qui alioquin fisco præferri potuissent. Qui verò quasi filius institutus est cùm filius non esset, hereditatem non ideò amittit quòd indignus sit qui voluntatem testatoris, & acquisitam hereditatem retineat, sed quòd neque voluntatem testatoris vnquam habuisse, neque hereditatem ex testamento quod nullum apparuit acquisiuisse videatur. Cui conueniens est, vt ac si ex testamento adita hereditas non esset, quæ nec adiri potuit, proximioribus agnatis quibus solis subiectus partus iniuriam fecerat acquirendæ ab intestato successioni locus relinquatur.

CAPVT XX.

Emendatio l. si conuenerit 4. D. de pact. dot.

SVMMARIA.

1. *An conuentione fieri possit vt dotis fructus in dotem conuertantur? & Marcelli ad hanc quæstionem distinctio.*
2. *Additur negatio in d. l. 4. versic.* quod si conuenisset, *& ex eodem versiculo nonnulla tolluntur.*
3. *Differentiam esse inter pactionem de dotis fructibus reddendis, & pactionem de fructibus in dotem dandis.*
4. *Differre hæc duo,* in dote fructus esse, *&* fundi dotalis fructus non dotales reddi.
5. *Alia quæstio ad explicationem distinctionis a Marcello proposita.*
6. *Multum interest an fundi fructus, an verò vsusfructus in dotem dati sint.*
7. *Supradictam Marcelli distinctionem Vlpiano non omni ex parte placuisse.*

1 HVius † legis quæstio illa est. An conuentione fieri possit vt dotis fructus in dotem conuertantur. In qua illud statim occurrit quod ex Marcello Vlpianus respondet conuentionem non valere, quoniam ita fieret, vt propè indotata mulier constitueretur, hoc est vt nihil ab ea dotis nomine maritus accepisse videretur, qui scilicet si non tantùm dotem ipsam, sed eius quoque fructus reddere deberet, nullum ex dote commodum sentiret. Ea enim dotis natura & conditio est, vt pro matrimonij oneribus, qui fructus percipi possunt, ad maritum pertineant, *l. dotis fructum. 7. de iur. dot. l. pro oneribus. 20. C. eo.* Sed tamen distinguendū Marcellus putabat, an fundus in dotem datus esset ea lege, vt fructus maritus redderet, quo casu nullum & inutile pactum esse dicebat, idemque probandum, si vsumfructum eodem pacto fructuum reddendorum mulier in dotem dedisset: An verò non conuenisset de reddendis fructibus, sed fundus vel vsusfructus in hoc traditus esset non vt fundus ipse vel fructus dotalis fieret, sed vt maritus fructus perciperet dotis futuros. Atque ita dote constituta admittebat cogendū maritum actione de dote fructus reddere, vt eo casu in dote sin fructus ipsi neque maritus fructuum nomine aliud consequi possit, quàm vsuras quæ ex fructib. collectis, & in sortem redactis perciperentur. Sic enim Marcelli distinctionē explico, licet legis verba, si receptā lectionem sequare, omnino repugnēt. † Deest 2 enim negatio quam nos restituimus in illis verbis, *Quod si conuenisset de reddendis fructibus,* & totam illam interpretationem, *hoc est, vt in dote essent fructus quosquos percepisset,* omnino tollimus, atque ita glossas interpretum à quib. profecta est reiicimus, vt Vlpianum breuius, facilius, & elegantius sic scribentē legamus, *Quod si non conuenisset de fructib. reddendis, & fundus, vel vsusfructus in hoc traditus est, &c.* Illud enim apparet Marcelli distinctionem, quā Vlpianus refert, eò tandem recidere, vt multū interfit, an de fructibus reddendis conuenerit, nécne. Ad priorem distinctionis partem, illa cōuentio pertinet si fundus, vel vsusfructus in dotem datus sit hoc pacto vt soluto matrimonio fructus restituerentur. De qua conuentione Marcellus primo loco tractat iis verbis, *Si quidem fundum in dotem dederit mulier, ita vt maritus fructus redderet, nō esse ratum pactum. Idémque esse etsi vsumfructum in dotem hoc pacto dedit.* Consequens igitur est, vt alteram distinctionis partem tractaturus in qua diuersam speciem diuersúmque ius constituit, ita scripserit, *Quod si non conuenisset de fructib. reddendis.* Alioqui non præcedentia duntaxat, sed etiam sequentia illa repugnarēt. *Et fundus, vel vsusfructus in hoc traditus est, non vt fundus vel fructus fieret dotalis, sed vt fructus perciperet dotis futuros.* ‡ Cùm enim fundus vel vsusfructus marito 3 traditus est nō vt fieret dotalis, sed vt fructus ipsi dotis fierent, qui constante matrimonio perciperentur, quique nisi tradito fundo vel vsufructu percipi à marito non possent, nemo sanè dixerit de reddendis fructib. conuenisse. Nam cum de reddendis fructibus Marcellus loquitur, de dotis fructib. proculdubio intelligit: fieri verò non potest vt dotis fructus sint illi ipsi, quos mulier sic in dotem dedit vt nihil præterea dederit. Nisi fortè quis putet, eandem rem in dotem dotisque fructū posse cedere, quod absurdius est, quā vt probare id quisquam possit. Tametsi autem eo casu, quo conuenit vt maritus ex non dotali fundo fructus perciperet dotis futuros soluto postea matrimonio fructus actione de dote restitui oportet, non ideò tamen minus valere conuentionem dicimus, ac si de dote ipsa restituenda conuenisset: neque reddendorū fructuum conuentionem improbamus, nisi cum de dotis ipsius non de dotalibus fructibus disputamus. Denique contrarias esse pactiones has Marcellus putat De fructib. reddendis, & De fructibus in dotem dandis, quoniam, vt dictum est, qui in dotem dantur, dotis fructus esse non possunt. Quę cùm ita sint, Marcelli sententiæ & verbis conuenire non potest illa interpretatio, *hoc est vt in dote essent fructus, quosquos maritus percepisset.* Siue enim de fructib. reddendis conuenisse, siue non conuenisse proponas, nihil habet ea cōuentio cōmune cum hac pactione, vt in dote sint fructus quosquos maritus sit percepturus. † Lógè náque 4 differentia hæc sunt in dote fructus esse, & fundi vel vsusfructus dotalis fructus non dotales reddi: neque dubito quin ea verba interpretis sint non Marcelli. Idque vt sentiam præter ea, quæ dixi, me illud etiā nō parum mouet, quòd post obseruatum à me fœliciter vulgaris lectionis mendum, postrema illa, *quosquos ma-*

ruum percepisset in quibusdam libris deesse animaduerti. Item illud, quod si admittas valere conuentionem, vt in dote sint & à marito reddantur fructus omnes quosquos is perceperit: ferè sit vt de fructuum quoque vsuris reddendis conuenisse videatur: cùm fructuum appellatione contineantur, nec alia ratione ad maritum spectent, quàm quòd dotis fructus dici possint. Atqui id Marcellus disertè negat, & pactionem valere ait, quæ si fructuum quoque vsuras comprehenderet, valere sanè non posset, quòd eo casu sterilis, & sine fructu dos esset. Minus tamen interpreti succensendum sit, qui cùm ea verba præcedentia, *Quòd si conuenisset de fructibus reddendis* sine negatione legeret, eamque conuentionem à Marcello probari videret, quam paulò ante bis improbasset, interpretatione aliqua corrigendum putauit, quòd si ex propria veráque verborum vi & potestate intelligeretur,
5 defendi certè non posset. † Verum, quæ ratio excogitari tandem potest, cur eandem conuentionem iisdem verbis conceptam & repetitam aliter atque aliter interpretemur? Aut si pactum huiusmodi, de quo Marcellus secundo loco disputat non ideò valet, quòd de fructibus reddendis conuenerit, & vt in dote essent fructus omnes, quos maritus perciperet, sed ideò dũtaxat, quòd neque fundus neque vsusfructus dotalis sit, at in id tantùm traditus, vt maritus fructus perciperet dotis futuros: An non satis erat Marcello scribere, *Quòd si fundus vel vsusfructus in hoc traditus est*, cæteris omnibus, quæ obscurè & superuacuè intermixta sunt prætermissis? Postremò cùm verè dici non possit valere conuentionem, vt fructus in dote sint, nisi eo solo casu quo nec fundus nec vsusfructus in dotem datus est secũdùm Marcelli sententiam. Prius sanè illud erat, vt Marcellus scriberet in hoc traditum esse marito fundum vel vsumfructum, vt fructus ille perciperet dotis futures, quàm vt diceret conuenisse de fructibus reddendis, & conuentionem illam interpretaretur, ac si conuenisset, vt in dote fructus essent. Sed hæc apertiora & probabiliora sunt, quàm vt in iis confirmandis diutius nobis immorandum videatur. † Ne quid tamen prætermittamus eorum o- 6
mnium, quæ ad loci huius explicationem pertinent, animaduersione dignum illud est, quod Vlpianus & Marcellus docent referre multum, an fundi fructus in dotem dati sint, an vsusfructus. Nam vsufructu in dotem dato, si fructus ipsi dati viderentur, vtique soluto matrimonio restituendi essent, tametsi pactum ea de re nullum intercessisset. Aut ius ipsum vtendi fruendi in dotem datum intelligitur, *l. cum in fundo. 78. D. de iur. dot. l. vsusfructu. 57. D. solut. matrimon.* vt qui fructus à marito percipiuntur, ij non quasi dotales sed tanquam eius iuris, dotisque fructus & accessiones ad maritum pertineant. † Obseruandum etiam
est supradictam Marcelli distinctionem non omni ex 7
parte Vlpiano placuisse. Hic enim putat defendi posse conuentionem de fructibus reddendis licet fundus ipse vel vsusfructus in dotem datus sit, si forte ob hoc maiorem dotem marito mulier dederit, quod fructus volebat dotis esse, contento marito ea pecunia quæ ex fructibus colligi posset, quia hoc casu non videatur dos esse omnino sterilis & marito infructuosa. Finge, inquit Vlpianus, quadringenta annua esse reditus apud eum, qui non accepisset in dotem nisi ita conuenisset plus trecentum. Vtique boni consulere debet quòd tam vberem dotem sit consecutus. Aut quid si tale pactum interuenerit, vt maritus fructus in dotem converteret, ac mulier se suósque aleret, & vniuersa onera expediret? Cur non dicamus valere conuentionem? Ita siquidem æquum est dotis fructus ad maritum pertinere, si is quoque matrimonij onera sustineat, vt ibi dos sit, vbi sunt onera matrimonij. *l. si is qui. 56. § ibi dos. D. de iur. dot.* Ergo Marcelli & Vlpiani distinctiones sic conciliabimus, vt quo casu maritus, matrimonij oneribus adstrictus sit, conuentio non valeat de dotis fructibus in dotem conuertendis, nisi ob eam causam amplior dos data sit, vt ea pecunia, quæ ex dotis fructibus, vsurarum nomine colligi posset, vice fructuum dotis maritus contentus esset.

AMPLIS-



AMPLISSIMO VIRO, PETRO FABRO, REGIO CONSILIARIO LIBELLORVM ORDINARIO MAgistro, & in Tholosano Senatu Præsidi integerrimo.

ANTONIVS FABER SABAVDVS SENATOR S.D.



TSI quæ mira, & ab ipsa natura comparata est inter bonos ac literatos omnes animorum studiorúmque coniunctio non sinit me dubitare quin tibi, Præses amplissime, præcipua eruditione, virtutéque prædito gratissimum esse debeat quicquid ob eiusmodi viris proficiscitur, Hoc ipsum tamen est quod mihi permagnam diu hæsitandi caussam præbuit, num celeberrimo tuo nomini perexiguum hoc munus literarium inscribere deberem. Primùm quia cùm scirem quàm essem tui dissimillimus (nisi fortè parum apud te refert an literarum virtutúmque studiosus quis sit an possessor) subuerebar ne viderer impudētior si prima salutatione illam abs te implorarem beneuolentiam, quæ nonnisi tui simillimis deberetur. Deinde quoniam si verè scitéque dictum illud est, in omnibus ineundis coniunctionibus maximè interesse quo veluti aditu amicitiæ fores aperiātur: erat sanè multò conuenientius ignotum me sic tecum agere, vt egregiam aliquam de ingenio meo tibi opinionem commouerem, quàm vt id præstarem ex quo posses in ipso statim congressu quàm pusillus, nullúsque loquleius sim perspicere. Quanquam enim excellenti iudicio tuo illudere neque possum neque debeo, probus tamen honestúsque fuisset dolus ille quo tuam in me voluntatem excitare forsitan & promereri licuisset: vt cum amare me cœpisses, minùs postea laborandum haberem ne amare desineres. Tuam scilicet de me expectationem, quantumuis maximam humanitatis tuæ magis quàm ingenij mei viribus sustinere fortassis potuissem, atque ita summo meo bono experiri quātum distet, ab eóne quid accipias, quem iam ames, an ab eo quem amare duntaxat velis. Sed importunas istas & verecundiores, quamuis ipsa etiam verecundia honestas ac laudabiles cunctandi rationes improuisus quidam ac propè mirabilis casus nuper fregit. Nam cùm superiore Ianuario Lugduni essem, nihilque minus cogitans in eodem hospitio virum clarissimum, necdum mihi tum cognitum Marcum Antonium Lombardum Ruthenum offendissem, vt vidi hominem qui se non ita dudum Tholosa profectum diceret, illiúsque excultissimæ eruditionis & literaturæ, quam postea sum admiratus exuberantem magnitudinem vultu verbisque præ se ferret, confestim sicuti soleo de te rogaui, non an te nosset (quis enim Tholosâ rediens præsertim Lombardo similis tantum Fabrum non nouerit?) sed quomodo valeres, quid ageres, quis denique in tanta ista publicarum rerum omnium perturbatione tuarum status esset. Ille, non solùm te sibi cognitum esse respondit, verùm etiam, quod summæ felicitati gloriæque tribuebat, se tibi pernecessarium & familiarem. Tum de te multa honorificentissimè, vt debebat, grauissiméque commemorans, sic me oblectabat, vt facilè appareret non magis audiendo me defatigari posse quàm ipsum ea differendo, quæ vterque nostrum honoris tui gratia maximè cuperet & probaret. Mox vt alij ex alijs sermones, cum me ille & Sabaudum esse & Fabrum nominari comperisset, vicissim ex me quæsiit amicissimè, num is ego Faber essem, qui superioribus annis Coniecturarum Iuris Ciuilis libros aliquot in publicum edidissem. Annui, quod neque sine manifesta mendacio inficiari poteram, neque sine rubore maximo confiteri cum abnuere fortassis gloriosius fuisset. Statim ille sibi gratulari, quasi præclarum aliquem Fabrum nactus & affirmare lectas à te nugas meas, quódque magis mirandum erat, non omnino improbatas: Hoc etiam addito, quòd dixeras, (id verò mihi Deus bone, quàm honorificum!) gaudere te, quòd suum Fabrum haberet etiam Sabaudia. Dicam liberè. Neque enim Senatorem, præsertim qui ad Præsidem scribat, mentiri fas est. Non ego quidem is sum, quem vana istius laudis aucupādæ fruentleue studium facilè moueat, qui nec ignoro quàm honestius cuique sit ea facere propter quæ laudari debeat, quàm laudari velle, gloriámque sequi semper, appeti nunquam debere. Sed tamen imperare mihi non potui, quin subiret continuo suauissima quædam titillatio ex tam magnifica tui de me iudicij relatione. Quis enim adeò sit temperans, vt à tam laudato viro laudari se non solum non patiatur, sed etiam non ambiat

magis credere deberem,quàm mihi:sed quia sciebam,quàm
ardentissimè? Non quod tibi,cui omnia debeo,magis credere deberem,quàm mihi:sed quia sciebam,quàm
solerent efficaces esse ad miros virtutis igniculos in tyronum animis accendendos, talium virorum prædi-
cationes, quas ego tum etiam cùm vel falsæ sunt,vel suspecta, pro veris ad laudem cohortationibus acci-
piendas semper existimaui. Inde verò peropportunam mihi occasionem datam credidi, non solùm salutan-
di tui:sed etiam id audendi,quod iampridem timidius meditabar: vt ex officina mea promerem aliquid,
quo,vt fit inter artifices,licet dissimillimos, Faber Fabrum donarem. Etsi enim satis intelligo nihil à me
proficisci posse, quod vel dignitatis tuæ amplitudine, vel obseruantiæ erga te meæ magnitudine, dignum
videri queat:Has tamen cogitationes meas,vt à te non prorsus improbatas iri sperare debeam,facis tu,qui
priores approbasti.Nam nisi me fallo habent posteriores hi libri nescio quid insignioris & politioris non di-
cam eruditionis,sed disceptationis.Nec recuso,si qui erunt qui non probabunt (at erunt sanè quàm multi!)
sic eos de me iudicare,vt sibi persuadeant in tanto Senatoriarum occupationum concursu,nihil à me in hoc
scribendi genere elaborari potuisse præstantius. Mihi, vt videbis, præcipua perpetuáque contentio est cum
maiorum,vt ita dicam,gentium interpretibus ferè omnibus: sed maximè cum magno illo tuo Iacobo Cuia-
cio,si tuus magis quàm meus dicendus est,quem ego certè tanti facio fecique semper,quanti alium ex Iusti-
nianæ Iuris Doctoribus, te vno excepto,neminem. Nam vt taceam admirabilem illam, qua excellit in
tam vasta scientia edocenda μέθοδον & facilitatem, tantam ille obscurissimis quibúsque locis elucidandis
diligentiam adhibuit,vt neque intactum penè quicquam reliquerit,neque aliud in scriptis suis desideran-
dum,præterquam fortasse ingenij tui subtilitatem: quam si tantæ coniunxisset industriæ,Papinianum cre-
do æquauisset:sanè alios omnes quorum sententijs pro legibus vtimur,longo,vt arbitror, interuallo superas-
set. Tulit ætas nostra maximos in Iurisprudentia viros non paucos, sed præcipuos, si quid mei iudicij est
(cæterorum pace dixerim) Antonium Goueanum & Iacobum Cuiacium.Illum,vt mihi quidem videtur,
multò feliciore ingenio ad Iurisprudentiam natum: sed qui naturæ viribus tam confideret, vt diligentiæ
laudem sibi non necessariam,minus etiam fortasse honorificam putare videretur.Hunc contra minus luci-
do præstantique ingenij acumine,sed qui assiduo labore ea quoque se assequi posse crederet,quæ solis ingenij
neruis parari queunt. Tu Faber maxime,multo beatior,cui vni, hac nostra ætate à Deo Opt. Max. datum
est,& illum ingenio æquare,& hunc diligentia: vtrumque haud dubiè vtroque superaturus, si tantum tibi
ad hæc studia pertractanda otium suppeteret,quanto illi abundarunt. Testantur hoc præclarissima illa to-
tóque terrarum orbe celeberrima promiscuæ eruditionis tuæ monumenta, quæ si singula recensere, nedum
laudare vellem,vtique facerem ineptè,qui putarem ex commendatione mea posse aliquid ad eorum digni-
tatem accedere.Quò magis mihi verendum est,ne tibi parum accepta sit ea excusatio,quam ex quotidianis
Senatoriarum functionum impedimentis,inscitiæ meæ volo prætexere.Tibi,inquam,Faber præstantissime,
qui iam ab ipsa inde adolescentia rei & publicæ & literariæ disiunctissima studia,tam præclarè coniunxi-
sti, vt mutuis illa auxiliis ad gloriam tuam eodem impetu collatis, id vnum inter se certamen inijsse vi-
deantur, vtrius beneficio in amplissimo isto Senatus Tholosani, quinimò totius Galliæ theatro, maior di-
gnitati tuæ laudis materia pararetur. Adeò nimirum tibi familiare est sic agere omnia vt singula. Sed pro
tua & prudentia & humanitate cogitare debebis hanc inter fabros & artifices differentiam esse, non inter
Fabrorum studia & voluntates: nec parum de tuis decessurum laudibus, si pro nullis habeantur quotquot
aut mortarij aut doctrinæ,aut si quid hoc etiam ad rem pertinet, fortunæ dignitate tibi sunt impares: Ex
quorum potius comparatione,quàm egregius Faber sis & artifex dignosci oporteat. Restat igitur, quoniam
nec ipsas virtutum tuarum imagines,aut oratione adumbrare possum, aut imitatione assequi, te vt iterũ
atque iterum rogitem,non vt his meis ineptijs iudicij tui authoritatem impertias (neque enim tu tibi iu-
diciũ pro arbitrio fingere magis potes,quàm ego ingenium mihi) sed quod facere,si libet,licet,vt me ames,
& quæ ab optimo animo profecta vides,rudi licet stilo exarata,nõ planè indigna iudices,quæ tibi offerãtur.
Quanquam & illud quoque videor pro meo quodammodo iure petere posse, vt ea legendo legas, id est, quæ
minus probabuntur seligas,aut si fortè expeditius videbitur,illa potius quæ probabuntur. Ne dubitandum
habeam,quin cætera omnia,te vno iudice,vnica litura delenda sint,aut saltem emendanda. Te in summa
arbitrum volo ad omnes has dirimendas controuersias, quæ mihi tam multa cum tot tantisque viris in-
tercedunt.Nec quam inter te & Cuiacium,adeò longam artámque fuisse scio necessitudinem, mouere me
potest,vt in amicissimi hominis causa ius te dicere prohibeam.Quem enim alium peritiorem possim quære-
re?Certè fauorabiliorem nec sperare ausim,nec optare: qui video gloriorque iam contigisse mihi antehac nõ
semel in difficiliorum legum nodis dissoluendis, & ijs maximè in quibus non conuenit mihi cum Cuiacio,
vt id ipsum ego,quod tu,senserim:prius etiam,quàm ex scriptorum tuorum lectione quid sentiendum esset
didicissem. Quod si hoc amplius vltrò largiri voles (nam flagitare non audeo) vt rescribas aliquando non
tantùm quid sentias:sed etiam quid ita?tum verò nihil mihi ad absolutam voluptatem & felicitatem de-
esse arbitrabor. Non quòd iudicio tuo minus quàm ipsissimæ iuris rationi tribuendum existimem: sed vt
compertis abiectísque erroribus meis, quid in posterum sentire debeam, non ignorem: tuísque opiniones
pro certissimis sententiis tuear constantiùs,si quando fortasse mihi cum imperitioribus res erit, qui pro me
contra te sentire velint. Scis enim idem ferè iam nobis quod philosophis euenisse: vt in Iurisprudentia no-
stra

stra nihil sit tam imprudens quod non suos habeat, eósque vt plurimum pertinacißimos, nec ignobiles defensores. Eris tu mihi instar omnium, longéque præclarius mecum agi putabo, si te ingenuum doctorem experiar, quàm si suspectum laudatorem. Demque habebo te si pateris in Fabrum, Tu me, si placet, in tyronem, quem, vt apud Papinianum, Nicostratus Regulum, eloquentia, probitate ac eruditione tua & meliorem facere poßis, si velle voles, & præstantiorem. Bene vale, Faber præclarißime, & quem tui amantißimum vides, fac pro tua liberalitate amantißimum. Ex vrbe Chamber. III. Cal. Iul. M. D. XCIIII.



ANTONII FABRI SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber Septimus.

CAPVT I.

Interpretatio l.3. in princ. D. de vsur.

SVMMARIA.

1 *De tempore quod iudicatis ad soluendum datur.*
2 *Cur in d.l.3. fideicommissarius in personam non in rem fideicommissi debiti nomine egisse dicatur?*
3 *Non aliter iudicati faciendi dilationem concessam esse, quàm si in personam, non item si in rem actum sit.*
4 *An in d.l.3. actori commodius fuerit in rem quàm in personam experiri.*
5 *Non bene ab Accursio intellectum fuisse Imperatoris decretum in d.l.3.*
6 *Vera dicti decreti sententia, & Papiniani mens.*
7 *Heredem in specie d.l.3. pro toto tempore quod iudicatis datur neque perceptorum neque percipiendorum fructuum nomine condemnari.*
8 *Reiicitur contraria Accursij & aliorum Interpretum opinio.*
9 *An in d.l.3. ex illo tempore quod heredi concessum est, actoris qui obtinuit ius imminutum dici poßit?*
10 *Heredem non ideò magis moram contrahere, si legati aut fideicommissi solutionem spe detrahendæ Falcidiæ recuset.*
11 *An in d.l.3. Imperatoris Antonini decreto locus sit, si heres ante sententiam moram in soluendo fideicommisso contraxerit?*
12 *Sententia* l. lite contestata. 35. ff. de vsur.

MOta † de fideicommisso singulari inter heredem & fideicommissarium controuersia, cũ hic in personã ageret, sibique fideicommissum deberi contenderet, ille contrà solutionem recusaret eo colore quòd legi Falcidiæ locum esse diceret, iudex datus est qui causa cognita fideicommissum saluа Falcidia deberi pronunciauit. Certum est condemnatum heredẽ nõ prius ad fideicõmissi præstationẽ vrgeri debere, quã tẽpus illud præterierit, quod iudicatis ad soluendũ datur, triginta scil. dierũ ex duodecim tabulis, aut duorũ mensiũ ex posteriorũ Imperatorum constitutionib. aut deniq. ex Iustiniani lege, quadrimestre *l. 2. l. vl. §. & cũ antiquitas. C. de vsuris rei iudicat.* Tametsi ante Iustinianũ & Papiniani tẽporib. cuius est *l. 3. de vsur.* quã interpretandã adgredimur, vsu receptũ fuisse videatur, vt in arbitrio esset iudicatis tãtum tẽporis ad soluendũ dare, quantũ sufficere pro condẽnati facultatib. crederetur *l. debitorib. 31. D. de re iud. l. si debitori. 21. D. de re iud.* Eóq. etiã hodie iure vtimur, nõ seruata ea distinctione quæ traditur in *l. si se non obtulit. 4. §. si quis condemnatus sit. D. de re iud.* † 2

Dixi fideicõmissarium in personã egisse. Non quasi in eius fuerit electione vtrũ in rẽ an in personã ageret, vt malè Accurs. & Bart. existimant. Sed quia ante Iustiniani constitutionẽ in *l. 2. C. commu. de lega.* fideicõmissi debiti nomine nulla in rẽ actio cõpetebat, at tantũ persecutio, quo nomine in personã potiùs, licèt rei persequẽdæ gratia, quã in rẽ actio significatur *l. pecunia. 178. §. actionis. de verb. sign. l. actio. 28. D. de oblig. & act.* Quã ob causam sic Papinianus in *d. l. 3. de vsur. an fideicõmissi persecutione.* Et quòd scriptũ est in *l. vl. C. de vsur.* & fructib. legat. *siue in rem, siue in personã agatur*, de legatis tantũ de quib. etiã illo loco tractatur, nõ itẽ de fideicõmissis accipi debet. Neq. enim fideicõmissarius siue vniuersalis siue singularis ante fideicommissi restitutionẽ dominus est, *l. facta. 63. D. ad S.C. Treb.* Nec igitur in rẽ actio ei cõpetere potest, sed tantũ in personã, si iuris ratio potiùs quã Iustiniani lex inspiciatur, *l. testamento. 89. §. quatuor de leg. 2. l. in rem. 23. D. de rei vind. l. Quintus. 27. §. argento. D. de aur. & arg. mund. legat.* quod in legatis secus est *l. legatum. 80. de leg. 2. l. à Titio. 64. de furt.* † Illud sanè verũ est, quod Accursio & Bartolo placet, non aliter 3
eã iudicati faciẽdi dilationẽ concessam esse quã si in personã actũ proponatur. Nã cũ in rẽ actũ est, Iudicis officio incũbit vt iubeat rẽ quæ petita & adiudicata est, domino statim restitui, Nisi fortè possessor causetur nõ posse se in præsenti restituere, ideoque sibi tẽpus præstitui postulet, neq. frustrationis causa id faciat *§. & si in rẽ actũ Inst. de offi. iud.* Non enim tã fauorabilis causa est eius qui rẽ meã mala fide possidet post litẽ contestatã adeoq. post condẽnationẽ, quã illius, qui pecuniã aut quid aliud mihi debeat, quippe eo nomine actione in personã proposita cõdẽnatus est. Siue quòd faciliùs res aliena restitui, quã pecunia explicari, aut res alia dari possit (quandoquidem vindicatione is demum tenetur, qui rem alienam possidet, ciúsque restituendæ facultatem habet *l. officium. 9. D. de rei vindicat.*) Siue quòd in vindicationis iudicio rei ipsius adiudi-

cătio fiat, non condemnatio personæ, vt proinde
possessori, qui condemnatus non est, frustrà dilatio
concedatur, Nisi per ipsam rem quæ adiudicata est
fiat, quominus statim post sententiam restitui pos-
4 sit.† Quá ratione actori longè commodius esset in
rem quàm in personam experiri, nisi ex aliá parte a-
ctionem in rem illud difficiliorem redderet, quòd
exactissimam dominij probationem requirit, *§.com-
modum. Inst. de interd.* cùm tamen is qui in personam
agit non nisi de iure ex quo dari sibi quid vel fieri
oporteat, docere teneatur. Ergo vt ad Papinianum
nostrum redeamus, heres de fideicommisso cõdem-
natus, non nisi elapso tempore quod iudicatis datur
vrgeri potest. At si post id elapsum moram solutioni
faciat, quæstionis est, quid de fructibus constitui o-
5 porteat.† Et refert Papin. Marci Antonini Imp. de-
creto cautum esse, vt intermisso eo legitimo tem-
pore quod iudicatis datur vsque ad sententiam, com-
moda omnia fideicommissarius accipiat. Quod Ac-
cursius noster sic intelligendum putat, vt retroce-
dendo, inquit ille, à die mortis testatoris vsque ad
sententiam fructus omnes non tantùm qui percepti
sunt, sed & qui percipi potuerunt, fideicommissario
præstentur: quia verò post sententiam bimestri illo,
aut quadrimestri tempore percipiendi erant, nec
percepti sunt, minimè præstentur. Nam de iis qui
percepti sunt, nec dubitat quin restituantur. quod vt
paulò post Papinianus subiicit, ea temporis interca-
pedo dilationem iudicato dare, non lucrum adferre
debeat. Sed quoniam huic interpretationi non con-
uenit quod Papin. ait, decretum hoc Imperatoris ita
accipi oportere si ante iudicis sententiam mora nõ
interuenerit, idem Accursius vt se suámque opinio-
nem tueatur, nescio quid comminiscitur de senten-
tia commonitoria quæ præcedat litis contestatio-
6 nem.† Ego verò, sicuti quam ille commonitoriam
sententiam dicat non intelligo: ita neque retroces-
sionem istam commentitiam agnosco, longèque di-
uersam Papiniani mentem esse pro certo habeo. Il-
lam nimirum, vt ex Imperatoris decreto fructus o-
mnes qui post sententiam de fideicommisso reddi-
tam percepti sunt, percipique potuerunt intermisso
tamen, hoc est detracto iudicati faciendi tempore
fideicommissario restituantur, ad aliam vsque sen-
tentiam, quam ferri necesse est vt eorum fructuum
nomine heres condemnetur. Quanquam enim is
qui restituere iussus fuit, si iudici non pareat, iuben-
dus iterum & condemnandus non est, sed manu mi-
litari exequenda potiùs sententia, vt ei si restituen-
dæ rei facultatem habeat possessio auferatur: Atta-
men fructuum omnisque causæ nomine condemna-
tionem subsequi & sententiam ferri necesse est *l.qui
restituere.64. D.de rei vindicat.* quoniam priore sen-
tentia nihil de fructibus expressum fuit, neque ex-
primi potuit, cùm in actoris potestate sit iudica-
tum exigere, nec ad iudicis officium quicquam per-
tineat futuri post condemnationem temporis tra-
ctus, vt eleganter idem Papin. & ad eum Paulus tra-
ctant in *l.1.§.1.de vsur.* vbi ob has causas nec bonæ
fidei iudicij iudicem rectè iussurum aiunt interponi
cautiones, vt si tardiùs sententiæ condemnatus pa-
ruerit, futuri temporis vsuræ fructúsve pendantur.
Mora igitur quam heres post sententiam contra-
xit, si elapso tempore quod iudicatis datur, non sa-
tisfecerit, hactenus coercebitur, vt omnia quæ
post condemnationem percepit & percipere po-
tuit commoda ad fideicommissarium deuoluan-
tur. Intermisso tamen & detracto eo tempo-
re quod iudicato faciendo conceditur. Sic enim
Papinianum intelligo vt de fructibus omnibus tam
perceptis quàm percipiendis loquatur, cùm & indi-
stinctè fructuum mentionem faciat. & de iis apertè
sentiat, qui in actione ex testamento à die moræ, aut
in iudiciis strictis à tempore litis contestatæ deben-
tur. Cuiusmodi sanè sunt tam qui percepti fue-
runt, quàm qui percipi potuerunt *l.cùm seruus.20.§.
fructus de legat.1. l.cùm fundus.31. D.de rebus cred.*† Cui 7
consequens est Antonini rescriptum eò pertinere,
vt pro toto tempore quod iudicatis datur, heres ne-
que perceptorum neque percipiendorum fructuum
nomine condemnetur. Nam & omne illud tempus
intermittendum esse constituit, & cùm non aliam
ob causam quàm propter moram quæ post senten-
tiam contracta est ea fructuum condemnatio fiat.
Nemo dixerit per heredem contractam videri mo-
ram, quandiu is vt sententiæ satisfaciat interpellari
non potest. Mora siquidem fieri non intelligitur vbi
nulla petitio est *l.lecta.40. D.eodem.l.si pupillus.127.de
verb.oblig.l.nulla 88. de reg. iur.* nec quicquam impu-
tandum est heredi qui iure suo vtitur, legísque be-
neficio, quod ei sicut non inutile, ita nec captiosum
esse debet *arg.l.secundum.21.D.de vsur.*† In quo præ- 8
cipuè errarunt post Accursium cæteri interpretes,
qui fructus omnes medio illo tempore perceptos
fideicommissario restitui debere contendunt. Moti
tantùm ex eo quod apud Papinianum sequitur, eam
temporis intercapedinem iudicato dilationem da-
re non etiam lucrum adferre debere. Quasi dici pos-
sit lucrum ex ea dilatione heredi accessurum si ita
ius cõstituatur, vt liceat ei fructus quos interim per-
ceperit retinere. Ac sanè sic res haberet, si quod de
lucro Papin. ait tam generaliter & absurdè quàm il-
li putant, intelligeretur. Sed planè aliam Papiniani
sententiam esse vel ex eo maximè cognosci potest,
quòd fieri, certè nequeat quin ex ea dilatione lucrũ
aliquod condemnato accedat. Alioqui nec benefi-
cio vllo affici videretur, nec quicquam causæ esset
cur daretur ei dilatio.† Id igitur Papin. sibi vult, Eã
9 temporis intercapedinem non debere condemna-
to prodesse vt lucrum consequatur ex quo actoris
qui obtinuit ius imminutum videri possit. Ita enim
eueniret vt melior eius conditio esset post cõdem-
nationem quàm anteà fuisset. Atqui non possis dice-
re diminui aliquid de iure fideicommissarij licèt
nihil ei des ex fructibus quos heres legitimo illo
tempore post rem iudicatam percepit, siquidem vt
Papin. subiungit, decretum illud Antonini sic intel-
ligendum est si ante sententiam de fideicommisso
latam heredis mora nõ interuenerit. Quo casu sicut
nullum in fructibus ante sentẽtiam perceptis fidei-
commissario ius quæsitum dici potest, quorum sci-
licet non nisi post contractam moram ratio vlla ha-
beatur: Ita neque iniuria affectum se queri poterit
quamuis totum id iudicati faciendi tempus à fructi-
bus dependendis immune esse admittamus: Cũ fru-
ctuum præstandorum obligatio neque ex sententia
nasci possit, per quam nihil de fructibus pronuntia-
tum est. neque ex mora post sententiam contracta,
quòd toto eo tempore nec fideicommissarius quic-
quam exigere, nec antè quàm exigi cœptum sit mo-
ra per heredem contrahi potuerit *d.l.1.§.1.de vsur.*†
Etsi autem vix est vt ad iudicem perueniatur, quin 10
priùs mora contracta sit, quæ & per interpellatio-
nem extra iudicium testatò atque opportuno loco
& tempore factam, & saltem à litis contestatæ acce-
ptique iudicij tempore contrahi solet, plerunque
tamen

tamen, accidit enim de legatis aut fideicōmissis controuersia est, vt solutionem heres recuset, eóque nomine litem contestetur, nec ideò magis moram cōtrahat, fortè si legi falcidiæ locum esse dicas & ex iudicij euentu verum id esse appareat. Est enim ea iusta causa differendæ solutionis si fideicommissarius nolit aut non possit cauere satisdatò se si quid amplius quàm per legem falcidiam liceat, acceperit, restituturum. Neque aliter hoc casu condemnari heres potest ad vsurarum aut fructuum præstationem, à tempore litis contestatæ, quàm si legi falcidiæ locum non esse constiterit *l.2.C. de vsur. & fruct.lib.legat.* Falcidia namque interueniente nihil sanè est quod heredi imputetur qui prætoris Edictum secutus iusta ex causa solutionem recusauerit *l.1. & tot.tit. Si*
11 *cui plus quàm per leg. Falcid.* † Ac tum demum rectè Papinianus Antonini decretū procedere existimat vt fructuum nomine qui post sententiam intra iudicati tempus percepti sunt, heres non condemnetur. Nam si ante sententiam mora interuenerit, hoc est si frustrandi causa & per calumniam heres falcidiam obiecerit, nulloque colore fideicommissi præstationem distulerit, Papiniano placet nihil ei relinquendum esse ex fructibus qui post sententiam percepti sunt aut percipi potuerunt, neque minus habendam rationem eius temporis quod post condemnationē iudicatis datur, quàm illius quod post moram in iudicati executione contractam secutum est. Itaque Imp. Antonini decreto locum hic nō esse ex ea parte qua tempus illud judicati intermittendum esse constituit. Quam in sententiam mouetur sanè perelleganti ratione, quòd heres qui fideicommissario moram fecit iam inde ab eo tempore quo mora contracta est fructuum omnium præstandorum necessitate adstrictus esse cœperit. Quod cùm ita sit, qua tandem iniquit ratione dici possit liberandum eum a fructuum præstatione pro legitimi temporis spatio, Ideò duntaxat quòd per sententiam victus sit & condemnatus? Nemo vtique dixerit meliorem esse debere conditionem heredis condemnati, quàm si nondum lata esset sententia. Alioqui eueniret vt res iudicata ei proficeret, contrà quem iudicatum fuisset, quod euidenter iniquissimum esse Iulianus ait in *l.euidenter.19. D.de excep.rei iudic.* & elegantius idem noster Papinian. in *l.postquam.5.§.1.D.vt legat.*
12 *nomin.caueat.* † At iam vsque ex eo tempore quo mora contracta fuit & ante sententiam fideicommissi fructus vsuræ debebantur *l.si quis bonorum.23.de lega.2.l.si quis seruo.84.de leg.2.l.si quis.29.de lega.3.l.respondit.14.l.equus.39.D.de vsur.* Ergo & post sententiā debebuntur. Moram enim semel interuenisse sufficit vt perpetuò debeantur *l.Titia Seio 87.§.2.furas de legat.2.* hoc est etiam post litem contestatam. Qui sensus est *l.eg.lite contestata.35. de vsur.* multoque magis post sententiam quæ lucrum adferre condemnato nunquàm potest. Quamquam enim dici solet tam litis contestatione quàm iudicati actione nouationē quandam fieri *l.aliam.19. D. de nouat.l.vlt,Cod.de vsur.rei iud.* Ea tamen rationis illius natura est, vt nec eius qui litem contestatur, nec eius qui obtinuit deteriorem conditionem efficiat *d.l.aliam.l.non solet.86.cum seq.de reg.iur.* Idque nimirum est quod Papin.ait, eam temporis intercapedinem quæ condemnatis ad iudicatum faciendum conceditur, dilationem duntaxat iis dare, nō etiam lucrum adferre debere. Lucrum namque maximum sentiret heres condemnatus, adeoque ex fideicommissarij damno, si toto illo iudicati faciendi tēpore fructus nullos deberet, quos iam inde à tempore moræ, si ante sententiam percepti essent, debuisset. Denique id Pap. contendit, ius quod ante condemnationem ex heredis mora fideicommissario quæsitum iam erat in fructibus ex fideicommisso perceptis aut percipiendis, posteà per sententiam, quæ pro fideicommisso lata sit, neq. auferri neque imminui potuisse. Si quæsitum ius nullum erat, impunitam heredi esse legitimi post sententiam temporis cunctationem. Quod vt apertius comprobet, exemplum aliud subiicit de iudiciis strictis *§. in his quoque*, de cuius etiam sententia & emendatione, quoniam longiores iam fuimus, sequenti capite videamus.

CAPVT II.

Emendatio §.in his quoque eiusd.legis.

SVMMARIA.

1 *Quo sensu dici soleat, In strictis iudiciis à die litis contestatæ præstandam actori omnem causam in eum vsque diem quo sententia dicitur.*
2 *Restituitur negatio in* d.§.in his quoque.
3 *Respondetur obiectioni contra emendationem allatæ, & explicatur* l.vlt.C.de rei iudic.

VT † suam ad Antonini decretum interpretationem, de qua proximè diximus, Papinianus comprobet, aut magis illustret, aliud exemplum subiicit de iudiciis, quæ nec arbitraria sunt, nec bonæ fidei, sed stricta. In quibus dici solet, A die litis contestatæ præstandam actori omnem causam in eum vsque diem quo sententia dicitur *l.2. D.de vsur.l.cùm fundus.31.de reb.cred.* Non quòd in strictis huiusmodi iudiciis mora contrahi non possit ante litem contestatam vt minùs peritè quidam putant (nam si cùm ex stipulatu Stichum mihi deberes tu ritè interpellatus soluere nolueris, tum is decesserit, licèt nondum lite contestata, tibi tamen propter moram peribit *l.si ex legat.23.l.si seruum,91. §.sequitur, de verb.oblig.*) sed quod in fructibus, vsuris, cæterisque accessionibus nulla moræ ratio habeatur, nisi cùm iudicij natura talis est vt vel ex bona fide, vel arbitrio iudicis aliud constituendum videatur. Quod in strictis iudiciis nunquam euenit, quæ non aliam ob causam stricta dicuntur, quàm quòd in iis condemnatio neque ex bona fide, neque arbitrio Iudicis fieri possit extrà id quod verbis disertis, & præscripto formulæ, quam Prætor dictauerit nominatim expressum & mandatum est. Sed à tempore litis contestatæ omnis causa præstanda est, quoniam vt idem Papin. ait in *d.l.2.de vsur.* quale quid est cùm petitur, tale dari debet. Peti autem intelligitur eo demùm instanti, quo litis contestatio fit *l.amplius.15.D.rat.rem haber.* † Hoc 2
verò cùm ita sit. Certè post rem iudicatam tempus à fructibus dependendis immune nec est. Ita enim addita negatione legendum esse apud Papinianum apparet euidenter ex ea ipsa ratione, qua motus ille paulò ante defendit, fructuum præstandorum obligationem in actione ex testamento & fideicommissi persecutione ex mora ante sententiam contracta profectam, subsecuta sententia & condemnatione non finiri. Nam siue à die moræ, siue à lite contestata fructus deberi cœperint, qua tādem ratione cùm & sententia secuta sit, ab eorum restitutione qui intra iudicati faciendi tempus percepti aut percipiendi fuerunt liberari condemnatus poterit? cùm ea temporis intercapedo dilationem iudicato dare non lucrum etiam adferre debeat. Ac sanè idem iu-

ris Papinianum hac parte constituere voluisse in iudiciis strictis, quod in actione ex testamento constituendum dixerat, apertissimè demonstrat series contextus in illis primis verbis *in his quoque iudiciis*, quæ ille adiecit vt omnes intelligerent, decretum illud Antonini de non restituendis fructibus intra iudicati faciendi tempus perceptis, ita accipi semper oportere, si ante sententiam nondum nata fuerit eorũ restituendorum obligatio. Nata, inquam, vel ex litis contestatione in strictis iudiciis, vel ex mora per interpellationem contracta, in cęteris. In iudiciis quidem bonæ fidei propter bonam fidem, in arbitrariis propter arbitrium iudicis: In actione ex testamento neque ex bona fide, neque arbitrio iudicis (quoniam cùm ex vnius hominis voluntate non ex pluriũ cõsensu nascatur, nec bonæ fidei esse potest, nec arbitraria) sed ex voluntate, & iudicio testatoris. Facilè autem potuit librarij & exscriptoris inscitia prætermitti negatio quam nos restituimus, cùm fortè scriptum esset, quomodo in Florentinis scribi solet paucioribus sed maiusculis literis *immu*NEC *est* pro eo quod apertiùs scribi poterat *immune nec est*. sic in *l. Prætor edixit. 7. de iniur. §. sed & si quis.* Vlpia. ita scribit *certè his qui sunt in potestate prorsus nec competit.* Quod si duriùs id putes malisque legere *immune nõ est*, nec ego repugnabo. Nam & erroris interpretis fortasse imperiti causam præbere illud potuit, quod dictionem illam *certè* qua Papin. vtitur sic accepit, quasi exceptionem significet, cum magis propriè & eleganter designet affirmationem, vt & in *d. §. sed &*
3 *si quis.* †Neque video quid huic nostræ emendationi possit obiici præter Iustiniani Constitutionem in *d. l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* vbi ille disertis verbis constituit, vt vsurarum quæ ex priore contractu debentur, quæque in condemnationem deductæ sunt, cursus post sententiam inhibeatur, nec nisi sortis vsuræ centesimæ post quadrimestres, vt loquitur, inducias præstentur. An quod alia ratio sit fructuum alia vsurarum vt Accursius, Bartolus & cæteri existimant? Non puto. Nam licet alioqui minùs fauorabilis sit vsurarum quàm fructuũ præstatio proptereà quod pecunia sui natura sterilis sit, quæ aliam pecuniam parere nequeat, generaliter tamen traditum est vsuras vicem fructuum obtinere, præsertim verò in legatis & fideicommissis, nec à fructibus separari debere *l. vsura. 34. D. de vsur. & fructib.* Et ratio qua Papinianus mouetur non minus in vsuris quàm in fructibus obtinet, vt facilè ex superioribus intelligi potest. Fuerit ergo fortasse probabilius, loqui Iustinianum de iis tantùm vsuris quæ ex priore contractu debitæ sint, quarum non eadem hac parte ratio est quæ vsurarum ex mora debitarum. Siquidem, vt Iustinianus ait, nouatur iudicati actione prior contractus, ideoque vsurarum quæ ex eo debentur cursum inhiberi minùs absurdum est *l. nouatione. D. de nouat.* licet ea nouatio, si iuris rationem spectes, nonquam victori damnosa esse debeat, vt suprà diximus. In eoque nimirum Iustiniani Constitutio nouum ius potius quàm iuris rationem continet. At ex contrario nemo dixerit priorem moram quæ vel ante iudiciũ vel in ipso iudicio contracta sit, purgari per sententiam. Neque igitur vsurarum, quæ ex ea mora debebantur, cursus per sententiam interrumpetur. Sunt enim hæ fauorabiliores, & creditori hac parte vtiliores, quàm quæ ex conuentione debentur, quarum ratione propter conuentionem superuacanea est omnis de mora quæstio, vt docuimus *libr. 1. Coniect. cap. 2. in explicatione l. quis Romæ. 122. in princ. de verborum oblig.* Denique manifesta ac necessaria iuris ratio cogit omnino, vt quam Papinianus ad Antonini decretum interpretationem induxit, verbis licèt quodammodo repugnantibus, eadem ad Iustiniani Legem & constitutionem accommodetur. Aliam non huic dissimilem emendationem subijciemus infrà cap. 5.

CAPVT III.

De fructibus & vsuris legatorum ac fideicommissorum.

SVMMARIA.

1 *An legatorum & fideicommissorum vsuræ & fructus à die litis contestatæ, an verò à die moræ debeantur?*
2 *Accursij & Bartoli in hac quæstione distinctio.*
3 *Reijcitur Interpretum distinctio inter fructus speciei, & vsuras pecuniæ legatæ.*
4 *Aliam esse rationem rei legatæ, aliam fructuum ex re legata perceptorum.*
5 *An ea quæ seruus legatus nec dum traditus, per stipulationem, traditionem vel donationem acquisiuit, in fructibus habeantur, an verò ad proprietatis causam pertineant?*
6 *Cur legatum quandocunque à legatario agnitum, iam inde à die mortis testatoris legatario acquisitum videatur?*
7 *An in fructibus legatorum ista retrofictio locum habeat?*
8 *Reijcitur Cuiacij distinctio inter fructus ex legato vindicationis, & fructus ex legato damnationis perceptos.*
9 *De fructibus legatorum aut fideicommissorum ad pias causas.*
10 *An fructus legati, qui mortis testatoris tempore pendebant, legato cedant?*

SVperioribus† finitima est & illa quæstio, quam hoc capite latiùs tractandam proponimus. De vsuris & fructibus tam legatorum quàm fideicommissorum. In qua dubitationem potissimùm facit quod Papinian. *in l. 3. in princip. de vsur.* apertè scribit, in fideicommissi persecutione fructus quorum eadem quæ vsurarum ratio est, non à litis tantùm contestatione deberi vt in iis iudiciis contingit, quæ nec arbitraria sunt nec bonæ fidei, sed à tempore contractæ moræ. Imperatores verò in *l. 1. 2. & vltim. Cod. de vsur. & fructibus legat.* contrà, vt videtur rescripserunt, legatorum & fideicommissorum fructus ac vsuras ex eo tempore deberi, quo lis sit contestata. Quod & Iuliano placet in *l. quæsitum. 91. §. vltim. de legat. 1.* † Mihi semper probata est Accursij, Bartoli, & sequacium sententia, qui quod ab Impp. rescriptum, & à Iuliano responsum est, sic accipiendum putant, si ante litis contestationem mora nulla præcesserit. Neque enim semper præcedit, sed ita demùm si priusquàm iudicium acciperetur interpellatus heres testato, congruoque loco & tempore fideicommissum aut legatum soluere recusauerit. Quod quia testibus plerumque probandum est, nec facilè sciri potest an eo interpellationis genere mora contracta sit nec ne, cùm ea disceptatio facti potiùs sit quàm iuris *leg. mora. 32. de vsur.* inde fortassis factum est vt litis contestatæ potiùs quàm moræ Imperatores meminerint, non quasi præcedentis moræ ratio nulla habenda sit, si commissam

missam

missam eam esse appareat, sed quòd vix fit vt non saltē
eo tempore quo litis contestatio fit mora cōtrahatur.
Nam statim atque legato aut fideicommisso præstan-
do mora facta est, siue interpellatio tantùm extraiu-
dicialis interuenerit siue contestatio subsecuta sit, te-
statoris voluntas quæ hac parte spectari potissimum
debet, suadet sanè vt ea omnia legatarius aut fideicō-
missarius habeat quæ habiturus erat si testatoris iu-
dicio heres paruisset, *l. equas. 8. l. respondit. 14. l. equis. 39.*
D de vsur. l. si quis bonorum. 23. de legat. 1. leg. si quis seruo.
84. de legat. 2. l. si quis. 26. de legat. 3. leg. generaliter. 24. §.
3 *prouide. de fideic. libert.* † Scio esse qui putent dici posse
subtiliter, fructus speciei legatæ ad eum pertinere qui
ipsius rei sit dominus, ex *l. si tibi homo. 86. §. cùm seruus.*
de legat. 1. leg. Herennius. 42. alias *l. fructus. D. de vsur.*
hoc est, inquiunt illi, post Accursium, Bartolum, & a-
lios, ad legatarium aut fideicommissarium à die mor-
tis testatoris. quandoquidem dici solet rei legatæ do-
minium recta via transire à testatore in legatarium, *l.*
à Titio. 64. de furt. Vsuras verò certæ pecuniæ legatæ
non prius ab herede deberi, quàm in ea pecunia præ-
standa, cuius ipse interim dominus est, moram fece-
rit. Sed si quid mei iudicij est, neque subtilis est di-
stinctio hæc, neque probabilis. Cùm enim vsuræ
vicem fructuum obtineant, perpetuò & generaliter
verum est quod Vlpianus ait in *l. vsura. 34. de vsur.* non
debere eas à fructibus separari, præsertim cum de le-
gatis & fideicommissis disputatur. Neque ex eo quod
dicimus rei legatæ dominium recta transire à testato-
re in legatarium, bona consecutio est: Fructus ergo o-
mnes, quos ex specie legata post mortem testatoris
4 heres perceperit, ad legatarium pertinere. † Alia
namque ratio est rei legatæ, alia fructuum ex re lega-
ta perceptorum. Res ipsa quæ legata est, ex testamen-
ti verbis & testatoris iudicio debetur. Fructus verò,
sicut legati non sunt, ita neque ex testamento deberi
possunt, priusquàm mora per heredem contracta sit,
vt apertè Africanus docet in *l. quæsitum. 40. de acquir.*
rerum domin. vbi tractans de legato fundi ait ex eo de-
mum tempore incipere heredem fructus suos non fa-
cere ex quo rem legatam soluit. Cùm tamen non eò
minus legati fundi dominium à die mortis testatoris
legatario etiam ignorāti quæsitum intelligatur, quòd
heres legatum nesciat. Quam ob causam nec in here-
ditatis restitutionem quæ vniuersalis est veniunt fru-
ctus siue testatoris iudicio, siue fideicommissarij non
petentis negligentia percepti sint, quamuis qui ex iu-
dicio testatoris percepti probantur in falcidiam im-
putentur, *l. in fideicommissaria. 18. l. heredes mei. 57. D. ad*
S.C. Trebellian. l. quod his verbis. 83. de legat. 3. Nec si-
5 mile est quod Iulianus scribit in *dict. §. cùm seruus*, le-
gato seruo non tantum ipsius serui statum in suspen-
so esse, sed eorum etiam, quæ personam eius attin-
gunt, quæque is per traditionem acceperit, aut stipu-
latus fuerit, quæve ei legata aut donata fuerint, vt ea
omnia legatario si legatum non repulerit ex die aditæ
hereditatis quæsita videantur, vel heredi, si legatum
repudiauerit legatarius. Non enim habentur in fru-
ctibus illa, quæ per traditionem seruus accepit, aut
stipulatus est, nec quæ ipsi donata aut legata sunt, sed
ad causam proprietatis spectant, ideoque ad proprie-
tarium non ad fructuarium pertinent, *l. acquiritur.*
10. §. de his D. de acquiren. rerum domin. vbi scriptum est
in fructu serui nihil aliud esse nisi quod ille ex operis
6 suis, vel ex re fructuarij acquirit. † Separatur autem
hac parte causa proprietatis à fructibus, quia quod ad
proprietatem rei legatæ pertinet necessaria est retro-
fictio, vt quandocunque agnitum à legatario legatū

videatur iam inde à die mortis testatoris legatario
acquisitum: Ne alioqui, si admitteremus legati domi-
nium fuisse interea heredis, vt reuera fuit, consequens
fieret vt legatum acquiri legatario postea non posset,
atque ita intercideret potestas legis duodecim tabu-
larum quæ legandi licentiam dedit, *l. verbis legis. 120.*
de verborum signific. Nam & de sua tantùm cuique pe-
cunia legare permisit, & dominium, quod post testa-
toris mortem heredi eius quæsitum esset, non posset
ab eo inuito vel ignorante postea abscedere, *l. si ergo.*
9. §. 1. de iur. dot. Necesse igitur fuit per interpretatio-
nem prudentum ad legem duodecim tabularum in-
ducere fictionem, vt legati dominium, quod penden-
te agnitione & toto medio tempore reuera fuit here-
dis, nunquam eius fuisse videatur, sed legatarij, ac si
statim mortuo testatore legatarius legatum agnouis-
set, sicut & eadem fictione induci necesse fuit vt he-
reditas quandocunque agnita ab ipso mortis instantis
agnita videatur, licèt negari non possit quin antè adi-
tionem re vera iacuerit. Nempe vt dominij continua-
tio impediat, ne iacente hereditate res hereditariæ
quasi nullius sint, fieri possint occupantis. Idque est
quod ait, *l. legatum. 80. de leg. 2.* legatum ita facere le-
gatarij rem legatam, sicut hereditas facit heredis res
singulas. vtrumque enim fit eiusdem legis potestate,
& eiusdem beneficio fictionis. † At in fructibus lega- 7
torum, quia non sunt legati, retrofictio ista non est ne-
cessaria ad conseruandam legis potestatem, quæ non
nisi de legatis locuta est. Proinde nec in iis locum ha-
bere potest, quia fictio nunquam nisi ex necessitate
inducenda est. Minùs quoque ad rem pertinet, quod
ex Modestino obiicitur in *d. l. Herennius*, fructus qui
post acquisitum ex causa fideicommissi dominium è
terra percipiuntur ad fideicommissarium pertinere.
Est enim longè alia illius legis sententia, de qua, quo-
niam obscurior locus est, & qui in quæstione ista præ-
cipites egit quotquot sunt interpretes, disseremus co-
piosiùs sequenti capite. † Sed neque probabile est, 8
quod vir doctissimus Iacob. Cuiacius distinguēdum
putat inter legata vindicationis, & damnationis, vt
horum quidem fructus non nisi ex tempore moræ, il-
lorum verò ex aditionis die debeantur. Nullo siqui-
dem iuris loco videas Iurecōsultos aut distinctionem
hanc inducere, aut in quæstione ista spectare tempus
aditę hereditatis, Nisi fortè in *§. vlt. l. nihil propon. 120,*
de legat. 1. qui tamen locus non eam rationem habet,
quòd ab eo tempore mora contracta videatur, vt qui-
dam scripserunt (quid enim si non nisi longo post
interuallo legatum petitum sit?) sed quod de iis fru-
ctibus loquatur ibi Vlpianus, qui ab ipso legatario
percepti sunt, in quibus sanè nihil iuris habere heres
potest. Igitur perpetuò verùm est, quod volumus,
Ita demum fructus legatorum aut fideicommisso-
rum, ad legatarios vel fideicommissarios pertinere, si
aut ab ipsis percepti sint, aut ab herede post moram
per eum contractam. † Nisi fortè ad pias causas le- 9
gatum aut fideicommissum relictum sit, quo casu
fructus à tempore mortis deberi singulari piæ causæ
iure Iustinianus constituit, *Nouell. 131. de eccles. titul.*
§. si autem heres. Ita tamen si heres intra sex menses
ab insinuatione testamenti numerandos relictum
præstare distulerit. † Sanè fructuum, qui mortis 10
tempore pendeant alia ratio est. Hos enim legato ce-
dere non tanquam legati fructus, sed tanquā legatos
Paulus scribit, *lib. 3. Senten. titu. De legat.* neque est qui
de eo dubitet. Nā vt Papin. elegāter ait in *l. cùm vnus.*
10. §. verbis. de alim. legat toties de mora quærendū est,
quoties de vsuris aut fructibus fideicommissi quæ-

ritur, non de ipsius fideicommissis: cùm etiamsi mora nulla per heredem contracta sit, non eò minùs tamen debeitur quicquid est in legato vel fideicommisso. Fundo autem legato, fructus quoque pendentes legatos videri cõstat, vtpote qui fundi ipsius partem efficiant vulg. *l. fructus pendentes. D. de rei vendic.* quod generaliter verum est, siue de maturis fructibus intelligas, qui elegantiùs pendentes dicuntur, siue de cæteris, qui nondum maturi terra tamen contineantur, *l. fundus. 17. D. de action. empt.*

CAPVT IV.

Interpretatio. l. Herennius. 42. aliàs. l. fructus. D. de vsur.

SVMMARIA.

1 *Diuersam esse in* d. l. Herennius *legati & fideicommissi rationem.*

2 *Cur fideicommissi dominium non aliter fideicommissario quæratur, quàm si res per fideicommissum relicta ei ab herede tradita sit?*

3 *Cur Iulianus neget fundi ex fideicommissi causa traditi dominium fideicommissario acquiri?*

4 *Verba illa* d. l. Herennius post acquisitum dominium *de bonitario dominio accipienda esse, non de Quiritario.*

5 *Bonitarium dominium ex Prætoris iurisdictione subsecuta demum traditione acquiri.*

6 *An, si maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem præterierit, nihilominus fructus omnes qui à fideicommissario percepti sunt, ad eum pertineant.*

7 *An eadem sit hac parte legati quæ fideicommissi ratio?*

8 *An hodie fructus fideicommissi ex terra percepti, post acquisitum fideicommissario dominium ad eum pertineant?*

9 *Heredem qui ante moram legati aut fideicommissi fructus percepit, plus quam bonæ fidei possessorem esse.*

10 *Quomodo Accursius, Bartolus & alij Modestini responsum in* d. l. Herennius, *cũ alijs locis cõciliarint.*

11 *Respondetur ad* l. quæsitum. 40. de acquiren. rer. domin. *quæ est de fructibus legati ab herede perceptis.*

1 ILud † primùm obseruandum est, quod nostri non obseruarunt, Modestinum hac lege non de legato tractare, sed de fideicommisso. Diuersa enim est, quod ad propositam disputationem pertinet, legati & fideicõmissi ratio, propterea quòd legatum si à legatario agnitum sit, iam inde ex tẽpore aditæ hereditatis ipsi acquisitum intelligitur, *l. si tibi homo. 86 cum seruus de legat.* 1. id est à morte testatoris, *l. a Titio. 64. D. de furt.* siquidẽ heres quandocunque adeat hereditatem, iam tum à die mortis adiisse intelligendus est, *l. heres quãdocunque. 54. D. de acquir. hered l. omnia ferè. 154. de reg.*
2 *iur.* † Fideicõmissi verò dominium non aliter fideicõmissario quæritur, quàm si ea res, quæ per fideicommissum relicta est, ei tradita sit ab herede. Lex enim duodecim tabularum, quæ testandi ius induxit, *l. verbis legis. 120. de verb. sign.* de legatis tantùm locuta est, de fideicommissis nihil dixit. Quam ob causam, quod sanè magis mirum videri debeat, licèt traditam sibi rem ex fideicõmisso acceperit fideicõmissarius, Iuliano tamen placet possessionẽ duntaxat ademptam non etiam dominium videri, *l. qui vsumfructum. 3. D. si vsuf. petat.* Nimirum quod fideicommissa iuris vinculum nullũ habeant, & ex Prætoris fideicõmissarij iurisdictione non ex lege aliqua aut cõstitutione ciuili pendeant. At iure Quiritum vt Vlp in Titulis scribit *tit. 19. de dominijs & adquis. rer.* non nisi sex modis transferri dominium poteſt, traditione, mãcipatione, vsucapione, cessione in iure, adiudicatione, & lege. Inter eos trãsferendi dominij modos Prætoris autoritas & iurisdictio nõ est, indeque etiam euenit quod alio loco monuimus vt heredem facere Prætor non possit, *§. quos autem. Inst. de bon. possess.* quia heredis appellatione dominus propriè significetur, *§. vlt. Inst. de hered. qualit. & differ. l. 3. §. pen. D. de minor.* Quid si traditio transferendi dominij modus est, vt Vlp. fatetur & certissimũ
est, *l. traditionibus. 20. C. de pact.* † Cur negat Iulianus 3
fundi ex fideicommissi causa traditi dominiũ fideicõmissario acquiri? Nempe quia nunquã nuda traditio transfert dominiũ, sed ea tantùm quæ fiat ex iusta causa, *l. nunquam. 31. D. de acqu. rer. domin.* Iustam autem causam intelligimus quæ iure cognita sit & approbata. Proinde fideicõmissi titulũ quem ius ciuile, sicuti diximus non agnoscit, pro iusto nõ admittimus. Neq. est contrariũ quod Marcellus ad Pomponiũ in *l. filiusfamilias. 16. qui testam. facer. poss.* eandẽ rationem constituere hac parte videtur legati & fideicõmissi. Id enim eo pertinet, vt actiones quæ pro legatis & fideicommissis cõpetunt, ignorantibus legatariis aut fideicommissariis acquirantur, sed nõ vt eædẽ actiones his quæ illis cõpetãt, nec vt fideicõmissi perinde ac legati dominium transeat recta via à testatore in fideicommis-
sariũ, Vt ad eum locũ tractabimus *lib. seq. c. 19.* † Quod 4
cùm ita sit, iustiùs quis miretur quod in *d. l. Herennius,* scribit Modestinus *post acquisitũ ex causa fideicommissi dominium.* Nisi dicamus quod à celeberrimo doctore meo D. Ioanne Antonio Manutio percleganter & eruditè traditum accepi, duplicẽ fuisse Digestorũ iure dominij speciem & differentiam. Vnius quod ex iure Quiritium dicebatur, de quo Iulianus loquitur. Alterius verò quod bonitariũ dicere liceat quoties rẽ aliquã in bonis quis haberet. De quo sanè accipiendum est illud Modestini, sicut & quod scriptũ est in *l. 1. D. de bonor. possess.* bonorũ possessionẽ quæ ex Edicto proficiscitur dominium tribuere rerũ hereditariarũ. Sẽsus enim est bonorũ possessionem à Prætore cõcessam efficere vt res hereditariæ fiant in bonis eius qui possessionẽ admiserit. Quod à viro doctissimo Iacobo Cuiacio animaduersum non est qui perperam eum locũ de possessionis dominio intellexit. Nec dissimile est quod Paulus scribit in *l. 2. §. vlt. D. si ex noxal. caus. agat.* seruum qui cùm noxali iudicio nõ defenderetur Prætoris iussu ductus est, in bonis actoris esse cœpisse. Et quod Vlpianus ex Iuliano tradit in *lege si finita. 15. §. Iulianus De damn. infect.* eum qui in possessionem mittitur damni infecti nomine nõ priùs incipere per lõgum tẽpus dominium capere, id est, dominiũ ex iure Quiritium, aut si mauis Quiritiatium acquirere, quàm secundo decreto fuerit à Prætore dominus constitutus. Quò etiam pertinet *l. 1. D. de fund. dotal.* Quanquam enim semel acquisitum dominium magis acquiri non potest, *l. non vt ex pluribus. 119. de regu. iur.* nihil tamen absurdi est eum qui dominus bonitarius factus sit, ex alio iure dominium Quiritarium acqui-
rere, quia duplex diuersúmque dominium est. † Deni- 5
que quoties dominium ex Prætoris iurisdictione acquiri legimus, de bonitario tantũ non etiam de Quiritiario intelligere debemus. Quamuis non ignorem Constitutione Iustiniani sublatam eam differentiam in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollen.* Cæterùm neque ex eo solo quod fideicommissum relictum est, dominium bonitarium fideicõmissario acquiritur, sed ita demum si traditio subsecuta sit, *d. l. qui vsumfructum.* Perpetuò namque verum est dominiũ bonitarium à Prætore non tribui nisi cui priùs possessio quæsita sit, quomodo & in Prætorio pignore obtinet, vt non aliter

ter constitutum intelligatur quàm si ventum sit in possessionem, *l. non est mirum.26.§.1.de pignor.act.* Igitur quod scriptum est in *dict. leg. Herennius*, fructus qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium è terra percipiuntur ad fideicommissarium pertinere, perinde est ac si quis diceret fructus ab ipso fideicõmissario post fideicommissi restitutionem & traditionem perceptos ad eum pertinere. Quod certè dubitationem nullam haberet, nec dignam elegantia Modestini sententiam, tametsi in legatario quoque idem traditum sit in *l. nihil propon.120.§. vlt.de leg.1.* si non illa verba adiecta essent *licèt maior pars anni ante diem*
6 *fideicommissi cedentem præteryisse dicatur.* † De illo enim duntaxat Modestinus quærit. An si maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem præterierit, nihilominus omnes fructus qui à fideicommissario percepti sunt ad eum pertineant. In quo dubitandi causa illa occurrebat, quòd nonnisi pro rata temporis pertinere viderentur, quomodo dici solet cùm de dotis fructibus soluto matrimonio diuidendis disputatur, *l. de diuisione.5.l. fructus.7.§. Papinianus, alias l. diuortio. D. solut. matrim.* Sed decisionis ratio est, quòd qui fructus à fideicommissario percipiuntur, ex testatoris iudicio & voluntate percipiantur, ideoque nulla ex parte ad heredem spectare debeant, qui fideicommisso præstito nullum amplius aut in re ipsa aut in eius fructibus ius habeat.
7 † Eademque hac parte legati ratio est, vt quod Vlpianus ait in *d. l. nihil proponi.§.vlt.* fructus ex fundo purè legato post aditam hereditatem à legatario perceptos ad ipsum pertinere, ita accipiatur, licèt maior anni pars ante diem legati cedentem præterierit, solaque conductori supersit aduersus heredem ex conducto actio. Enimuerò cùm hodie ex Iustiniani Constitutionibus in *l.1.& 2.C.commun.de legat.* eo iure vtamur, vt in omnibus exæquata sint legata fideicommissis, nec minùs fideicommissorum singulatium quàm legatorum dominium statim in fideicommissarios trâseat, eòque nomine citra vllam traditionem
8 agere iis in rem liceat. † An dici poterit ex Modestini sententia fructus fideicõmissi qui ex terra percipiuntur post acquisitum fideicommissatio dominium ad eum pertinere? Minimè verò, Nisi ab ipso fideicommissario perceptos fuisse proponas. Quandoquidem ex iis quæ diximus apparet Modestini temporibus fideicommissi fructus non tam propter dominij acquisitionem, quàm ex causa factæ traditionis, ipsorumque fructuum perceptionis ad fideicõmissarium pertinuisse, ob eamque rem nec legatario alios fructus acquiri potuisse quàm qui ab ipso percepti essent, *d. l. nihil proponi.§.vlt.* si nulla heredis mora interuenisset, vt superiori capite docuimus, tametsi iam inde à morte testatoris legati dominium in legatarium transisse intelligatur. Separata enim est causa dominij, & fructuum, nec quicquam prohibet alienæ rei fructus ad eum pertinere qui dominus non sit, si modò percipiẽdorum fructuum ius aliquod habeat, vt contingit in bonæ fidei possessore, *l. bonæ fidei.48. D. de acquir. rerum dom.* de quo scripsi lib.5.cap.17. itémque in creditore
9 ἀντίχρησιν habente, aliisque similibus. † Atqui heres qui ante moram legati aut fideicommissi fructus percepit, etiam pro eo tempore quo rei legatæ aut per fideicommissum relictæ dominium ad legatarium vel fideicommissarium iuris potestate, & retrofictione pertinere cœperit, non solùm bonæ fidei possessor est, sed etiam plus quàm bonæ fidei possessor, quia licèt rem legatam aut fideicommisso obnoxiam esse sciat, euenire tamen potest vt legatum aut fideicommissum repudietur, quod si eueniret, nihil vnquam iuris legatario aut fideicomissario in ea re quæsitum videretur, *dict. l. si tibi homo.86.§. cùm seruus de legat.1.* vt proindè imputari iis possit cur in petendo non fuerint diligẽtiores, potiùs quàm heredi qui fructus percipiendo ante contractam moram suo tantùm iure vsus est. In eoque melior conditio est heredis quàm bonæ fidei possessoris, quòd hic perceptos fructus, si modò extent, restituere cogitur *l. certum.22.C. de rei vindic.* Ille verò nec si omnes extent qui ante moram percepti sunt, vllos tamen restituit, quòd eos non tantùm bona fide, sed etiam iure suo propter legatarij aut fideicõmissarij non petentis negligentiam perceperit. argu. *l. mulier.12.§. si heres. D. ad S.C. Trebell.* Neque illa iuris retrofictio quæ in legati & fideicommissi dominio locum habet, ad fructus quoque extendi potest, quia cùm non sint in legato, nec legis duodecim tabularum potestas, nec fictionis inducendæ necessitas ad eos pertinet, vt superiore capite explicauimus. Quàm autem verum sit heredem etiam qui legatum aut fideicommissum à se relictum sciat bonæ fidei possessori nihilominus comparandum, vel ex eo constat quòd nostris placet iuuari eum posse longissimi temporis præscriptione si ante triginta annos legatarius aut fideicommissarius relictum non agnouerit, cùm tamen certissimum sit ex regula iuris Pontificij nunquam ea
præscriptione defendi posse quisquis malæ fidei pos- 10
sessor fuit. † Hæc verò omnia pessimè vulgò interpretes explicant, qui vt Modestini responsum concilient cum tot aliis iuris locis quibus proditum legimus deberi fructus legatorum & fideicommissorum à die moræ vel litis contestatæ, locos illos omnes coarctant ad eum casum quo aliena res legata aut per fideicommissum relicta sit, quòd tunc dominium rei quæ non fuit testatoris statim transire non possit in legatarium aut fideicommissarium. Quasi verò quoties propriam rem testator reliquit, fructus omnes dominij iure legatario aut fideicommissario acquiri ex die mortis necesse sit. Sic enim Accurs. Bartol. Castrens. & cæteri ad *l.1.Cod.de vsur.legat.* & alibi sæpe.
Quo sanè tantorum pace virorum dixerim, somniari 11
nihil potest ineptius. † Illud difficilius est, & iis quæ suprà diximus penè ex diametro contrarium Africanus scribit in *l. quæsitum.40.de acquirend. rerum domin.* iis verbis *quia etsi fundum suum quis legauerit, heres qui legatum eum esse sciat proculdubio fructus ex eo suos non faciet.* Necdum sanè mihi liquet quid commodè responderi possit. Nouus Africani interpres quasi non viderit prætermisit. Idem veteres quoque interpretes fecerunt. Nos inscitiam nostram prodere maluimus, quàm dissimulando fallere. Nisi dicas, quòd non fuerit improbabile sic intelligendum Africanum, vt ita demùm heres non faciat suos fructus rei legatæ ex quo legatam sciuit, si iam tum legatarius legatum agnouerit, & petierit. Alioqui sanè quandiu non est agnitum legatum, non est in mala fide heres qui rem legatam retinet eiúsque fructus percipit, cùm in eo sit legatum vt repudiari possit. Aut si sola heredis scientia sufficit ad inducendam hac parte malam fidem & impediendam fructuum acquisitionem, dicendum esset omnimodo & indistinctè fructus omnes à die mortis restitui legatario debere, quandoquidem fieri nequit vt heres sciat scriptum se heredem quin sciat etiam legata omnia eodem testamento relicta. Propter quam causam si legatum petatur non iubet Prætor verba testamenti edere, cùm sufficiat heredem habere exemplum testamenti vt sciat quid sit legatum, *l.2. D. de edend.*

CAPVT V.

Emendatio l.sanè 11.D.de iur.dot.

SVMMARIA.

1 *Rebus æstimatis in dotem datis regulariter mariti electionem esse, vtrùm rem an æstimationem reddere velit.*

2 *An si res æstimata quidem extet, sed deterior facta sit, maritus adhuc electionem habeat?*

3 *Emendatio & sententia* l.sanè ff.de iur.dot.

SPeciebus † in dotem datis, multum interest, an æstimatæ sint, nécne. Nam in æstimatione facta constat mariti periculum esse. Et, si fortè constante matrimonio perierint, aut deteriores factæ sint, licèt facto mulieris, quæ vestes dotales putà adtriuerit, & vsu consumpserit, nihilominùs post solutum matrimoniũ æstimationem mulieri reddendam esse. At si æstimatę non sint, mulieri & pereunt, & deteriores vicissimque meliores fiunt, *l.plerunque.10.D.de iur.dot.leg.cum dotem.10.C.eod.l.vnic.§ & cum lex.C.de rei vxor.action.* vbi non ineleganter Iustinianus fundum inæstimatum propriè dotalem esse ait, quòd is omnimodo restituendus sit, eiusque dominium penes mulierem remaneat: quod in fundo æstimato secus est. Æstimatio enim quasi venditio est, *d.l.plerunque §. unde quæri potest & l.quoties.16.D.eod.* ideoque & dominium & periculum eius facit, qui accipit, *l.1.§.vltim.D.de æstimat.act.* Ergo si conuenerit vt soluto matrimonio res ipsa quæ æstimata in dotem data est, aut eius æstimatio restituatur, superuacua, & inutilis pactio est. Nisi ponas etiam cõuenisse vt electionem mulier habeat vtrum rem an æstimationem petere malit. Nam siue adiectum fuerit, vt electio ad maritum pertineat, siue nihil de electione dictum sit, mariti electio est, ex vulgari iuris regula, quæ in alternatiuis, vt nostri dicunt, debitori perpetuò dat electionem. Quòd si res non extet, fortè quia perierit, æstimationem omnimodo maritus debet. Eligendi namque facultas superesse nulla potest, cùm alterutrum quod in obligatione erat periit, alitérve præstari posse desiit, *leg.Sti-*
2 *chum aut Pamphilum 95.D de solution.* † Quid autem si res quidem extet, sed deterior facta sit? Verius est quod Vlpian placet in *dict.l.1.§.vltim.D.de æstimat.action* eum qui rem æstimatam accepit ad hoc obligatum esse vt vel æstimationem de qua conuenit præstet, vel rem ipsam incorruptam Scilicet quoniam vix est vt reddi videatur id quod deterius redditur, *l.3 §.1.l.an rebus.18 §.sine autem pignus D.commod.l.1.§.si res deposita.16.D.deposit.* Idque consequens est ei quod diximus, æstimatas res in dotem datas periculo viri &
3 deteriores fieri, & perire. † Quæ cùm ita sint, verum esse non potest quod ex Paulo traditur in *l.sanè.11.D.de iur.dot.* posse maritum æstimatam rem etiam quæ deterior facta sit reddere. Quin potius, cùm in lege præcedenti Vlpianus scripsisset, Re non exstante omnimodo præstandam æstimationem, ne quis fortè ex eo colligeret, Re igitur exstante numquam compellendum maritum vt æstimationem præstet, subiici necesse fuit, quod Paulus docere voluit, Imò & si res exstet, deberi nihilominus interdum æstimationem, nempe si res deterior facta sit. Eam verò Pauli sententiam facilè assequemur, si receptam lectionem quã nec Accurs. explicat, nec alius quisquam commodè explicare possit sic emendemus vt pro *&* legamus *Nec.* Conflato, vt credibile est, errore ex eo fortasse quòd Florentini librarij more breuiter scriptũ esset *saN Ec* pro eo quod plurib. literis scribẽdum erat *sanè nec.* Similem errorem errorisque causam indicauimus supra cap.2. Et nouũ non esse vt pro *nec* exscriptores scripserint *&*, iam alij ante nos obseruarũt & nos alibi documus. Neque tamen perpetuũ est vt prestari & restitui non debeat res ęstimata quę deterior facta est. Nã si conuenerit vt eędẽ species quæ æstimatę sunt, soluto matrimonio reddantur, eędem quoque licèt deteriores restituendę erunt, sed ita tamẽ vt deteriorationis ratio habeatur, hoc est, vt quod propter secutam deteriorationem deest conuentę æstimationi per initom suppleatur, quasi in hunc duntaxat finem facta æstimatione, *l.si inter.21.C.de iur.dot.*

CAPVT VI.

Duobus locis corruptum esse textum l. quod autem.7.D.de donat.int. vir.& vxor.

SVMMARIA.

1 *Cuius temporis ratio habenda sit, cùm de æstimando prædio agitur ad cuius emptionem vir vxori pecuniam donauit?*

2 *Emendatur §* idemque d.l.quod autem.

3 *Qua ratione marito subueniatur si æstimationem rerum quas in dotem accepit, donationis causa auxerit?*

4 *Expenduntur in* d.l.quod autem §.si maritus, *verba illa Vlpiani* nec aliud in commodato æstimato dato obseruari solet.

5 *Quem in finem fiat rei depositæ vel cõmodatæ æstimatio?*

6 *Emendatur* d.§.si maritus, *& pro* commodato *legitur* homine dato.

7 *Quomodo mulieri subueniendum, quæ se in eo circumuentam dicit, quod seruum doti datum minoris æstimauerit.*

8 *An si in æstimatione serui in dotẽ dati dolus mariti interuenerit, maritus morte serui liberetur quominus iustam æstimationem præstet?*

SI † vir vxori donauerit pecuniam, ex qua prędium 1
illa emerit, certũ est donationem non valere, & marito hactenus condictionẽ competere quatenus ex ea pecunia locupletior mulier facta sit, *leg si sponsus.5.§.vlt.D.de donat.int.vir.& vxor.* Inde quęritur si prædia hodie vilissimi precij sint, quid veniat in condictionem. Et placet eam ęstimationem spectãdam quę fit tẽpore litis contestatę, *l quod autẽ.7.in princ & § idémque ait.D.eod.* vt si eo tẽpore minoris sint prædia non tota pecunia quę in eorũ emptionẽ couersa fuerat, sed quanti sunt cũ litis contestatio fit, marito restituatur. Quid ergo si ex contrario prędia maioris precij facta sit? Non totũ preciũ restitueretur: sed ea tantũ summa quę numerata est, quoniã illud duntaxat inspici debeat quatenus mulier locupletior facta sit ex donatione, nõ ex aucta prędiorũ ęstimatione, cùm eatenus tantũ donator pauperior factus fuerit, *l si id quod.28 §.*
si ex decem.eod. idque est quod Vlp. tradit in *d.§.idémque ait.* versic. *Plane si magni precij prædia sint, summa tantũ numerata erit restituenda.* Nec proinde dubitandum videtur quin imperiti interpretis sint verba illa, quæ sequuntur *non etiã vsuræ precij.* Neque n. de vsuris precij Vlp tractat. sed de ea summa quæ contestationis tẽpore excedit conuentũ & numeratũ precium prędiorũ, vt & in *d.§.si ex decẽ.* De vsuris verò quomodo dubitaret? aut quænã obsecro dubitandi causa esse posset in pecunia nõ fœnori collocata, sed in prædiorũ æstimationé conuersa? Mendum aliud receptæ lectionis obseruatione & emendatione dignũ est in *§.si maritus*, ex librarij tamen & ex scriptoris potiùs quam
Interpretis vllius inscitia conflatũ. † Eo loco idẽ Vlp. 3
quærit, si maritus æstimationé rerũ quas in dotẽ accepit,

pit, dicat se donationis causa auxisse, quo remedio ei subueniri oporteat. Et refert Imperatorum Seueri & Antonini rescripto cōstitutum esse vt si pecuniæ modum maritus recuset, ipsa prædia sumptuum deductis rationibus restituere iubeatur, vt in arbitrio mariti sit quod præstitū malit. Idemque iuris esse, & si mulier è contrario de minore æstimatione conqueratur. Nimirum, vt in hac etiam specie electionē maritus habeat, an prædia ipsi sumptuum rationib. deductis velit restituere, an quod de iusto prædiorum precio donationis causa mulier remiserat, supplere. Ita enim fit, vt neque marito, neque vxori fraudi sit donatio quæ nō valuit. Nec contrarium est quod Accursi ex eodē Vlp. obiicit in *l. si sponsus. §. §. circa eod.* si coniunx coniugi vendiderit, cū in vendendi animum haberet, ex precio tamen aliquid ei donationis causa remiserit, venditionem ipsam valere, remissionem verò hactenus nō valere quatenus locupletior est quòd ei donatum fuit. Etsi namque æstimatio quę dotis causa fit, de qua disputamus, venditio est, non tamen pura & simplex venditio est, sed dotis causa, *l. quoties. 16. D de iur. dot.* ideoque nihil fit aduersus conuentionem si soluto matrimonio prædiū ipsum quod æstimatū fuerat restituatur. Nisi fortè deterius factū sit. Sic enim Vlp. intelligendus est secundū ea quæ superiore capite diximus. Alioquin iniquum esset marito permitti, vt ille ait, sumptuum rationes deducere, deteriorationis autem, quæ constante matrimonio mariti periculo contigisset, rationem non haberi. Sed & eos demum sumptus maritum deducere posse credēdum est, quib. res quæ in dotem data fuerat preciosior facta sit, non quos facere marito necesse fuerit, ne res deterior constitueretur. Cùm si deterior facta fuisset, mariti nō vxoris periculo, damnoque cessisset. † Sequitur verò apud Vlp.

4 *nec aliud in commodato æstimato dato obseruari solet.* Quibus verbis quid ille sibi velit ego planè non intelligo. Quanquam enim commodatum posse æstimatū dari sciō, vt periculum omne ad cōmodatarium pertineat, *l. si vt certo. §. §. & si forte D. commod.* fieri tamen nō potest, vt donationis causa æstimatum detur. Ita namque eueniret, vt æstimationem omnimodo præstare commodatarius cogeretur Alioqui donationis effectus nullus esset, si rem ipsam commodatam quæ minoris esset æstimationis reddere liceret, quomodo licet vtique si commodatum simpliciter æstimatum datū sit. *l. 1. §. vlt. D de æstimat. action.* Atqui conuentione fieri nequit, vt commodatarius rei ipsius cōmodatæ, si extet deterior facta sit, præstatione non liberetur, quod ea res excedat notissimos commodati terminos; quemadmodum in deposito Papin. scribit, si conuenerit vt non ea ipsa nummorum corpora quę deposita sunt

5 reddantur, sed tantundem, *l. Lucius. 24. D. deposit.* † Tā enim commodati, quā depositi actio in id competit, vt res ipsa reddatur. Æstimatio autem si quando fit, non alio pertinet, quàm vt rei commodatæ periculum ad commodatarium pertineat, vt sciatur quid quantumque commodatarius præstare debeat, si rem ipsam quę forte perierit, aut deterior facta sit, præstare non possit, arg. *l. si inter. 21. C. de iur. dot.* Nā si æstimatio omnimodo præstanda esset, venditio potiùs contracta videretur, eique commodatæ dominium trāslatum in commodatariū, sicuti dicimus rebus æstimatis in dotem datis venditionem dotis causa factam censeri *d. l. quoties. 16. D. eo.* At commodati causa venditionem fieri quis vnquam dixit, aut scripsit? Siquidem rei commodatæ & dominium & possessionem semper retinet is qui commodauit *l. rei commodatæ. 8. & seq. D. com-*

6 *mod.* quod in re dotali secus est *l. 1. D. de iur. dot.* † Igitur, nisi me prorsus fallo, corruptus est hic quoq. Vlpiani locus, & pro *commodato* legendum potius *homine dato.* Coniecturam iuuat quod quæ per ἀκολουθίαν sequitur dictio *dato* quasi obrepsit in lineis interclusa est in Pand. Florent. Tum vero cur de commodato potius quàm de deposito, aut pignore aut alio cōtractus genere Vlp. loqueretur? At cùm de prædijs in dotem datis, & donationis causa æstimatis locutus esset, non inutile fuit subijcere, idem iuris & in homine dato æstimato constitui debere, siue quòd plerumq serui in dotem darentur iis temporibus, quibus præcipuè in mancipiis erant facultates, siue quòd in homine difficilior, maiorisque dubitationis res esse videretur, cuius scilicet quandiu viuit æstimatio multò sit incertior, quàm fundi, quique longè citius & facilius perire possit, itémque melior, aut deterior fieri, quàm fundus. Quid enim si seruus non æstimatus periisset aut deterior factus fuisset? Vtique ad mulierem non ad maritum ea res pertinuisset. Proinde vix audienda videatur, si minore precio donationis causa æstimatū seruum alleget, tamet si seruus viuat, quę, si is mortuus esset, lucrū & cōmodum ex æstimatione sentiret arg. *l. pen. C. de solut.* Sed tamen aliter Iurisconsultis visum est, inspecto nempe conuentionis initio, reique euentu. Vt si seruus viuat, & preciosior factus sit, cuius æstimatione donationis causa minorem mulier fecerat, cogatur maritus, vel seruū ipsum deductis sumptuum rationib. restituere, vel quod iusto precio defuit, supplere. Quòd si seruus vel decesserit, vel deterior factus sit, vix est vllu questioni locus superfit. Neque dubitandū arbitror quin eo casu illi duntaxat æstimatio præstari debeat quę facta est, quia boni consulere mulier debet, quòd fuerit æstimatus. Cùm si simpliciter & inæstimatū dedisset, proculdubio periculo eius, non mariti & mortuus, & deterior effectus fuisset. † Exē- 7
plo eius quod apud Vlp. in *l. si res æstimata. 12. §. 1. D. de iur. dot.* Marcellus putat in quęstione non valde dissimili. si mulier se dicat circumuentā in eo, quòd seruū doti datum minoris æstimauerit. Distinguit enim, vt si seruus viuat, in arbitrio mariti sit vtrum iustam æstimationem an potiùs seruum præstet, si verò decesserit, ęstimatio præstetur, non quę iusta, sed quę facta sit. Idque siue minor annis vigintiquinque siue maior ęstimationis tępore mulier fuisse proponatur. Planè, inquit, si emptorem habuit mulier, iusti precij magis est vt eo casu iusta ęstimatio præstari debeat, si modò minor annis fuerit cùm in ęstim tionis modo citcūuēta est. Id enim benignius ętatis fauore indulgetur, non quidem beneficio restitutionis in integrum, quę hîc nulla dari potest, seruo iam mortuo, sed iudicis officio propter manifestam ęquitatem minoris ętatis priuilegio subnixam. Vnde & in ea specie quā tractamus, si seruum in dotē datum mulier donationis causa minoris ęstimauerit, eidem distinctioni locum esse debere quis fortasse putauerit, vt si ea minor viginti-quinque annis fuerit, & emptorē iusti precij habuerit, etiam mortuo seruo iusta nihilominus æstimatio præstetur At non ita est. Loquimur in de facta per donationē minore æstimatione serui qui in dotem iam datus fuerat, quéque ideò mulier donationis tempore alienare nō poterat, siue simpliciter in dotē datus fuisset, siue æstimatus. † Sed quod ad Marcellum notasse 8
Sceuolā Vlpia. refert, vt si in ęstimatione dolus mariti adfuerit, morte serui non liberetur, quominus iustam æstimationem præstare debeat siue maior siue minor annis mulier fuerit, id ego & in proposita quęstione facile admittam, si ponas dolo mariti inductam mulierem, vt seruum quem in dotem dederat, dona-

tionis causa minoris æstimaret. Nam cùm in donatione quoque donatarij dolus interuenire possit & donationi causam dare, *l.1.C.de euict.* non video cur marito qui dolum commiserit, fauere debeamus. Et quámquam eæ quoque inter virum & vxorem donationes improbantur quæ mutui amoris causam habent propter eas rationes quas Iurisconsulti congerunt in *l. 1. 2. & 3. de donat. inter vir. & vxor.* longè tamen minùs fauorabiles, aut potius multò odiosiores sunt quæ per mariti vim aut dolum extorquentur, quòd non solùm bonis moribus non conueniant, sed nec ipsius mulieris donantis libera & liberali voluntate adiuuentur. Non enim velle quisquam id creditur, quod vt inuitus velit alterius dolo aut impressione compellatur, quamuis dici soleat coactam voluntatem esse etiam voluntatem.

Capvt VII.

De differentia filijfamilias & serui in fideicommissaria hereditatis restitutione.

SVMMARIA.

1 *A quibus verbis inchoandus sit.* §. 2. l. recusare. ff. ad S.C. Trebel.

2 *An sui heredes de restituenda hereditate rogati per Prætorem cogi possint vt suspectam hereditatem adeant, vel se immisceant?*

3 *Reijcitur Accursij super hac quæstione sententia.*

4 *Refutantur argumenta ob Accursio pro sententia sua confirmatione allata.*

5 *Iuliani & Vlpiani in proposita quæstione reconciliatio ab Accursio tradita reijcitur.*

6 *Cur seruis heredibus institutis necessaria sit immixtio priusquam restitui per eos hereditas possit?*

7 *Quando seruis necessarijs heredibus institutis bonorum separatio permittatur.*

NEscio adhuc an quisquam obseruauerit differentiam, quæ iudicio meo & perelegans est & vera inter filiumfamilias & seruum, cùm de fideicommissaria hereditate restituenda tractatur. Nam si filiusfamilias à patre institutus sit, rogatúsque hereditatem restituere, deinde suspectam dicat, placet nihilominus posse hereditatem restitui ex Trebelliano, vt quámuis filius se non immiscuerit, actiones tamen quæ ei & in eum competebant, in fideicommissarium transferantur *l. ita tamen. 27. § si pater. D. ad S.C. Trebell.* At si seruus liber & heres esse iussus, déque restituenda hereditate rogatus, suspectam dicat, compellit eum Prætor vt misceat se hereditati, sic deinde restituat *l.*
1 *recusare. 6. §. hoc Senatusconsultum D. eod.* † Sic enim inchoandus est §. non vt vulgò fit ab iis verbis, *sed & ad filium*, quod & Accursius notauit, & ipse verborum contextus orationisque series demonstrat. Nam in §. præcedenti, de illo Vlpian. quærit, An Senatusconsultum Trebellianum, quod de instituto herede loquitur ab intestato etiam locum habeat. Et verius esse ait, eóque iure nos vti, vt ad intestatorum quoque (sic enim legendum est non *intestatos*) pertineat successores, siue legitimi sint siue honorarij: Sed & ad filium qui in potestate est, qui tamẽ nec honorarius nec propriè legitimus, sed suus heres est † Quod igitur in §.
2 seq. scriptum legimus *vt a Prætore compellantur miscere se hereditati*, non ad filium in potestate referri debet, sed ad cæteros necessarios, seruos scilicet cum libertate institutos, de quibus separatim tractatur in d. §. hoc Senatusconsultum. In quo sanè errarunt veteres omnes recẽtioresque interpretes, quos ad eum locum notare video suos heredes cogi per Prætorem, vt suspectam hereditatem adeant, aut potiùs, quomodo loqui debuerunt, vt se immisceant. Cùm tamen Iulianus in *d. §. si pater*, apertè scribat in suis heredibus suspectam hereditatem dicentibus non esse necessariam immixtionem, & consequenter non esse eos compellendos vt se immisceant. Cur enim Prætor ad immixtionem compelleret, si perinde citra immixtionem hereditas restitui & actionum translatio fieri potest?
† Nam quod Accursius comminiscitur posse immixtionem esse necessariam, ne, si fortè posteà falsò probe- 3
tur filium restitutionis tempore emancipatum fuisse, tota restitutionis potestas pereat, & in irritum deducatur, ridiculum sanè est & ineptum, quandoquidem ipso restitutionis tempore non post factam restitutionem quærendum est an suus an emancipatus sit filius qui de restituenda hereditate rogatus est. Nec Prætor curare debet quid ex post facto probari falsò possit, sed illud tantùm quid sit in veritate eo tempore quo constituit & decernit. Alioqui perpetuò incerta essent omnia, nec certi quicquam Prætor aut iudex statuere vnquam posset arg. *l. 1. §. 1 D. de vsur.* † Nec rur- 4
sus dici potest quod idem Accurs. obiicit, ideò in suis necessariam esse immixtionem, quòd cùm abstinent, heredes sint nomine tantùm non etiam re *l. necessarijs. 57. D. de acquir. hered.* eámque ob causam nec à Prætore heredum loco habeantur *l. si filius. 12. D. de interrog. in iur. faciend.* Nam & seruos heredes institutos Vlp. cogendos esse ait, vt se immisceant. *dict. §. hoc Senatusconsultum:* quos tamen non possis dicere, si suspectam hereditatem allegent, nomine tantùm, non effectu heredes esse, cùm iis Prætor abstinendi beneficium numquam tribuat *d. l. necessarijs in fin.* Quanquam nec illud ad rem pertinet, quòd filius qui se abstinuit, heredis loco non habeatur apud Prætorem: quia licet coactio ad adeundum fiat imperio Prætoris, actionũ tamen translatio non ex Prætoris iurisdictione descendit, sed fit autoritate & potestate Senatusconsulti Trebelliani, quemadmodùm & Pegasiano inductum fuit, vt cogi heres possit, scilicet per Prætorem fideicommissarium *l. si quis. 17. D. si quis omiss. caus. test.* Neque enim coactio fieri potest ipso iure, facto & impressione opus est: at in actionum translatione ius non factum versatur, ideoq́ue nil in eo se Prætor interponit. Quare nec Accursius ipse negat posse filium in potestate heredem institutum qui abstinuerit, trãsferre nihilominus actiones: † sed Vlpianum cum Iu- 5
liano sic conciliat, vt in fideicommissarij potestate sit vtrum filius ad se immiscendum cogi debeat, nécne. Quasi verò Prætor fideicommissarij voluntatem sequatur, ac non potiùs ipsam iuris rationem & necessitatem intueatur. Etenim si inducendæ ex Pegasiano coactionis ratio alia non fuit quàm quod alioqui futurum erat vt fideicommissum intercideret: vt pote non valente herede restituere hereditatem quam nõ haberet, nec transferre actiones quæ repudiata hereditate ei aut in eum nullum competerent: prorsus cõsequens est, vt filiusfamilias heres institutus & se abstinens cogi non possit per Prætorẽ, vt se immisceat, quia perpetuò Prætoris edicto abstinẽdi beneficium habeat, Cuius ei auferendi causa hic nulla est, cùm & post abstentionem heres tamen ipso iure remaneat, verúmque sit non esse sine herede eum, qui suum heredem habeat quamuis se abstinẽtem *l. cum quasi. 30. §. sed etsi suus. D. de fideic. libert.* quod planè sufficit vt actiones omnes ipso etiam iure in fideicommissarium transferantur. Nec ea hereditatis restitutio immixtio-

tionem vlam inducit, quoniam alienandæ & transferendæ potiùs quàm acquirendæ hereditatis animo fiat, dicique soleat non velle heredem esse eum qui ad alium transferre velit hereditatem *l. non vult. 6. de reg. iur.* De illo igitur duntaxat quæri potest. † Cur in
6 seruis heredibus institutis qui necessarij sunt heredes, necessaria sit immixtio priusquam restitui per eos hereditas possit. Et puto non esse necessariam immixtionem ad hoc, vt actiones quæ iis aut in eos competunt, in fideicommissarium transferantur. Cùm enim vsque adeò necessarij heredes sint, vt nec abstinendi beneficium habeant, nihil ea immixtio potest facere aut addere, quò magis hereditas iis acquiratur, aut fideicommissario restituatur. Sed vel ob eam maximè causam constitutum dico, vt iubeantur & cogantur se immiscere, quòd iis nullo casu permittat Prætor vt se abstinere possint: quod ipsum tamen permittere videtur, si seruum recusantem & suspectam dicentem
7 non cogeret ad immixtionem. † Permittit sanè Prætor interdum, vt bonorum separationem impetrare possint: id est, ita demum si patroni bona non attigerint *l. 1. §. vlt. de separat.* Nimirum, quia cùm petunt separationem, eo ipso fatentur & agnoscunt se heredes esse: alioqui si confusio nulla facta esset per hereditatis acquisitionem, nec separatio fieri posset. Requirit tamen, vt patroni bona non attigerint. Non quòd eò minùs heredes sint, cùm non attigerint, sed quia nulla ratio sit iis subueniendi qui non tantùm iuris potestate, sed proprio quoque facto & sponte sunt obligati, arg. *l. si filius. 12. D. de vulg. & pupill. substit.* Magna enim seruis ad fraudes in patroni hereditate creditorum damno comminiscendas fenestra patefieret si post immixtionem bonorum impetrare separationem iis liceret. Ideoque non perpetuò Prætoris edicto beneficium separationis habent quomodo sui & necessarij beneficium abstentionis, sed decreto ea impetranda est *d. l. 1. de separat. in princip.* id est, causa cognita. Quo exemplo æquissimum esset publicéque vtilissimum, idem Principis lege constitui in iis heredibus quos tam frequentes hodie cernimus implorare beneficium legis & inuentarij, fraudandorum creditorum consilio, tametsi opulentissima sit & modico ære alieno onerata hereditas, potiùs quam vt sibi consulant, latènsque aditionis periculum effugiant.

CAPVT VIII.

Ad l. cùm de in rem verso. 6. de vsur. & l. 1. C. de fideic.

SVMMARIA.

1 *An ex eo quod per continuum decennium ex causa legibus permissa aliquid præstitum dicitur, actio in eum nascatur qui debitor dicitur.*

2 *Tempus solum sine titulo ad inducendam obligationem non sufficere.*

3 *De alimentis inutiliter relictis* d. l. 1. C. de fideicom. *accipiendam esse.*

4 *Cur in* d. l. 1. *fideicommissa inutiliter relicta nihilominus ab herede debeantur?*

5 *Alimenta in testamento minus solenni legata non aliter deberi quam si eorum præstationem triuius aliquis præcedat.*

6 *Verba illa,* longò tempore, semper, *& per multum temporis, quid passim in iure significent?*

7 *Vera quæstio* d. l. cùm de in rem verso.

8 *Vera Papiniani sententia in* §. 1. d. l. cùm de in rem verso.

1 PEruulgata † est in scholis & in foro illa nostrorū traditio, Si quid per continuum decennium præbetur vniformiter præstitum, & ex ea causa quam lex pro iusta habeat, iure præstitum videri, ita vt ex iis præstationibus nascatur actio in eum qui debitor dicitur, vt id ipsum in futurum quoque perpetuò præstet, si modò solutionem ex tali causa factam non solùm alleget creditor, sed etiam probet, tametsi eius causæ probatio nulla proferatur. Sic enim Bartol. & post eum cæteri ad *l. cum de in rem verso. 6. D. de vsuris*, eamque sententiam receptissimam esse testatur ex recentioribus Dydac Couar in *2. part. lect. cap. possessor §. 4. numer. 2.* & ante eum Carol. Molin. *De contr. vsurar. quæst. 20. num. 205. & seqq.* Iure inquiunt, præsumpti tituli, quamuis non desint qui iure Canonico cōtinuas quadraginta annorum præstationes requiri existimēt; quos refert & sequitur Guid. Pap. *quæst 407. & 408. quod in reb.* ecclesiæ & ad integrum in iis ius acquirēdum admittunt interpretes iuris ciuilis: sed in cęteris causis sequuntur Bartolum, non aliis fulti legibus, aut rationibus quàm quòd ea Papiniani sententia fuisse videatur in *d. l. cùm de in rem verso* Iustiniano nō obscurè, vt putant comprobata in *l. iubemus 20. C. de agric. & censit. libr. 11. tit. 47.* Mihi verò probari hæc traditio numquam potuit, quippe quæ sit à iuris ratione certissimisque principiis omninò aliena. † Etenim si verum est, quod omnes fatentur, tempus non esse modū tollendæ obligationis, *l. obligationum ferè. 44. §. placet. D. de obligation. & action.* multò minus inducendæ esse poterit. Extántque in hanc rem apertissima Imperatorum rescripta & Iurisconsultorum responsa in *l. si certis annis. 28. Cod. de pactis. l. creditor. 7. C. de vsur. l. operis trigesima prima. D. de oper. libert.* quibus omnibus locis non est quòd cum Bartolo respondeas titulum habilem non præcessisse. Non enim aliam rationem habent quàm quòd ea quæ certis annis præstita fuerant, non essent promissa. Atqui non eò magis promissa dici possunt quòd titulus habilis præcessisse dicatur, nisi reuera promissio aut quid aliud præcessisse probetur. Adde quod etiamsi libertus operas præstiterit quasi à se debitas ex causa manumissionis, quas tamen non promiserat, non idcirco in posterum præstare cogi potest, quamuis iusta illa causa sit, adeò vt naturalem quoque obligationem inducat, nec possit libertus præstitas operas condicere, *l. si non sortem. 26. § libertus. D. de condict. indeb.* Idemque ferè in vsuris tractari potest. Nam licèt promissæ non sint, solutæ tamen, si sors fuit debita, condici non possunt, *d. l. si nō sortem in princ.* ex quo apparet quasi naturaliter debери eas ab illo qui aliena pecunia pro arbitrio vsus sit. Neque tamen eò magis debentur in futurum quòd per multos annos solutæ fuerint, si promissæ non sint
3 *d. l. creditor.* † Mouet me etiam non parum, quod in *l. 1. C. de fideic.* qua nostri in suum sententiam abutuntur, non aliter deberi alimenta constitutum est, quàm si ea testatoris voluntas fuisse probetur, quamuis & alimentorum & vltimæ voluntatis licèt inutilis, fauor concurreret Nam de alimentis inutiliter relictis, hoc est in vltima minùs solenni voluntate, eam legem intelligendam esse omnes consentiunt, & vel ex eo maximè apparet, quod alioqui omnimodo alimenta deberentur, etiamsi nunquam essent præstita. *l. cum vnus. 10. § 1. l. libertis. 18. §. de alim. legat.* † At vt deberi 4 rescriptum fit, illud duntaxat fecit quòd minùs solennem illam defuncti voluntatem heres agnouerat, vt in *l. 1. & l. si veritas. 23. C. eod. tit. de fideic.* Agnouisse porrò constabat, quia per triennium alimenta & vestiaria fideicommissario præstiterat. Breuius sanè tempus sufficere non potuisset, vt ostendunt verba illa *non minus in tali causa triennio.* Sine quod alioqui propriam

potiùs quàm defuncti liberalitatem exercuisse videri possit in homine inopem, qui alimentis & vestiariis indigeat, siue quòd in fideicommisso tot annuarum præstationum, non videatur vna aut altera probare satis animum heredis voluntatē defuncti sequentis. Nā si voluntas testatoris vno actu impleri posset, puta si fundus per fideicōmissum relictus esset, nihil aliud requireretur quā vt semel esset traditus, quia nec sæpiùs tradi posset, *dict.l.2.eod.* Cùm igitur in alimentis quorū causa toto iure tam fauorabilis est, triennalis, aut etiam si voles decennalis aut vicennalis præstatio non sufficiat: (illa enim verba *non minus in tali causa triennio*, probant satis nihil referre quanto tēpore præstita sint alimenta, dummodo non minore quā triennio) nisi præterea cōstet de testatoris voluntate: Constet, inquā non sola allegatione, sed exacta probatione fideicommissi, vt lex docet iis verbis *si probauerit*, quis admittat in aliis debitis quæ minùs fauorabilia sint, solā tituli allegationē sufficere posse? Est enim ius illud singulare in fideicōmissis vt etiā ex inutili minúsque solenni voluntate quam tamen heres quomodocunque agnouerit, debeantur, quòd ex eius qui rogatus est consciētia potissimū pendeant, *d.l.2 arg.l.fidei-*
5 *commissum.62 D.de cond.indeb* † quod in cæteris causis adeoque vel ipsis legatis non similiter dici potest, si in testamento minùs solenni relicta proponātur (quamuis alioqui maxima sit legatorum & fideicōmissorum adfinitas) nisi alimentorum præstationem titulus aliquis præcedat, vt in *l.quæ tam mult.r.41. D. famil.ercis.* in cuius tamen specie caue ne putes inutiliter legata fuisse alimenta. Nam quod lex ait *nullo enim iure eum fecisse* ad iudicem qui libertos inter coheredes diuiserat, referendum est, non ad testatorem qui alimenta libertis vtiliter reliquerat, vt apparet ex *l.vlt.D.de iur. patro.* Neque facere pro Bartolo potest elegans illud Papiniani responsum quo omnes mouentur, in *d.l. cū de in rē verso.* Primùm quia nihil est in ea lege ex quo possit conici solutas fuisse vsuras per integrum de-
6 cennium. † Illa enim verba *longo tempore* licet, cùm de longi temporis præscriptione agitur, exprimat decennium inter præsentes & vicennium inter absentes, *tot.tit.C.de præscr.long.tempor.& de vsuc.transform.* Vt & in specie *l.si cum fideicommissa.16.§.Aristo.D.qui & à quib.manum.* plerunque tamen aliam habent significationem, quemadmodum in *l.nunquam in vsucapionibus.31.in princ.D.de vsucap.* vt & illa *per multum temporis*, quæ ad triennium coangustantur in *d.l.1.Cod.de fidei.* Et in proposito id sanè sibi Papinian. voluit solutas fuisse à patre vsuras quandiu dixit, quantumcunque tandem id tēpus fuerit. Nā & semper fecisse dicitur, qui fecit quandiu vixit, *l.aduersus.5.C.de vsur.* vbi male etiā Baldus quod lex ait *semper* interpretatur de triennio aut ad summum de decennio, vel vicennio. Qui enim dicit semper à te factum, intelligit proculdubio quòd feceris in hodiernū vsque diē, aut si iam decesseris, in tēpus vsque mortis tuæ. Itaque plus est dicere *semper* quàm *longo tempore*, si plus quàm decēnio vixeris. Minus, si intra decennium obieris, & lōgum tēpus pro decennio accipiatur. Deinde non exprimit Papin. solutas fuisse vsuras tanquam ex stipulatione debitas, quod tamē, si nostris credimus, necessariò requireretur. At neque ponit solutas fuisse quasi debitas ex natura actionis cōpetentis De in rē verso. Quod tamen etsi factū esset, nihil prodesset, quia titulus De in rem verso nō magis habilis est quàm pactū nudum ad inducendam vsurarum obligationem, Nisi stipulatio interuenerit *l.si pro patre.10.§. sed vtrum.D. de in rem verso.* Præterea, quod præcipuè obseruandū est, non quærit Papinianus in illa specie. An vsuræ in futurum debeantur, sed an debeantur pro eo tempore quod præteriit in illum vsque diem quo De in rem verso actum sit. Proponebatur enim actum de in rem verso ad solutionem sortis, nec nisi incidenter mota quæstio de vsuris præteriti temporis quæ simul cum sorte exigebantur. Denique nullam longi temporis rationem eo loco haberi constat manifestissimè ex sequentibus, in quibus Papinianus subiicit Imperatorem Seuerū filiæ Flauij Athenagoræ, cuius bona fuerant publicata, de fisco numerari decies centena millia iussisse ideò quòd allegasset illa patrem dotis vsuras præstitisse. Nam nec sæpiùs quidem vsuras à patre præstitas ponit, nec longi temporis vllomodo meminit. Idque & Molin. ipse fateri cogitur in *d.tractat.De contract.vsur.quæst.num.207.* vbi tamen malè scribit satis Papiniano constitisse de dotis debito ex aliis probationibus. Quod si ita erat, dici vix poterit qua de re consultus Imp proponeretur. Cur enim de dote dubitaretur si deberi eam constabat? De vsuris sanè aut præteritis aut futuris tractatum non fuisse ex eo apparet quòd iussit Imp. decies centena dati filiæ dotis nomine, hoc est pro dote non pro vsuris dotis. Neque enim dotis appellatione veniunt dotis vsuræ, *l.vir vxori.54.de donat.ant. vir. & vxor.* † Papiniani igitur, quod ad secundum illud responsum attinet, hæc sententia est. Motum fuisse Imp. vt dotem de cuius promissione non constabat, filię deberi pronūciaret, quia dotis vsuras à patre præstitas apparebat. Vsurarum enim solutio præsupponit debitum sortis. Et quamuis ex sola vsurarum solutione non probetur fors debita, *d.l.si non sortem.26.in princ.de cond.indeb.* dotem tamen à patre filiæ nuptę datam verisimile erat. Alioqui publicatis bonis patris indotatam esse filiam, nec vllum ad bona patris regressum habere, non tantùm inhumanum esse: sed etiam inuidiosum. In summa æquissimum est fiscum qui ex causa publicationis omnia patris bona habeat, præstare filiæ dotem quam pater debere voluerat, & filiæ aliquando soluere destinauerat. Quod tamen quoniam æquitatis specie quadam sumpta ex fauore filiæ & odio fisci, potiùs quàm stricta iuris ratione nititur, fuit in eam rem necessarium rescriptum Imp. nec Papin. aut alius Iurisconsultus, vt arbitror ita respōdere potuisset. At quid hoc, inquies, commune habet cum primo legis responso? Ex eo nimirum intelligimus quàm malè nostri primum illud Papiniani responsum interpretentur.

CAPVT IX.

Vera nouáque interpretatio d. l. cùm de in rem verso. & l. litibus. 20. C. de agric. & censit. lib. 11. tit, 47.

SVMMARIA.

1 *Cur in* d.l.cùm de in rem verso *heres patris aut domini in cuius rem versum erat, vsuras à die mortis defuncti vsque ad tempus quo de in rem verso actum est, præstare debeat?*

2 *An in* d.l. *heres quoad vsurarum præstationem voluntatē mutare possit & vsuras in futurum non soluere?*

3 *Heredem ex sola & præsumpta testatoris voluntate fortius quàm ex instrumentis aliquando obligari.*

4 *Fieri interdum posse vt voluntatem mutare heres nequeat, quam defunctus mutare potuisset.*

5 *Redduntur aliæ rationes, cur vsuras præteriti tēporis quas defunctus nō soluere potuisset, heres eius inuitus præstet.*

6 *Aliam esse rationem debitoris, aliam heredis eius, quum de vsuris indebitis longo tempore solutis, in posterum soluendis agitur.*

7 Cur

7 *Cur in* d.l.cùm de in rem verso, *necessarium fuerit Imperatoris rescriptum?*

8 *Respondetur obiectionis contra superiorem interpretationem allatæ,& explicatur.* l. litibus. 20. C. de re agric.& censit.

9 *Reijcitur Molinei & aliorum ad* d.l.cùm de in rem. & d.l.litibus *interpretatio,& ex ijs legibus elicita conclusio.*

10 *Obligationes personales difficiliùs nasci & perimi quàm reales.*

11 *An ex vniformi & per triginta annos continuata præstatione possit aliquis ad futuras præstationes obligari?*

1 PVto † Papiniani sentētiam illam esse, vt heres patris aut domini in cuius rem versum erat, debeat vsuras totius illius tēporis quod à die mortis defuncti præterierit in illam vsque horam qua de in rem verso actum sit, non ratione illa quam nostri comminiscuntur, quòd per decennium aut aliud longum tempus essent præstitæ. Neque item quòd causa vlla allegaretur, aut probaretur, quæ vsurarum obligationem posset inducere citra stipulationem, sed ea ipsa quam Papinianus exprimit tam apertè, vt non potuerit apertius, *quod eas ipse dominus vel pater longo tempore præstitisset.* Quibus verbis ostendit non tam ipsius præstationis rationem haberi, aut temporis quo continuata est quàm personæ quæ vsuras præstitit: *ipse*, inquit, *dominus vel pater.* Quasi dicat, non debere heredem recusare solutionem vsurarum quas pater ipse vel dominus à quo causam habeat, & cuius personam repræsentet, præstiterit quandiu vixit. An quòd pater ipse vel dominus si viueret cogi hodie posset ex longa illa præstatione, vt in futurum quoque vsuras solueret? Minimè. Obstant enim *l.creditor.7.Cod.de vsur.* & *l.si certis annis.28.C.de pact.* quæ id negant, etiamsi pactio nuda præstationem longam præcesserit. Illa siquidem verba *certis annis* nō minus de decem aut viginti quā de duobus vel tribus annis intelligi debent, cùm certis annis opponantur duntaxat perpetui, *l.4. l.annua. 20.in fin.l.cum quidam.23.de ann.legat.* An quia præstare heredem oporteat iure hereditario id quod defunctus ipse, si viueret, præstare non cogeretur. Multò minus *l.postulante.44.in princ.D.ad S.C.Trebell.* Sed quòd credibile sit eum qui quandiu vixit vsuras præstitit versæ in rem suam pecuniæ, si diutiùs vixisset, diutiùs quoque præstiturum fuisse, qui scilicet non ignoraret alienam se pecuniam retinentem ex qua lucrum sensisset, obligatum esse naturali quidam ratione ad eius vsuras, licèt nō promissas, veluti ad *ἀντίδωρα* arg.*l.si non sortem.26.D.de cond.indeb.* Cur non ergo sanam iustamque eius voluntatem heres sequatur? Aut quid eum magis mouere debeat quàm exemplū factumque eius cum quo eadem ipse persona esse existimetur? Etsi enim voluntatem mutare defunctus potuit: præsumendum tamen non est fuisse eum mutaturum, arg.*l.3.l.cum qui.22.D.de probat.* 2 † Et ea ratio concludit duntaxat posse heredē quoque mutare voluntatem, quod sanè verum est, cùm nulla obligatione teneatur *l.Lucius.32.D.de donat.l.4.D.pro donat.* Sed non facit quin vsuras quas defunctus in diem vsque mortis præstitit, præstare etiam ipse debeat quousque voluntatem suam declarauerit, easque in futurū præstare se nolle dixerit. A quo demum tempore si creditor patiatur manere penes eum sterilem pecuniam, quam vtique, si vellet, posset statim exigere, sibi imputet. Denique imago quædam hic est tacitæ stipulationis, sicut imaginem societatis dixit Iuriscon. in specie non omnino dissimili in *l.1.§.vlt.D.de bon.liber.* illis verbis, *vt quod viuus solebat societatis nomine præstare, id post mortem præstaret.* 3 † Nec sanè nouum est, vt ex eo quod facere defunctus solebat colligatur eius voluntas, adeoque nonnunquam fortior quàm quæ ex instrumentis probatur, *l.prædiis 91.§.Titio de leg.3.l.1.de reb.dub.* nisi specialis aliqua ratio impediat, vt in *l.1.§.3.de reb.eor.qui sub tutel.* propter pupilli vtilitatem, & Senatusconsulti, de quo ibi agitur, autoritatem. Porrò voluntatem defuncti heredem subsequi semper æquū est, *l.purè 5.§.præterea de dol.excep.* eo etiam interdum casu quo implendæ eius obligatio nulla sit, quasi sola voluntatis autoritas deficiente quoque iure sufficere debeat, vt in *l.Quintus 7.de ann.legat.l.in testamento 38.D.de fideic.liber.l.si ego 9.§.1.D.de iur.dot.l.2 si veritas 23.C.de fideic.* Et quemadmodum contingit aliquando, vt plus possit heres quàm defunctus, *leg.reperitur 87.D.ad leg.falc.l.7.l.si per imprudentiam 51.§.non minon.D.de euict.* 4 † Ita euenire contrà potest, vt voluntatem mutare heres nequeat quam defunctus mutare potuisset, *l.3.D.de seru.expor.* quod & in donationibus inter virum & vxorem accidit, quas cùm donans ex sola pœnitentia reuocare possit, si tamen non reuocauerit, heres eius reuocare non potest, *l.cùm hic status 32.§.aut oratio & pass.D.de donat.int.vir.& vxor.* Proinde nec mirum videri debet si in specie *dict.l.cùm in rem verso.* inuitus heres præteriti temporis vsuras debeat quas inuitus defunctus, si viueret, non deberet. Nam & idem ferè euenit, si dotis vsuras in stipulatu deductas vir quandiu vixit ab vxore non petierit, vt donatæ illæ videatur, earumque petitio heredi non supersit, quæ tamen ipsi marito, si viueret, superesset, *l.vir vsuras.54.De donat.int.vir.& vxor.* Quòd si defuncti negligentia in non exigēdis vsuris quas in stipulatum deduxerat inducit vsurarum remissionē ex coniectura voluntatis, idque in præiudicium non stipulatoris, qui viuus posset exigere, sed heredis eius. 5 † Vtique eadem ratio faciet in contrarium, vt defuncti diligentia in soluendis vsuris, quas non debuit, heredi noceat, tametsi nocere ipsi soluenti non potuisset si in solutione cessare nec ampliùs eas soluere voluisset. Non enim credendus est quispiam velle heredi suo parcere magis quàm sibi, aut in heredis sui persona soluendarum vsurarum necessitatem improbasse quam in sua probauerit, sibique versæ in rem suam pecuniæ conscientia imposuerit, sicut & qui sibi consulit heredi quoque suo perinde consulere intelligendus est, vulg. *l.si pactum.9.D.de probat.* Accedit quòd existimandum sit creditorem qui à patre aut domino, in cuius rem versum est vsuras annuas accipere solitus erat, idcirco distulisse sortis exactionem, non alioqui dilaturus, nec de vsuris cum herede postea contēdendi materiam habiturus. Nam sicuti qui in futurū vsuras à debitore accipit, tacitè pactus videtur ne intra id tempus sortem exigat, *l.qui in futurum.57.Cod.de pact.l.2.§.non male.D.de dol.mal.except.l.vlt.de eo quod certo loco.* Ita ex contrario qui vltrò indebitas vsuras soluit pro præterito tempore, nec præmonet nolle se in posterum soluere, impellit creditorem, vt ea percipiēdarum futuri temporis vsurarum spe allectus sortis exactionem in longius tempus differat, quo elapso & interea defuncto debitore videatur sinè dolo proximus heres eius, si totius præteriti temporis vsuras nondum solutas deneget. 6 † Nec ad hunc casum pertinet *d.l.si creditor.7 C.de vsur.* quæ non de herede debitoris loquitur, sed de ipso debitore, cuius longè diuersa, vt diximus, ratio est. Debitor enim qui per longum aut etiam si voles longissimum tempus vsuras soluit, quas non promiserat, voluntatem suam inter-

pretari potest, an id fecerit ex liberalitate, cuius eum iam pœniteat, an vti ne alienam pecuniam in suos vsus impunè vertisse videretur. Ideoque & minores vsuras pro arbitrio præstare potest, & consequenter etiam nullas, quia neque obligatus est, neque ex propria etiam voluntate, nisi per eos modos quos lex induxerit, obligari potest. At heres neque voluntatem testatoris reuocare, neque interpretari potest, nudaque defuncti voluntas ad heredem obligandum sufficit, quæ defunctum ipsum obligare non poterat. Itaque quoad sortem debitam restituat, aut nolle se sub iisdem vsuris pecuniam retinere insinuet, æquissimũ est nec à iuris ratione alienum, licèt nulla iuris necessitate inductum, vt eas vsuras prestet, quas defunctus præstare solitus erat. Vel ob id maximè quòd defuncti fidem secutus creditor, non ita facilè heredis ipsius fortasse secuturus fuerit. Itemque quoniam agentis de in rem verso causa sit ideò fauorabilior, quòd non tantùm agat ob mutuam datam pecuniam, sed etiam quòd in rẽ debitoris versa sit, factusque ille locuple-
7 tior. † Enimuerò quia casus hic valde singularis est, in quo nimirum vsuræ alioquin odiosæ, quæ non deberentur si pactum nudum præcessisset secuta etiam longi temporis præstatione, vt & nostri fatentur, inhabili scilicet ad agendum causa, debeantur, citra pactum ab herede eius, qui si viueret nullas deberet, idque ex vi tacitæ non pactionis, quæ minimè sufficeret, sed stipulationis, quæ post mortem demum eius qui vsuras prestare solebat, vires suas exerere incipiat, nec id in futurum omne tempus, sed in eum vsque diem duntaxat, quo declarauerit heres nolle se sub vsuris eam pecuniam retinere, (sic enim omnino intelligi Papinianus debet) necessarium certè fuit rescriptum Imperatoris, ad constituendum ius, quod sola iurisprudentum autoritate constitui vix potuisset. Apparet igitur ex superioribus quàm malè & imperitè hactenus nostri elegans illud Papiniani respõsum in suæ sententiæ comprobationem detorserint.
8 † Iam verò quod obiiciunt ex *l. Iustbus. 20. C. de agricol. & censit. lib. 11. tit. 47.* longè minus ad rem pertinet. Nã quod lex ait *vel longinqua & inueterata redituum susceptione*, & paulò post *vel redituum frequentissima consequentia*, hunc sensum habet, vt fundi dominus, cui per longum tempus redituum præstatio à colono facta est, non possit ab eo pati controuersiam possessionis, aut dominij, cùm ex iis præstationibus appareat colonum quantumuis longo tempore possederit fructusque perceperit, non sibi sed domino possedisse, *l. malè agitur. C. de prescr. 30. vel 40. annor.* Non autem vt colonus qui per longum aut lõgissimum tempus certos reditus etiam ex iusta causa domino persoluerit, eosdem in posterum persoluere compellatur. Et, vt breuiùs dicam, non vult Iustinianus ex ea longa præstatione obligari colonum, si eosdem reditus in posterũ præstare nolit (quid enim si fundum derelinquere paratus sit?) sed repelli si eum fundum cuius reditus domino anteà per longum tempus præstiterit, tanquã suũ vindicare velit, ipsique domino referre quæstionem dominij aut possessionis, vt apparet ex illis verbis *colonorum impetum excludente*. Si quidem longè facilius est dare exceptionem ei qui sit dominus, tuendi dominij gratia, aduersus eum qui mala fide dominium vindicet, quàm actionem in personam eius, qui exsoluendæ fidei potiùs causa quàm se obligandi animo fundi, quem colebat reditus per longos annos do-
6 mino præstiterit. † Nec in re tã aperta nostri, vt puto, cæcutiissent si non iis Papinianus suprascripto respõsu imposuisset. Miror verò præcipuè Molinæum qui cùm in hac quæstione, vt in aliis omnibus, subtilem egerit, maximè in receptioribus aliorum sententiis impugnandis, hac parte tamen communem errorem secutus sit. Nam si quis alteri obsequia clientelarum certi fundi nomine per decennium continuum præstiterit, fatetur quidem ille in *Consuet. Paris. §. 7. n. 21.* non ideò posse eum cui præstita sint, si nullo alio iure nitatur, ius feudi vindicare: quod & verissimũ est. At si de personali iure agatur, locum esse ait legi, Cùm de in rem verso. Quasi verò actio realis longius tempus requirat quàm personalis: quo absurdius dici ni-
hil potest. † Quis enim nesciat obligationes persona- 10
les difficilius nasci, & difficilius quoque perimi? excepto casu, *l. cùm quis. 38. §. vlt. de solut. & l. grege. 13. §. etiam. D. de pigno.* Et ob id nimirum veteribus iuris auctoribus incognitam fuisse earum præscriptionem, cùm tamen nec vsucapio rerum immobilium nec lõgi temporis possessio esset iis incognita. Quin & Iustinianus ipse qui res omnes immobiles vbique terrarũ decennio acquiri voluit inter præsentes, & vicennio inter absentes *l. vnic. C. transf. vsucap.* An non Honorij & Theodosij, itemque Anastasij leges incorrectas reliquit, quibus inductum erat vt personales præscriptiones trigesimo demũ aut quadragesimo anno cõplerentur? *l. sicut. l. omnes. l. compet. C. de præscript. 30.*
vel 40 annor. † Sed neque illud probare possum quod 11
nostris tam constanter placere video: eum qui per triginta annos cõtinuos annuum quid vniformiter præstiterit ex iusta aliqua causa vsque adeò obligatũ intelligi ad futuras præstationes, vt ea præscriptio ius firmũ tribuat illi cui solutiones factæ sunt, nec quicquam prosit falsam & erroneam probari causam solutionum. Sic enim Molin. post alios in *dict. tractat. De contract. vsur. quæst. 20.* Nam etsi non ignoro præscriptionem triginta annorum habere locum, nullo etiã concurrente titulo, puto tamen id eò pertinere vt actionem quæ alteri competebat possit excludere, non autem vt ius actionis quę prescribenti nunquam cõpetiit, possit ei acquirere. Ipsum siquidem prescriptionis nomen non acquisitionem dominij, *l. 3. D. de vsucap.* sed exceptionem tantùm, *l. qui agnitis. 11. & pass. D. de excep. l. 3. D. de præuaric. l. 3. C. de prec. Imp. offer. l. si non conuicy. 5. C. de inner.* Et ex iis Imperatorum constitutionibus quę longissimi temporis præscriptionem nouo iure induxerunt, apparet nihil aliud eos egisse quàm vti ne vlla actio vltra longissimum tempus viueret, non etiam vt ex eo temporis lapsu actio aliqua acquireretur. Est namque difficilius, vt modò dicebamus, actionem dare quàm exceptionem, secundùm iuris regulam, *l. inuitus. 156. §. cui damus de reg. iur. l. 1. §. his autem de superfic. l. creditori. 5. C. de pact. cap. qui ad agendum de reg. iur. in 6.* Et ex contrario longè faciliùs fuit legislatori cõstituere vt tempus modus esset tollendæ saltem per exceptionem actionis, aut obligationis, quàm vt fieret modus inducendæ. Quare, vt dicam quod sentio: Non puto ex vllis præstationibus quantumuis vniformibus, & per longissima tempora continuatis acquiri posse actionem præscribenti, nisi tempus id effluxerit quod hominum memoriam excedat. Hoc enim solo casu, & preterea nullo constituti iure habetur quod per tot tẽpora vniformiter præstitum apparet. Nec de errore quęstio vlla referri potest, cùm nec necesse sit vt causa vlla allegetur ex qua solutiones factæ sint, *l. 1. §. vlt. de aqua plu. arcend. l. 3. §. ductus aquæ de aqua quotidian. & æstiu. Dydac. Couarr. in 2. par. relect. cap. possessor. §. 4. n. 4. Molin. de quæst. 20. n. 206. in prin.* De quo tamen videnda sunt quę nos pluribus in Codice nostro Sabaudico scripsimus.

CA-

CAPVT X.

De bonorum vacantium vſucapione aduerſus fiſcum, Ad l.quamuis.18.D. de vſucap.

SVMMARIA.

1 *Res fiſci, delatas tantùm, ſed nondum nuntiatas vel incorporatas vſucapi olim potuiſſe.*
2 *An in eo caſu quadriennij præſcriptioni locus fuerit?*
3 *An fuerit eo caſu inter lucratiuam & onerosam cauſam differentia?*
4 *Verba illa* diutina poſſeſſione, *in* dict. l. quamuis, *à Triboniano ſuppoſita eſſe.*
5 *Tentatur etiam poſt Iuſtiniani conſtitutionem bona vacantia fiſco nondum nuntiata, biennio vſucapi.*
6 *Bona fiſco nuntiata nec vſucapi, aut quadriennio præſcribi, vel longo tempore poſſideri poſſe.*
7 *An viginti annorum præſcriptio aduerſus fiſcum currat cum mala fide?*

1 NOn potuerunt iure vetere fiſci res vſucapi, eæ
ſcilicet quæ fiſco iam acquiſitæ, & vt noſtri lo-
quuntur incorporatæ eſſent, *l. vbi lex.24 §. vlt. D. de v-
ſucap. l. 2. C. commun. de vſucap.* Quæ verò delatæ tan-
tùm vſucapi potuerunt, vt puta, bona vacantia non-
dum nunciata, quæ fiſco deferebãtur ex lege Iulia ca-
ducaria, vt Vlp. refert in titulis, *tit. 18. §. 1. in fin.* Nam
ſi ex eiuſmodi bonis vacantibus fiſco nondum nun-
tiatis bonæ fidei emptor traditam ſibi rem accepiſ-
ſet. iam olim Papin. reſpondit, & ab Impp. reſcriptum
eſt potuiſſe vſucapionem procedere, *§. res fiſci. Inſtit. de
vſucap.* hoc eſt earum rerum dominium biennio ac-
quiri. Id enim fuit vſucapionis tempus lege 12. tabul.
præſcriptum vt idem Iuſtin. teſtatur in princip. *d. titu.
2 de vſucap. & in l. vnic. C. de vſucap. transf.* † Cui conſe-
quens eſt non fuiſſe eo caſu locum præſcriptioni qua-
driennij, quæ aliàs locum babebat contra fiſcum bo-
na vacantia nondum nuntiata poſt quadriennium
vindicantem, *l. 1. C. de quadrien. præſcript.* Nam qui rem
vſuceperat biennio, atque ita dominium ſibi quæſi-
uerat (eſt enim vſucapio adiectio, aut, vt alij legunt,
adeptio dominij, *l. 3. de vſucap.*) non indigebat qua-
driennij præſcriptione, quæ vt cæteræ præſcriptiones
omnes, nihil aliud quàm exceptio eſt, ſicut ſuperiore
capite diximus. Quomodo enim locus eſſe poſſit ex-
ceptioni vbi actio nulla ſupereſt? cùm in id tantùm
comparata ſit exceptio, vt actionem excludat, *l. 2. D. de
excep.* Extrà eum caſum ſi poſſeſſor exceptionis titulũ
aliúmve non haberet, cùm non poſſet vſucapio pro-
cedere ſine titulo, *l. Celſus.27. de vſucap.* neceſſaria erat
3 præſcriptio quadriennij, *d. l. 1. C. de quadr. præſcrip.* † Ni-
ſi fortè quis putet fuiſſe etiam neceſſariam ſi donatio-
nis aut alterius lucratiuæ cauſæ titulum poſſeſſor ha-
buiſſet. Fuiſſe enim hac parte differentiam aliquam
inter donatarium & emptorem, minúſque fauorabi-
lem viſum donatarium in ipſa quoque longi tempo-
ris poſſeſſione, conſtat ſatis ex Iuſtiniani conſtitutio-
ne in *l. ſuper longi 11. C. de long. temp. præſcript.* cuius ta-
men verba illa *perſpicuo iure ſancimus*, non obſcurè ſi-
gnificant latam eam legem dubitationis tollẽdæ gra-
tia, ne quis fortaſſe hac in re lucratiuam cauſam ab o-
neroſa ſecerneret, potiùs quàm quòd ita ius antea eſ-
ſet vt ſecerni deberet. Nam & olim potuiſſe longi tẽ-
poris poſſeſſionem ex cauſa donationis procedere ap-
paret ex *l. locus.26. D. de acq. poſſeſ.* ſi non ille locus im-
mutatus eſt à Triboniano reſpiciente ad illam Iuſti-
niani legem, itémque ad Conſtitutionem *de vſucapio.
transform.* vt *per longam poſſeſſionem capi*, ſcripſerit pro
eo quod Iuriſc. dixerat *vſucapi*. Id enim ab eo factum
pleriſque aliis locis, & ante nos Iacob. Cuiacius, & ex
recentiorib. doctiſſimus quiſque non minùs verè quã
ſubtiliter obſeruarunt, ac ex iis, quę mox ſubiiciemus
manifeſtiſſimè intelligetur. Certè quadriennij præ-
ſcriptionem de qua in *d. l. 1. C. de quadr. præſcr.* non po-
tuiſſe locum habere in emptore bonorum vacantium
nondum fiſco nuntiatorum, ex eo apparet quòd em-
ptor hic vſucapere poterat, *d. §. res fiſci. Inſt. de vſucap.*
Vſucapionem verò cũ quadriennij præſcriptione cõ-
currere nec iuris ratio olim patiebatur, nec hodie pa-
titur. † Ex quo moueor vt putẽ reſponſum illud Mo- 4
deſt. quod extat in *l. quamuis.18. D. de vſucap.* cũ pror-
ſus expreſſum ſit ad Papiniani ſententiam à Iuſtin. re-
latam in *d. §. res fiſci*, non poſſe intelligi de quadrien-
nij præſcriptione in illis verbis, *diutina poſſeſſione*, vt
malè quoſdam interpretatos video. Nec rurſus de lõ-
gi temporis poſſeſſione, vt alij explicant. Siquidem
Modeſtini temporibus & ante Iuſtinianum diſtinctæ
prorſus erant locis, & rebus. vt etiam tempore iura v-
ſucapionis & longæ poſſeſſionis. Nec quæ res poterat
vſucapi, eadẽ poterat etiam per longam, hoc eſt decẽ-
nalem poſſeſſionem acquiri, quoniam peracto biẽniõ
dominium iam ex vſucapione quæſitum non poterat
magis fieri poſſidentis. Ergo cùm vſucapio illo caſu
locum haberet vt Papiniano & Impp teſte ac proban-
te Iuſtiniano, viſum eſt, eamque ſpeciem Modeſtin.
tractet in qua haud dubiè vſucapio procederet ſi res
cum fiſco non eſſet (ſic enim ille *quamuis aduerſus
fiſcum vſucapio non procedat*, ne fortè putes agere eum
de re prouinciali quæ non vſucapi, ſed diutina tãtùm
poſſeſſione acquiri potuerit) non potuit in illa ſpecie
emptorum bonorum vacantiũ, prius quàm fiſco nun-
tiarentur, locus eſſe diutinæ poſſeſſioni. Proinde fate-
ri neceſſe eſt corruptum Modeſt. reſponſum à Tribo-
niano, ſuppoſitáque verba illa *diutina poſſeſſione capiet*,
pro eo quod Modeſt. poſt Papinian. ſcripſerat *vſuca-
piet*. Hoc verò propter illam vſucapionis transforma-
tionem quæ à Iuſtin. facta eſt in *d. l. vnic C. de transf.
vſucap.* tranſlato iure vſucapionis in ius longæ poſſeſ-
ſionis. In quo tamen vereor ne alios decipere volens
Tribonianus ipſe deceptus ſit. † Hic enim caſus vnus 5
eſt, à nemine forſan adhuc obſeruatus, quo videatur
dici poſſe incorrectum manere ius vetus vſucapionis,
vt etiam hodie bona vacantia nondum fiſco nuntiata
vſucapiantur biennio. Mouet me, quòd illa Iuſtiniani
Conſtitutio in *d. l. vnic.* non ſuſtulit nec transformauit
præſcriptionem quadriennij, cuius ne meminit qui-
dem. Ea porrò manente dico abſurdũ eſſe, ei qui qua-
driennij præſcriptione tutus ſit neceſſariam dicere
longioris tẽporis poſſeſſionẽ. Nam quadriennij præ-
ſcriptio ei demum proderat qui titulum nullum aut
etiam ſi voles id coniicere ex *d. l. ſuper longi. 11. Cod. de
long. temp. præſcript.* qui lucratiuum habuiſſet. Quem
tamen nemo dixerit melioris conditionis eſſe debere,
quã qui ex emptionis aliáve oneroſa cauſa poſſideat,
l. quod autem. 6. § ſimili modo l. vlt. § 1. D. quæ in fraud. † 6
Et in hoc errauit etiã grauiter Bartol. exiſtimans qua-
driennium illud computandum fuiſſe à die nuntia-
tionis, cùm tamen certum ſit: imò verò nũtiandis bo-
nis fuiſſe præſcriptum, *leg. intra quatuor. 10. § 1. D. de di-
uerſ. temp. præſcr. l. quia autem. 6. § certè ſi vacantia. D. ſi
quis omiſſ. cauſ. teſt. l. 1. § Diuus Pius de iur. fiſc.* Facta e-
nim nuntiatione conſtat nec vſucapioni locum fuiſſe
nec præſcriptioni quadriennij, *d. § res fiſci.* at ne qui-
dem poſſeſſioni longi temporis, cùm neque id vſpiam
traditum ſit, neque fauorabilior in prouinciis eſſe po-
tuerit longa poſſeſſio, quàm in Italia vſucapio. Igitur

viginti annorum præscriptio erat necessaria. Ex regula, *l. in omnibus. 13. de diu. temp. præscr.* eritque hodie, etiamsi titulus cum bona fide concurrat. Neque enim abrogata est *d. l. in omnib.* Sed & non facta nuntiatione si quid sit quod quadriennij præscriptionem impediat, puta priorum delatorū præuaricatio qui facta denuntiatione destiterint, *d. l. intra quatuor in princ. d. l. §. vlt. de iur. fisc.* puto nec fuisse olim nec esse hodie locum præscriptioni minoris temporis quàm viginti annorum. Non solùm si nullus titulus, quem sanè cōstat non minùs ad longam possessionem quàm ad vsucapionem fuisse esseque necessarium, *d. l. vnic. C. de vsucap. transform.* sed etiam si titulum bonæ fidei possessor habeat, quia casus hic vt probauimus, non pertinet ad Iustin. Constitutionem. Ideoque succedit regula, *d. l. in omnibus*, quæ viginti annorum præscriptionem requirit in omnibus fisci quæstionibus, in quib.
7 breuius tempus statutum nō est. † Cuius præscriptionis, vt hoc etiam adnotemus, ius proprium illud est vt currat etiam cū mala fide, *l. 2. D. de requiren. reis.* Guid. Pap. *qu. 416. nu. 14.* Ideò fortasse quòd nec in mala fide verè constitutus videatur possessor qui tamdiu ignorat an iure suo fiscus vti velit. Qua etiam ratione compratum est vt is cuius res ipso iure commissa est ob non solutum fisco vectigal, præscribat nihilominus quinquennio, *l. 2. C. de vectig. & commiss.* licèt quòd cōmissum est statim desinat eius esse qui crimen contraxit, *l. commissa. 14. D. de public. & vectigal.* Nec aliud iure Canonico seruabitur, quo tamen inductum fuit vt nulla cum mala fide præscriptio dari possit *cap. vigilantis & cap. vlt. Ext. de præscrip.* sanè quod in reb. fisci olim obtinebat vt vsucapi non possent, hactenus immutatū est ex posteriorum Impp constitutionibus, vt quadraginta saltem annorū præscriptione fiscus si eas vindicet repellendus sit. *l. omnes. 4. l. cōperit. C. de præsc. 30. vel 40. annor. nouell. ut. de bon. vacan. & incorp. libr. 10. C. tit. 10.* vt scripsi latius in Codice.

CAPVT XI.

Filiumfamilias iure vetere fuisse acquisitionis capacem.

SVMMARIA.

1 *De filijsfamilias & serui quoad acquisitionem differētia.*
2 *De patre qui filio, quem in potestate habet, hereditatem restituere rogatus est, & quando illa hereditas filio acquiratur?*
3 *Cur filiusfamilias hereditatem sibi delatam citra patris iussum adire non possit?*
4 *Sententia l.* placet, 79. ff. de acquir. hered.
5 *Ratio cur filiusfamil. acquisitionis interdum sit capax, seruus verò nunquam?*
6 *Cur iure vetere pater filiofamilias donare non posset?*
7 *Patrem filio emancipato, nec non filio naturali olim donare potuisse.*
8 *Casus indicatur, quo non potest filiusfam. sibi acquirere, tametsi nec patri acquirat.*

VVlgo creditur non fuisse filiumfamilias iure vetere acquisitionis capacem, in eoque parem eius & serui conditionem extitisse, Quasi hac patre eadem vis esset patrię & dominicę potestatis, vt quemadmodum per seruū domino acquirebatur, ita & per filiūfamilias patri quæreretur ex omnib. causis. Adeò vt ne momento quidem temporis in filijsfamilias persona consistere acquisitio posset. *l. placet. 79. D. de acquir. hered. l. 1. D. si a parent. quis manum.* Vnde tam frequens illa in libris nostris seruorum & filiorumfamilias cōparatio, præsertim quoties de acquisitione tractatur.
† Ego verò didici, vt in alijs permultis, de quib. nunc dicere nil attinet, ita hac in re longè maximam inter eos fuisse differentiam. Serui enim vsque adeò erant acquisitionis incapaces, vt dominis suis omnia acquirerent etiā inuitis, idque ex omnib. penè causis. *l. etsi. 32. D. de acquir. rer. dom.* Ita vt si vetante etiam domino seruus ab alio stipulatus esset, nihilominus domino promissorē obligaret, *l. seruus vetante. 62. de verb. oblig.* solaque ferè hereditatis causa excepta erat, cùm seruo heredi instituto non liceret hereditatem adire nisi præcedente iussu domini, sicut nec filiofamilias nisi præcedente iussu patris, propterea quòd cùm hereditas habeat commoda & incōmoda, obligetúrque per aditionē quisquis heres fit, absurdū & iniquum videretur alterius facto eius maximè qui sit in potestate aliū obligari. *l. qui in aliena. 6. D. de acquir. hered.* Melior enim patris & domini cōditio per filios & seruos fieri poterat, sed deterior non poterat, *l. melior. 133. de reg. iur. l. contra. 28. §. vlt. de pact. l. pen. D. de posit. cum similib.* At filijfamilias tametsi volentibus parentibus acquirebant omnia, inuitis tamen acquirere non poterant, sed quæ parentes acquiri sibi nolebant, ea demum filiisfamilias quærebantur, quasi acquisitionis capacib. si parentes consentirent. † Hinc illud erat, quòd si pater filio quem in potestate habebat rogatus esset hereditatem restituere, & pater suspectam diceret, cogi posset per filium vt adiret & restitueret, *l. cogi. 16. §. si pater suo D. ad S.C. Trebell.* quod in seruo etiā cum libertate per fideicōmissum substituto non perinde obtinebat, vt ibidem Vlp subiicit in *§. sed si seruus.* Nimirum quia cū euidens esset voluntas patris nolētis acquiri sibi hereditatē quam suspectam habebat, nihil obstaret quominus eam filius fideicōmissarius sibi acquireret. Non idem erat si sponte pater adiisset, & pure restituere hereditatē rogatus fuisset. Patri enim hereditas acquirebatur, quamuis voluntas testatoris refragari videretur. Propter quam causam qui parentibus acquiri nolebant, rogabant patres vt liberis suis, cùm in potestate esse desijssent, restituerent. Inde illud etiam fit vt si quis filio suo cùm in potestate esse desierit, hereditatem restituere rogatus, in fraudem fideicommissi quid facere probetur, cogendus sit statim restituere, inflicto & repręsentato dāno conditionis propter fraudem, vt Papin. loquitur in *l. Imperator. 50. eo tit.* quòd sanè fieri non posset si patria potestas quæ cautionis inter patrem & filium interponendę remedium impedit, dominij quoque acquisitionem in filij persona impediret. Eodem pertinet quod Vlp. ait in *l. is qui heres. 14. §. vlt. de acquiren. hered.* neque patrem sine filio neque filiū sine patre repudiando alterum alteri nocere, sed vtrosque simul debere repudiare, siue testamentaria siue legitima hereditas filio obuenerit. Nimirum vt intelligamus, Repudiante patre delatam filio hereditatem posse filiū velle eam sibi acquisitam. Quod in seruo secus est, cui delatam hereditatem aut bonorum possessionem solus dominus repudiare potest, quia nec si dominus
vellet, posset eam seruus sibi acquirere. † Vnde illud 3
quoque nō immeritò fortasse mirari quis possit, Cur hereditatem sibi delatam filiusfamilias adire nō possit citra iussum patris, *d. l. qui in aliena.* cùm nolēte patre sibi eam acquiri, futurum esset vt ipso filio qui sponte adisset quæsita videretur. Sed dicendum est ea ratione sic comparatum, quod in suspenso manere non possit vis & potestas aditionis, quam tamen suspendi oporteret in id vsque tempus quo pater voluntatem suam declarasset, si interea filio adire liceret.

Quanda-

Quandoquidē nec anteà heres fieri pater poſſet niſi ignorans & inuitus, quod iuris ratio non patitur, nec filius ipſe ex aditione obligari: cū nō aliter ſit acquiſitionis capax quā ſi nolit pater ſibi per eū acquiri. Itaque cū patris potior ſit cauſa quā filij in ea etiā acquiſitione quæ per filiū fit, prius exploranda eſt voluntas patris. Alioqui ſemel facto herede filio, non poſſet amplius per eū heres fieri pater, quia ſemel heres ſemper heres perſeuerat *l.ait Prætor.7.§.ſed quod Papinianus.D.de minor.l.ex qua ſoluendi.88.D.de hered. inſt.* Idémq. in bonorū poſſeſſione obtinet, niſi quod iuſſum præcedere neceſſe nō eſt, ſufficitq. ſubſequi ratihabitionē *d.l.qui in aliena.§.1.l.vlt. §.1.quis ord.in bonor.poſſ.ſeru.l.1.C.qui admit.ad bonor.poſſ.* ideò fortaſſe quod aditio ſolennior eſſet, nec aliter valere poſſet quā ſi fieret eo modo quo fieri deberet, & ita vt confeſtim hereditas ex ea acquireretur, cùm eſſet actus legitimus cuius poteſtas nulla mora ſuſpēdi po-
4 terat *l.actus legitimi 77.de reg.iur.* † Eaque etiam Vlpiani ſententia eſt in *l.placet.79.D.de acq.her.* cū ſcribit, Quoties acquiritur per aliquē hereditas vel quid aliud, ei in cuius poteſtate ſit cōfeſtim acquiri ei cuius eſt in poteſtate, nec momēto aliquo ſubſiſtere in perſona eius per quē acquiritur. Ita ſignificans non tantùm aditionē hereditatis in ſuſpenſo eſſe nō poſſe, ſed ne ipſam quidē acquiſitionem, ſiue hereditas adita, ſiue bonorum poſſeſſio petita ſit. *d.l.vlt.§.1.quis ordo.* In quo tamē obſeruandū eſt, quod vulgo noſtri non animaduerterūt, non ſic Vlpianū loqui, vt dicat ſemper acquiri nobis per eos quos in poteſtate habemus, vt ne momento quidē temporis in eorū perſona conſiſtat acquiſitio: ſed *quoties*, inquit, *acquiritur*. Innuens, non igitur ſemper acquiri. Atqui per ſeruū quandocunq. acquirit ſemper acquiritur domino, quia ſibi acquirere ille nullo caſu poteſt niſi ea quæ ſint meri facti *l.qui heredi.44.de cond.& dem.l.legatum.21.De adim.legat.l.quod ſeruus.24.D.de acq.poſſ.*
5 † Ergo vel ex eo maximè loco colligas poſſe interdū filiumfamilias acquiſitionis capacē eſſe. Id verò euenit vno illo caſu ſi pater acquiri ſibi nolit. Et ratio differentiæ inter filiumfamilias & ſeruū euidens eſt, quoniā filiusfamilias habet perſonā integrā nec iure ciuili incognitā, ob idq. tam ex contractu quā ex delictis competit in eum iure ciuili actio *l.tam ex contractibus.57.D.de iudic.* Serui verò perſona nec integra nec vlla eſt, quippe qui iure ciuili pro mortuo habeatur *l.quod attinet.32.de reg.iur.* adeoque cōpa-
6 retur quadrupedib. *l.2.D.ad l.Aqu.* † Hæc cū ita ſint, difficile videtur intelligere, cur iure vetere donare pater filiofamilias non poſſet *l.donationes.31.§.pater. D.de donat.l.2.C.de inoff.donat.l.ſi donatione.13.C.de collat.l.ſiue emancipatus.17.C.de donat.* Nam ſi verum eſt, quod probauimus, fuiſſe filiumfamilias etiā iure vetere acquiſitionis capacem volēte patre, quid apertius eſt quàm velle patrē acquiri filio quod ipſe filio donet? At reſpondeo non impediri donationem ex eo quod filiusfamilias incapax ſit acquiſitionis, vt imperitè noſtri ſentiūt, ſed quia donatio valere nulla poſſit quin obligatio inter donantem & donatarium contrahatur, & quidem ciuilis vt ex cauſa donationis conueniri donator poſſit ad præſtandū id quod ſtipulanti donatario promiſerit, vel vt donatæ rei & traditæ dominium in donatarium tranſlatum irreuocabiliter cenſeatur. At inter patrem & filium contrahi obligatio ciuilis non poteſt propter ius patriæ poteſtatis *d.l.Imperator.51.ad Treb.* Neq. igitur fieri queat vt filiofamilias donare pater quicquam
7 poſſit. *l.4.D.pro donat.* † Planè emancipato dare iam olim potuit *d.l.ſiue emancipatis.l.vlt.liberis.C.de collat.* quin & filio naturali tantùm *l.omnes.17.§.Lucius.D.quæ in fraud.cred.* Non quòd habeant hi perſonā acquiſitionis capaciorem, ſed quòd in illis ceſſet ratio illa & impedimentū patriæ poteſtatis, cū nec natura-
les filios habeat in poteſtate pater, niſi quos & ex le- 8
gitimo matrimonio ſuſceperit & in familia ſemper retinuerit *§.1.Inſt.de patr.poteſt.* † Alius etiā caſus eſt obſeruatione digniſſimus in quo non poteſt filiusfamilias ſibi acquirere tametſi nec patri acquirat, in ſpecie *l.quemadmodum.46.D.de iure dot.* vbi ſcriptum eſt ſi ſeruo ſtipulanti pro domino dos promiſſa ſit, aut filiofamilias tradita, dotē quidē patri aut domino acquiri, ſed ita tamen vt neq. periculū præſtare debeant, neque culpā, quandiu ratā promiſſionē aut traditionē nō habuerint. Ne alioqui ex facto filiifamilias aut ſerui ignorans pater vel dominus periclitetur. Cū vero nullā de dote actionē mulier habere poſſit in filiūfamilias aut ſeruū, at nec in patrem vel dominū ad conſequendā aut potiùs extorquendam ratihabitionē, per quā à ſe metū periculi abiiciat. Illud vnū relinquitur quod Iulianus concludit, vt mulieri liceat etiā conſtante matrimonio res in dotem traditas cōdicere, aut etiam incerti cōdictione aſſequi, vt promiſſione liberetur. Hoc ideò, quia quod filius pro patre ſtipulatur ex cauſa dotis ab vxore patris, nō poteſt filio acquiri, nec ſi pater velit, quoniā filiusfamilias non eſt capax acquirēdæ dotis alienæ, cū ipſe maritus non ſit, ſoli autē marito dos cōſtitui & acquiri debeat *l.1.l.quamuis.75.& paſſ.eo.tit.l.Pomponius Philadelphus.35.D.fam.erci.l.ſi id quod.15.de duob.reis.l.item ſi.8.de ſtipul.ſeru.* Itaq. nihil hac parte differt filiusfamilias à ſeruo. Sed & ſingularis ille caſus obſeruādus eſt in quo cōtra iuris regulā permittitur mulieri conſtante etiā matrimonio dotē repetere.

CAPVT XII.

Ad l.Pomponius Philadelphus.35. D.fa.erci.

SVMMARIA.

1 *An collata à patre in filiamfam. dotis cauſa donatio iure vetere valuerit?*
2 *Refutatur ex* d.l.Pomponius, *communis Interpretum ſuper hac quæſtione opinio.*
3 *Dubitandi ratio in dicta lege quænam fuerit?*
4 *An in ſpecie* d.l.Pomponius, *ficta aliqua traditio interceſſiſſe ſubintelligatur?*
5 *An in* d.l. *dotis titulus ad dominij tranſlationem valuerit.*
6 *Quando valeant, donationes à parentibus in liberos collatæ?*
7 *Papiniani reſponſum in* l.cùm pater.77.§.pater filiæ.17.de leg.2. *de rebus ex cauſa dotis, non ſimpliciter filiæ donatis accipiendum eſſe.*
8 *Quænam Papinianum in* d.l.Pomponius, *mouerint vt pro filia reſponderet?*
9 *Cur in* d.l. *ſpecie filia rem ex dotis cauſa à patre donatam conferre non teneatur?*

QVod † capite ſuperiore diximus, donationem à 1
patre in filiamfamilias collatā iure vetere non valuiſſe ex *l.donationes.31.§.pater.D.de donat.l.ſiue emancipatus.17.C.eodem l.4.D.pro donat.l.2.Cod.de inoffic.donat.l.ſi donatione.13.Cod.de collat.* non putant noſtri fuiſſe perpetuam. Excipiunt enim cauſam dotis, cuius fauore iam olim receptum volunt vt inter patrem & filiamfamilias valeret donatio, in eamque rem nituntur paſſim eleganti illo Papiniani reſponſo quod extat in *l.Pomponius Philadelphus.35.D.fam.*

ercis. In cuius specie cùm proponeretur pater quædã
prædia filiæ suæ dotis causa tradidisse, eorúmq. re-
ditus genero solui mandasse, tũ quæreretur an post
mortem patris accepto inter filiam cæterósque pa-
tris ex testamento coheredes familiæ ercisenndę iu-
dicio, præcipua ea retinere filia posset, Respõdit Pa-
pinianus, iustam causam retinendæ possessionis ha-
bere filiam, quoniam pater prædia de quibus quære-
batur dotis esse voluerat, & matrimonium post mor-
tem quoque patris steterat: Filiam enim quæ natu-
raliter agros tenuit specie dotis cuius capax fuisset,
2 defendi. † At videamus, ne ex hoc ipso Papiniani re-
sponso receptissima hæc nostrorum sententia aper-
tissimè refellatur. Nam quod ille ait iustam retinẽ-
dæ possessionis causam habere filiam, non ea ratio-
ne fit quòd valuerit donatio ad transferendum do-
minium, aut ipsa etiam traditio ad transferendã pos-
sessionem (vtrunque enim Papinianus negat, cùm
scribit filiam agros illos viuo patre non possedisse,
sed tenuisse, quod longè diuersum & minus est *l. sti-
pulatio ista. 38. §. planè si tenere de verb. oblig.* Et tenuis-
se naturaliter tantùm, id est re ipsa vt in *l. 3. § aperi-
re. D. de S.C. Silan. l. in causa. 25. §. idem Pomponius. D.
de minor.* seu corporaliter, & vt nostri loquuntur de
facto potiùs quàm de iure.) Sed quia naturalis illa
& corporalis possessio quam ex contractu nancisci
filia non posset si non haberet, faciliùs defendi pos-
sit apud arbitrum familiæ erciscundæ, idq. ex æqui-
tate propter voluntatem patris qui ea prædia dotis
esse voluerat, non aliam ob causam quàm vt ferẽdis
matrimonij oneribus subseruirent. Id enim vel ipsa
dotis appellatio præmonstrat *l. pro onerib. 20. C. de iur.
dot.* Eadem porrò causa mortuo etiam patre subest si
diuisionis tempore constet adhuc matrimonium. I-
dem igitur retentionis ius filiæ saluũ esse debet, cùm
negari non possit, quin constante matrimonio filia-
3 familias capax sit habẽdæ dotis. † Itaq. dubitãdi ra-
tio illa erat, quòd re vera neç donatio valeret in fi-
liãfamiliàs collata, licèt dotis nomine, nec traditio,
quæ scilicet ipsi filiæ facta fuerat, cùm tamẽ nõ ipsi,
sed genero filiæ nomine fieri debuisset. Nam & hinc
illud est, quòd passim videas iuris auctores ita loqui
vt dotem genero filiæ nomine potiùs quàm ipsi filiæ
datã dicat. Quòd si quãdo filiæ datã legimus, sic om-
nino intelligere debemus, vt tamẽ genero non filiæ
traditio facta sit. Quomodo enim posset fieri domi-
nua dotis *§. 1. Inst. quib. alien. licet vel non l. dote. 6. C. de
rei vind.* si nulla traditio præcederet? vulg. *l. traditio-
4 nib. 20. C. de pact.* † Neque verò existimandũ est, vide-
ri hoc casu traditã dotẽ filiæ, & à filia deinde marito
quasi alterna vnᵘ traditionis occultetur, vt in *l. 3. § sed
si debitori. D. de don. int. vir. & vx.* quomodo sanè con-
tingeret si valeret donatio in filiã collata, vtputa si
facta esset à matre quæ liberos in potestate non ha-
bet, quemadmodũ in illa eleganti specie quam idem
Papin. tractat in *d. l. donationes. 31. §. species. D. de donat.*
Cur enim ficta subintelligitur traditio, quæ si vera
intercederet, nõ valeret? Sanè quamuis traditio do-
tis genero facta sit, atque ita dos in bonis seu quod
idem est in dominio bonitario mariti esse cœperit,
non ideò minùs tamen est filiæ *l. quamuis. 75. D. de iu-
re dot.* vtpote cuius maxime interfit dotem habere *l.
seruo legato. 69. § 1. de legat. 1.* At neque per traditionẽ
filiæ factam à patre, potest filiæfamilias quæri posses-
sio, cum ex contrario per traditionem filiæfamilias
factam, possessio patri acquiratur *l. 1. §. item acquiri-
mus. D. de acq. poss. § non solum. Inst. per quas person. nob.
acquir.* excepta naturali & corporali possessione, quæ
sicut tota facti est *d. l. stipulatio ista. §. hæc quoque stipu-
latio.* nec proinde in patrem aut dominum transit *l.
qui heredi. 44. D. de cond. & demonst.* ita neque induce-
re potest dominij translationem, quæ ex iure, tituli-
que habilis potestate proficiscitur *l. nunquam nuda.
31. D. de acq. rer. dom.* † Hic porrò nec titulus ipse dotis 5
valebat ex quo secuta traditio proponebatur, vt nõ
obscurè Papin. fatetur, cùm ait filia quę non nisi na-
turaliter agros tenuit, defẽdi *specie dotis*, id est eo co-
lore & prætextu potiùs quàm iure. Neque est cõtra-
rium quod Papin. subiicit esse filiam dotis capacem
constante matrimonio. Sunt enim hæc longè diffe-
rentia, Esse filiamfamilias dotis capacem viuo pa-
tre, Et, posse filiamfamilias ex donatione traditã sibi
à patre dotem accipere. Potest, imò verò tenetur pa-
ter filię nomine genero dotem tradere, quo casu ip-
si filiæ, vt diximus, dos acquiritur, licèt patri quoque
actio de dote sit communis *l. 2. D. sol. matr.* Sed ipsi fi-
liæ dotem tradere vt ei acquiratur non potest pro-
pter impedimentũ patrię potestatis, quę nullo pror-
sus casu patiatur vt inter patrem & filium aut filiã-
familias ciuilis obligatio contrahatur, siue ius vetus
siue nouũ spectes. † Nam neq. Iustinianus facere vo- 6
luit aut etiam potuit vt donationes quas parentes in
liberos conferunt, aliter valeant quàm si morte cõ-
firmentur *l. donationes quas parentes. 25. C. de don. inter
vir. & vxor.* in quo hactenus fauit liberis vt specialis
confirmatio necessaria non sit, solúmque donatoris
silentium sufficiat: Cùm tamen Digestorum iure o-
mnino necessaria esset confirmatio, siue ex facto ali-
quo colligeretur, vt si pater qui filiæ in potestate
mancipia donauerat, postea emancipatæ peculium
non ademisset *d. l. donationes. 31. § pater qui filiæ. D. de
donat.* † Siue expressis fideicommissi verbis moriens 7
pater voluntatem suam declarasset vt in *l. cum pater.
77. § pater filiæ. de lega. 2.* vbi tamen, quod summope-
re notandum est tractat Papin. de patre qui mãcipia
filiæ nubenti, ac proinde in dotem dederat, nec eo
minùs negat valituram donationem si verbis fidei-
commissi confirmata non esset. Ob idque nimirum
eam comparat donationi factæ inter virum & vxo-
rem, & quippe quæ etiã morib. improbetur *l. 1. & ma-
rit. de don. int. vir. & vx.* quãuis donatio à patre in fi-
liũfamilias collata deterioris olim esset conditionis
in eo quod nõ solo silẽtio & subsecuta ad mortẽ vs-
que donãtis perseuerãtia confirmabatur vt donatio
inter cõiuges, sed ita demũ si specialis cõfirmatio ac-
cederet. Nec probare possũ quod ad eũ locũ Castrẽs.
post Dyn. notat inueterati erroris tuẽdi gratia, debe-
re id respõsum intelligi de reb. nubẽti filię simplici-
ter donatis, nõ ex causa dotis. Vix. n. est vt quod nu-
bẽti filiæ pater dat simpliciter, in dotem dare nõ vi-
deatur, nisi extra dotẽ dare se expresserit, vt in *§. spe-
cies. d. l. donationes.* cũ patris officiũ illud sit dotare filiã
l. capite 19. D. de rit. nup. l. vl. C. de dot. promiss. in dubio
autẽ præsumẽdus sit quilibet officio suo satisfacere,
potiùsquã merã & reuocabilẽ liberalitatẽ in aliũ cõ-
ferre voluisse. arg *l. 1. 2. & 3. D. de solut.* † Ergo in specie 8
d. l. Papinianus, si res à patre ex causa dotis donatas, &
traditas filia nõ possideret, non idcirco posset illas à
coheredib. petere, multoq. minᵘ præcipuas sibi vin-
dicare, quòd dotis capax etiam viuo patre fuisset. Ex
inutili enim contractu non daretur actio. Sed quia
iam naturaliter illas tenebat, faciliùs est vt ab arbi-
tro familiæ erciscundæ detur ei retentio ad cõser-
uandam patris inter liberos voluntatem, quamuis
iure destitutam *l. quæsitũ. 10. l. filij. 16. l. vlt. C. famil. er-
ciscund. fiscus l. parentibus. C. de inoff. testam.* Pater enim
præ-

prædia illa dotis esse voluerat, id est filiæ acquisita ex ea causa cuius capax erat filia (tametsi genero nō filiæ dotē tradere pater debuisset) matrimoniū autē, inquit Papin. post mortem quoque patris steterat. Vt intelligamus non nisi constante matrimonio dotis capacem esse filiam, aut certè, si moriente patre iam solutum fuisset matrimonium, aliud responsurū fuisse Papinianum: Cùm tamen si donatio valeret, nihil planè interesset an solutum esset matrimonium necne, sicut nec referret an filia ipsa an eiheredes possiderent. Semel enim perfecta donatio neque ex superueniente casu, neque ex possessionis amissione irrita fieret. Denique tria sunt quibus concurrentibus mouetur Papinianus vt pro filia respōdeat, quòd esset illa in possessione bonorum donatorum ex voluntate patris, quòd facta esset filiæ traditio ex ea causa cuius capax fuisset, id est, dotis nomine. Postremò quòd post patris quoque mortem matrimonium consisteret. Quæ si omnia non concurrant, dico le-
9 gis sententiam rationémque corruere. † Sanè quod ibidem Papin. ait non cogi filiam ea prædia fratrib. iisdémque coheredibus conferre, nihil iuuat receptam nostrorum interpretationem. Non enim rationem illam habet quòd donatio valuerit, quę autem ab initio valet simpléxque est donatio conferenda non sit *l. illud. 20. §. fi. C. de collat.* sed quia pater testatus proponebatur. Iure autem Pandectarum cessabat facto testamento necessitas collationis, nisi eam testator expressè iniunxisset. *l. 1. & Auth. ex testamento. C. de collat.* Cæterùm intestato mortuo patre qui prædia filiæ in dotem tradiderat, aliud proculdubio Papin. respondisset, quoniam quæ ratio cessante collationis necessitate tribuit filiæ retentionem, scilicet voluntas patris, & fauor possessionis ac matrimonij, ea sanè non impediret collationem, cū donatio non valuerit. Nam quod à nonnullis traditum video, dotem olim conferri non debuisse, si non id testator nominatim iussisset, ex *l. Theopompus 14. D. de dot. præleg.* idque postea iure Codicis immutatum ex *l. si soror. 8. C. de collat.* prorsus à ratione alienum est. Siquidem in *l. Codicis tractatur de successione intestati*, in qua conferri dotem debuisse apparet ex *l. filiæ dotem 4. l. dotis. 5. l. filiæ licet. 12. C. eod. & ex tot. tit. D. de collat. dot.* At in *l. Theopompus*, de successione testati, sicut & in *d. l. Pomponius Philadelphus*. In qua tamen obseruandum est non de illo Papinianum quærere, an donata prædia conferre fratribus deberet, de quo certū ius erat facto per patrem testamento. Nec rursus an donatio fauore dotis valeret, quam vtique nemo ex iurisperitis eorum temporum valere dixisset. Sed de eo duntaxat, quod erat longè difficilius & elegantius, An prædia donata perinde posset filia in paternæ hereditatis diuisione retinere, acsi donatio valuisset. Quod certè vix quisquam admitteret, si Papiniani responsum non haberemus.

CAPVT XIII.

Ad l. si vir. 3. D. pro donat. & l. numquam. 31. D. de vsucap.

SVMMARIA.

1 *An iuris error, qui facti errorem super validitate tituli immixtum habet, ad inchoandam complendamq́; vsucapionem valeat?*

2 *An in* d. l. si vir. *&* l. sed etsi. de don. int. vir. & vxo. *error mulieris existimantis rem sibi donatam mariti, non alienam fuisse, bonam fidem inducat?*

3 *Cur in* d. l. si vir. *mulieri in iure erranti procedat vsucapio?*

4 *An procedat vsucapio rei alienæ, quam quis in facto errans à pupillo sine tutoris autoritate comparauit?*

5 *Respondetur ad* l. ounquam. 31. de vsucap.

6 *An in* d. l. si vir. *maritus dominium translaturus fuisset, si rem propriam donasset?*

IVris† quidem error in vsucapionibus & ad acquirendum nemini prodesse solet *l. iuris ignorantiam. 4. D. de iur. & fact. ignor.* Sed si tamen errorem facti immixtum habeat, non super existentia, vt nostri loquuntur, sed super validitate tituli, vulgo creditum est post glo. Bart. & alios in *l. si vir. 3. D. pro dona.* prodesse errorem iuris ad inchoandam complendamque vsucapionem, & omnis generis præscriptionem: Cuius rei ratio illa redditur, quòd quicquid sit de iuris errore, facti error planè bonam fidem inducat contingentem absque vlla culpa errantis in iure, qui etsi ius omnino cognitum habuisset, nihilominus ob ignorātiam facti bonam fidem haberet, quæ non tātùm ad præscriptionem sufficit, sed etiam ad vsucapionem, cùm adest titulus licet inualidus. Exēplum verò sumitur ex *d. l. si vir. 3. D. pro donat. & l. sed etsi. 25. D. de don. int. vir. & vxor.* quibus locis responsum est, si vir vxori rem alienam donauerit quam vxor donatoris esse putabat, procedere vsucapionem pro donato, tametsi error iuris interueniat ex parte vxoris existimātis valere donationes factas inter cōiuges. Mihi neque traditio hæc probari potest, neq. 1
exemplum. † Nam in specie *d. l. si vir. & d. l. sed etsi.* error mulieris existimantis mariti fuisse rem donatam quæ erat aliena, tantùm abest vt inducere possit bonam fidem, vt potiùs inducat malam. Facit enim vt tanto magis opinari mulier debeat se eam rem accipere contra leges, & iure prohibente ex quo mala fides nascitur. *l. quemadmodum. 7. C. de agric. & censit. li. 11. tit. 47.* Quod & Didacus Couarruuias obseruauit in *2. part. relect. c. possessor. §. 7. n. 10* post Castrensem, cui nec communis sententia placuit, nisi eo demùm casu quo error facti bonam fidem indicat, nō quòd ad existentiam tituli quem subesse semper necesse est *l. Celsus. 27. D. de vsucap.* (nisi in eodem facti errore concurrant, & qui tradit & qui accipit, quæ specialis ratio est *d. l. si existimans. 48. eod.* aliàs *l. 3. D. pro solut. l. hominem. 3. D. pro suo* quamuis ex *d. l. Celsus*, non obscurè appareat dissensisse hac in re veteres Iureconsultos) sed quòd ad ipsius tituli validitatem. Atque ita ego quoque sentio. † Nam quod scriptū est 3
in *d. l. si vir*, nō eam rationem habet quòd mulier erraret in facto. Quid enim si non errasset, ac alienam rē sciuisset? Minùs certe peccasset contra leges, quæ donationem inter coniuges prohibent. Quanquā alia ratio vsucapioni obstitisset, nempe quòd in malā fide fuisset ob alienæ rei scientiam. Illa igitur ratio legis est, quòd plus sit hoc casu in re quàm in existimatione. Sufficit enim nō esse prohibitam donationem, cùm res sit aliena. *d. l. sed etsi. 25. in fin.* his verbis *quæ quia aliena est vsucapi potest.* Nam ita fit vt nullus sit error iuris in muliere putante contractum hunc valere, quamuis error sit in causa, vt Castren. loquitur, aut potiùs in genere, quoniam ignorabat mulier prohibitas esse inter virum & vxorem donationes.
† Eadem ergo ratione admittendum est, quod tamē idem Castrensis & post eum Didacus negat, Eū qui rem alienam à pupillo emerit non adhibita ea solennitate quæ iure necessaria est, posse eam rem vsucapere aduersus verum dominum, non propter errorem iuris aut facti (vterque enim malæ fidei potiùs quàm bonæ præsumptionem hic inducit) sed propter factum ipsum reique veritatē, quòd reuera non sit res pupilli, sed aliena. Nam & hic quoque vt 4

& in specie *d.l.si vir.* plus est in veritate quàm in opinione *l.regula 9.§.qui ignorauit. D.de iur.& fact.ig. l.si pater.4.§ quoties de manum. vind.§.si quis rem suam.31.Inst.de legat.* licèt aliquando contingat ex contrario plus valere quod in opinione est, quàm quod in re *l.qui putat.15.D.de acquir.here.d.l.2. § si a pupillo.D.pro emptor.* Sic enim eo loco legẽdum esse *vt hic plus sit in existimatione quàm in re*, ingeniosè Iacob.Cuiacius vt alia innumera obseruauit. Et sanè nihil est quod prohibeat vsucapionem alienæ rei quam quis à pupillo sine tutoris auctoritate comparauerit. Non rei vitium, quia est aliena, non persona ipsa pupilli, quoniam non est hac parte fauorabilis pupillus, cuius nimirum nihil interest, cùm neque fiat pauperior, qui alienam rem vendit, neque ex contractu sine tutoris auctoritate inito de euictione obligetur *l. Iulianus.13.§.si quis a pupillo.D.de act.empt. §.1. Inst.de auctor.tutor.* Quin & si quis à pupillo rem ipsius pupilli emerit sine tutoris auctoritate poterit vsucapere, dummodò puberem eum fuisse crediderit, sicut & qui emit à furioso, quem mentis compotem esse putabat, *l.2.§ si à pupillo.& §.si a furioso.D.pro emptor.* Quòd si error facti prodest ad eam vsucapionem, quę reuera & pupillo, & furioso damnum adserat, quantò faciliùs admittendum est, prodesse debere, cum res est aliena, nec pupilli interest, hoc est, cùm non emptoris sola opinio, sed ipsa rei veritas vsucapioni patrocinatur? Sed & faciliùs hoc admitti possit, quam quod Pomponius respondit in *d.l.si vir.* Ibi enim iuris error talis est vt si rei veritas cùm mulieris donatariæ opinione in facto cõcurreret, hoc est, si donatoris mariti res esset, non aliena, nullomodo valeret donatio tanquam moribus improbata. At in specie de qua disputamus, etiãsi pupilli res esset quã is vt suam vẽdit, cùm sit aliena, nihilominus valeret contractus etiam sine tutoris autoritate initus. Non quidem ex parte pupilli, qui certè nõ obligatur sine tutore, sed ex parte emptoris, vt apertè scriptum est in *d.§.si quis a pupillo*, quamuis non idcirco vsucapere emptor posset, nisi puberem credidisset *d.§.si a pupillo.* Ergo cum res est aliena cur non vsucaperet & emptor rem possidens ex contractu quẽ nec rei veritas, nec ipsius emptoris opinio inualidam fecerit?
5 † Neque obstat quod ex Proculo Paulus scribit in *l. nunquam vsucapionibus.31. D.de vsucap.* si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus est, vel post longum tempus venditionis peractum vsucapi rem non posse, quia iuris error est. Non enim tractatur eo loco de aliena re per pupillum vẽdita, vt Castrensis, Didacus, & cæteri existimãt, qui ex illo textu mouentur, sed de re pupillari quam pupillus sine tutoris auctoritate vel ea malè interposita vendiderit ei qui impuberem esse non ignorabat, sed putabat sufficere vt tutoris auctoritas quandocunque interuenitet, siue ab initio, siuè ex interuallo. In quo nimirum emptor errabat in iure. Tutoris namq. auctoritas interponi debet in ipso negotio, id est, statim atque perfectum est, absque vllo interuallo *l.obligari.9.§.tutor statim.D.de autor.tutor. Instit. l.si quis mihi bona.25.§.iussum.D.de acq.hered.* Quòd si aut ab initio interposita est aut ex interuallo, perinde est ac si non esset *l.2.ult.tit.de autor.tutor.* Itaque error ille iuris emptori non proderit vt rem pupilli possit vsucapere, quem proculdubio vsucaperet si esset aliena, quamuis pupillarem credidisset arg. *d.l. Sed & si.25.de donat.int.vir.& vxor.& d.l.2.§.pro donat.* Id enim & si pupillo vtile est vt acceptum precium restituere non teneatur, nec si locupletior factus sit *l. qui alienam.54.D.de euict.l.si obligata.19.C.eo.l.2.C.de reb.alien.non alienand.* quod alioqui eo casu restituere teneretur *l.earenus.20. D.de instit.act.l.1. §.an in pupillum. D.deposit.l.naturaliter.13.§.ult. cum l.seq.de condict. indeb.* Proinde hoc etiam casu verum est, quod Accurs.ad *l.Pomponius.13.§.si iussu. D.de acq.poss.* adnotauit verũ esse in specie *d.l.si vir.* non esse hic locum regulæ iuris, quæ habet, Eum qui alienam rem vendit ita demùm transferre in emptorem vsucapiendi conditionem, si propriam rem vendendo translaturus ille esset dominium. Et miror reprehendi hoc nomi-
ne Accursium à Didaco *d.§.7.in fi.* † Sed illud magis 6
mitor, quod vir doctissimus scripsit, in specie *d.l.si vir*, translaturum fuisse maritum dominium si rẽ propriam donasset. Quod est apertè contra *d.l.sed et si.25.de donat.int.vir.& vxor.* Nisi fortè eũ fefellit quod in *d.l.si vir.* scriptum est, vsucapionem ita demũ procedere posse si pauperior is qui donasset non fieret. Quo vno casu constat receptas esse inter virum & vxorem donationes *d.l.25.* At cõsiderare debuerat, aliena re donata debuisse conditionem illam adiici, quia variis modis contingere possit, vt etiam qui alienam rem dat pauperior ex eo fiat, puta si alienã sciat, & ad exonerãdam fortè conscientiam aliã preciosiorem posteà dederit domino, qui suam alioqui vindicaturus erat. Propria verò re donata non nisi absurdè distinctioni huic locum esse, quia fieri sanè nequeat vt pauperior non sit, qui rem suam donat *l.filiusfamilias.7. D.de donat.* qui de bonis suis aliquid erogat *l.si sponsus.5.§.cum igitur.17.de dona.inter vir.& vxor.* Quam ob causam Iurisc.in *d.l.sed et si*, donationem valere defendit. Ea sola ratione quòd res aliena esset, significans apertissimè non fuisse valituram si donatoris res propria fuisset.

CAPVT XIV.

Ad l.si vnquam.8.C.de reuoc.donat.& l.cum auus.102.D.de cond.& demonstr.

SVMMARIA.

1 *An quod in* d.l.si vnquam, *in patronorum donationibus specialiter inductum est, ad quoslibet donatores trahendum sit?*

2 *An item ad eum pertineat qui postquam vxorem ducens fauore nuptiarum donauit, sibi nuptias liberosq; legitimos quæsiuit?*

3 *Fundamentum sententiæ Molinæi in hac quæstione.*

4 *An quod Papinianus in* d.l.cùm auus, coniectura pietatis, *responsum dicit, bene à Iustiniano expressum sit in* l. cùm acutissimi, C. de fideicom. *in verbis illis*, ne videatur testator, &c.

5 *Quid per pietatis coniecturam intelligat Papinianus?*

6 *Quando locus sit regula & rationi Iustinianeæ* d.l.cùm acutissimi.

7 *An eadem pietatis coniectura donatio liberis superuenientibus reuocetur, qua fideicommissum in* d.l. cùm auus *excluditur?*

8 *Vtrum præsumatur quis liberos suos magis, quàm seipsum dilexisse?*

9 *Donationem puram inter viuos irreuocabilem esse, nullasque conditiones recipere.*

10 *Donationes inter viuos contractusque omnes ab vltimis voluntatibus quoad interpretationem differre.*

11 *Probatur, perfectam inter viuos donationem ex superuenientia liberorum euerti non posse.*

CONstantini † rescripto quod extat in *l.si vnquam.* 1
8.C.de reuoc.donat. reuocantur ipso iure donationes omnes, quas patronus filios non habens in libertum contulerit, si posteà liberos susceperit: Fauore, vt apparet, liberorum superuenientium. Et vt vulgo nostri

go nostri

gò nostri sentiunt, Eà pietatis coniectura, quòd credibile sit non fuisse donatorem liberto donaturum si de liberis posteà susceptis cogitasset. Quis enim tam inhumanus, vt sine causa sobolem alienam propriæ præferre velit? *l. cum acutissimi. 30. Cod. de fideic. l. cum auus. 102. de cond. & demonstr.* Hinc verò mouentur interpretes ferè omnes vt quod in patronorum donationibus specialiter Constantinus induxit, ad quoslibet donatores protrahendũ existiment, quòd in omnibus donatorum personis eadem pietatis coniectura locum habeat, nec in pari causa diuersum ius constitui debeat, cùm diuersitatis ratio reddi non potest *l. illum. 32. D. ad legem Aquil. l. 3. §. vnde*
2 *etiam. D. de iniust. rupt. & irrit. fact.* † Sed & quod magis mirum est, ita iacto principio inferunt idẽ quoque admittendum esse si quis alteri vxorem ducenti fauore nuptiarum donauerit. Secutis enim nuptiis susceptisque ex matrimonio liberis non eò minus reuocandam donationem si donator quoque post donationem sibi nuptias liberósque legitimos quæsiuerit. Eadem nimirum pietatis coniectura. Quod in Parisiensi senatu pro Carolo Molineo iudicatum testatur Paponius *lib. 11. syntag. tit. 1. De donation. §. 20.* & Molin. ipse in eo tractatu, quem propriæ litis instruendæ gratia conscripsit *De donat. matri. num.* vbi & seipso propter victoriam factus audacior & cla-
3 rior, † contendit tanta æquitate niti hanc sententiã vt iam olim longè ante Constantinum placuerit Papiniano in *l. tale pactum. 40. §. vlt. D. de pact.* In cuius eleganti specie cùm proponeretur pater qui dotem promiserat pactus esse, vt post mortẽ suam si in matrimonio sine liberis filia decederet, dotis portio apud heredem suum fratrem remaneret: Respondit Papinianus eam conuentionem liberis à socero posteà susceptis & heredibus testamento relictis per exceptionẽ doli prodesse debere, Ratione illa, quòd inter contrahentes id actum sit vt heredibus consulatur, & eo tempore quo pater filios non habuit in fratrem suum contulisse supremum iudicium videatur. Et verò si alia ratio non est Constantinianæ legis quàm cõiectura pietatis, negari nõ potest quin Iurisconsultorum temporibus eadem reuocandæ donationis causa subesset. Nam & eadem ratione motus Papinianus in *d. l. cum auus. 102. de cond. & demonstr.* respondit defecisse videri conditionem fideicommissi quod auus à nepote reliquerat si intra trigesimum ætatis annum moreretur, cùm nepos ille grauatus, relictis liberis intra eam ætatem decessisset. *Coniectura*, inquit, *pietatis, & quod minus scriptum*
4 *quàm dictum fuerat, inueniretur.* † Cuius responsi æquitatem & subtilitatem admiratus Iustin. in *d. l. cum acutissimi. 30. C. de fideic.* idem generaliter constitutũ voluit, quoties aliquis ex descendentibus alteri hereditatem post obitum suum restituere rogatus proponatur. Addita etiam ratione illa *ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere.* Quibus verbis videtur Iustinianus explicare pluribus verbis voluisse quod breuiùs suo more Papinianus expressetat *coniectura pietatis*. Sicque vulgo interpretes omnes existimant, quasi pietas cuius coniectura motus est Papiniãn eo eluceat, quòd non sit credendus testator alienas successiones velle propriis anteponere. In quo vereor ne Papiniani elegantiam Iustinianus minùs perceperit, indéque omnibus interpretibus Iustiniano duce errãdi præceps occasio nata sit. Nam si verum amamus, non potuit Papinianus eam pietatis coniectura moueri, quòd non esset verisimile testatorem auum qui nepoti fideicommissum iniunxerat, alienam sobolem propriæ præferre voluisse. Siquidem proponebatur in ea specie rogatus nepos vt hereditatem nõ alicui extraneo, sed patruo suo restitueret, ac proinde ipsi soboli testatoris adeoque proximiori. Est enim filius vno gradu proximior nepote, tametsi iam olim obtinuerit, vt in causa successionis aui concurrerent patrisque personã aut saltem gradum nepos repræsentaret *§. cum filius.*
Inst. de hered. quæ ab intest. defer. † Coniecturam igitur 5
pietatis eam Papinianus intellexit, quæ faciat vt non videatur auus nepotem de restituenda hereditate rogasse in eum casum, quo nepoti adnascerentur liberi, propterea quòd pietatis causa suadeat, liberis potiùs quàm patruo hereditatem nepotis relinqui debere; neque credendus sit auus pro nepote id cõsilium cœpisse quod nepos ipse non nisi impiè capturus esset. Impius enim ille sit qui heredem sibi patruum potiùs quàm proprios liberos eligat. Vnde & inofficiosi testamenti querela quæ liberis immerenter exheredatis competit, impietatis querelã cõtinere dicitur, furorisq. improperium, quasi furiosus nec sanæ mentis fuerit pater qui propriis liberis eã iniuriam fecerit, quibus hereditatẽ non solũ ex cõmuni voto parentum sed etiam piè relinquere de-
buerat *l. 2. l. nam etsi. 15. D. de inoff. testa.* † Quòd si pro- 6
ponas rogatum filiam aut nepotem hereditatem restituere extraneo, poterit eo demùm casu locus esse rationi Iustinianeæ, Vt si liberos grauatus susceperit fideicõmissum euanescat ne alioqui alienas successiones propriis anteposuisse testator videatur. Sed mala tamẽ ratio erit, quia nec generalis, nec à contrario sensu capta cõtrarium ius inducere poterit. cũ etsi propriam sobolem per fideicommissum testator vocasset, non aliud iuris cõstitui deberet. Itaque non solùm superuacuum, sed etiam stultum est tam elegantis responsi Papinianei aut duplicem rationem quærere aut aliã quàm quæ à Papiniano expressa est. Ex qua porrò apparet, malè nostros eo respõso abuti vt probent reuocari donationes ex liberorũ superuenientia, coniectura illa pietatis quòd nõ sit credẽdus donator alienas successiones propriis anteponere voluisse. Sanè quemadmodũ in *l. cum auus*, potior est causa liberorum heredis grauati quàm fideicommissarij, ex ea pietatis coniectura, quòd liberis potiùs quàm collateralibus aut ascendentibus piè relinqui hereditas debeat: Ita videatur non malè dici posse ex eadẽ coniectura præferendos donatario præsertim extraneo liberos donatoris de quib. donationis tẽpore donator non cogitauerit. Multoque magis in donatore vsurpari, quod in testatore Iustin. scribit *d. l. cum acutissimi*, non fuisse verisimiliter donatorẽ prælaturũ extraneos liberis, si de liberis cogitasset.
† At videamus ne in hoc ipso quoq. nostri decipian- 7
tur existimantes eadem pietatis aut voluntatis coniectura donationẽ reuocari, & fideicommissum excludi. Quasi verò vtrumque sit æquè facilè: ac non longè difficilius semel perfectam donationẽ reuocare aut pro donatoris arbitrio interpretari, quàm fideicommissarium iusta dubiæ voluntatis interpretatione excludere. Etsi enim dici solet donationem non esse contractum, propterea quod inter donantem, & donatarium nullum negotium geratur, *l. interdictum. 14. D. de precar.* (quid enim, obsecro negotij est in conferendo aut suscipiẽdo beneficio?) perinde tamẽ irreuocabilis est atque si esset contractus vltrò citroque obligatorius, cùm donatio pura & inter viuos sic fiat ne donator recipiat *l. 1. §. 1. D. eod.* & vt statim res fiat accipientis donatarij, nec vllo casu

ad donatorem reuertatur, vt Iulianus loquitur in *l.*
1.*D.de donat.*& post eum Paulus in *l. Senatus.35.§.sed*
*mortis causa.D.de mort.cau.don.*vbi addit eum qui ve-
rè & absolutè donat, malle donatarium habere id
quod donatur, quam se ipsum.Proinde cur non ad-
mittamus malle eum rem donatam ad donatarium
8 quàm ad liberos suos peruenire † nisi fortè quis pu-
tet donatorem liberos suos magis quam seipsum di-
lexisse,quod sanè ordo charitatis non patitur,quem
à seipso incipere quisque debet. Et quamuis libero-
rum amor & coniunctio faciat vt pater & filius vna
eademque persona existimentur *l.vlt.C.de impub.&*
aliis substit. filiúsque dicatur pars corporis paterni *l.*
cum scimus.22.C.de agric.& censit.lib.11.tit.47. id ta-
men eò pertinet vt patris propter liberos eadẽ con-
ditio sit quæ propter seipsum,vt in specie *l.isti qui-*
dem.8.§.vlt. D.quod met.cau. vbi quod lex ait *cum pro*
affectu parentes magis in liberis terreantur,non sic acci-
piendum est vt parentes magis terreantur in liberis
quam in seipsis.Quis enim, si in malis electio detur,
stuprum pati malit quam filium suum? sed vt per fi-
lij corpus pater penè magis quàm filius periclitetur
vt Iustin.loquitur in *§.vlt.Inst.de noxal.act.*Denique
quod sibi licere nemo vult vix est vt liberis suis etiã
heredibus exceptum velit. Nam & qui mortis causa
donat,licèt malit se habere quàm donatarium, ma-
uult tamen donatarium habere quàm heredem *l.1.*
& d.l.Senatus.§.1.de mort.cau. don. quamuis quod de
liberis dicitur, idem de herede quoque dicatur, vt
eadem cum defuncto persona censeatur *l. vlt. C. de*
hered.inst. nec fauorabilior causa esse debeat liberorũ
quàm extranei heredis,siue sint illi heredes siue nõ
sint.Nam si heredes sint,cur non defuncti factũ pre-
stare teneantur? si non sint,cur eorum fauore reuo-
cetur donatio bonorum quæ ad alios quàm ad ip-
sos peruenirant? Aut cur ipsi donatori liceat reuoca-
re donationem propter liberos,quibus non cogatur
ille relinquere quæ extraneo donauerat:Illud siqui-
dem fateri omnes coguntur quod Constantini lex
disertis verbis expressit,donationem ex superueniẽ-
tia liberorum reuocatam non liberis acquiri, sed in
donatoris arbitrio ac ditione manere. An verò li-
berorum qui nondum nati sint præsentiam require-
mus vt firma & irreuocabilis fiat donatio,cùm & ab-
sentibus iis qui iam nati sunt, firma ac irreuocabilis
9 fieri possit? *l.velles necne.8.C.eod.tit.de reuoc.donat.* † An
potiùs donationem puram & absolutam (sic enim
nostri appellant *d.l.Senatus.§.1.l.Seia.42.§.vl.de mor.*
caus.donat.)sub tacita conditione factam dicemus? si
donator liberos posteà nõ suscipiat? Atqui sunt hæc
pugnantia,Puram & absolutam esse donationem,Et
tacitam vllam habere conditionem. An veriùs quis
dixerit puram quidem & absolutam esse donationẽ,
sed sub conditione reuocabilem ? Exemplo vendi-
tionis factæ sub pacto addictionis in diem aut legis
commissoriæ *l.2.D.de in diem addict.l.1. D.de leg.com-*
*miss.*At donationis inter viuos non magis proprium
est vt purè fiat,quàm vt nullo casu reuocari possit *d.*
*l.1.de don.l.vbi ita.17.D.de mor.cau.don.*Idque nimirũ
est quod dicimus fieri eam absolutè,hoc est abiecta
omni spe reuocationis.Quod non contingeret si re-
uocabilem eam faceret tacita illa conditio,Si dona-
tori non adnascantur liberi. Deinde cùm saltem ver-
bis pura & absoluta sit donatio,non potest ea tacita
conditio induci nisi per interpretationẽ. Atqui quo-
ties in donationibus ambiguitas aliqua est quæ in-
terpretationẽ requirat: amplissima semper fieri de-
bet interpretatio contra donatorem *cap. cum dilecti.*
*Ext.de donat.*nempe quoniam in eius potestate legẽ
fuit apertiùs dicere arg.*l.veterib.39.de pact.*Quam ob
causam generaliter traditum legimus perfectam do-
nationem conditiones nullas recipere *l.perfecta.5.C.*
de donat. quæ sub mod. quod ego generaliter quoque
sic intelligo, vt neque expressam conditionem adii-
cere testator possit, neque tacitam per interpreta-
tionem. Alioqui numquam censeretur perfecta do-
natio si quandocũque liceret donatori pro arbitrio
comminisci quid ille cùm donaret senserit, quámve
liberalitati suæ conditionem tacitè inesse intellexe-
rit. † In quo potissimùm sanè differunt donationes, 10
præsertim inter viuos, contractúsque omnes ab vl-
timis voluntatibus, quæ quoniam ab vnius tantùm
hominis voluntate dependent, eáque libera (nulla
enim ex testamento actio nascitur contra testatorẽ,
sed tantùm contra eius successores)recipiunt inter-
pretationem ex sola coniectura voluntatis, morien-
tium desideriis ex viuentium arbitrio æstimatis, vt
ait *l.quoniam.4.C.de natural.liber.*Nec in eo aliqua fit
iniuria ei qui capit ex vltima alterius voluntate, si
non plus ei detur quàm dare testatorem voluisse,
appareat,aut verisimile sit.In contractib. verò quo-
niam obligatio statim nascitur, quæ nisi mutuo cõ-
trahentium consensu dissolui non potest *l.sicut 5. C.*
de oblig.a. & action. nulla potest fieri interpretatio ex
sola alterutrius voluntate. Illud certè inspici præci-
puè debet quid actum sit, at non quid ab hoc aut ab
illo, sed quid inter vtrumque. Alioqui ferè est vt à
contractu pro arbitrio recedere possit qui contractũ
pro arbitrio interpretari potest. Eademque, vt dixi,
puræ donationis causa est licet propriè contractus
non sit.Est enim contractui simillima quod ad vim
& potestatem obligationis pertinet, vt semel perfe-
cta numquam possit reuocari siue ex pœnitentia *d.l.*
velles necne.l.possessionem.3.C.de reuoc.donat. siue alio vllo
casu d.l.1. D.de donat. † Quam in rem extat quoque 11
Iustiniani Constitutio in *l.vlt. C.eod. Generaliter*, in-
quit,*sancimus omnes donationes lege confectas firmas illi-*
*batasq; manere.*vt nec euerti possint nisi ex certis tan-
tùm causis ea lege comprehensis,& limitatis: sic e-
nim subiicit *ex his enim tantummodo causis* inter quas
porrò superuenientia liberorum non enumeratur,
quæ non erat prætermittenda,si Constantini legem,
quem Iustinianus nõ ignorabat,tam generaliter ac-
cipiendam putasset ille,quàm nostri volunt. Nullus
enim hodie frequentior modus est aut facilior via e-
uertendæ donationis quàm si donator vxorem du-
cat liberósque suscipiat:adeò vt multos videas quos
inconsideratæ liberalitatis pœniteat vxorem duce-
re, donatarij odio & in eius fraudem potius quàm
desiderio suscipiendæ prolis, quod & ipsi Molineo
vsuuenisse constat,nec ipse diffitetur. Et verò si quo
vnquam casu verum esse potest quod dici solet,Pro-
positum in mente retentum nihil operari. An non
in contractibus maximè, & iis obligationibus quæ
inter viuos contrahuntur locum id habere debet? *l.*
Lucius.88.aliàs l.codicillis.§.insulam de lega.2. Nam in
vltimis voluntatibus non vtique semper obtinet *d.l.*
cum auus,102.de cond.& demonstr.

CAPVT XV.

Ratio & sententia d.l.si vnquam. & l.tale pa-ctum.40.§.vlt. D.de pact.

SVMMARIA.

1 *Facilius superuenientium liberorum fauore reuocari donationem a patrono,quam a quolibet alio factam.*

2 *An*

2 *An in* d.l.si vnquam *superuenientium liberorum fauor sufficiens causa sit ad reuocandam donationem a patrono in libertum collatam?*

3 *Specialem esse in patrono* d.l.si vnquam *rationem.*

4 *An quod in* d.l.si vnquam *in patrono inductum est, in quolibet donatore iure antiquo locum habuerit?*

5 *Quomodo donatori, vel liberis eius post donationem susceptis succurrendum sit.*

1 RESTAT †vt respondeamus ad *l. si vnquam*, ex qua omnes mouentur. Ea verò sententiam nostram manifestissimè comprobat. Nam, vt initio diximus, & verba ipsa demonstrant, non de donationibus omnib. generaliter loquitur, sed de iis duntaxat quas patronus in libertum contulisse proponatur, quarũ sanè diuersa ratio est faciliorque reuocatio si patrono superuenerint liberi. Cùm & si quid libertus de propriis bonis in fraudem patroni eiúsve liberorum alienasset, reuocari id posset per Fauianam, nec tantùm à patrono, sed & à patroni liberis qui in bonis liberti idem ius habent quod patronus ipse *l.2.l.libertinus.5.cum seq.& pass.de bon.libert. l.1.in prin. §.vlt. & l.3.D.si quid in fraud.patron.* Quantò igitur faciliùs est si profusa liberalitate patronus liberos non habens bonorum suorum partem liberto donauerit reuocari donationem fauore liberorum? Atqui, inquies aliud esset si donationis tempore liberos iam natos patronus habuisset. Fit igitur reuocatio ex tacita illa voluntatis coniectura, quòd credibile sit nõ fuisse patronum liberto donaturum si de liberis cogitasset. Quæ ratio perinde in cæteris donatoribus ac in patrono locum habet. Et hoc nimirũ est quod

2 interpretes nostros præcipites egit. † Sed animaduertere debuerunt, Esse quidem hanc causam propter quam æquum visum est indulgeri patrono vt donationem in libertum collatam reuocare possit, sed non esse tamen satis validam & sufficientem. Ideoque cùm iuris ratio patroni desiderio refragaretur, Constantini lege opus fuisse, quam apertum est præ se ferre ius nouum, & prioribus Iureconsultis ac Imperatorib. incognitum: Constantinum autem nõ in omnibus donatoribus, sed in solis patronis hãc reuocandæ donationis rationem adprobasse. Alioqui cur de patronis tantùm locutus esset: An quia ex facto inciderat vt de donatione per patronum facta quæreretur? Atqui generalis lex est ad Præfectũ Prætorio, nõ ad patronum aliquem ad certam facti speciem rescripta. Quid item si non patronus liberto, sed cõtra libertus patrono donauerit: deinde liberos susceperit: Quis admittat legem fauore patroni latam in ipsius odium retorqueri, vt perinde ex superuenientia liberorum liberti donatio reuocetur? Eadem tamen reuocandæ donationis ratio subesset

3 in liberto quæ in cæteris donatorib. † Fatẽdum itaque est specialem esse legis illius rationem in patrono, hoc vno æquitatis potiùs quã iuris prætextu fultam, quòd natis patrono liberis, de quibus donationis tempore nõ cogitauerat, inciuile sit libertum donationis viribus subnixum summo iure agere cũ patrono cui nõ solum reuerentiam debeat, sed etiã vitam, & quæ vita dulcior est, libertatem. Nec defuerunt ex veteribus interpretibus qui sic senserint: sed tamen leuioribus rationibus quàm vt alios in suam sententiam trahere potuerint. † Iam verò quod Mo-

4 linæus scripsit beneficium dictæ *l. si vnquam non esse nouum*, idémque iã olim Papiniano in donatore quolibet quod Cõstantino in patrono visum ex *l.tale pactum.40.§.vlt.de pact.* Deus bone quàm ridiculũ est & ineptum! Quasi verò tractetur eo loco de donatione inter viuos vel mortis causa in fratrem collata, ac nõ potiùs de pactione quam socer cùm dotem promittere fecerat, vt heredi suo fratri cõsuleret, cõferens nempe supremum iudicium in fratrem suum quòd nullos eo tempore liberos habebat. Quare nec ait Papinian. susceptis posteà liberis reuocari vel inutilem effici cõuentionem. Quinimò vtilem manere vult, vt ex ea, nõ quidẽ fratri qui nominatus fuerat, sed liberis posteà susceptis, & heredibus testamẽto relictis, detur exceptio, nõ pacti, quia fratri nõ liberis pactus fuerat pater, sed doli quę subsidiaria est exceptionis pacti *l.rescriptum.10.§.vltim. cum seq.eod.* Ratione illa quòd inter cõtrahentes id actum esset vt heredib. cõsuleretur: neque enim poterat in ea specie frater fratri pacisci aut stipulari nisi tanquam heredi *l.stipulatio ista.38.§.alteri.l.si mihi & Titio.110. de verborum oblig.* Porrò supremæ voluntatis propriũ illud est vt siue in testamẽto siue ex cõtractu expressa sit, ad mortem vsque sit ambulatoria *leg.4.D.de adim.lega.l.cum hic status.32.§.pœnitentiam. de don.inter vir.& vxor.l.1.C.de sacros.eccles.* Et reuocatam fuisse eam cõitabat nõ solum ex cõiectura volũtatis propter susceptos posteà liberos, (quanquam sufficere hoc poterat mortuo patre, cum intelligatur quisque legitimam hereditatem spõte relinquere iis qui proximiores sunt ab intestato, præsertim liberis *leg.consiciuntur.8.D.de iur.codicill.*] Sed ex testamento ipso quo liberos pater heredes scripserat. Sed si donatio aut inter viuos aut etiam mortis causa in fratrẽ collata fuisset, nihil est apud Papinianum ex quo possis colligere admissurum eum fuisse, vt propter susceptos posteà liberos ipso iure reuocaretur, quia nec per voluntatem expressam pura & absoluta donatio reuocari posset. Illud verò quàm absurdum existimare donationem quam quis ex contractu alieni matrimonij in sponsum, sponsamve contulerit, reuocari etiam ipso iure si donatori adnascantur liberi! An non ita sit fraus non tantùm donatario aut donatariæ, sed etiam eius coniugi adeoque liberis ex eo matrimonio susceptis? Quis autem ex veterib. illis iuris prudentibus admitteret id quod donatõ esset ob causam, id est fauore nuptiarum, quibus nihil est fauorabilius, reuocari post causam secutam, id est post secutas nuptias quæ nec ampliùs dissolui possint & quibus ipsa donatio causam dederit? Cùm nõ aliter contracturus fuisset alter ex coniugibus quàm si donatio illa in coniugem collata esset *l.si donaturus.9.§.si quis indebitam. D.de condict.caus. dat.l.pen.§.sed & si quis.D quod fal.tutor.l.si remunerandi.6. §.plane si tibi.D.mandat.* Itaque non possum satis mirari ab amplissimo ordine probatam hanc tam absurdam iniquamque sententiam. Nunquam enim apud supremos rectósque iudicès communis error ius facere debet. † Neque ex iuris ratione defendi potest a- 5
liud vllum remediũ superesse liberis post donationem susceptis, quàm vt querelam proponant inofficiosæ donationis, si nihil supersit in bonis donatoris mortis tempore, aut agant ad supplementum si minus legitima ex bonis paternis consecuti sint *tot. tit. C.de inoff.don.& Nouell.92.* Ipsi autem donatori nullomodo consuletur, nisi hactenus vt de donationibus immensis tantum detrahat quantum necesse est, ne per querelam inofficiosæ donationis reuocentur *l.si totas.5.C.sub.tit.de inoff.don.* quæ donatarin fauorabilis reuocatio est, cum fiat ob hoc ipsum ne donatio tota reuocetur, aut pro ea parte quæ liberis ab intestato contingeret, vt pluribus docui *li.3.c.17.* An au-

tem in filium aut extraneum collata donatio sit, nihil planè interest. Quamuis ea sit receptissima nostrorum sententia, vt concilient *dict. l. si totas cum l. si vnquam*, quæ tamen, secundum ea quæ diximus, nec pugnat nec ad rem vllo modo pertinet.

CAPVT XVI.

Malè ab omnibus intellectam & à nonnullis emendatam. l. debitor. 59. D. ad S.C. Treb. Et ad l. 3. de separat.

SVMMARIA.

1 *Duplex Interpretum error in explicatione* dict. l. debitor.
2 *Vera quæstio & dubitatio Pauli in* d. l. debitor.
3 *Explicantur verba illa Pauli*, quoniam hereditaria est actio. *& Cuiacij emendatio reijcitur.*
4 *Altera pars distinctionis à Paulo proposita in* d. l. debitor.
5 *Cur in* d. l. *pignus obligatione naturali confusa liberatum non sit?*
6 *Quis sit sensus horum verborum Pauli*, verum est enim non esse solutam pecuniam?
7 *Ad pignoris liberationem requiri, non vt nulla supersit obligatio, sed vt debitum solutum, vel aliter creditori satisfactum sit.*
8 *An aliquid commune habeat causa pignoris cum iure naturalis obligationis?*
9 *Cur in* d. l. 3. ff. de separat. *creditor qui fideiussoriam obligationem amisit, separationem bonorum fideiussoris nihilominus petat?*
10 *An eadem æquitatis ratio tam in* d. l. debitor. 59. ad S.C. Trebel. *quam in* l. 3. de separ. *pro creditore faciat?*
11 *Seruianam actionem saluam manere creditori ad pignus persequendum, etsi per confusionem sublata sit, tam ciuilis quam naturalis obligatio.*
12 *Fieri non posse vt naturalis obligatio propter pignus maneat, propter cæteras verò res non remaneat.*

1 EXistimant † nostri omnes post Bartolum, in huius legis specie remanere propter pignus naturalem obligationem etiam facta confusione per hereditaria actionem. Hoc autem ideò quoniam creditor idémque debitoris heres suspectam hereditatem dixerat eamque coactus iussu Prætoris adierat. Nam certè de herede recusante Paulus tractat, & ad finem quæstionis ita scribit, *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* In quo duplex, meo iudicio, nostrorũ error est: vnus ille, quod in proposita quæstione aliam rationem constituerit creditoris qui coactus adierit, aliam eius qui sponte: Alter quod creditore iussu Prætoris hereditatem debitoris adeunte naturalem obligationem propter pignus superesse arbitrantur. Nam vt hinc nostra incipiat disputatio, certum est confusione perimi omnem prorsus obligationem, nec minùs naturalem quàm ciuilem *l. heres à debitore. 21. §. quòd si stipulator. D. de fideiuss.* siue hereditatem vltro heres adierit siue coactus. Quod & apertissimè Paulus docet in hac lege cum ad propositam quæstionem respondet his verbis, *aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem ne & pignus liberatum sit sublata naturali obligatione.* † Ex quibus apparet nec dubitare Paulum quin
2 sublata sit naturalis obligatio, sed de illo duntaxat, an idcirco pignus liberatum dici possit. Nõ esse autem liberatum probat hac ratione. Nam aut possidet creditor idémq. heres rem pignoratam, inquit, aut non possidet. Si possidet, nulla actione à fideicõmissario conueniri potest. Non ex testamento, quasi fideicommissum non restituerit sicut debuit qui minus restituit (quod eueniret si nullum pignus intercessisset.) Possidet enim eam rem quasi creditor.† 3
Multò minus pignoratitia, quoniam hereditaria est, id est, quoniam fieri nequeat vt alio iure quàm hereditario ea actio fideicommissario competat, cum descendat ex contractu per defunctum inito, tametsi defuncto nunquam competierit, qui quandiu vixit, debitor mansit, cùm non nisi soluto debito aut si aliter eo nomine satisfactum sit pignoratitia actio nascatur *l. si rẽ. 9. § omnis. D. de pig. act.* Atqui hęc eadẽ ratio faceret viuo testatore vt non posset ille pignoratitia agere ante solutum debitum. Ergo neque fideicõmissarius ex ipsius persona poterit, ne alioqui plus iuris habere videatur successionis iure quã defunctus habuerit, quod sanè fieri non potest. Atque ita ratio hæc Pauli explicanda est, non quomodo vir doctissimus Iacobus Cuiacius docuit tractat. 9 ad Africanum, existimans deesse hic negationem, eáq. addita legendum, *quoniam hereditaria non est actio*, quia sensus sit, pignoratitiam actionem hoc casu nõ competere fideicommissario, quia nec defuncto nec hereditati vnquam competierit, cuiusmodi actiones si quæ post aditionem aut restitutionem emergant, in fideicommissarium non transeunt, sed noua cessione opus est *l. si heres pecuniam. 73. D. hoc tit.* Nam esse hanc hereditatiam actionem, licet defuncto nunquam competierit, negari non potest, cùm fuerit ei competitura si debitum soluisset. Alioqui nec posset competere fideicommissario etiam debitum offerenti, quod tamen à Pauli sententia alienum est. Eo siquidem demùm casu negat competere illam fideicommissario, quo nolit fideicommissarius debitum soluere. causatus sublatam omnem obligationẽ cõfusione per aditionem hereditatis debitoris. Sed etsi rem ipsam & effectum intueare, idem nostræ interpretationis qui huius emendationis sensus est: ille nimirum, vt fideicommissario non competat pignoratitia. quia nec defuncto competeret citra solutionem. Proinde nulla hac parte vulgaris lectionis
4 emendandæ ratio est.† Sequitur verò apud Paulum, quod ad alteram distinctionis partem attinet, si nõ creditor idémque heres, sed fideicommissarius pignus possideat, Seruianæ actioni locum fore, quemadmodum dicimus, inquit, cum amissa est actio propter exceptionem, puta si creditor vitio suo & culpa ceciderit à causa. Quo tamen casu minor dubitandi causa est, cum longè plus sit obligationem extingui quam actionem amitti, varijsq. ex causis amitti possit actio culpa & vitio actoris, subsistente nihilominus obligatione *l. qui occidit. 30. § 1. D. ad l. Aquil. l. si superatus. 3. in prin. & § 1 l. seruum quem. 27. D. de pign. l. si per imprudentiam. 51. D. de euiction. l. Stichũ aut Pamphilum. 95. § pen. de solut.* Itaque non tantùm retẽtionem dat Paulus creditori sublata quoque naturali õbligatione, sed etiam, quod difficilius est, petitionẽ
5 pignoris nomine. † Verũ dicat hic fortasse quispiã, nec immeritò, rationes istas omnes quibus mouetur Paulus nõ probare id de quo disputat. Pignus scilicet liberatũ non esse, sed ad ea potiùs pertinere quæ essent consequentia si pro explorato haberemus, nõ esse liberatũ. Quomodo enim fieri queat vt pignus possideat heres quasi creditor post aditionem & restitutionem, si verum est nullam prorsus obligationem superesse? Siquidem creditores eos appellamus quibus debetur ex quacunque actione *l. creditores.*

10. *cum*

10.cum seq.de verb.sign. Aut cur non fideicommissa-
rio post restitutionem detur pignoratitia quasi solu-
to debito & extincto iure pignoris si tota obligatio
confusione sublata est per hereditatis aditionē? Etsi
enim ea actio hereditaria est, nihil tamen vetat eius
conditionem, quę illa est, si debitum solutum sit, de-
functo debitore existere, & consequenter actionem
successori competere quæ defuncto nec vnquam
competierit, nec citrà solutionē competere potuerit
arg. *d.l. si per imprudent. tam. 51. §. non mirum, iunct. l. qui
à pupillo. 7. de euict. l. reperitur. 84. D. ad l. Falcid. & tit.
C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip.* Præsertim cū
dici soleat non tantùm confusione perimi obliga-
tionem debitoris cui succedit creditor, sed etiam so-
lutionis potestate, quasi sibi soluere videatur qui a-
gnoscit debitoris sui hereditatem, *l. qua dotis. 33. D.
sol. matr. l. debitori. 50. D. de fideiuss.* Nam cùm ea solu-
tionis species talis sit quæ non nisi mortuo debitore
possit contingere, adeoque ipsius hereditate per cre
ditorē adita. Quis miretur pignoratitiam ex ea causa
dari fideicommissario quæ viuo debitore numquā
nata fuerit? Igitur fatendum est mancam esse totam
6 illam Pauli ratiocinationem. † Nisi aliam rationem
addas quam nec ipse prætermisit, sed vt prioribus
omnibus inseruiret vltimo loco subiecit his verbis.
Verum est enim non esse solutam pecuniam. Cuius, meo
iudicio, hic sensus est, Oportere quidem, ad pignoris
constitutionem, vt præcedat obligatio aliqua siue na-
turalis tantum illa sit, siue etiam ciuilis, sed eo semel
constituto tandiu durare ipsius nomine actionem
quandiu verum est non esse solutam pecuniam, aut
aliter eo nomine satisfactum: tametsi tota obligatio
quæ præcesserat iuris & confusionis potestate inter-
ciderit & penitus extincta sit. Habet enim hypothe-
caria & quasi Seruiana perpetuas illas suas conditio-
nes, si soluta pecunia aut satisfactum sit, quibus ces-
santibus tenet *l. grege. 13. §. etiam vbi. Bart. l. si fundus.
15. §. in vindicatione. D. de pignor.* adeò vt nec pigno-
rum liberatio competat, si qua ratione solutio facta
7 reuocetur. *l. Titius. 21. D. de iur. fisc.* † Itaque quoties
quæritur an liberatum sit pignus, nécne, non illud
inspiciendum est: an aliqua supersit obligatio, sed il-
lud duntaxat, an solutum sit debitum, vel aliter sa-
tisfactum necne. Inde nimirum est quod in specie,
l. cùm quis. 38. §. vlt. de solut. hoc est cùm debitor fide-
iussori qui pignus dederat heres fuit, placet Africa-
no pignoris obligationem durare, quamuis fideius-
soria obligatio prorsus extincta sit. Esse enim extin-
ctam vel ex eo maximè constat quod ibidem Afri-
canus probat, si fideiussor ille alium fideiussorē de-
derat, liberatum eum intelligi, quod vtique falsum
esset si vel naturalis obligatio subsisteret, cum natu-
rali quoque obligationi fideiussor accedere possit *l.
stipulatus. 6. §. vlt. l. fideiussor. 16. §. fideiussor de fideiuss. l. 1
D. de donat.* multò magis verò propter naturalem so-
lam superstitem in obligatione retineri arg. *l. eo tem-
pore. 50. §. etiam de pecul.* Et sanè non possum videre
qua ratione fieri queat, vt sibi ipsi naturaliter quis o
bligatus videri possit potiùs quàm ciuiliter, aut cur
propter pignus naturalis obligatio remanere de-
8 beat potiùs quàm ciuilis. † Maximè verò cum & a-
liis plerisque casibus nihil commune habeat causa
pignoris cum iure obligationis naturalis. Finge ve-
rum debitorem per iniuriam iudicis absolutum, ni-
hilominus manet naturaliter obligatus *l. Iulianus ve-
rum debitorem. 59. D. de condict. indeb.* idemque nec so-
lutum repetere poterit vt ibidem Paulus ex Iuliano
scribit. Et tamen pignus ab eo datum liberatur *l. si
desferente. 13. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Nempe
propter rei iudicatæ autoritatem. Et quia res iudica-
ta pro veritate habetur *l. res iudicata. 207. de reg. iur.*
Vnde illud etiam fit vt si pluris condemnatus sit de-
bitor non restituendo pignus, quàm sortis & vsura-
rum computatio faciebat non sufficiat ad exone-
randam hypothecam tantum soluere debitorem
quantum reuera debebat. Nisi prætereà offerat quā-
to plus est in condemnatione, licèt contraria sentē-
tia humanitatis intuitu aduersus strictam iuris ratio-
nem obtineat *l. si fundus. 16. §. si pluris. D. de pignor.* An,
vt quidam putant, quòd si creditor ab extraneo plus
suo debito exegisset, cogeretur debitori reddere pi-
gnoratitia actione *l. si inter. 21. §. vlt. eod.* vt proinde i-
niquum sit plus debito exigere eum à debitore? Mi-
nimè. Neque enim debitori redderet creditor, quod
ab extraneo plus debito exegisset autoritate rei iu-
dicatæ, quasi quod ex iniuria aut stultitia iudicis po-
tiùs quàm ex re debitoris habuisset, arg. *l. 3. l. alienus.
61. D. ad l. falcid.* Sed quia verum est non nisi pro ea
summa quæ naturaliter & reuera credita est contra-
ctum pignus fuisse. Eadem ergo æquitas multò ma-
gis facere debet vt quamuis confusione sublata sit
obligatio adita per creditorem hereditate debito-
ris, Seruiana tamen actio duret si hereditas ad alium
peruenerit ex Trebelliano, nec pecunia soluta fue-
rit. † Nam & quod magis mirum est si pignus nullū 9
datum sit, & debitor fideiussori heres extiterit, eius-
que bona venierint, responsum est à Papiniano *in l.
3. De separat.* extinctam quidem fideiussoriam obli-
gationem, sed nihilominus posse creditorem impe-
trare separationem siue solus sit hæreditarius credi-
tor, siue alij concurrant. In qua specie illud quoque
tractari potest. Qua ratione separationem bonorum
fideiussoris impetrare possit hic qui fideiussoriā o-
bligationem amisit, cùm verum sit, non nisi credito-
ribus concedi separationem *l. 1 eo. tit.* Sed ratio est quā
& Papi. exprimit, quòd ratio iuris quæ causam fide-
iussionis exclusit propter principalem obligationē
maiorem & pleniorem, non debeat creditorem dā-
no afficere qui sibi diligenter prospexerat. † Dices 10
fortasse non eandem esse rationem confusionis quę
fit obligationis fideiussoriæ, cū debitor succedit fi-
deiussori aut fideiussor debitori, & illius quæ contin-
git adita per creditorem hereditate debitoris. Illa e-
nim fit inuito creditore in cuius scilicet potestate
non est facere ne debitor hereditatem adeat fideius-
soris, aut ex contrario fideiussor debitoris. Facto au-
tem vnius perimi actionem alterius siue ignorantis
siue inuiti iniquissimum sanè fuerit. Quæ proculdu-
bio Papini. ratio est in *d. l. 3. de separ.* At in creditoris
potestate est ne hereditatem adeat debitoris à quo
heres scriptus sit *l. nec emere. 6. C. de iure delib.* sibi er-
go imputet si vltrò adeat. Quòd si per Prætorem cō-
gatur adire vt restituat ipsi quidem imputari minimè
potest qui parere habeat necesse, sed tamen quoniā
factum eius interuenit, difficilius videtur vt ei sub-
ueniatur contrà iuris rationem quæ obligationē o-
mnem confusione perimit siue pignus eo nomine
datum sit siue non. At respondeo vtroque casu ean-
dem esse iuris rationem quæ faciat vt obligatio cō-
fusione perimatur. Illā videlicet, quòd fieri nunquā
possit aut intelligi vt sibi ipsi quis debeat siue per
propriam siue per alienam aditionem ea cōfusio ac-
ciderit. Vtroque etiam casu eandem æquitatia ratio-
nem facere, vt per huiusmodi confusionem damno
affici non debeat creditor, cui reuera solutum non
est, quique sibi diligenter prospexerat, si modò nihil

ei imputari possit, quomodo sane nec imputandum
quicquam est illi qui suspectam adire iussus & coa-
ctus fuerit. Restituta igitur ex Trebelliano heredi-
tate tametsi nullum pignus interuenisset, succurren-
dum vtique ei esset ne damno afficeretur, quemad-
modum & ob eam causam ius illi competere petē-
dæ bonorum separationis ex rescripto Diui Pij do-
cet Vlp. in *d.l.1.§.Sed si quis suspectam. eo.tit.de separ.*
Non quidem vt restituantur ei actiones confusę pee
aditionem (est enim mancum minúsque sufficiens
in eam rem separationis remedium,) sed vt credito-
ribus hereditariis non teneatur. Quòd verò ad con-
fusarum actionum restitutionem pertinet, manco
remedio separationis, nullum certè auxilium com-
11 petit, si pignus non interuenerit,† sed interueniente
pignore dico saluam manere actionem Seruianam,
& perinde creditori eidémque heredi consuli siue
agat de pignore siue cōueniatur, quamuis tota obli-
gatio & naturalis, & ciuilis confusione perempta sit,
atque ei consuleretur ad impetrandam separationē
si à creditorib. hereditatis vrgeretur. Non igitur re-
manet naturalis aut ciuilis aliqua obligatio propter
pignus, cùm debitori qui pignus dederat creditor
heres extitit, sicut nec in specie *d.§.sed si quis suspe-
ctam & d.l.3 de separ.* remanet vlla obligatio propter
separationem. Sed pignus facit, vt quamuis confu-
sione sublata sit tota obligatio, supersit tamen reme-
dium quo creditori succurratur, siue pignus possi-
deat siue non, hoc est vt æquitas illa quæ non pati-
tur ob solam iuris subtilitatem damno affici credi-
torem cui nihil imputari potest, non omnimodo de-
stituatur iuris auxilio (quo modo alias nonnūquam
euenit vt destituatur, vt in *d.l.1.§.quæsitum eod. & in
l.2.§.quanquam. D.de aqua, & aquæ pluu arc.*) Quemad-
modum & in specie *d. l.3.* remedium separationis
quod creditori datur, efficit ne in damno moretur
creditor, cui noceret alioqui confusio, cùm propter
sublatam obligationem fideiussoriam non posset il-
le contra debitorem agere ex causa fideiussionis *l.
cum reus.14. D.de fideiuss.* de cuius sententia & emen-
12 datione scripsimus *li.2.c.5.* † Et verò quid absurdius
est quàm putare naturalem obligationem propter
pignus remanere, propter cæteras verò res non re-
manere? An nō id perinde est ac si quis diceret cre-
ditorem ratione eiusdem debiti, & creditorem esse
& nō esse. Esse ratione pignoris, Quod ad alias verò
res non esse. At sicut creditoris persona indiuidua
est, ita & personalis obligatio in vno eodémque ho-
mine non potest non esse indiuidua. Alioqui quid
dicemus si à pignoris obligatione creditor posteà
discesserit, nec tamē nisi solius pignoris ius remise-
rit? An idcirco extinctam dicemus naturalem illam
obligationem, quæ, si Dijs placet, propter pignus tā-
tùm remanserat? Id vtique esset consequēs, sed tamē
absurdissimū. Nemo enim dubitat quin sublata pi-
gnoris obligatione personalis tamen remaneat *l.sol-
uitur in prin. & l.item liberatur. D.quib.mod.pign.vel hy-
poth.solut.*

CAPVT XVII.

Vera emendatio & interpretatio d.l. debitor.59.ad Treb.

SVMMARIA.

1 *Delenda esse è* d.l.debitor, *verba illa,* remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.
2 *Aliam esse rationem naturalis obligationis, aliam pignoris pro naturali obligatione accepti.*
3 *Non semper ex eo quòd soluti repetitio impediatur, fieri vt naturalis obligatio subsistat.*
4 *An in* d. l.debitor. *creditor qui debitoris heres extitit, & hereditatem fideicommissario restituit creditor adhuc dici possit?*
5 *An in dicta lege cessaret repetitio, si debitum fideicommissarius creditori eidemque heredi soluisset?*
6 *An creditori eidemque heredi qui sponte, non coactus debitoris hereditatem adijt, tum restituit supersit ius persequendi pignoris.*
7 *Aditionem confusionis vim semper quidem habere, sed non solutionis.*
8 *Pensare quid significet in* l. quæ dotis. 33. ff. solut. matrim.
9 *Non semper heredem eundemque creditorem, qui vltro debitoris hereditatem adijt & restituit, Seruianam habere.*
10 *Cur in* d. l. debitor. *ne intergra non sit compellendus creditor idemque heres hereditatem adire, nisi prius de indemnitate illi cautum sit?*
11 *An heres cui legatum est sub ea conditione, si heres non extitisset cogi possit adire legato ei non præstito? & de Pauli sententia in hac quæstione.*

CVm† ex superioribus appareat quid Paulus sēse- 1
rit, reliquū est, vt legis verba ad auctoris senten-
tiam iurísque rationem accommodemus. Id verò fa-
cilè fiet, si quæ imperitus quidam interpres audacior
in textū cōtulit, ea nos pari sed feliciore audacia de-
leamus. Totum illud versiculum intelligo qui haud
dubie Bartolo cæterisq. interpretibus omnibus im-
posuit, *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.*
Neque enim dubito quin irrepserit ex glossa mali &
inepti cuiusdā glossatoris, existimātis posse ita inferri
ex iis quæ Paulus dixerat, præsertim verò ex proxi-
mis illis præcedentibus, *& solutum non repetetur.* Cùm
ea potissimùm vis sit obligationis naturalis vt solu-
ti repetitionem impediat. *l.naturales 10. Digest.de obli-
gat. & act. & l.quia naturalis.10. Dig. ad S.C. Maced.l.
si non sortem.26.§.libertus.l.si id quod.64. & pass.de cond.
indeb.* At cur non idem credidit, ciuilem quoque o-
bligationem propter pignus remanere? Siquidem
Paulus ait non tantùm soluti debiti aut possessi pi-
gnoris retentionem creditori competere, sed etiam
petitionem pignoris nomine. Constat autem ex ea
obligatione quæ non nisi naturalis sit dati actionem
non posse, sed tantùm exceptionem & retentionem
*l.1.§.id quod natura Dig. ad l.falc.l.iure gentium. 7.§.sed
cum nulla. D.de pact.* † Etsi.n. non ignoro aliam esse ra- 2
tionem naturalis obligationis, aliam pignoris pro
naturali obligatione accepti, quòd quamuis ex natu-
rali obligatione peti nihil possit, pignus tamen quod
pro ea datum est peti potest, sicut & fideiussor con-
ueniri qui naturali tantùm obligationi accesserit *l.f.
l.si stipulatus 6.in fi.l.Græcè 8.§.1.l.fideiussor.16.§.fideius-
sor. D. de fideiussor.* Attamen semel extincta per con-
fusionem vtraque obligatione & naturali & ciuili,
aut saltem eadem subsistente vtriusque extinguen-
dæ ratione, cur naturalem retinemus potiùs quàm
ciuilem? Aut cur non vtramque simul, cum non id-
circo durior futura sit conditio fideicommissarij, cui
debitoris hereditas est restituta. † Verùm ille semper 3
scrupulus manet, quòd naturalis obligatio remanere
omnino videatur, si admittamus quod apertissimè
Paulus scribit, non repetiturum fideicommissarium
quod heredi post restitutam hereditatē soluerit. Et
hoc sanè est quod interpretem præcipitem egit. Sed
animaduertere debuerat, non esse rectam consecu-
tionem; nam vt soluti repetitio impediatur non ex
eo fit

eo fit quòd naturalis obligatio subsistat, sed quia, vt superiori cap. docuimus, perempta quoque naturali obligatione saluum maneat ius actionis hypothecariæ, propter illam perpetuam conditionem quã adnexam habet, si debitum non soluatur nec eo nomine satisfiat *l. grege 13. §. etiam. D. de pig.* Verum autem sit restituta hereditate per heredem nec solutum fuisse heredi eidemque creditori, nec aliter satisfa-
4 ctum. † Neque minùs absurda sit hæc consecutio quam si quis inferat in specie *l. 3. de separ.* de qua etiam diximus, remanere fideiussoriam obligationem postquam debitor fideiussori heres extitit, nec naturalem tantùm, sed etiam ciuilem: Ex eo quod lex ait, competere creditori ius petendæ separationis quod solis creditorib. competit *l. 1. eod.* Neque rursus obstat quòd Paulus sic loquitur: *Possidet enim ea rem quasi creditor.* Nam id minùs propriè dictum videri debet, & ad præteritum potiùs quàm præsens tempus referri si cum Papin. loqui volumus, cuius longè exactior fuit in bene & partitè loquendo diligentia. Sic n. ille scribit *d. l. 3. petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus.* vt ostendat creditorem ampliùs non esse eum qui anteà fuerat. Quem tamen possis etiam creditorem dicere apud Paulum, quia, quòd ad pignus vel retinendum, vel persequendum attinet, non minùs iuris habeat, quàm si creditor maneret. Alioqui si verè creditorem velis dicere etiam post restitutam hereditatem qualis erat ante aditam: probabis æquè facilè non tantùm naturalem, sed etiam ciuilem obligationem manere, quia ab initio fuit: nã nec propriè creditor dicitur is qui natura tantùm debetur *l. creditores. 10 de verb. signific.* Porrò si extincta omni obligatione nihilominus Seruiana durat & competit pignoris nomine aduersus fideicommissarium possessorem, idque propter naturam & conditionem propriam obligationis pignoratitię. † Quis iam mi-
5 retur cessare repetitionem si debitum fideicommissarius soluerit? Si quidem nec indebitum, nec sine causa solutum videri potest, quod si non ad liberandam soluentis personam iam ipso iure liberatam, saltem ad liberandum pignus profuit. Alioquin eadem ratione dicendum esset tertio possessori qui creditori Seruiana agenti soluerit vt pignus liberaret, competituram repetitionem, cũ nihil ipse deberet, quod sanè & falsum est & absurdum. Nõ enim liberaretur pignus si condictio soluti competeret *l. cùm quis. 38. §. de pendio & seq. D. de solu. l. si non sortem 26. §. si decem de condict. indeb.* Atqui pignus liberatur *l. Paulus 12 §. vlt. & pass. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Nec dic ita comparatum ob eam causam quòd repetitio nulla sit ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quàm vero debitore solutum sit *l. repetitio 44. de condict. indeb.* Nã etsi verus debitor reuera nullus esset fortè quod à solo fideiussore datum esset pignus cui posteà debitor heres extitisset, non eò minùs impediretur repetitio, quamuis extincta esset obligatio fideiussoria cui pignus accesserat *d. l. cùm quis. 38. §. vlt. de solut.* Sed & adita per creditorẽ hereditate debitoris qui pignus dederat, vt in *d. l. debitor*, si poneres tertium pignoris possessorem soluere creditori eam pecuniam pro qua pignus interuenerat, certè nõ repeteret, tametsi principalis obligatio nulla subesset; quoniam & Seruiana conueniri posset. Etenim si condictio aduersus eum locum non habet qui solutionem petere non poterat, subsistente licèt naturali obligatione, quantò minùs locum habebit aduersus eum qui agere poterat, quamuis nec natura-
6 lis nec ciuilis subesset obligatio? † At videamus quid in ea specie quam Paulus tractat, respõderi debuerit si heres idemque creditor, non coactus sed spontè hereditatem debitoris adiisset, tum restituisset? Quanquam enim ad inducendam confusionẽ obligationis tam naturalis quàm ciuilis nihil refert an spõte an coactus heres adeat, cùm vtroque casu eadem sit vis & potestas aditionis, hactenus tamen interesse videtur quòd ei qui coactus adit imputari nihil potest cur eius facto obligatio cõfusa sit, quod ipsum imputari potest ei qui vltrò adiit: propter quã causam, & in separatione bonorum impetranda nemo dixerit idem priuilegium spontaneo heredi cõpetere debere, quod coacto dat Vlpianus in *l. 1. §. sed si quis suspectam ill. eit. D. de separ.* Sibi enim imputet qui sponte adierit *l. quæ dotis. 33. D. sol. matr.* Sed tamẽ in proposita quæstione aliod est. Nã quod dicimus creditori eidemque heredi post confusam, & extinctam obligationem, superesse ius petendi ac persequendi pignoris, nõ fit ex sola æquitate quasi ei succurrendum sit contra iuris rigorem, quod euenit in Edicto *De separationibus.* Sed ex mera iuris ratione natúraque Seruianæ actionis, quæ ipso iure tamdiu tenet quamdiu solutum non est aut aliter satisfactũ. Ergo cùm eo quoque casu quo heres sponte adiit, verum sit pecuniam solutam non esse, fatendum est eo etiam casu idem admitti debere vt saluum habeat ius pignoris siue retinendi siue persequẽdi. Nõ enim de illo quærendum est, An ei imputari quicquam possit, sed an ipsi solutum sit necne. † Cur er- 7
go, inquis, tam exactè tractat Paulus de eo qui suspectam adire iussus est, si in spontaneo herede non aliud respondendum existimauit? Nam & hoc etiãdi causam maximam nostris præbuit, An quòd non debeat coacta aditio damno esse heredi, vt vulgò creditur *l. quia poterat. 4. eo tit.* Minimè. Sed quoniam qui coactus adit, eum certum est nihil prorsus lucri & commodi ex hereditate retinere posse *l. ita tamẽ. 27. §. qui suspectam & §. si præceptio l. si patroni 55. § qui fideicommissum eod. vers. quid ergo eod.* ideoque minùs dubitari potest quin hereditatis aditio vim & potestatem solutionis non obtineat. Cùm si vltro ille adiisset, quærendum esset an quartam ex Pegasiano retinuisset, aut quid aliud ex voluntate testatoris quod non adita hereditate non habuisset. Id enim Seruianam vtique perimeret, quòd hoc casu non tantùm confusa obligatio, sed etiam solutum debitum videretur aditionis potestate. *l. debitori. 50. D de fideiuss. iunct. l. Stichum 95. § aditio. 1. de solut. l. 2. §. cùm quis de hered. vendit. l. irritam. 6. C. ad l. falcid.* ex quibus locis appatet aditionem confusionis quidem vim semper habere, sed non semper solutionis: at eo dũtaxat casu quo effectus heres maneat creditor qui debitoris hereditatẽ agnouerit non inspecto eo, An damnosa sit hereditas an lucrosa quia cùm videatur soluendo esse quælibet hereditas quæ inuenit heredem *l. 3. D. ad l. falcid. l. libertus. 36. D. de bon. libert.* sibi ipsi soluisse intelligendus est quisquis heres sit, nullo alio existente quem pro debito conuenire possit
l. quæ dotis. 33. D. sol. matrim. † & aliam quoque rationẽ 8
ibi Africanus adferat quod secum pensasse intelligatur. Quam sanè nimis imperitè & barbarè explicant qui sic interpretantur. Quòd priusquam hereditatem damnosam heres adiret, intelligatur secum deliberasse: tum maturo consilio & iudicio adiisse. Quasi *pensare* Latini dicant pro, eo quod Galli *penser.* Nam imò *pensasse* dixit African. pro *compensasse*, vt & Papin. in *l. vnum ex familia. 67. §. sed si vno. & §. si duos de legat. 2. & alibi passim.* Et sensus est videri he-

redem secum compensasse quod ei defunctus debuerat, quia hereditatem adeundo cœperit obligatus esse creditorib. omnibus hereditatis etiam suprà vires hereditatis. Quæ ratio eodem sanè recidit, quo superior. Paria enim sunt, videri heredem secum compensasse. & videri eum sibi soluisse, cùm compensatio instar solutionis habeat. *L. si constat. 4. cum seq. l. inuicem. 12. & pass. C. de compensat. l. si ambo. 10. D.*
9 *de compensat. l. amplius. 19. D. rat. rem haber.* † Cùm ergo diximus heredem qui vltrò adierit perinde Seruianam habere debere atque si coactus adiisset, de illo intelligimus qui totam hereditatem restituit, plenámque fidem voluntati testatoris exhibere maluit quàm ex hereditate aliquid retinere: de quo in *l. patrem. 19. & l. debitorem. 20. D. quæ in fraud. credit. l. si heres ab eo. 68. §. vlt. ad Trebell.* quod hodie facilius euenire potest, postquàm placuit falcidiam, quam Trebellianicam vocant, non minus quàm eius quæ ex legatis debetur deductionem prohiberi posse, *Auth. sed cùm testator vbi DD. C. ad leg. falcid.* Cur etiam deterioris conditionis sit hic qui sponte totam hereditatem restituit, quam si suspectam dixisset, & adire tum restituere coactus fuisset? Cùm ex restitutionis effectu appareat non sui sed alieni compendij causa eum adiisse. Aut qua fronte obsecro imputere fideicommissarius possit heredi cur vltrò adierit, cùm non solùm huiusmodi aditionis commodum ipse sentiat, sed etiam inuitum eum si recusasset adire, coacturus fuerit per Prætorem? Nam etsi sponte aditam hereditatem heres vltrò vendiderit, placet ex æquitate confusas actiones ei restitui debere in em-
10 ptorem hereditatis *l. 2. §. cum quis de hered. vendit.* † At magis mirum illud est quod Paulus subiicit, Re integra non esse compellendum creditorem adire, nisi priùs de indemnitate illi cautum esset vel soluta pecunia. Hoc enim cur ita? Sic etiam non facto eo saluum ipsi manet ius pignoris siue possideat siue non. Et puto duplicem rationem adferri posse. Priorem illam quòd creditoris intersit, vel ob id maximè ne dubium timeat litis euentum, nec de eo disputare cogitur quod satis obscuri & controuersi iuris esse, vel ex ipsa Pauli disputatione nostrorúmque erroribus intelligitur. Alteram vt periuræ obligationis personam damnum effugiat, indemnitatis scilicet cautionem vel pecuniam pro personali obligatione habiturus. Siquidem ipsius interest non tantùm actionem habere in rem, sed etiam in personam, vt tantò faciliùs debitum consequatur, cùm plerunque difficile sit emptorem pignoris inuenire, ius autem dominij impetrare multò difficilius & longioris moræ vt constat hac ipsa lege in illis verbis, *cùm emptorem pignoris non inueniret, iunct. l. vlt. C. de iur. domin. impetr. l. si dubitet. 10. D. de fideiuss.* sicut & interest creditoris plures reos habere licèt singuli soluendo sint. *l.*
11 *3. §. vlt. de liber. legat.* † Id verò eleganter Paulus confirmat ea ratione, quòd etiam cum de lucro heres scriptus agit fortè qui legatum acceperit sub ea conditione si heres non extitisset, placuit non esse cogendum adire nisi legato præstito. Quantò minùs ergo cogendus erit adire, nisi cautione indemnitatis præstita aut soluto debito, si non de lucro certet sed de damno? Quamquã non putat Paulus defendi posse in proposito exemplo aliorum sententiam: vt fuit ille vir acris ingenij & ad dissentiendum à cæteris satis facilis, nec plerumque sine magna ratione, vt colligere licet ex *l. lecta. 40. de reb. credit. L. Aemilius. 38. De minor. l. Claudius. 97. de acquir. hered. l. debitor. 82. de legat. 2. l. Paula. 27. §. Pompeius l. quæsitum. 78. §. cùm vir i-ta de legat. 3.* Mouetur autem fortissimo argumento, quod contrà defuncti voluntatem illud esse videatur vt cogatur adire heres in cuius voluntate testator posuit aditionem legando illi si non adiret. Et cùm alterutrum testator dederit nos ei vtrumque præstamus, nimirum legatum & hæreditatem, quod sanè absurdum est. Neque enim in rebus testatoris debet vnquam iudex liberalior esse testatore. Qui certè Pauli sensus est in illis verbis, *sed cùm testator alterutrum dederit, nos vtrumque ei præstamus:* quæ nostri malè sic accipiunt, quasi aliorum sententiam subsequi Paulus velit, quam ex contrario impugnat euidentissimè. Si tamen receptiorem aliorum sententiam tueri quis velit, poterit fortasse non malè respondere, non vtrumque hic dari legatariu, sed legatum duntaxat, cùm inuitus hereditatem adeat, nec suo commodo aut periculo sed fideicommissarij cui totam restituere debeat: nec quicquam in eo fieri contra voluntatem testatoris quem credibile sit ei legandi si non adiisset, id potiùs animo agitasse vt ipsi consuleret si voluntarius heres non esset, quàm vt premium ei daret suæ perfidiæ si supremas defuncti preces omnino & effectu ipso destitueret, vt Papinian. loquitur *in d. §. qui fideicommissam. ver. quid ergo l. si patrono 55. ad Trebell.* Maximè cùm nec verisimile sit voluisse eum legare vt iudicia sua euerteret arg. *l. 3. D. de testam. milit.* nec legatum valere possit non adita hereditate ex testamento, *l. ex quam. 14. C. de fideic.*

Capvt XVIII.

Ad l. 2. C. de luit. pignor. & l. penult. §. 1. D. de except. rei iudicat.

Svmmaria.

1 *An ad sententiam* d. l. 2. *quæ vult sublata personali actione pignoris vincula durare rectè aptetur species* l. cùm notissimi. C. de præscript. 30. vel 40. annor?
2 *Reijcitur Cuiacij ad d. l. 2. obseruatio.*
3 *Verus casus quo personali actione submota non idcirco liberatum pignus intelligatur.*
4 *Sublata etiam obligatione pignoris durare tamen aliquando quasi Seruianam & hypothecariam.*
5 *Cur in* d. l. pen. §. 1. *pignoris obligatione sublata, creditori nihilominus hypotecaria competat?*
6 *Dominium rei pignoratæ, quod ad creditorem peruenit, non semper perimere hypothecariam.*

Mirantur † plerique quod scriptum est *in lege 2. Cod. de luit. pignor.* etiam submota personali actione vincula pignoris durare, cum certi iuris sit pignoris vinculum accessorium esse ad personalem actinoem, sublato aotem principali non posse accessoria consistere *l. cum principalis De regulis iuris cap. accessorium eodem in 6.* Nec habent nostri quod pro tuenda legis huius sententia proferant, nisi Iustiniani constitutionem in *l. cùm notissimi, 7. Cod. de præscriptis 30. vel 40. annor.* qua factum est vt licet & personalis actio quæ creditori aduersus debitorem competit triginta annis finiatur, hypothecaria tamen in quadragesimum vsque annum extendatur. Ita enim fit vt toto vltimo decennio submota personali actione duret tamen vinculum pignoris. Sed cùm *d. l. leg. 2.* sit Imperatoris Gordiani qui multis annis floruit ante Iustinianum adeoque antè Anastasium qui primus indu-

xit

xit ius tricenariæ præscriptionis in *l. sicut. 3. & l. omnes. 4. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* non video qua ratione ex posterioribus legibus petere liceat interpretationem ad priorem & antiquiorem. † Nec felicior hac in re vir doctissimus Iacobus Cuiacius, qui *libr. 15. Obseru. cap. 23.* scripsit coniungendam esse *d. l. 2.* cum superiore, quæ est de duobus heredibus debitoris sub pignore obligati, quorũ alteruttro soluente, licèt pro eius parte tollatur omni iure personalis actio & obligatio, hypothecaria tamen remanet qua singuli heredes in solidum tenentur propter indiuisam pignoris causam. *l. rem hereditariam. 65. D. de euict. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus heredib. debit. vel credit.* Nam in huiusmodi specie cùm subsit adhuc pro parte personalis actio minùs mirum est durare vinculum pignoris in solidum, *d. l. 2. C. si vnus ex plurib.* At Gordianus eum casum significasse videtur quo duret pignus etiam submota
3 in totum personali actione. † Accommodatius igitur exemplum illud est si bonam litem creditor vitio suo amiserit, & ob male dictatam actionem aut quia litem deseruerit causa ceciderit. His enim casibus nõ idcirco liberatum pignus intelligitur, tametsi personalis actio submota sit, *l. qui occidit. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. l. si superatus. 3. in princ. & §. 1. l. seruum quæ. 27. Dig. de pig. l. si per imprudentiam. 51. D. de euict. l. debitor. 59. D. ad SC. Trebel. l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. si mandatu de solu.* Cuius rei ratio illa reddi potest, quòd licèt personalis actio submota & amissa sit, ipsa tamen obligatio durat cui pignus potest accedere. Separanda enim est obligatio ab actione, nec nouum est accedere pignus obligationi etiamsi nulla actio sit, vt cõtingit cum principalis obligatio naturalis tãtum est, ex qua constat actionem non dari, sed tantum exceptionem & retentionem. At illud magis mirum est quod in superioribus probauimus, sublata quoque & extincta prorsus obligatione omni tam naturali quã ciuili superesse nihilominus vinculum pignoris & actionẽ Seruianam, vt in specie *d. l. debitor. 59. Dig. ad
4 Treb.* † Iam verò videamus ne & illud admitti possit, quod longè difficilius est, sublata etiam obligatione pignoris & extincta, durare tamen quasi Seruianã & hypothecariam quæ non nisi pro pignore cõpetit. Est.n. meo iudicio, textus in eam rem, non minus elegans quàm apertus in *l. ex sextante. 30. §. Laternus largus. D. de excep. rei iudicat.* In cuius specie negari non potest quin prorsus extinctum sit ius pignoris propter acquisitum creditori dominium rei pignoratæ, vtpote quæ domino suo obligata esse nullo modo possit *l. neque pignus. 45. de regul. iur. l. si rem alienam. 29. D. de pig. act.* Et tamen si res illa quæ pignorata fuerat, euicta sit per creditorem posteriorem, quo tempore antiquior creditor ius suum ignorabat, deinde antiquior quæsitum sibi ius ex causa anteriore posteà compertum exequi velit, placet Paulo cõpetituram ei hypothecariam, quam eo loco pigno-
5 ratitiam vocat, quòd detur pro pignore. † Rationem verò adfert illam ipsam qua idem mouetur in *d. l. debitor*, quod verum sit & pignori datam rem fuisse & satisfactum non esse. Sufficit enim personam extarẽ in quam dirigi possit actio, nec solutione aut alia satisfactione quæ solutionis loco cedat, sed qua alia ratione extinctum esse ius pignoris. Nempe quoniam qui agit quasi Seruiana nec dicit nec probare debet rem sibi pignoris iure teneri eo tempore quo agit, sed illud tantum vtiliter cõtractum fuisse pignus eo tempore quo fuit constitutum, nec secutam esse postea solutionem aut satisfactionem. Neque verò recipi illud potest quod nostris placere video: Pignoris obligationem in proposita specie non omnino perimi ex dominij acquisitione, propterea quòd ea acquisitio non sit prorsus irreuocabilis. Repugnant enim apertissima illa Pauli verba, *Neque enim potest pignus perseuerare domino constituto creditore:* quæ etiamsi non essent, ipsa tamen iuris ratio, quam diximus, manifestè id euinceret. Multò minus autem admittendum sit, si quis rentet obligationem pignoris, quę ex dominij acquisitione perempta sit, euicto dominio reuiuiscere. Quasi potestas euictionis tollat intellectum acquisitionis, vt Papinianus loquitur in *l. si patronus. 55. §. vlt. D. ad S.C. Trebell.* Obstat enim certissima & perpetua iuris regula quæ obligationem semel extinctam nunquam patitur reuiuiscere, *l. qui res. 98. § aream. D. de solut. & l. cum ex causa. 9. C. de remiss. pignor.* Illud igitur necessario consequens est, quod nescio an adhuc quisquam obseruauerit, vt sublato prorsus vinculo pignoris, citra solutionem tamen aut satisfactionem, duret nihilominus hypothecaria. † Sanè quod notauit Barto. 6
ad *d. l. debitor*, & verum est & ex vtroque Pauli loco rectissimè probatur, dominium rei pignoratæ quod ad creditorem peruenit reuocabiliter non perimere hypothecariam. Sed distinguendum est, vt dixi, ius pignoris à iure hypothecariæ, in fideiussore non similiter tractari hoc potest. Nam debitore quoquomodo liberato fideiussorem quoque liberari necesse, licèt creditori solutum non sit, nec aliter satisfactum, quia non eam conditionem habet fideiussoria actio quam hypothecaria si debitum solutum non sit. Quæ Africani sententia & ratio est in *leg. cum quis. 38. §. vltimo de solution.*

CAPVT XIX.

Emendatio, l. si pignore. 22. §. si prædo. D. de pignor. act.

SVMMARIA.

1. *Etiam ei qui rem alienam, siue sciens siue ignorans pignori dedit, soluta quandoque pecunia pignoratitiam competere.*
2. *Prædoni non tantum ad rem ipsam, sed etiam ad accessiones pignoratitiam dari.*
3. *Tolluntur è d. §. si prædo, verba illa,* proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit.

QVI † rem alienam pignori dedit non eò minus 1
potest pignoratitia agere soluta quandocunque pecunia, *l. si rem. 9. §. is quoque. D. de pignor. act.* Etsi enim alienæ rei pignus non consistit, *l. & quæ nondum. 15. §. quod autem & pass. de pignor.* pignoratitia autem competit ad eius rei repetitionem quæ pignoris non nunc fuerat obligata, *tot. titul. De pignor. act.* Sufficit tamen ad pignoratitiam quòd in causam pignoris res tradita sit, debitaque solutionem creditor acceperit. Cùm si reuera contractum esset pignus restitui nunc deberet. Alioqui melioris esset conditionis qui alienam quàm qui debitoris rem pignori accepisset. Et cùm debitori pro re aliena competere non possit vindicatio, multóque minus condictio (nam aduersus extraneum, id est qui dominus non sit, etiam vitiosa possessio prodest. *l. vlt. de acquir. possess.* Et in pari iure aut potiùs non iure, melior est conditio possidentis quam condicentis, *l. si ob turpem. 8. D. de condict. ob turp. caus.*) alienã rẽ pignoris nomine retineret impunè creditor si pignoratitia conueniri non posset. Nec distinguemus an qui rem alienam pignori dedit sciens dederit. An verò suam existimans, putà quam paulò antè bona fide emisset ab eo quem dominum esse exi-

stimabat, vt in *leg. si rem alienam. 29. D. de pignorib. act.* Nam etsi prædo rem pignori dederit, ac deinde debitum soluerit aut aliter eo nomine satisfecerit, competit ei pignoratitia, nec tantùm de pignore, sed etiam quod magis est de fructibus, si quos fortè creditor ex pignore perceperit, *leg. si pignore. 22. §. si prædo. D. eodem.*

2 † Competit enim pignoratitia non tantùm ad rem ipsam, sed etiam ad accessiones, putà fructus & vsuras, *leg. quamuis 6. §. vltim. & l. seq. eodem tit. leg. 1. Cod. eod.* In quo tamen, quod ad prædonis personam attinet, dubitationem illud facit, quòd fructus lucrari nullomodo possint. Nam si extent eo tempore quo rem suam dominus ab eo vindicabit, venient etiam in causam vindicationis, sin consumpti erunt, condicentur, *l. certum. 22. Cod. de rei vindica.* de quo scripsimus *lib. 4. cap. 17.* Cur ergo ei permittatur fructus petere à creditore quos omnimodo alteri præstare debeat? *arg. l. dolo facit. 8. D. de dol. æxcept.* Sed respondendum est dolo nõ facere eum, qui petit quod redditurus est alij quàm illi à quo petit, *leg. si socer. 44. §. Lucius. D. soluto matrimonio.* Neque æquum esse propter personam prædonis qui creditori satisfecerit, remanere fructus penes creditorem nullo iure & sine causa, facit *l. si vrbana. 55. D. de condict. indebit.* Ita enim fieret creditor ipse prædo ratione fructuum, eóque odiosior, quòd prædandi causam captaret ex contractu bonæ fidei, cui prædo alius, scilicet debitor, ex sua parte satisfecisset. Sed & generaliter traditum est eum qui ab aduersario suo possideat, nunquam debere propter hoc quod possideat, vincere, *leg. 1. §. vltim. & l. 2. D. vti possidet.* Nec nouum est antiquiori prædoni aduersus posteriorem prædonem competere actionem, sicut & interdictum, *l. 1. §. qui a me. D. de vi & vi armat.*

3 † Idque est quod Vlpianus scribit in *dict. §. si prædo,* vbi tamen quod sequitur, *proderit igitur ei quod bona fide possessor fuit,* non possum ego intelligere. Nam si verum est quod paulo ante Vlpianus dixerat, prædonem hunc qui actione pignoratitia fructus consecutus sit non posse eos suos facere, quoniam & extantes vindicari & consumpti condici poterunt, quænam obsecro ea in re prædonis vtilitas futura est? Debuerat hic igitur sic potius Vlpianus scribere, *non proderit igitur, &c.* Quanquam ne hoc quidem placeret. Quis enim admittat creditorem bonæ fidei possessorem videri ratione fructuum, quos ex pignore perceperit, præsertim post natam pignoratitiam, hoc est soluto debito? An non scit ille se pro alieno possidere ob idque nec vsucapere potest? *leg. pignori. 15. D. de vsucap.* nec ad eos fructus retinendos longi temporis præscriptione se defendere, *l. vltim. Cod. de pignor. act.* aut quid si creditoris mala fides apertior sit in eo quod rem alienam sibi à prędone pignori datam esse sciuerit? An eo minus tenebitur ad fructuum restitutionem? Imò tantò magis quòd ex duplici alienæ rei scientia duplicem quoque malam fidem habuerit. Non igitur prædoni eidemque debitori prodest ad fructus pignoratitia actione consequẽdos quòd creditor bonæ fidei possessor fuerit, quin potius, quod cùm pro alieno sciens possederit rem obligatam, in mala fide sit, si fructus ex ea re perceptos nullo iure retinere velit. Proinde fatendum est imperiti interpretis esse totum illum versiculum, *proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit:* nec potest meo iudicio dici quicquam apertius: fiet autem verisimilius, si ea coniungas quæ de similis mendi correctione scripsimus ad *l. debitor. 59. D. ad S.C. Trebel. c. 17.* suprà.

CAPVT XX.

Vera lectio & interpretatio leg. post contractum. 15. D. de donat.

SVMMARIA.

1 *Variæ dictæ legis lectiones, ex quibus Haloandrina retinetur.*
2 *Haloandrinæ lectionis sensus & ratio.*
3 *Distinctio adhibita in quæstione, an post contractum capitale crimen donationes valeant, eiusq; distinctionis ratio.*
4 *Donationem ante contractum capitale crimen factam, secuta condemnatione non reuocari.*
5 *Supradictam distinctionem in crimine perduellionis locum non habere.*
6 *Enumerantur crimina publica quæ morte non finiuntur, sed aduersus heredem perpetuantur.*
7 *In criminibus publicis lucrum ex scelere desuncti perceptum adserendum esse.*
8 *Actiones ex priuatis delictis competentes, si contestatæ sint, aduersus heredes transire.*
9 *Reijcitur Haloandri emendatio ad* l. constitutionibus. 33. ff. de oblig. & act.
10 *Respondetur ad* l. 1. ff. de priuat. delict.
11 *Cur condemnationem sequi oporteat, vt donationes post contractum capitale crimen facta irrita fiant.*
12 *Libertates post contractum capitale crimen datæ an reuocentur si condemnatio secuta non fuerit?*
13 *Condemnationem in hoc tractatu eam intelligi à qua non est appellatum.*
14 *Differre hac parte donationes à cæteris alienationibus quæ causam onerosam habent.*
15 *Dissimilitudinis inter eas ratio.*
16 *Explicatur* l. reo. 41. ff. de solut.
17 *Alienationes ex causa onerosa post contractum capitale crimen factas reuocari, si in fraudem facta proponantur.*
18 *Ex quibus coniecturis fraus colligi possit?*
19 *Quaslibet alienationes pendente appellatione factas, confirmata quandocunque sententia reuocari.*
20 *Mortis causa donationes ante contractum capitale crimen factas irritas fieri, si donator pœna capitis postea affectus sit.*
21 *An donationes inter virum & vxorem post contractum capitale crimen, & secutam ex eo condemnationem reuocentur.*
22 *Quid intersit inter donationes inter virum & vxorem quæ inter viuos, & eas quæ mortis causa factæ sunt.*
23 *An donatio à marito in vxorem facta ante cogitatum maiestatis crimen reuocetur?*

FLorentina † lectio habet, *Post contractum capitale crimen donationes factæ nõ valent ex constitutione Diuorum Seueri & Antonini, nisi condemnatio secuta sit.* 1 Omnino malè: ita namque sequeretur à contrario sensu, valere huiusmodi donationes si condemnatio secuta sit, quod absurdũ est. Vt enim non valeant potius quã vt valeant facere condemnatio debet, quandocunque secuta. Rectior vulgata, *donationes factæ valent, nisi condemnatio secuta sit.* Vt sensus sit donationes post contractũ capitale crimen factas nõ valere, si condẽnatio secuta sit. valere si condẽnatio secuta nõ sit. Secutã verò intellige non eam quæ donationem præcesserit, vt nimis imperitè Accursius interpretatur, (alioqui scribendum erat, *nisi condemnatio præcesserit,* non quo modo scri-

do scriptum est, *nisi condemnatio secuta sit*) sed eam quæ vt verba sonãt secuta sit non solùm post contractum capitale crimen, verùm etiam post factam donationem. Sed omnium rectissima lectio est Haloandrina, quæ retenta negatione quam habent Pandectæ Florentinorum, legit tamen in sequentibus, *si condemnatio secuta sit*.

a † Etsi enim huius idem, qui vulgatæ lectionis sensus esse videtur, & iam olim ab Odofredo vetere interprete traditus, est tamen hæc elegantior, & probabilior, propterea quòd nulla opus erat Imperatorum constitutione ad inducendum vt valeret donatio, quæ à domino facta esset, cùm certi iuris sit etiam post contractum capitale crimen dominium manere eum, qui deliquerit, adeóque reum læsæ maiestatis, *l. quæsitum. 15. D. qui & à quibus manumiss.* Nil autem sit tàm naturale quàm voluntatem domini res suas in alium transferre volentis ratam haberi, *l. quia ratione. 9. §. hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin.* Vt verò donationes hæ non valerent licèt factæ à domino, constitui necesse fuit, cùm subesset causa sic constituendi, & tamen communes iuris regulæ resisterent. Sicut & necessarium fuit Diui Pij rescriptum vt impedirentur libertates ab eodem datæ qui aut iam lege Cornelia damnatus esset, aut futurũ prospiceret vt damnaretur, *l. qui pœnæ. 8. D. de manumiss.* Ex cuius loci coniunctione cum *dict. l. post contractum* (est enim vterque locus ex Marciani Institutionum libris, quamuis inscriptio fortasse mendosa diuersos locos præ se ferat) apparet tractasse Marcianum, non quæ donationes valeant, quæ fuisset superuacua, & infinita tractatio, sed quænam non valeant, ex quarum speciali enumeratione constaret cæteras omnes valere. Cur non enim valeant omnes quæ non sunt prohibitæ?

3 † Id igitur Marcianus docere voluit, cùm quæritur an post contractum capitale crimen factæ donationes valeant, eam duntaxat adhibendam esse distinctionem, vtrum condemnatio postea secuta sit, necne. Si condemnatio secuta sit, omnimodo non valere, si secuta non sit, valere. Huius verò distinctionis quam Imperatorum constitutio inducit, illa ratio non est quam nonnulli adferunt, quòd in bonis delinquentis fiscus habeat ius taciti pignoris à die commissi delicti (id enim falsum esse vel ex eo maximè constat quòd cæteræ alienationes ex causa onerosa non ob id solum reuocari possunt quòd post contractum capitale crimẽ factæ sint, vt mox videbimus) sed quòd non sine suspicione pœnæ factæ videantur donationes quæ post contractum capitale crimen factæ sunt, quandoquidem vix est vt ab eo tempore nõ suspicetur is qui deliquit vel in perditissima Republica fieri posse vt delicti pœnam aliquando sentiat. Quod non obscurè Marcianus significat in *d. l. qui pœnæ*, iis verbis, *vel cum futurum prospiceret, vt damnaretur*. Eodémque pertinet quod Vlpianus scribit in *l. si aliquis. 7. D. de mort. caus. donat.* donationes quæ inter viuos factæ sunt valere, tametsi donator capitis pœna postea affectus fuerit, dummodo sine suspicione pœnę factæ sint, id est, vt ego interpretor, ante contractum capitale crimen.

4 † Propter quam causam & in *l. si quis post hac. 9. C. de bon. proscript.* scriptum est *ea etiam quæ ab innoxio adhuc marito*. Et in vers. *si quid etiam, ante tempus criminis*. & alio loco, *ante motum actum*. Vt intelligamus secutam condemnationem ex causa capitalis criminis non posse facere quin valeant donationes ante cõtractum capitale crimen perfectę, sed facere vt non valeant quæ post contractum factæ sint. Itaque sicut in pendenti est an donatio secutum sit, ita donationis quoque validitatem in suspenso manere necesse est, quousque certum sit vel secutam esse condemnationem, vel sequi amplius non posse, putà defuncto eo qui deliquit ante condemnationem. † vnde illud etiã 5
fit quod Papinianus scribit in *l. donationes. 31. §. vlt. D. de donation.* ratas esse non posse donationes post crimẽ perduellionis contractum, id est non esse in his donationibus locum illi distinctioni, an secuta sit condemnatio, necne, neque incerto eo manere donationes istas in suspenso, sed indistinctè & statim irritas haberi debere, ratione illa quòd singulari iure perduellionis crimen heredem quoque teneat, etsi nondum postulatus vita decesserit, *l. vltim. D. ad leg. Iul. maiest. leg. penult. & vlt. C. eod. l. si quis post hac. C. de bon. proscrip.* Ex quo magis apparet quod volumus, in cæteris criminibus quorum persecutio aduersus heredem non similiter competit, adeóque in crimine læsæ maiestatis extra perduellionatum, illam semper distinctionẽ obtinere, an condemnatio viuo donatore secuta sit, vel non, at eo casu, quo viuo donatore secuta non sit non distinguimus.

† An aduersus heredem sequi possit 6
propter factam cum defuncto litis contestationem, quia crimina publica ferè omnia morte finiuntur, nisi condemnatio præcesserit, nec perpetuantur per contestationem licèt actum sit ad pœnam pecuniariam, *l. 3. l. defuncto. 6. vbi Bart. de public. iudic. leg. defunctus. 5. & pass. C. si reus vel accusat. mort. fue.* Dixi, *ferè omnia*, quoniam excipitur crimen perduellionatus, *dict. l. vltim. D. ad leg. Iul. maiest.* peculatus, de reditus & repetundarum, *l. vltim. D. ad leg. Iul. pecul. l. ex iudiciorum. 20. D. de accusat.* quibus nostri comparant crimen hereseôs & apostasias quòd ad læsam maiestatem diuinam pertineant, *l. 4. C. de heret. l. 4. Cod. de apostat.* Itémque si quis sibi ipsi mortem consciuerit conscientia delicti, *dict. l. defunctis. l. 1. & tot. titul. De bon. eor. qui mort. sibi consc.* Addunt aliqui crimen desertæ militiæ ex *l. defunctorum. 4. Cod. de re milit. lib. 12. tit. 36.* vbi refert Imper. Alex. constitutum esse ab Imperatoribus Marco & Antonino vt defunctorum in desertione bona confiscãda sint, quod sanè antea non obtinebat, cùm desertionis crimen, sicut cætera morte solueretur, *l. 1. C. si reus vel accus. mort. fuer.* Addunt & crimen veneficij si maritus ab vxore veneno interfectus esse dicatur, ex *leg. Lucius. 9. in fin. D. de iur. fisc.* Sed omnino malè, nam & crimen hoc morte extingui Modestinus eo ipso loco scribit his verbis, *morte rea crimine eximitur*.

† Persecutionem tamen eorum quæ mulier sibi per scelus quæ- 7
siuisset fisco competere posse respondit. Non quòd pecuniariæ pœnæ persecutio competere possit aduersus heredem non condemnati, sed quia longè aliud sit pœnam pecuniariam persequi, aliud verò id agere ne ex defuncti scelere heres ditetur. Nam sicuti pœna ex delicto defuncti heres teneri non debet, ita nec lucrũ facere si quid ex ea re ad eum peruenerit, *l. sicuti. 38. de regul. iur. l. vnic. Cod. ex delict. defunct. in quant. hæred. conuen.* Sufficit enim non in damno versari heredem, non etiam lucrum subire, quomodo legenda fortasse est ratio Vlpiani ad rem pertinens in *l. 3. in princip. D. de vi & de vi armat.*

† Sanè priuatorum delictorum a- 8
lia ratio est. Quæ enim ex iis actiones competunt pœnales, non solùm ciuiles, sed etiam criminales transeunt aduersus heredes, si modò contestatæ sint, licèt non sit secuta condemnatio, vt apertè scriptum est in *dict. l. ex iudiciorum in fin. de accusat.* vbi differentia hæc traditur inter crimina publica & priuata; quæ tamen nulla erit si quod lex ait, ex priuatis delictis pœnam incipere posse ab herede, si viuo reo accusatio mota sit, licèt non fuerit condemnatio secuta, tu cum Accursio & Bartolo sic intelligas, si ciuilis

liter agatur: nam ex iudiciorum publicorum admissis
ciuiliter agi nunquam potest, sed tantùm criminali-
ter. De priuatis verò delictis & ciuiliter, & crimina-
liter, *l.2. §t. D. de furt. l. vltim. de iniur.* Si quę igitur hac
parte differentia est inter crimina publica & priua-
ta, eam tunc subesse necesse est, cùm de priuato crimi-
ne agitur criminaliter: quod & significant verba illa,
si viuo reo accusatio mota sit, quibus apertè vim facit
Accurs. accusationem pro actione accipiens, vt subin-
de actionem ciuilem intelligat, cui accusationis no-
9 men nullomodo conuenit. † Et huc etiam pertinet,
meo iudicio, quod scriptum est in *l. constitutionibus. 33.
de oblig. & act.* Constitutiones enim de quibus Pau-
lus eo loco, de priuatis delictis sunt non de publicis,
vt innuit *l.1. D. de priuat. delict. fact. l. omnes. 26. l. sciem-
dum. 58. eodem titu d. l. vnic. Cod. ex delict. defunct.* Quod
non intelligens Haloander malè negotiationem ad-
didit in illis verbis, *transmissam videri*: rectè verò Pau-
lus, *quasi lite contestata cum mortuo*, quia quando de cri-
mine agitur criminaliter nulla propriè fit litis conte-
statio, cùm agatur ad vindictam potiùs quàm ad rem,
ex quo magis apparet debere Paulum intelligi de a-
ctionibus criminalibus ex priuatis delictis descendē-
tibus. Nam in ciuilibus, licèt ex delicto descendant,
perinde ac in iis quæ ex contractu vera fit litis conte-
statio. Et de iis accipiendæ sunt supradictæ leges quæ
loquuntur de pœnalibus actionibus post litem con-
testatam aduersus heredem dandis. Idem quoque
probatur non malè, ex *d. l. 31. defuncto. 6. D. de publ. iud.
d. l. defunctis. 5. & pass. C. si reus vel accus. mort. fuer.* aliis-
que locis innumeris qui cum morte crimen extingui
aiunt, de publicis tantum criminibus loquuntur, vt
10 appareat aliud esse in priuatis. † Nil obstante eo quod
scriptum est in *dict. l.1. De priuat. delict.* Ciuilem esse
constitutionem, pœnalibus actionibus nec heredes
teneri nec cæteros successores. Debet enim id intel-
ligi, Nisi lis de crimine cōtestata sit vel quasi cum de-
functo, *dict. l. constitutionibus. l. 26 l. 58. de obligat. & a-
ction. dict. l. vnic. C. ex delict. defunct. & dict. l. ex iudicio-
rum. 28. D. de accusat.* Sed superuacua est de priuatis
delictis tractatio in interpretatione, *l. post contractum*,
quippe quæ locum non habeat nisi in delictis quo-
rum pœna sit bonorum aut vniuersorū aut partis pu-
blicatio, quæ ex priuatis criminibus nunquam irro-
gatur. At neque hodie ex publicis nisi perpaucis de
quibus tractant nostri *ad Auth. bona damnatorum. C.
de bon. proscript.* & ad *Auth. incestas. C. de incest. & inu-
til. nupt.* Vt proinde rarissimus hodie sit vsus, *dict. l. post
contractum*. Nisi proponas ex donationibus post con-
tractum capitale crimen factis ita diminutum delin-
quentis patrimonium vt fraus fiat pœnæ pecuniariæ
quæ in locum publicationis successit. Alioqui quid in
fraudem fisci factum videri potest cui certa pœna sol-
uitur? Itaque non sunt hîc separanda vt olim crimina
capitalia à non capitalibus, sed ea tantùm quæ publi-
cationis pœnam retinuerunt à cæteris, ex quibus non
nisi pecuniaria infligitur. Quænam verò illa sint scri-
psimus in Codice Sabaudico, nec proprius hic est de
11 iis dicēdi locus † Vt igitur ad rē redeamus, Ratio pro-
pter quam irritæ fiunt donationes post contractum
capitale crimen factæ, si postea secuta sit condemna-
tio illa sola est quòd factæ videantur in fraudem fisci,
cùm non sine suspicione pœnæ fieri potuerint. Ideo-
que nihil planè interest an factæ sint ante motam ac-
cusationem an post. sicut nec vtrum ante condemna-
tionem an post. dummodo post capitale crimen con-
tractum. Neque rursum an aliæ fraudis coniecturæ &
præsumptiones concurrant necne, quas hîc Bartolus
diligenter congerit. Illa. n. sola sufficit, quod à die cō-
missi delicti suspicio pœnæ nata sit. Sufficit autem si
modò postea secuta sit condemnatio. Neque enim iu-
sta est cōiectura suspicionis pœnæ, nisi constet de cri-
mine, & quidem per sententiam. Quid enim si abso-
lutio licèt iniusta sequatur? An non res iudicata pro
veritate habebitur? Quid item si interea reus moria-
tur. Quis fiscum audeat allegantem pœnæ suspicio-
nem perempto crimine? † Eadē verò ratio facere de- 12
bet, vt libertates ab eo datæ qui capitalis criminis
reus factus fuerat interim valeant, nec aliter irritæ
fiant quàm si secuta sit condemnatio Vt quod scriptū
est in *d. l. qui pœna. 8. de manumiss.* capitalium criminum
reos manumittere seruos suos non posse ex Senatus-
consulto, ita accipi debeat, Si postea quandocunque
secuta sit condemnatio, arg. *d. l. post contractum*. Nam &
ibidem statim sequitur, Diuum Pium rescripsisse non
competere libertates ab eo datas qui iam lege Corne-
lia damnatus esset, vel cum futurum prospiceret vt
damnaretur. Cùm igitur eadem ratio impediat liber-
tates quæ impedit cæteras donationes, *leg. si aliquis. 7.
D. de mort. caus. donat.* secuta nimirum condemnatio-
ne, *d. l. post contractum*, Cur non ex contrario eadem ra-
tio confirmabit manumissiones si condemnatio non
sequatur? An non absurdum sit & iniquum libertates
quibus nihil in toto iure fauorabilius est deterioris
conditionis esse quàm res cæteras. Atqui, inquiunt
nostri, Libertates quæ semel competierunt reuocari
postea non possunt, ideóque difficilius admittendum
est competere eas ne fraus fiat fisco. Imò verò possunt
esse in pendenti, & perinde reuocari si in fraudem
fisci datæ probentur, atque aliarum rerum donatio-
nes & alienationes *l. si cùm fideicommiss. 16. §. Aristo.
l. si mortis. 18. l. si quis habens. 40. l. pignori. 26. D. qui & à
quib. manum. l. in fraudem. 45. §. a debitore. D. de iur. fisc.*
Quin & tentari posset in eo fauorabiliores esse ma-
numissiones quæ non aliter impediuntur quàm si in
reatu factæ sint vt loquitur Marcianus in *d. l. qui pœ-
na*, nisi ratio illa obstaret quòd etiam quæ ante rea-
tum post admissum crimen factæ sunt, non sine suspi-
cione pœnæ factæ videntur. Itaque admittam facilè
non esse libertates hac parte melioris conditionis, sed
illud non patiar, esse eas deterioris. † Cùm autem se- 13
cutam condemnationem dicimus, eam intelligimus à
quà non sit appellatum, & quæ transierit in rem iudi-
catam. Alioqui si à condemnatione appellatum sit,
pendente appellatione pendebit quoque vis & effe-
ctus donationis, quandoquidem appellatio extinguit
iudicatum, *l. 1. §. vltim. D. ad S.C. Turpill.* † In cæte- 14
ris alienationibus quæ causam habent onerosam, pu-
ta in venditionibus, permutationibus & similibus,
non idem est. Omnimodo enim valent etiamsi post
contractum capitale crimen factæ sint, & secuta sit
postea condemnatio: adeóque licet pendente reatu
interuenerint. Quia regulare illud est vt penden-
te accusatione reus bonorum suorum non solùm do-
minium non amittat, sed neque administrationem,
quam ob causam & creditoribus suis soluere potest,
& vicissim à debitoribus suis solutionem accipere, *l.
reo. 41. & seq. D. de solut. l. aufertur. 46. §. in reatu de iur.
fisc. l. 2. de bon. damnat. l. quod autem. 6. §. apud Labeonem.
D. quæ in fraud. cred. l. summa. 21. D. de pecul.* Exceptis
criminibus læsæ maiestatis & repetundarum, in qui-
bus speciali iure constitutum est vt reus licèt rerum
suarum dominus maneat antè condemnationem, ea-
rum tamen administrationem habere desinat statim
à die commissi delicti, *d. l. ex iudiciorum. 20. D. de ac-
cusat. leg. quisquis. Cod. ad leg. Iul. maiest. leg. quasi-*
l. in

rum. 15. D. qui & à quibus manumiss. in quo etiam magnus nostrorum error est existimantium ex his causis confiscari bona ipsa iure statimque dominium amitti: quod si ita esset, non erat cur reo interdiceretur re-
15 rum alienarum administratione & alienatione. † Dissimilitudinis autem ratio inter donationes & alienationes ex causa onerosa, euideos illa est, quòd vix sit vt fraudis consilium non habeat qui sibi conscius res suas donat, & vltrò perdit, cùm donare nihil aliud sit quàm perdere, *l. filiusfamil. 7. in princip. D. de donat.* licèt benè merenti donatum fuerit, *l. semper 23. D. qui & à quib. manumitt.* Qui verò vendit aut permutat non tam perdendi consilium habere videri potest quàm sibi suisque rebus subueniendi, quod si non permitteretur delinquenti adeoque reo iam criminis postulato, eueniret sanè vt innocentium plerique necessario sumptu egerent, vt Papinianus ait in *d. l. reo. 41. de solution.* Etsi enim secuta quandocunque condemnatione apparet non fuisse innocentem eum, qui vendidit, eum res iudicata pro veritate habeatur. Ita tamen posito iure vt alienationum robur penderet ex dubio iudicij euentu qui in causis potissimum criminalibus incertissimus est, non facilè reperiretur, qui ad emptionem vellet accedere, nec si reuera innocens & absoluendus esset reus, argu. *l. aut Praetor. 7. § quaesitum. D. de minor.* Cùm non minùs periculosum & procliue sit innocentem ex falsis instrumentis aut testimoniis cõdemnari, quam nocentem absolui. Inde verò fit vt solis quidem innocentibus debitus fauor ius hoc extorserit, *d. l. reo,* sed tamen ad eius communionem delinquentes quoque vocari necesse sit. Occasione scilicet
16 potiùs quàm iure vt Paulus loquitur in *l. 2. de ruin.* † Neque tamen ita accipienda est ratio illa Papiniani in *d. l. reo, alioquin plerique innocentium necessario sumptu egebunt,* vt eatenus duntaxat reus criminis publici rerum suarum administrationem retineat, quatenus ad vitę litisque sumptus necesse est. Habet enim liberam & omnimodam: in eóque nimirum singulare ius est eorum criminum quorum odio receptum est vt à quo tempore commissa sunt, interdicatur reo administratione, qualia sunt lęsæ Maiestatis diuinæ aut humanæ, & repetundarum, *d. l. ex iudiciorum.* Non enim idcirco necessarias tamen alienationes interdictas esse credendum est, quæ cùm sint necessariæ non possunt esse non iustæ, vt vulgo nostri sentiunt & rectè ex *l. alienationes 13. de fam. ercisc. l. peto. 69. § praedium de legat.*
17 *2. l. 1. D. de fund. dotal.* † Hoc ipsum tamen quod dicimus; valere alienationes ex causa onerosa factas post contractum capitale crimen, tametsi condemnatio postea secuta sit, ita intelligi debet si non in fraudem factæ proponantur, probetúrque emptor fraudis consilium participasse, argu. *l. aut Praetor. & § si quis particeps. leg. quod autem. 6. § hoc edictum. & § simili modo D. quae in fraud. cred. l. si petis. 5. Cod. eod.* Quinimò fortasse etsi emptor ignorauerit, vt hac parte melior sit conditio fisci in cuius fraudem alienatum est quàm creditorum, arg. *l. deferre. 18. § vlt. l. Titius. 21. l. in fraudem. 45. D. de iur. fisc.* cùm etsi in fraudem patroni alienatio facta sit, detur patrono Fauiana etiam contra ignora-
18 tem. *l. 1. § solum. D. si quid in fraud. patr.* † Fraudis autem coniecturæ potissimum hæ probantur à nostris, si is qui delictum admisit siue in reatu iam constitutus siue non, bona omnia sua vendiderit, arg. *leg. omnes. 17. § Lucius. D. quae in fraud. cred.* Si quibusdam tantùm vẽditis in eorum possessione remanserit, fructúsque sibi perceperit, *l. si cum. § superuacuum. D. quib. mod. pign. vel hypot. sol. l. si is qui bonis. 91. de acquir. her. l. si quis naturalem. 3. vers. & quod de iubenda. C. de natur. liber.* si clam aut vilissimo pretio distraxerit, arg. *l. vlt. D. de rei. inp. l. non existimo. 54. D. de adminst. tutor. l. si quis donationis. 38. D. de contra empt. d. l. 1. § sed si fortè. D. si quid in fr. patr.* Si denique sub ea conditione alienauerit, si condemnari eum contingat bonáque ipsius publicari, argu. *l. vlt. D. de stipul. seruo. l. summa cum ratione. 21. D. de pecul.* Nam & ex superiorib. causis fraus pręsumeretur si ante contractũ capitale crimen sic factæ alienationes, & multo post tempore secutum delictũ proponeretur, argu. *l. sed maritus. 14. vers. sed & si constante. D. qui & à quib. manum. l. si mulier cum de iur. 21. D. rer. amot.* Nisi delinquendi occasionem nouus & emergẽs casus pe-
periisset, vt Bart. scribit ad *d. l. post contractum.* † Sanè si 19
à condẽnatione appellatum sit & pẽdente appellatione facta sit alienatio, non distinguemus donationes a venditionibus, sed id perpetuò obseruabimus, vt confirmata quandocunque sententia reuocentur alienationes quælibet, quia negari non possit quin saltem à die sententiæ quæsitum sit fisco ius pignoris quod ei auferri non potuit per appellationem quam ex post facto frustratoriam & inutilem esse apparuit. Nunquam enim frustratoria appellatio prodesse debet appellati, *l. tutor. 41. in princip. de vsur. l. vlt. D. de re iudic. l. negotiorum. 24. D. de appell.* Text. est in hanc rem perelegans in *l. chirographis. 57. § 1. de adminstr. tutor.* *Et haec quidem* in contractib. & donationib. inter viuos obti-
neot. † At in mortis causã donationib. aliud iuris est. 20
Non enim valent, etiamsi factæ sint ante contractum capitale crimen, si postea capitis pœna affectus sit is qui donauit, *dict. l. si aliquis. 7. D. de mort. caus. don. l. cùm hic status. 32. § si maritus, D. de donat. inter vir. & vxor.* Nam qui capitis pœnam patitur non potest cum vltima voluntate decedere, *d. § si maritus. l. eius qui. 8. § 1. D. qui testam. fac. poss. l. si quis filio. 6. § irritum de iniust. rupt. & irrit. fact. test.* donationes autem causa mortis proximè accedunt ad vltimas voluntates, *l. vltim. C. de*
mor. caus. don. † Excipiuntur tamen singulari iure do- 21
natiooes quas vir in vxorem contulerit ex lege Constantiniana in *l. res vxoris. 24. C. de don. inter vir. & vxo.* non solũ si ex pœna mortuus sit maritus, sed etiamsi deportatus tantùm, si non liberalitatem suam post deportationem reuocauerit. Nec eæ tantum donationes quæ mortis causa factæ sint, sed illæ etiam quæ inter viuos iam constante matrimonio. Nam & hæ similes sunt donationibus causa mortis, in eo quòd cùm moribus improbatæ sint, non prius valent, quàm donatoris morte confirmatæ fuerint. *l. 1. 2. & 3. d. l. cùm hic status in prin. & pass. D. de donat. int. vir. & vxor. l. donationes quas parentes 25. C. eod.* ob eamque causam in id vsque tempus pro imperfectis habeotur, *dict. l. si aliquis.*
7. & l. non videtur. 32. D. de mort. caus. donat. † Quam- 22
quàm inter has donationes & illas hactenus interest, quòd quæ mortis causa fiunt statim valent, dummodo earum effectus in id vsque tempus excurrat quo vir & vxor esse desinant, nec intereà velit donator fieri rem accipientis, *l. si cum. 9. § vltim. cum duob. seqq. eodem titul.* Quæ verò inter viuos fiunt, non valent nisi ab eo tempore quo reuocari posse desierint, id est à die mortis; ideoque prohibita est inter coniuges illa quoque species donationis causa mortis ex qua dominium statim transferatur licet reuocabiliter, *l. sed interim. 10 eod. iunct. l. 2. & l. Senatus. 35. § mortis causa D. de mort. caus. donat.* Sed si ante mortem reuocatæ non sint, valent omnes irreuocabiliter, licet eo tempore quo reuocari posse desinunt, fieri non possent, id est licet capitis pœna & summo supplicio affectus sit is qui donauit, ac si maritum non pœna, sed natura subduxisset vt lex ait. In hoc enim elucet priuile-

gium quod huiusmodi donationibus tributum Constantinus voluit, cùm alioqui inspecta iuris ratione donationes hæ non valerent, *dict. §. si maritus.* † Nec aliud meo iudicio admittendum erit etsi maritus læsæ maiestatis condemnatus fuerit, quamuis vulgò interpretes contrà putēt ex *d. §. si maritus*, iuncta *l. si quis. C. ad leg. Iul. maiest.* Nam quod scriptum est in *dict. §. si maritus*, dubitandum non est quin correctum sit per *d. l. re vxoris.* Quod autem constitutum est in *d. l. quisquis*, nullum ius nouum cõtinet, nisi in donationibus factis à die commissi aut cogitati delicti. Itaque quod ad eas pertinet quæ ante cogitatum maiestatis crimẽ factæ sunt, incorrecta proculdubio manet lex Cõstantini, cui tamen non perinde locus erit si quid viro donatum sit ab vxore quæ postea capitis pœna affecta sit. sunt enim fauorabiliores hac parte mulieres, vel ob eam maximè rationem quam lex exprimit: *quia pudicitiæ præmio cessit.* Quòd si bona mariti fiscus occupet, non ex causa delicti & condemnationis, sed tanquam vacantia, donationes ab eo factæ si vsque ad finem in ea volũtate perseuerauerit, saluæ sunt mulieri non ex priuilegio, sed iure communi, idque iam obtinuit, *l. 1. C. de don. inter vir. & vxor.* sed si proponas post cõtractum capitale crimen factas inter coniuges siue inter viuos, siue mortis causa donationes, vtique non valebunt, nec ad hunc casum Cõstantiniana lex pertinet vt cõstat ex illis verbis: *ante tempus criminis ac reatus.* Vt quod in eadẽ lege præcedit, *ante reatũ*, sic accipi debeat, vt non solũ ante reatum, sed etiam ante crimẽ contractum donationem factam esse oporteat ad eius legis priuilegium inducendum, quia nec valeret si inter viuos facta esset post contractum capitale crimen, secuta quãdoque condemnatione, *d. l. post contractum*, quasi non sine suspicione pœnæ facta ab eo qui propter facinoris sui cogitationem iam de pœna sua certus esse potuit, *d. l. si aliquis, & d. l. quæsitum. 15. D. qui & à quib. manum.* Id verò Constantinus duntaxat egit vt eodem iure censerentur donationes inter virum & vxorem quo essent si inter personas non prohibitas factæ proponerẽtur, nisi quòd ad nutum donantis sunt reuocabiles. Sed vt melioris sint conditionis nec constituit, nec constituendi ratio vlla fuit.



ANTONII FABRI SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber Octauus.

CAPVT I.

De sententia & emendatione l. si Titius. 48. D. de fideiuss.

SVMMARIA.

1 *Adhibetur distinctio in quæstione, an restitutio in integrum ob ætatem vno fideiussore, alter obligationis onus integrum suscipere debeat.*

2 *Singularis casus, quo citra expressam renunciationem cessat diuisionis beneficium inter fideiussores.*

3 *Minoris confideiussorem qui pro ipso fideiubet, post minorem interuenire.*

4 *Emendatio* d. l. si Titius, *& emendationis ratio affertur.*

5 *Repurgatur ab errore scriptura* l. cùm apparebit ff. locat. *&* l. cùm mandatu. 23. ff. de minor.

6 *Reprobatur Connani ad* d. l. si Titius *emendatio.*

7 *Reijcitur Cuiacij interpretatio ad dictam legem, eiusque rationes refelluntur.*

8 *Vis horum verborum in* dict. l. Titius. si intercessit propter incertum ætatis, *&c.*

9 *Refellitur obiectio aduersus veram huius legis interpretationem allata.*

1 VM † quæritur an totum fideiussionis onus irrogandum sit ei qui cum minore fideiussit, si minorem postea in integrum restitui contigerit, distinguendum est, an simpliciter ille fideiusserit cum minore, & sine contemplatione iuris Prætorij, quomodo si duo maiores confideiussissent, an verò post minorem propter incertum ætatis ac restitutionis, id est eo intuitu, & ex illa causa, quòd alius confideiussor talis esset, qui propter ætatem posset quandoque in integrum restitui, priore casu non est irrogandum illi totum onus fideiussionis, sed pro sua parte duntaxat, non quòd minoris restitutio ei prodesse debeat (neque enim pro minore, sed cum minore fideiussisse eum ponimus, & illa disputatio, an minoris restitutio fideiussori prosit alium tractatũ habet suasque distinctiones,) sed quia ex beneficio epistolæ Hadriani diuidatur inter cõfideiussores obligatio *l. inter fideiussores. 26. D. de fideiuss.* dummodo sint illi soluendo tempore litis contestatæ, *l. inter eos. 51. §. cùm inter eod.* quamuis iure aliquo speciali alter ex iis tutus sit, ne cum effectu conueniri possit, puta si aut tempore liberatus sit aut aduersus obligationem fauore ætatis restituendus: nam inopi fideiussori, & qui nihil habeat, non rectè comparabitur is qui alia iusta ratione nititur ne cogatur soluere, sed ei potiùs qui satisfecit, cùm habeat, quod obiiciat petitori, vt eleganter Papinianus scribit in *l. si pupillus. 45. D. de administr. tut.* Itaque sibi imputare creditor debet, cur minorem pro fideiussore acceperit, quem sciebat, aut scire debebat posse restitui, aut cur non petierit confideiussorem contemplatione iuris Prætorij, aut denique cur non curauerit, vt confideiussor ille beneficio epistolæ renuntiaret. Siquidem renunciari posse constat, vt aliis ferè omnibus exceptionibus fauore renunciantis introductis, *l. pen. C. de pact. l. pactum inter hered. 46. D. eod.* Posteriore verò casu, id est si confideiussor acceptus sit, non solùm, vt pluribus fideiussoribus

bus cautum esset creditori, sed etiam ne restitutio
quam impetrare minor posset, creditori damno cede-
ret, vtique totũ fideiussionis onus ipsi irrogari opor-
tebit, quoniam id inter eos actum videatur, ac si be-
2 neficio diuisionis nominatim hîc renuntiasset. † estque
hic valde singularis casus In quo citra expressam
renunciationem cessat epistola Hadriani De confide-
iussionibus, cùm regulare sit, vt expressam & specia-
lem renunciationem fieri oporteat. Ratio autem est,
quia hoc casu confideiussor ille minoris habetur pro
ipsius minoris fideiussore: siquidem nihil prohibet fi-
deiubere quem & pro debitore, & pro debitoris fide-
iussore quemadmodum & plures possent. *l. si plures, 27.*
§. vlt. D. de fideiuss. ideoque succedit iuris regula, quæ
habet fideiussorem qui minoris obligationi accessit
contemplatione iuris Prætorij, non esse iuuandum re-
stitutione, quam minor ex causa ætatis impetrauerit,
l. 1. & 2. C. de fideiuss. minor. l. 3. §. sed vtrum l. in causæ. 13.
D. de minor. l. Stichum aut Pamphilum. 95. § quod vulgò.
3 *D. de solut. Paul. lib. 1. sent. tit. 9. §. 5.* † Hoc ipsum verò,
vt minoris confideiussor pro minore ipso fideiubere
videatur: fieri nullo modo potest, quin interuenit
post minorem, non quidem ordine scripturæ, qui cer-
tè nunquam impedit causam iuris ac voluntatis, *l. cū*
pater. 77. §. fidei tuæ committo, de legat. 2. cùm ex iure
non ex scriptura sumendum sit, id quod agi videtur, *l.*
nec enim. 6. D. de solut. l. quidam. 14. de pecul. leg. sed ordi-
ne, vt vocant, intellectus. Nam qui fideiubet intuitu
& contemplatione restitutionis quam minor impe-
trare posset, eum prorsus necesse est intuitu minoris
fideiubere. & consequenter post minorem, quamuis
prior fortasse in scriptura nominatus sit, arg. *l. quamuis.*
8. §. quoties. D. ad S. C. Vell. In quo tamen obseruandũ
est tractare nos de confideiubentibus, non de iis qui
ex interuallo intercesserint. Inter eos namque solos
beneficium diuisionis locum habet, qui simul & alter
alterius contemplatione sic fideiusserunt, vt periculi
societatem contraxisse videantur, quomodo Papinia.
loquitur in *l. si plures. 38. D. de admin. tut. leg. si a Titio.*
43. L. de fideiuss. Cæterùm nihil vetat alterum alterius
contemplatione sic fideiubere: vt tamen restitutionis
alteri competituræ periculum alter in se suscipere ve-
4 lit. † Et hæc nimirum Papiniani sententia est in *leg. si*
Titius. 48. ver. huic similes eod. tit. de fideiuss. vbi conclu-
dit ille non insubtiliter, hoc demum casu totum fide-
iussionis onus restituto, quandocunque minore confi-
deiussori irrogandum esse. Quod tamen ex vulgari
receptaque lectione colligere nulla ratione possis. Sic
enim habet, *sed ita demum alteri totum irrogandum est: si*
posteà minor intercessit propter incertum ætatis ac restitu-
tionis. quæ sanè nullius sensus lectio est. nec apud me
dubitationem vllam res hæc habet, quin legendum
sit, *si post minorem:* nato fortassis errore ex inscitia li-
brariorum posteriorum, cùm priores scripsissent, *post*
minor. subiecto puncto, pro *minorem*, quod non intel-
ligẽtes posteriores & malæ Grammaticæ vitium sub-
esse existimantes pro *post* reposuerunt *postea*, & pro
5 *minorem* scripserunt *minor*, sine puncto. † Nam & si-
mili errore, sed manifestiore in *l. cùm apparebit. 47. D.*
locat. scriptum legimus, *vendentem vel locantem*, pro eo
quod scribi debuerat, *vendentibus vel locantibus*, cùm
veteres libri, vt verisimile est, scriptum haberent, *ven-*
dent. vel locant. Præcedit enim pluralis illa dictio, *plurí-*
bus. Neque emptor dicitur aut conductor qui vendit
vel locat, sed qui ab aliis siue singulis siue pluribus
vendentibus vel locantibus causam habet: & loqui-
tur ea lex de emptore & conductore qui cum pluribus
contrahens singulorum personam in solidum intui-
tus est, quod non nisi pluribus vendentibus vel locan-
tibus euenire potest. Sic & in *l. cùm mandatu. 23. D. de*
minor. scriptum legimus, *si procurator nomine minor cir-*
cumscriptus sit, pro eo quod legendum est, *procuratorio*
nomine, cùm breuiùs & commodiùs esset scribere *pro-*
curator. subiecto puncto, quàm *procurator m.* videreturque
sufficere, vt ex dictione sequenti vel præcedenti
alloqui lector posset quid punctus significaret. † Fa- 6
ciunt sanè parum cautè qui Papinianum sic emendãt,
vt pro *postea*, legant *sponte*, qua in sententia est Fran-
ciscus Conanus *lib. 6. Comment. iur. ciuil.* Quasi eam di-
stinctionem Papinianus probauerit: An sponte minor
intercesserit, an dolo creditoris. Idque propter sequẽ-
tem legis clausulam in qua de minore agitur per do-
lum creditoris circumuento. Longè enim alia sequẽ-
tis illius clausulæ sententia est quam sequenti capite
docebimus. † Nec illi rectiùs qui post Iacobum Cu- 7
iacium *lib. 10. Obser. c. 22.* eam Papiniani mentem esse
existimant, vt si simul cum minore intercessero, & is
restitutus fuerit, tum demum mihi totum onus irro-
getur, si primo loco interuenerim, nisi dolo creditoris
minor in fideiussorem assumptus sit, rationem dupli-
cem adferentes. Vnam quòd minorem ex ea fideius-
sione teneri iniquum sit, cùm eius ætas fragilis & ex-
posita captionibus restitutionem mereatur. Alteram
quòd mea fideiussio ante minoris fideiussionem te-
nuerit, ob idque vitiari eam ab inutili minoris fide-
iussione non oporteat. Etenim animaduertere debue-
runt, quod suprà monuimus, tractare Papinianum de
confideiussoribus, vt constat ex primis verbis legis, *si*
Titius, & Seia pro Mæuio fideiusserint. Item ex postre-
mis illis, *aduersus confideiussorem:* Confideiussores au-
tem non esse nisi qui eodem tempore & alter alterius
contemplatione non separatim & ex interuallo fide-
iusserunt, *d. l. si plures. 38. de administr. tut. l. si a Titio. 43.*
de fideiuss. Itaque cùm inter eos periculi societas con-
trahatur, quæ sola beneficium diuisionis inducit, mã-
ca erit & inepta ratio illa quam Papiniani esse volũt,
quòd minorem ex sua fideiussione teneri iniquum
sit. Neque enim ex eo sequitur totum onus alteri ir-
rogandum esse qui diuisionis beneficium non idcir-
co abijcere voluit. Potiusque ex eo inferas minoris re-
stitutionem nocere debere creditori, quàm confide-
iussori. Vt taceam falsum esse quod illi ponunt iniquũ
fore si minor ex sua fideiussione teneatur. Nam imò
verò iniquum non esse ex eo constat, quòd nec doli
nec alterius exceptionis auxilium habere minor po-
test priusquam sit in integrum restitutus, tametsi sub-
sit æquitas & causa concedendæ restitutionis, *l. excep-*
tiones. 7. in fin. D. de except. Altera autem ratio, quam
ex ingenio suo comminiscuntur, non solùm ineptior
est, sed etiam apertè falsa. Nam quod aiunt fideiussio-
nem meam antè minoris fideiussionem tenuisse, & v-
tilem fuisse, non potest verum esse, cùm ego & minor
simul fideiusserimus. Vtramque enim simul cõtrahi,
& tenere necesse est, vt periculi societas contracta vi-
deatur. Quare & in illa specie quam à Papiniano præ-
termissam Cuiacius putat, & de qua tamen sola Pa-
pin. tractat. si vnà cum minore fideiussero, fatetur ille
non nisi pro parte me teneri. Quod sanè verissimum
est si simpliciter intercessero: sed non item si contem-
platione iuris Prætorij, propter incertum ætatis aut re-
stitutionis minoris: hoc est, cùm creditor dubitaret de
ætate mei confideiussoris an minor esset annis vigin-
tiquinque, aut cùm minorem eam esse sciret eique fi-
dem non haberet, veritus ne postea restitutionem im-
petraret, vt pluribus explicat Vlpianus in *d. l. in causæ.*
13. de min. quomodo si locutus fuisset Pap. sententiam

eius quilibet facillimè percepisset. Sed quàm sibi pla-
ceat ille concisa ista elegantique breuitate nemo i-
8 gnorat.† Tantoque magis miror virum doctissimum
non percepisse vim eorum verborum, *si intercessit pro-*
pter incertum ætatis ac restitutionis: nec animaduertisse
quantum intersit an sic loquare, an ita potius quomo-
do ille intelligit, & quasi ratio dicta illa sit, *quia fauor*
ætatis meretur restitutionem. Sed & in eo errat, quod
verborum illorum contextum interrumpit, ponitque
virgulam post *intercessit*, ac si sequentia contineant ra-
tionem præcedentium, cùm tamen vna ratio sit, vsque
ad illam clausulam, *quòd si dolo* Fefellit enim corrupta
lectio in verbis iis, quæ emendamus, *si postea minor in-*
tercessit, quæ nullum certè sensum habet, si quod se-
quitur, *propter incertum ætatis ac restitutionis*, bene in-
9 telligas.† Nec verò interpretationi nostræ repugnat,
si quis obiiciat, ita posita facti specie, vt ego post mi-
norem fideiusserim propter incertum ætatis ac resti-
tutionis, futurum vt non simus confideiussores, si ve-
rum est quod diximus confideiussores esse eos dunta-
xat, qui simul & eodem tempore fideiusserunt. Iam e-
nim monuimus verba illa, *post minorem*, non ad ordi-
nem temporis & scripturæ referenda esse, sed ad ordi-
nem intellectus. Finge debitorem à quo fideiussor
petebatur obtulisse fideiussorem minorem: creditorẽ
verò non quidem recusasse, sed tamen propter incer-
tum vel ætatis cùm dubitari posset maiórne esset an
minor, vel restitutionis, cùm minorem esse constaret
petiisse, vt alius quoque fideiussor ob eam causam
accederet, méque in illam rem fidem meam & operã
exhibuisse, deinde tractatu isto habito simul eodém-
que tempore minorem & me fideiussisse. An non hîc
verum est nos esse confideiussores, eodémque tempo-
re periculi societatem subiisse? Ita sanè. Nec minus ta-
men verum quoque est me fideiussisse post minorem
& iuris Prætorij contemplatione. Ordine nimirum
tractatus, & intellectus, quia minor oblatus prior
fuerat in fideiussorem, & quidem solus. Nam si eodẽ
tempore minor & maior offerantur tum demum dici
potest maiorem simpliciter acceptum intelligi, ideó-
que nec vllo casu totum fideiussionis onus ei irro-
gandum esse. Idémque est, si maior primus offe-
ratur priusquam de adiiciendo minore tractetur, si
modò postea vterque simul eodémque tempore fide-
iubeat.

Capvt II.

Ad prima & postrema verba eiusdem legis.

SVMMARIA.

1 *An, si minor creditoris dolo inductus fideiusserit & re-*
stitutus sit, creditori aduersus confideiussorem suc-
currendum sit?
2 *Cur in priore specie* d.l. si Titius, *restituta Seia quæ fi-*
deiusserat, aduersus confideiussorem in solidum actio
detur?
3 *An & si Seia creditoris dolo interuenisset, totum fide-*
iussionis onus in dict. l. *Titio confideiussori esset irro-*
gandum?
4 *Nullam ex mulieris fideiussione aduersus eam dari a-*
ctionem.
5 *Cur S.C. Velleiani auxilium* exceptio *appelletur?*
6 *Sententia* l. si mulier in princ. ff. ad Velleian.
7 *Cur in* d.l. si Titius *aliud in muliere, aliud in mi-*
nore confideiubente inducatur?

2 SEquitur † apud Papinianum, *Quòd si dolo creditori*
inductus sit minor, vt fideiuberet, non magis creditori
succurrendum erit aduersus confideiussorem, quàm facta
nouatione circumuento minore, desideraret in veterem de-
bitorem vtilem sibi actionem dari. Quæ verba pessimè e-
tiam explicant, qui sic interpretantur, vt minore ad-
uersus fideiussionem alius confideiussor perinde pos-
sit in solidum conueniri, atque solet conueniri prior
debitor restitutoria actione, posteaquam minor ad-
uersus nouationem à se factam restitutus est, *l. minor.*
48. in princ. l. vlt. D. de minor. Nam imò verò prorsus ex
contrario Papin. vel neutro casu succurrendum esse
creditori qui dolo induxit minorem, vt fideiuberet,
aut vt nouationem faceret, hoc est neque restituendã
ei actionem in veterem debitorem, vtpote quam do-
lo malo amiserit, (vt hæc adhibeatur exceptio ad su-
pradictas leges quæ haud dubiè procedunt, cùm cre-
ditoris dolus nullus interuenit) neque adeò ei fauen-
dum, vt totum onus confideiussionis alteri confide-
iussori irrogetur. Quod intellige, etiamsi confideius-
sor accesserit contemplatione iuris Prætorij, & pro-
pter incertum ætatis ac restitutionis, vt differat casus
hic à præcedente de quo superiore capite diximus. Est
enim æquissimum deteriorem esse conditionem cre-
ditoris dolosi quàm eius contrà quem minor restitu-
tus sit ex causa duntaxat ætatis & læsionis, quod cõ-
tingit quoties non dolo aut calliditate creditoris, sed
sua tantùm inconsulta facilitate læsum se allegat † 2
At in priore huius legis specie, hoc est si Titius & Seia
pro Mæuio fideiusserint, non similiter Papinianus di-
stinguit, An simpliciter Titius confideiusserit, an ve-
rò post Seiam & contẽplatione Senatusconsulti Vel-
leiani, sed indistinctè aut subducta muliere dandam
in solidum aduersus Titium actionem. Ratione illa
quòd scire potuerit, aut ignorare non debuerit mu-
lierem frustrà intercedere. Error enim hic iuris est
quem ei omnimodo nocere cõuenit, si nesciat impro-
batas esse Senatusconsulti Velleiani autoritate huius-
modi fideiussiones: adeò vt nulla mulieri necessaria
sit in integrum restitutio, sed sufficiat Senatusconsul-
ti beneficium implorare *l. 1. & tot. tit. ad S.C. Velleian.*
In quo melior est conditio mulieris quàm minoris in
re ipsa decepti, qui nullum habet auxilium priusquã
sit restitutus, vt suprà diximus ex *l. exceptiones. 7. §. vlt.*
de except. Itaque non potest Titius dicere se confide-
iussisse cum Seia vt periculi sociam haberet, cùm per-
sona Seiæ autoritate Senatusconsulti subducatur, so-
lúsque Titius fideiussisse videatur, & ea mente ad fi-
deiussionem accessisse, vt solus teneretur. † Quid er- 3
go si dolo creditoris Seia interuenerit? An non hacte-
nus puniri dolum creditoris æquum erit, vt totum fi-
deiussionis onus Titio non irrogetur? Minimè. Ne-
que enim plus potest creditoris dolus quam autoritas
Senatusconsulti ad subducendam ex obligatione per-
sonam mulieris. Imò nec tantumdem. Dolus enim il-
le facere nequeat, vt mulier non obligetur, sed tantũ
vt doli exceptionem habere possit citra restitutionẽ
exemplo minoris, *d. l. exceptiones.* At Senatusconsultũ
impedit obligationem ne ab initio cõtrahatur, *l. quã-*
quam. 7. l. aliquando. 13. §. vlt. l. si mulier 34. l. si mulier. 16.
§. vlt. & l. debitrix. 24. §. si Senatusconsulti & pass. D. ad
Velleian. Ita vt neque eius obligationis nomine vtili-
ter accipi fideiussor possit, nec si nullam ille aduersus
mulierem habiturus sit mandati actionem: adeò to-
tam obligationem Senatus improbat, *d. l. si mulier. 16.*
§. vlt. † Ob idque nihil interest, an quis fideiussorem 4
det mulierem an nullum det, *l. quamuis. 8. §. si conuene-*
rit eod. Et quod magis est, etiam si iudicium suscipere
mulier parata sit, non aliter tamen audiri debet, quã
si caueat se exceptione Senatusconsulti non vsuram,

l. vlt.

l.vlt.§.pen.eod. Quin etsi soluerit repetit. *d.l.quamuis.§.interdum.d.l.debitor.§.1.l.qui exceptionem.40. leg.ex bis.54. de cond.indebit.* nimirum si per errorem non sciens soluerit. *l.si is qui.24. l.si non sortem.26.§.indebitum eod.* Cuius enim per errorem soluti repetitio esset eius consultò dati donatio est, *l.cuius per errorem.53. de regul.iur.* Senatus autem obligatæ tantùm & intercedenti mulieri succurrere voluit, non etiam donanti *l.sed si ego.4.§.1.D.ad S.C. Vellcian.*

5 † Nec est contrarium, quod supradictis locis aliisque innumeris, auxilium Senatusconsulti exceptio appellatur, præsertim in *l.vir vxori.17.& l.tutor.19.eod.* Exceptioni verò locus esse nō potest, quin priùs locus sit actioni, *leg.2.de except.* nec actioni quin præcedat vtilis obligatio & efficax, *l.licet 42.§.ea obligatio de procur.* Nam respondeo idcirco sic comparatū quòd plerunque facti quæstio sit, An Senatuscōsultum locum habeat, siue quod dubitetur aut mulier intercesserit, siue quod dicatur in rem suam intercessisse, aut etiam creditorem decepisse: quibus casibus constat Senatusconsulto iuuari

6 eam non posse. † Proinde quousque appareat eam intercessisse, non potest prętextu Senatusconsulti denegari creditori actio, ne alioqui omnes mulierum obligationes improbatæ viderentur: quod verū non est, *l.2.4.& pass.C.ad Velleian.* Eæ siquidem tantum improbatæ sunt, quæ intercedendi animo fiunt, *d.l.1.d.l.quamuis.8.§.1.& pass.D.eod.l.Stichum aut Pamphilum.95.§.aditio.in fi.1.D.de solution.* quomodo accipi debet, quod scriptum est in *l.2.§.annus omnino.D.ad Velleian.* Idque est quod Pomponius scribit in *d.l.vlt.in princ.eod.* non per omnia habendam mulierem loco minoris circumscripti, cùm nec ipso iure tuta sit nisi cùm intercessit, nec auxilium restitutionis mereatur nisi cum dolo aduersarij decepta est, aut ex qua alia caussa, quæ edicto perpetuo contineatur, & propter quam masculis quoque licet maioribus succurri oporteat. Però cùm aduersus mulierē impetrata est actio, necessarium est ad eam elidendam exceptionis auxiliū, *d.l.2.& pass.D.de except.* Cæterum statim atque probatum est mulierem intercessisse, succedit vis & potestas Senatusconsulti, quę ipso iure facit irritam obligationem, nec exceptionis opem amplius requirit. Quemadmodum & in compensatione dicimus fieri eam ipso iure, *l.si constat.4.cum l.seq.l.vlt.C.de compens.l.4 l.si ambo.10.l.posteaquam.21.D.eod.l.cum quantum.7.C.de solut.* Et tamen compensatio exceptio dicitur, quia petitionem & actionem præsupponit, requiritque factum & voluntatem compensare volentis, vt ita demum fiat si obiiciatur, *l.2.l.neque.6.cum l.seq.l.quoniā.10.& seq.C.eod.tit.de compens.*

7 † Ex his igitur concludi potest, summam rationem habere quod Papiniano placet si Titius & Seia pro Mæuio fideiusserint indistinctè totum onus irrogandum esse Titio, nec distinguendum, an contemplatione Senatusconsulti intercesserit necne, aut vt Papiniani verbis vtar, *propter incertum Senatusconsulti:* Ius enim Senatusconsulti semper certum est etiamsi non opponatur: adeoque tametsi mulier parata sit iudicium accipere nisi caueat se exceptione non vsuram, vt diximus in *d.l.vlt.§.pen.ad Velleian.* sicut & sexus ipse mulieris semper certus est, nisi fortè cauillandi animò hermaphroditum proponas. At ius restitutionis quæ minori competit incertissimum est, & quia ætas ipsa cui succurritur plerumque incerta est, & quia facto minoris opus est, vt restitutionem petat, quod an facturus sit necne in euentu & ipsius arbitrio positum est: *d.l.exceptiones.7.in fin.de except.* qua etiam impostulata caussæ cognitio adhuc acquiritur an concedi debeat, *l.1.§.1.l.in caussa.13.l.in caussa.16 D.de min.* Nec rursus distinguimus apud Papinianum an dolo creditoris inducta sit Seia vt cum Titio fideiuberet pro Mæuio, an non. Quia dolum creditoris ita demum ei nocere æquum esset si peteret succurri sibi aduersus Titium. Nunquam enim succurrēdum est ei qui propter dolum suum dāni quid senserit, cùm neque ei succurratur cui culpa sola citra dolum imputari possit, *l.quod quis ex culpa.203.de R.I.* At vt possit creditor hic in solidum agere contra Titium, nullo auxilio indiget, sed suo iure perinde facit atque si Titius solus fideiussisset. Neque pugnat quod Papinianus mulieri minorem similem facere videtur iis verbis, *huic similis & illa quæstio videri potest.* Nam imò dissimilem ait eo loco, *sed ita demū alteri totum onus irrogandum est,* nec nisi de confideiussore minore loquitur, cùm in sequentibus distinguit, an creditoris dolus intercesserit necne. Sed & ita nihil differat mulier à minore quod nihil interest an pro minore fideiubeas, an pro muliere, dummodo cōtemplatione iuris Prætorij confideiubeas, vt superiori capite tractauimus. Perinde enim vtroque casu totum fideiussionis onus tibi incumbit si cùm tecum aut ante te fideiusserat in integrum restituatur. At si quis pro muliere intercedente fideiusserit, an cum ea fideiubente confideiusserit. Ille enim nullomodo obligatur, sed iuuatur exceptione Senatusconsulti, licèt nullum fortasse mandatum à muliere habeat, nec proinde contra eam mandati agere possit, quia totum obligationem Senatus improbat, *d.l.si mulier.16.§.vlt.ad Velleian.* Hic verò nec Velleiani nec alia vlla exceptione iuuari potest quominus totum confideiussionis onus sentire debeat, ac si solus fideiussisset, cùm subducta persona mulieris propter autoritatem Senatuscōsulti, alia persona nulla supersit confideiussoris, sed tātùm debitoris principalis pro quo interuenisse videri possit. Itaque non habetur pro confideiubētis mulieris fideiussore, licèt contemplatione Senatusconsulti intercesserit, qui nec si vellet pro ea fideiubere vtiliter posset. Proinde consequens est vt ex sua tantùm persona & confideiussione in solidum conueniatur. Atque ita locum sanè perobscurum necdum fortasse ab vllo hactenus rectè explicatum interpretandum arbitramur.

CAPVT III.

Quibus casibus restitutio minoris prosit fideiussori, & ad l.exceptiones.7.in fin. D.de except.

SVMMARIA.

1 *Restitutionem a minore impetratam, cui dolus creditoris caussam præbuit fideiussori eius prodesse.*
2 *Cur illa restitutio eo casu fideiussori prosit?*
3 *Adhibetur distinctio in quæstione illa, an restitutio minoris, cui sola lapsio cum minore ætate communicata caussam præbuit, fideiussori prosit.*
4 *Cur restitutio minoris qui fideiussorem, non tanquam minor, sed tanquam quilibet alius dedit, fideiussori eius prosit?*
5 *Fauorabiliorem eo casu esse fideiussoris, quam creditoris caussam.*
6 *Respondetur ad* l.minor.51 de procurat.& l.si pupillus.de heredit. *& vtraque explicatur.*
7 *An in* d.l. pupillus *fideiussoribus succurratur si minor aut pupillus qui fideiussorem dederit, non abstinuerit, sed in integrum restitutus sit?*
8 *Minoris restitutionem fideiussori non prodesse, si fideiussor contemplatione iuris Prætorij, & propter intercessionem ...*

num ætatis ac restitutionis pro eo interuenerit.

9 *Sententia* l.exceptiones.7.in fin,de except.

10 *Verba illa* d.l. exceptiones quod si deceptus non sit in re *absque negatione legenda esse.*

11 *Non semper fideiussori, qui simpliciter interuenit, minoris restitutionem prodesse.*

12 *Casus quo fideiussori qui iuris Prætorij contemplatione intercessit, prodest minoris restitutio.*

1 AD † quæstionem illam, Vtrum restitutio in integrum per minorem impetrata prosit eius fideiussori, simpliciter & indistinctè responderi non potest. Versatur enim id in causæ cognitione, vt Vlp. ait in *l. in causa.13.in princ.D de minor.* Causæ autem cognitio in eo consistit vt inspiciamus an restitutioni causam præbeat dolus aduersarij, an verò sola læsio cum minoris ætatis priuilegio iuncta. Priore casu certum est prodesse restitutionem fideiussori, *l. 2.C.de fideius.minor.* idque perpetuò & distinctè, quoniam & citra restitutionis auxilium doli mali exceptio ei prodesset, *l. si testamento.49.in princ.de fideiuss.l.exceptiones.7.ad fin. de except.* vbi verba illa, *pro minore circumscripto.* idem sonant, quod *pro minore per dolum decepto.* aut quod est idem, *circumuento.* Nam & circumuenire idem ferè est quod dolo malo decipere, *l. si Titius.48 D. de fideiuss.* quam nos superioribus capitibus explicauimus. ob eámque causam Paulus in *d.l.7.in fin.* opponit minori circumscripto eum, qui deceptus sit in re & naturaliter vt Vlp. loquitur in *l. in causa.16. §. idem Pompon. de min.* Plus enim & grauius circumscribere vel circumuenire, quàm decipere. Factum siquidem personæ demonstratur his verbis propter adiectionem illam *circum*: proinde doli personalis significationem præ se ferunt, nec ad deceptionem in re tam facilè restringi possunt.

2 † Ratio autem quæ facit vt doli mali exceptio quæ competere posset reo si conueniretur, competat fideiussori, illa est, quòd generaliter exceptiones omnes quæ rei non personæ cohærent transeunt in fideiussorem etiam inuito debitore, *d. l. exceptiones.§.1.* cuiusmodi sanè est exceptio doli. Nam licèt ex parte actoris cui obiicitur sit omnino personalis, tamen ex parte obiicientis est in rem concepta, *l.2.§.1.& 2.D.de dol.excep.* non minus quàm ea, quæ ex iurisiurandi, aut rei iudicatæ, aut metus aliáve simili causa proficiscũtur, de quibus accipi debet quod scriptum est in *l.omnes.19. D. de exception. l.defensiones.11.C.eod.l.si stipulatus.15 in princ.l ex persona.32. D. de fideiuss.l.vlt.D.de pact.*

3 † Posteriore verò casu quo nec dolus nec quid aliud simile, sed sola læsio cum minori ætate coniuncta restitutionis beneficium inducat (neque enim solo ætatis fauore vnquam restituitur minor nisi læsus probetur, *leg.verum.11.§.sciendum & seqq l.quod si minor.24.§.1. D de mino l.nam postea quam.9.si minor.D de iureiur.*) subdistinguendum est an fideiussorem minor simpliciter dederit, id est, non tanquam minor, sed tanquam alius quilibet, & eo modo quo etiam maiores fideiussorem dare solent, quod in dubio credendum est, cùm præsumatur potius pro causa quæ fouetur iure communi quàm pro ea quæ speciali, *l.2.§.1.D.de tutel.l.similes.7.D.de inoff. rupt.testam.* An verò minoris obligationi fideiussor accesserit tanquam suspectæ propter incertum ætatis & restitutionis vt Papinianus loquitur in *d.l.si Titius.48. de fideiuss* & quod idem est contemplatione iuris Prætorij, *l.Stichum aut Pamphilum.95.§. quod vulgo de solu.* quod plerumque euenit cùm sibi prospicere vult creditor qui scit minorem esse eum quocum contrahit, aut an minor sit dubitat.

4 † Priore casu prodest fideiussori restitutio minoris, atque ita accipi debet quod scriptum est in *l.minor.51.D. de procurat.* & quod Vlp. ait in *l.3.§.sed vtrum, vers.sed an hoc auxilium.D.de minor.* interdum restitutionem minoris quam ratione ætatis impetrauerit (de illa enim loquitur) prodesse fideiussori vt ad hunc nimirum casum corrigetur. Ratione illa quòd minor qui eo modo fideiussorem dedit quo dedisset si maior fuisset pro maiore hac parte haberi debeat, eiúsque fideiussor pro maioris fideiussore. Atqui ius certum est, restitutionem à maiore impetratam eius quoque fideiussori prodesse debere cùm ex re ipsa non ex personæ qualitate restitutionis æquitas proficiscatur, *d.l.omnes.d. l.ex persona,* & aliis supradictis. Vt puta si is qui fideiussorem dedit siue maior ille sit siue minor restitutus sit aduersus venditorem ex causa enormis, vt vocant, læsionis. Hinc enim quantumuis minor sit, non tamen quasi minor, sed tanquam maior restituitur, & aduersus talem conuentionem quam ineunt plerumque ij etiã qui in maiori ætate sunt constituti, arg. *l. minor 48.§. vlt. D.de minor.* Nec distinguemus, quod parum cautè quidam faciunt, an futurum sit necne vt creditori res depereat si restitutionis beneficium ad fideiussorem quoque protrahatur, arg. *d.l.minor.51. D.de procurat.& l.si pupillus 89.de acquir.hered.* Non enim illud inspiciendum est, an damnum sensurus sit creditor ex restitutione fideiussori profutura: sed an æquius sit in damno morari fideiussorem an creditorem vt Vlpin. scribit in *d.l.in causa.13.de minor.* Nam cùm æquè facilè minor possit restitui aduersus fideiussorem ne mãdati actione teneatur, atque contra creditorem, *d.l. in causa.& l.1 in fin.C.de fideiuss.minor.* sola quæstio relinquitur inter creditorem & fideiussorem.

5 † Nemo autem negauerit æquius esse in dubio succurri fideiussori simpliciter accepto vt eodem quo debitor iure censeatur, quam creditori, cui saltem hoc imputari potest, quòd legem apertius non dixerit, cum vtique potuisset prænionere ideò se accipere fideiussorem vt obligatum illum haberet siue in integrum minor restitueretur, siue non. Quo facto imputaretur sanè fideiussori cur ea lege ad fideiussionem accessisset, magisque creditori quàm ipsi consuli oporteret. Probatúrque manifestè hæc nostra sententia non solùm ex Vlpian. in *d. l. in causa.13.de minor.* sed etiam ex Paul. *lib.1.sent.tit.9.§.5.*

6 † Nec pugnat quod scriptum est in *d.l.minor.51.de procur.* & in *d.l. si pupillus.89.de acquirend.hered.* Nam vt fideiussor minoris qui pro alio defensioné susceperat iuuetur auxilio restitutionis per minorem impetratæ, non ideò fit vt isti putant, quòd salua creditori sit actio contra eum quem defendere minor voluit, sicut nec vt succurratur fideiussoribus datis à pupillo qui se paterna hereditate abstinuit si ex hereditario contractu conueniantur: in causa illud est, quòd creditorum ius integrum maneat aduersus eum qui eam hereditatem agniturus sit: sed quia ex iuris communis regula æquum sit fideiussorẽ ex persona rei easdem habere defensiones quas reus ipse haberet, si conueniretur. Alioqui quid dicemus si primus ille debitor cuius defensionem minor susceperat in specie *d.l. minor*, adeò inops sit, vt ab eo suum consequi creditor nequeat? Quid item si neque nouus ille heres quem hi ipsi comminiscuntur in specie, *d.l. si pupillus*, neque hereditas ipsa sit soluendo? Id enim plerumque contingit cùm hereditate paterna pupillus abstinet. An non valde interest creditorum obligatos manere fideiussores, quos minor vel pupillus dederat? Ita sanè, cùm ferè sit, vt nullam actionem habere videatur, qui talem habet, quam debitoris inopia inanem & illusoriam possit reddere. *l. nam is nullam 6.*

leg. 6. D. de dolo. l. si apud minorem. 12. D. de minor. Nec
eò minus tamen verum erit succurrendum esse fide-
iussoribus. Præsertim verò in specie *d. l. si pupillus*, quia
fieri certè nequeat, vt ex hereditario contractu con-
demnari debeant tanquam fideiussores eius qui licèt
ipso iure heres maneat etiam post abstentionem. *l. cùm
quasi. 30. §. sed etsi suus de fideic. libert.* heredis tamen lo-
co non habeatur, *l. si filius. 12. D. de interrog. in iur. fac. l.
7 necessarij. 57. de acqu. hered.* † Sed & finge pupillum
aut minorem qui fideiussorem dederat non abstinuis-
se, sed in integrum restitutum esse: an fideiussoribus
succurreretur? Vtique si Vlpiano credimus in *leg. 2. §.
vlt. D. de administ. & peric. tutor.* Et tamen cessat hic ra-
tio illa, quâ mouentur isti, quòd creditoribus nulla
iactura immineat, cùm restituto minore eiúsque fide-
iussoribus per consequentias liberatis, nulla supersit
persona in quam dirigere actioné suam creditor pos-
sit. Sed hæc ita, si minoris obligationi fideiussor, vt su-
8 prà dictum est simpliciter accesserit. † Nam si côtem-
platione iuris Prætorij & propter incertum ætatis ac
restitutionis (quæ secunda nostræ subdistinctionis
pars est) verius est minoris restitutionem fideiussori
non prodesse, propterea quod hóc ipsum inter contra-
hentes omninó actum esse videatur. Atque ita acci-
piendum esse *tit. C. de fideiuss. minor.* hoc est fideiusso-
ribus minorum tamquam minorum constat ex Vl-
piano in *d. l. in causæ. 13. & d. l. 3. §. sed vtrum de minorib.*
& ex Iulij Pauli sententiarum loco suprà citato. Ele-
gantius autem ex Papiniano in *d. l. Stichum aut Pam-
philum. 95. §. quod vulgo de solut.* vbi ait fideiussorem
qui simpliciter non contemplatione iuris Prætorij in-
tercesserat, si debitori minori annis vigintiquinque
heres extiterit, saluum habere beneficium restitutio-
nis, quæ minori intra pétendæ eius tempora defuncto
competere poterat. Quod certè falsum esset si restitu-
tio minori viuo concessa fideiussori profutura non
fuerat: aut si nihil interesset, an simpliciter an contem-
platione iuris Prætorij fideiussor interuenisset. Ideò
autem tractat Papinianus de fideiussore, minoris he-
rede, quoniam viuo minore aut alium heredem habé-
te non posset fideiussor in integrum restitui ex perso-
na minoris. Restitutionem enim ab ipso minore aut
ab eius herede impetrari necesse est, non autem à fi-
deiussore, quippe qui læsus non fuerit, idque eo etiam
casu quo a minore impetrata fideiussori profutura es-
set. Nam vt prosit fideiussori, non fit nisi per conse-
9 quentias. † Et is proculdubio sensus est *d. l. exceptio-
nes 7. in fin. de except.* iis verbis, *quòd deceptus sit in re
tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit,
nec fideiussori danda est exceptio.* Docet enim Paul. mul-
tum referre, cùm minor qui fideiussorem dedit dece-
ptus est, an deceptus sit in re, an ex proposito, si ex pro-
posito non tantum competit minori ius petendæ re-
stitutionis, sed etiam excipiendi de dolo si conuenia-
tur Ea verò exceptio vt rei cohæret non personæ, per-
inde fideiussori atque ipsi minori competet, tametsi
nec restitutus sit minor, nec adhuc eam exceptionem
obiecerit; at cùm deceptio non nisi in re est, doli ex-
ceptio nec minori competit, nec proinde fideiussori;
superest igitur vnum illud remedium minori vt in in-
tegrum restituatur fideiussori verò nullum, nisi quòd
minore restituto proderit ex res fideiussori si simpli-
citer interuenerit, non etiam si contemplatione iuris
Prætorij propter incertum ætatis ac restitutionis se-
cundum suprà dictam distinctionem. quæ tamen ex
eo loco sicut non improbatur, ita nec probatur, quia
de exceptionis iure duntaxat, nô etiam de effectu re-
10 stitutionis tractat Iurisc. † Pessimè autem locum illû
accipiunt, qui vulgatam lectionem cum Haloandro
secuti addita negatione legunt, *quòd si deceptus non sit
in re*, & eum sensum esse putant, vt minore in re non
decepto, sed sua facilitate & dolo creditoris, fideiusso-
ri non succurratur, quod planè falsum est, & iis quæ
proximè diximus contrarium. Nam imò verò id sibi
vult Paulus: Minore non dolo creditoris, sed sua faci-
litate & in re ipsa decepto, nullam dari exceptionem
fideiussori: an autem iuuari debeat restitutione in in-
tegrum, si eam fortè minor impetret, non aperit, quo-
niam nec de illo tractat. Et certè contraria hæc sunt,
decipi minorem sua facilitate, & decipi dolo credito-
ris. Sua enim facilitate decipi dicitur, cùm ætatis suæ
imbecillitate potius quàm aduersarij calliditate de-
cipitur. Dolo autem, quoties iis artib. decipitur, quib.
etiam maior decipi posset. Contrà autem paria sunt
decipi minorem in re, & decipi sua facilitate *l. si quis
cum aliter. de verb. oblig.* † Illud tamen obseruandum 11
est, quod suprà diximus, fideiussori qui simpliciter in-
teruenit prodesse restitutionem minoris, non esse per-
petuum. Quid enim si nullum ille regressum aduer-
sus minorem habere debeat fortè quòd donandi ani-
mo aut in rem suam fideiusserit? nemo dixerit prætex-
tu minoris succurrêdum esse minori cuius damno res
cessura sit, *l. quod dictum. 32. D. de pact. l. si quis reum. 5. de
liber. leg.* Neque enim Prætori propositum fuit maio-
ribus succurrere ex minorum persona, sed tátùm mi-
noribus *d. l. 3. §. sed vtrum. l. cum mandatu. 23. D. de mino.*
† Rursus nec illud perpetuum est, vt fideiussori qui 12
contemplatione iuris Prætorij intercessit, nil prosit
minoris restitutio: nam si talis casus contingat in quo
futura sit inutilis minori restitutio, nisi etiam fideiussori
prosit, fieri non potest vt non fideiussori quoque
prodesse debeat, vt putà si contrà fideiussorem man-
dati actione repetentem quod soluisset, restitutio da-
ri non posset. arg. *d. l. in causæ. 13. de minor.* sic enim Bar.
& post eum cæteri ad *l. cùm filiusfamil. 49. §. 1. de V.
O.* Ratione illa, vt puto, quòd hoc casu minor sit fide-
iussoris sui quasi defensor necessarius: quòd cum eue-
nit, necesse est prodesse fideiussori quicquid prodest
reo. *arg. l. idemque. 10. §. generaliter. D. mand.* At quoties
aduersus fideiussorem quoque restitui minor potest,
nulla ratio est, vt fideiussoris sui defensor necessa-
rius videri debeat, licèt contemplatione iuris Præto-
rij fideiussor interuenerit: ideòque nec fideiussori
proderit iis casibus restitutio quam ipse minor impe-
trauerit.

CAPVT IV.

De emendatione §. quod vulgò l. Stichum aut Pamphilum. 95. D. de solut.

SVMMARIA.

1 *Cur principalis & fideiussoria obligatione in vna eadémque persona concurrentes fideiussoria tollatur?*
2 *Quonam casu fieri possit vt principalis obligatio sit maior & plenior quam fideiussoria?*
3 *Probatur Cuiacij emendatio ad d. §. quod vulgò, & exemplum principalis obligationis affertur, quæ non est plenior fideiussoria?*
4 *Rationes afferuntur pro vulgata d. §. lectione.*
5 *Sensus horum verborum in* d. §. quod vulgò. E contrario non potest dici, &c.
6 *Restitutiones non à iure ciuili sed à iure honorario causam habere.*
7 *Notatur differentia inter restitutionem minoris & cæteras restitutiones.*
8 *Cur in* d. §. quod vulgò, *verba illa*, bonæ fidei *adiecta sint?*

9 *Quò referenda sint illa dict. §. verba*, quæ principalis fuit? *& de his Accursij coniectura.*

10 *Supplentur nonnulla in d. §.* quod vulgò. *versic.* difficile est.

11 *An fideiussor, qui pro minore iuris Pretorij contemplatione intercessit, eique postea heres extitit restitutionis beneficium aduersus creditorem impetrare possit?*

12 *De reo qui fideiussoris heres extitit, & conuentus exceptione fideiussoris non competente vtitur.*

FAciunt ea, quæ in superioribus disputauimus, vt hîc subucere necesse sit coniecturam nostram de emendatione *§. quod vulgò. l. Stichum. 95. D. de solution.* cuius tam sæpe meminimus. Esse enim locum corruptissimum iampridem vir doctissimus Iacobus Cuiacius obseruauit sed quomodo sanandus & restituẽdus sit, non vidi qui adhuc docuerit, cùm tamen quæstionem habeat elegantissimam, & Papinianea subti-
1 litate dignissimam. † Sic autem Papinianus præfatur, *Quod vulgo iactatur fideiussorem qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari, toties verum est, quoties plenior rei promittendi obligatio inuenitur.* & rectè: neque enim alia ratio est propter quam concursu principalis & fideiussoriæ obligationis in vna eademque persona, tollatur fideiussoria, nisi quod principalis plenior sit, & maior, duplex autem obligatio ciuilis cum eodem esse non possit, vt Africanus scribit in *leg. heres a debitore. 21. § seruo tuo, vers. nec his conueniam. D. de fideiussor. Duplex.* inquam. *obligatio*, quarum altera sit plenior & maior, & inter quas aliqua sit differentia, nam si vtraque sit eiusdem potestatis vt contingit cùm correus debendi correo heres extitit, nihil vetat eandem personam duas species obligationis sustinere, adeóque nec aliter ius constitui posset, cùm dici nequeat vtra obligatio ab altera perimi possit, *l. si reus promittendi. 13. D. de duob. reis* Pleniorem enim & maiorem esse necesse est eam obligationem quæ per concursum perimat alteram, & minorem vicissim eam
2 quæ perimatur, *l. debitori. 50. D. de fideiuss.* † Sed illud difficile est inuestigare, quonam casu fieri possit vt principalis obligatio non sit maior & plenior, cùm vel ob id solũ quod principalis est, potior & dignior censeri debeat quàm fideiussoria, quæ non nisi accessoria est. *l. generaliter. 5. eod. l. si duo 93. D. de solut.* vbi abundat manifestè negatio in illis verbis, *sed & si reus heredem fideiussorem scripserit. non confunditur obligatio*, quæ malè deest in illis præcedentibus, *Item si duo rei sint promittendi & alter alterum heredem scripserit, confunditur obligatio*: nam imò verò non cõfunditur, quia vtraque est æquè principalis, quo casu altera alteri potius adijcitur ad actionem quàm vt confusionem pariat, vt ibidem Scæuola subijcit, contrà autem confunditur fideiussoria obligatio quoties fideiussori reus heres extitit, & maior principalis obligatio fuit, tametsi causa aliqua subsit propter quam æquum sit saluam manere fideiussoriam, vt in eleganti illa specie *l. 3. de separat.* quam nos superiore libro explicauimus *cap. 18.* An igitur existimauit Papinianus fieri vllo casu posse vt fideiussoria obligatio sit plenior? minimè: hoc ipsum enim quòd accessoria est, facit vt plenior esse nunquam possit, ideoque nec principalem obligationem vnquam extinguit, quod contingeret si aliquando plenior esset: sed tamẽ fieri potest, vt nec ipsa principalis obligatio sit plenior, eiúsque rei exemplum dare Papinianus voluit in *d. §. quod vulgo*, cùm subiecit, *nam si reus duntaxat fuit obligatus fideiussor liberabatur.*
3 † Qui tamen versiculus neque sensum vllum habet, neque commodam aliquam interpretationem admittit: casum enim quærimus, in quo rei obligatio nõ sit plenior fideiussoria, & in quo fideiussoria per concursum principalis non perimatur, quorum neutrum euenit cum solus reus obligatus est: quare valde laudo quod ex Græcis Iacobus Cuiacius docuit *lib. 10. obser. cap. 34. & tract. 7.* Ad Africanum, sic potius legendum esse, *nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, fideiussor non liberabitur*. Etenim cùm reus naturaliter tantùm obligatus est, sicut fideiussoris obligatio non potest esse plenior principali, quoniam accessoria est, ita nec principalis potest plenior esse fideiussoria, quia ad agendum est inefficax, fideiussoria verò efficax, cùm non nisi per stipulationem contrahatur, *l. blandiens. 12. C. de fideiuss.* † Nisi quis fortè vulgaris lectionis tuendæ gratia putet probabilius, ea verba, *si reus duntaxat fuit obligatus*, non sic intelligi debere, *si solus reus obligatus sit*, sed sic potius, si rei obligatio nuda sit, talis quæ stet in puris terminis obligationis, hoc est quæ destituta sit facultate & potestate producendæ actionis. Quod ipsum vi ipsa & in effectu nihil aliud est quàm naturaliter tantùm esse eum obligatum, si dictionem illam *duntaxat* non ad præcedentem *reus*, sed ad subsequentem *obligatus* referamus, paulò quidem obscuriore locutione, sed concisiore, nec ineleganti. Quam quia non percepit malus interpres, & eum casum tractari existimans, quo solus reus obligatus esset sustulit fortaise negationem quam Papin. nõ prætermiserat in sequentibus illis *fideiussor non liberabitur*, quod fieri non posset vt solus obligatus reus esset, fideiussor verò teneretur. Cæterùm quicquid sit de emendatione conuenit mihi hucusque cum Græcis & cum Cuiacio de legis sententiá. † Sequitur apud Papinianum, *E contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem si debitor propriam & personalem habuit defensionem* Sensus est, multum referre, an principalis obligatio sit naturalis tantùm & inefficax ad agendũ: an verò efficax quidem ad agendum, sed non ad exigendum, hoc est eiusmodi quam reus propria & personali quadam defensione possit eludere Priore enim casu plenior sanè non est, posteriore verò non eò minus plenior putanda est, quòd per exceptionem aut qua alia ratione elidi possit, & consequenter fideiussoriam perimet, nõ secus ac si propriam defensionem nullam reus haberet Exemplum verò principalis obligationis aduersus quam debitor propriam & personalem habeat defensionem, ponit Papinianus, si minor annis vigintiquinque mutuam pecuniam acceperit & ex ea causa fideiussorem dederit, deinde pecuniam illam perdiderit. Hunc enim constat restitui posse in integrum ex Edicto de minoribus fauore ætatis, & concurrente læsione *l. patri. 27 §. si pecuniam. D. de minor.* nec perinde fideiussori eius beneficiũ hoc competere, cùm sit personale, hoc est quod personæ minoris datur, licèt non minus trãseat in minoris heredem quàm cæteræ restitutiones, *l. non solum. 6. D. de in integr. restit. l. minor. autem. 18. §. vlt. de minor.* Nec ad rem pertinet quòd restitutio per minorem impetrata proderit etiã fideiussori qui simpliciter acceptus fuit, & sine contemplatione iuris Prætorij, vt superiori capite disputauimus Id enim fit per consequentias posteaquam minor restitutus est, non quod idem ius competat fideiussori quod ipsi minori petendæ restitutionis: quam Pauli sententiam esse diximus in *l. exceptiones. 7. in fin. D. de except.* Finge igitur minorẽ hũc qui potuit in integrum restitui decessisse ante petitã restitutionem herede relicto fideiussore: an salua manebit fideiussoria obligatio, quasi principalis ideò nõ fuerit plenior quòd restitutionis beneficium implo-

tare

rare minor poterat, non etiam eius fideiussor? Id verò Papinianus negat, illa, vt puto, ratione, quòd confusio fideiussoriæ obligationis quæ fieri solet per concursum principalis, fiat sola iuris ciuilis potestate, quæ non minorem vim tribuit obligationi minoris, tametsi aduersus eam restitui minor possit, quàm
6 si à maiore contracta proponeretur.† Restitutiones enim non à iure ciuili causam habent, sed à iure honorario, id est ab æquitate Prætoria, temperante nimium iuris ciuilis rigorem. Itaque quòd ad ius ciuile pertinet tam efficax est actio quæ contra minorem etiam læsum competit, quàm quæ contra maiorem: ideoque & periode vtroque casu fideiussoriam obligationem perimet, tanquam minus plenam & accessoriam. Eò magis quòd tractamus de fideiussore accepto sine contemplatione iuris Prætorij: id est, non eo intuitu quòd minor qui fideiussorem dabat, posset quandoque in integrum restitui, sed eo planè modo quo maioris obligationi accedere potuisset, nulla impetrandæ restitutionis contemplatione. Cur ergo causa iuris honorarij quæ potuit auxilio minori esse retinebit fideiussoriam obligationem quæ sine contemplatione iuris honorarij & Prætorij contracta fuit? Et hoc sanè est quod Papin. sentit his verbis, *nam si minori vigintiquinque annis bona fide quis pecuniam credidit, isque minimos acceptos perdidit, & intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore, difficile est dicere causam iuris honorarij quæ potuit auxilio minori esse retinere fideiussoris obligationem.* Ideò autem *bona fides.* Papinianus dixit, quoniam si dolus malus creditoris arguatur, puta si sciens pecuniam dederit minori perdituro, & in malos vsus, dolus hic lege Lætoria vindicatur, vt Cicero lib. 3. De officiis scribit, ac proinde ipso iure, ita vt nec necessaria sit in integrum restitutio quæ prorsus necessaria est, cùm nullus dolus interuenit, solaque ætas cum læsione iuncta inducit beneficium Prætoris. Vnde fit vt dolo creditoris interueniente facilius admitti possit fideiussoriam obligationem subsistere, licet fideiussor minori heres extiterit, quasi plenior, maior, & potentior esse nequeat principalis obligatio quæ ipso iure & legis Lætoriæ potestate infirmatur. Quamuis non inficior posse hoc etiam casu locum esse restitutioni, si minor malit implorare beneficium Prætoris quam legis. *l. 2. C. de fideiuss. minor.* sed non facit ea res quo minus legis Lætoriæ
7 potestate dolus vindicetur.† In quo restitutio minoris differt à cæteris, quæ nec si ex causa doli impetrétur, alio tamen vllo præterquam Prætoris auxilio nituntur, quia dolus contrahentium non impedit quin ex contractu nascatur iure ciuili actio, sed præbet tantùm materiam restitutionis aut exceptionis doli, *l. 1. & tot. tit. D. de dolo. & De dol. mal. excep.* Idcirco autem fortasse inductum est vt potestas legis Lætoriæ non tollat remedium restitutionis minoris, quoniam minorum restitutio singulari priuilegio iudicem habet Prætorem ipsum, qui eam cognitionem sibi ipsi reseruauit. *l. 1. D. de minor.* cùm tamen in cæteris restitutionibus non se ille interponat, sed ipsis Edicti verbis iudicium, id est alios inferiores iudices daturum se polliceatur. Quæ res efficit vt minoribus plerúnque succurrat Prætor, non solùm concessa restitutione in integrum, sed etiam denegata creditori actione, vt in *d. l. si minor. 27. §. 1. de minor* in quo Prætor legis exemplũ & potestatem non solùm imitatur, sed etiam exequitur: Legis enim proprium est actionem vel concedere
8 vel denegare.† Potuit etiam eorum verborum, *bona fides.* adiectio esse necessaria, quoniam dolo creditoris interueniente non esset locus illi distinctioni quam Papin. adhibet, an contemplatione iuris Prætorij interuenisset fideiussor, an non, sed indistinctè muádus esset fideiussor siue restitutione in integrum, siue doli mali exceptione, *dict. leg. 2. Cod. de fideiuss. minor. d. l. exceptiones. 7. de except. leg. si testamento. 49. D. de fideiuss.* ob idque minus dubitari posset quin principalis obligatio vtroque casu plenior esset, ac consequenter fideiussoriam perimeret: cùm doli exceptio licet ex persona debitoris, inuito tamen debitore fideiussori competat, *leg. si stipulatus. 15. leg. ex persona. 32. de fideiuss. leg. vlt. de pact. l. omnes. 19. D. de except.* Itaque non potest dici debitoris propria & personalis defensio, de qua tamen Papinianus tractat.† Sed illud omnino inexplicabile est, quod Papinianus subiicit, *quæ principalis fuit, & cui fideiussor is accessit.* Nihil enim est in toto cõtextu ad quod referri possint verba illa nisi ad proximè præcedentia, *retinere fideiussoris obligationem.* Atqui dici non potest fideiussoris obligationẽ esse principalem, & fideiussoris obligationi accessisse fideiussorem. Principalis namque obligatio ea est, quæ debitoris est pro quo fideiussor interuenit. Non enim propriæ, sed alienæ obligationi accedit fideiussor. Scio Accursium referre verba hæc, *quæ principalis fuit*, ad præcedentia illa, *causam iuris honorarij.* Sed ineptè. Nã præter id quod habent illa suum relatiuum, *quæ potuit auxilio minori esse*, quo sensu obsecro dici potest causam iuris honorarij fuisse principalem? Aut quomodo conuenient quæ sequuntur, & *cui fideiussor is accessit.* Siquidem principali obligationi fideiussor accessisse proponebatur, non autem causæ honorariæ: præsertim verò cùm Papinianus de eo fideiussore tractet, qui accesserat sine cõtemplatione iuris Prętorij, quod ipsum nihil aliud est, vt sæpius monuimus, quam causa illa honoraria. 10
† Itaque, ni prorsus fallor, locus hic mancus est supplendumque aliquid de obligatione minoris ad quam referri possint ea verba *quæ principalis fuit, & cui fideiussor is accessit.* Quantum autem coniectura assequi possum, ita emendandus est Papinianus, vt legamus:

Difficile est dicere causam iuris honorarij quæ potuit auxilio minori esse retinere fideiussoris obligationem ac non potius solam manere minoris obligationem, quæ principalis fuit, &c.

Vt duplicis lineæ simile principium, & similis finis mendo causam præbuerit, sicut & in *l. in hoc iudicium. 14. §. 1. D. commun. diuid.* quam nos pari felicitate emẽdauimus *lib. 2. cap. 2.* Nam & ex contrario accidit aliquando vt ex ea causa eadem linea repetatur, quod librario qui minores Pandectas Gothofredi excudit, vsuuenisse cernimus in *l. duos. 6. §. vlt. de duob. reis.* qui tamen error non ita facilè contigit. 11
† Adiicit verò Papinianus, *sine contemplatione iuris Prætorij*, vt intelligamus aliud fuisse responsurum si fideiussor accessisset principali obligationi contemplatione iuris Prætorij, hoc est ea mente vt in illum potissimum casum teneretur, quo minor esset in integrum restitutus. An quòd illo casu fideiussore hereditatem minoris adeunte fideiussoria obligatio non perimeretur? Atqui hac parte nihil interest vtrum fideiussor contemplatione iuris Prætorij accesserit, nécne, cùm vtroque casu æquè plenior sit principalis obligatio. Hactenus igitur interfuerit quod si contemplatione iuris Prætorij accessisset, non posset verum esse quod Papinianus concludit: *auxilium igitur restitutionis fideiussori qui adolescentis heres extitit intra constitutionis tempus saluum erit.* Quanquam enim hoc etiam casu fideiussoria obligatio per confusionem

perimeretur, quasi minor & accessoria, ob idque stricto iure competeret fideiussori restitutio in integrum tanquam heredi minoris, iniquum tamē esset in damno morari creditorem qui ob hoc ipsum fideiussorem accepisset vt sibi consuleret aduersus periculum & incertum ætatis & restitutionis, cum hoc casu restitutio per minorem impetrata non prosit eius fideiussori, vt superiori capite docuimus ex *leg. in causa. 13. D. de minor l. 1. & 2. C. de fideiuss. min.* Ideoque in factum vel doli mali exceptio aut replicatio creditori danda esset. Ne alioqui stricta subtilisque iuris ratio damno afficiat eum qui sibi diligēter prospexerat, vt eleganter idem Papinianus scribit licèt in dissimili specie in *l. 3. de separat.* Nam & si ex contrario reus fideiussori heres extiterit, æquè fatendum est fideiussoriam obligationem perimi, eadem ratione quòd minus plena sit & accessoria. Et tamen si reus tanquam reus conuentus ea exceptione vtatur, quæ sibi quidem tanquā reo competat, sed quæ ipsi fideiussori si viueret non competeret (quod sanè summo iure facere reus posset, *leg. si duo. 93. de solution.*) in factum vel doli mali replicatio creditori prodesse debet *l. cùm reus. 14. D. de fideiuss.* vbi addendam esse negationem, legendumque, *exceptione fideiussori non competente*, constat manifestè ex *d. l. si duo*, & ex iis quæ pluribus in hanc rem scripsimus *lib. 1. cap. 5.* Exemplum verò accommodatum tradit Scæuola in *d. l. si duo*, si fortè aut reo aut fideiussori factum sit pactum de non petendo temporarium & personale, hoc acto vt alteri non prodesset: quo casu certum est non prodesse alij quàm ei cum quo factum est, *l. nisi hoc actum. 22. D. de pact. l. 2. l. si quis reum. 5. D. de liberat. legat.* Quod exemplum non malè etiam quis accommodauerit ad id quod Papin. ait in *dict. §. quod vulgo*: cùm fideiussor debitori heres extitit non eò minus extingui fideiussoriam obligationem quod debitor propriam & personalem habuerit defensionem. Propria enim & personalis defensio est debitoris, si tutus sit exceptione pacti personalis de non petendo, non secus ac si ex causa minoris ætatis in integrum restitui posset. Idem ergo ius vtroque casu statuetur, vt fideiussoria obligatio per concursum principalis tanquam plenioris & maioris confundatur & perimatur.

CAPVT V.

De varia lectione & interpretatione l. Marcellus. 25. de fideiuss.

SVMMARIA.

1 *An in* d. l. Marcellus, *ideò fideiussori restitutionis auxilium denegetur, quod vtilem mandati actionem aduersus pupillum, prodigum vel furiosum non habeat?*

2 *Quomodo accipienda sint verba illa in* d. l. Marcellus. magis esse vt fideiussori non subueniatur?

3 *Confirmatur Marcelli ratio, & negatio è* dict. l. *à nonnullis sublata restituitur in dicto vers.* magis esse, *&c.*

4 *Reijcitur aliorum emendatio in* d. l. *pro* quoniam *substituentium* quanquam.

5 *Verba illa* quoniam his, *ad fideiussores, non ad pupillum, prodigum, vel furiosum referenda esse.*

6 *Quid sibi Marcellus in* d. l. *velit, quum de pupillo sine tutoris autoritate obligato loquitur?*

7 *Quando pupillus sine tutoris autoritate naturaliter, quando item ciuiliter obligetur?*

8 *Aliud esse obligari naturaliter, aliud obligari iure naturali.*

Est † etiam superioribus consequens, vt dicamus 1
de sententia, & emendatione *l. Marcellus. 25. D. de fideiuss.* quæ ingenium meum & sæpiùs torsit, & diutiùs. Vulgata lectio sic habet, *Marcellus scribit si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigóve vel furioso fideiusserit, magis esse vt ei non subueniatur, quoniam his mandati actio non competit.* Hanc verò legis sententiam esse nonnulli putant, vt ei qui pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, vel furioso aut prodigo fideiussit, non subueniatur per in integrum restitutionem, quoniam ipsi mandati actio non competat. Quod si ita esset, non malè quis eadem ratione inferret, minoris restitutionem nullo casu prodesse debere fideiussori tametsi simpliciter & sine contemplatione iuris Prætorij intercesserit, cui nimirum non competat cum effectu mandati actio aduersus minorem, quandoquidem non solùm contra creditorem, sed etiam cōtra suum fideiussorem restitui minor potest, *l. in causa. 13. D. de minor. l. 1. Cod. de fideiuss. minor.* At nos superioribus capitibus probauimus, toties restitutionem minoris prodesse fideiussori, quoties principali obligationi accessit simpliciter, & sine iuris Prætorij contemplatione. Non igitur ratio illa sufficit ad denegandum fideiussori auxilium restitutionis ex persona debitoris principalis, quòd vtilem ille mandati actionem habiturus non sit. Sanè non potest ipsi fideiussori vllo casu competere restitutio ex propria persona; nisi proponas eum ipsum minorem, aut aliam subesse causam restitutionis ex qua si debitor principalis esset, restitui quoque posset puta, si dolo
aut metu addactus esset ad fideiubendum. † Ergo 2
quod ex Marcello Vlpianus ait, *magis esse vt fideiussori non subueniatur*, non sic accipi debet vt ei restitutionis auxilium denegetur, nec ita rursus, vt ad doli exceptionem pertineat, hoc est, vt per doli exceptionem non succurratur fideiussori, cui plerunque ea exceptio prodesse solet, maximè cùm à fideiussore petitur quod à reo peti non posset, *l. si stipulatus. 15. leg. si testamento. 49. D. eodem titul. de fideiuss.* Sed si omnino vt fideiussoria obligatio non impediatur quæ impediri solet aut tolli cùm fideiussor datus est pro venditione cui lex occurrit, *l. cùm lex. 46. eodem titul.* aut pro eo qui non obligatur vtiliter, *l. fideiussor. 16. in princip.*
eodem. † Cur autem non liberetur is, qui pro pu- 5
pillo aut furioso vel prodigo fideiussit, ratio illa redditur, quòd nec mandati actionem aduersus has personas habere possit, quippe quæ nec ex mandato, nec qua alia conuentione obligari possint. Quæ tamen ratio plerisque inepta videtur, cùm vel ideò tantò æquius sit subueniri fideiussori, quòd mandati actionem nullam habiturus sit. Alioqui eueniet vt in damno moretur, quod illi absurdum & iniquum putant. Obidque sublata negatione sic legunt, *magis esse vt ei subueniatur*, existimantes ita fieri vt non solùm iuri & æquitati, sed etiam dicto congruat ratio quæ sequitur, *quoniam his mandati actio non competit.* In quo tamen cæcutiunt & labuntur apertissimè. Verum enim est quod ait vulgata lectio, magis esse vt non subueniatur ei qui pro pupillo, vel furioso, aut prodigo fideiussit. Nec vlla in eo subest iniquitas: cùm imputare sibi debeat fideiussor qui pro talibus personis non adhibito tutore aut curatore vltrò intercesserit: scire enim potuit, aut ignorare non debuit, nec pupillum, nec furiosum, aut prodigum ex mandato obligari, *argum. l. si Titius. 48. D. de fideiuss. & leg. si fideiussor. 7. §. si necessaria. D. qui satisda. cogant.* Propter quam causam Caius scribit in *leg. si pupillus. 35. D. de recept. qui arbitr.* si pupillus sine tutoris auctori-

ctoritate compromiserit & fideiussorem dederit,
cogendum arbitrum sententiam dicere, quia licèt
futurum sit vt à pupillo pœna peti non possit, ab ip-
so tamen fideiussore peti poterit. Nam vt fideiussor
vtiliter & cum effectu obligetur, sufficit obligatio-
nem principalem subesse, tametsi sit illa inefficax ad
agendum, putà si naturalis tantùm fuerit, aut talis
quæ per exceptionem pacti personalis aut in inte-
grum restitutionis elidi possit *l. Stichum aut Pamphi-*
lum. 95. §. quod vulgo & §. naturalis de solut. l. stipulatio
6. § adhiberi l. græce 8. §. 1. l. fideiussor. 16. §. fideiussor. de fi-
4 *deiuss.* † Alij verò sunt qui receptæ lectionis senten-
tiam retinentes, sed rationem Vlpiani improbantes
pro *quoniam* reponunt *quanquam.* Quasi dubitandi
causa illa sit, propter quam fideiussori subueniendũ
videbatur, quòd mandati actionem non habeat. Pa-
rum subtiliter. Nam imò verò decidendi ratio illa
est, & quidem perelegans Et enim cum fideiussor ac-
cedit obligationi pupilli, aut furiosi, aut prodigi, qui
ex mandato obligari non possunt, non tantum æquũ
esset, sed etiam necessarium succurri fideiussori, si ob
id mandati actionem haberet quòd ex causa fideius-
sionis soluisset. Ne alioqui eueniret vt ex mandato
illi obligarentur. Igitur ex contrario si mandati a-
ctionem habiturus non sit, tantò minùs ei subueniẽ-
dum est, cùm non totius debiti, sed solius personæ
pupilli aut furiosi aut prodigi obligatio iure impro-
betur: quæ sanè magis propria & germana ratio est.
Sic dicimus in fideiussore eius, qui propter ætatem
aut ex qua alia causa non potest cum effectu conue-
niri, vt ei ob hanc ipsam causam non subueniatur, *d.*
l. in causa 13. ibi, *non est æquum fideiussori in necem meam*
subueniri; sed potius deneganda ipsi erit mandati actio. l.
quod dictum. 32. D. de pact. l. sed si paterfamilias 9. §. non
solum ad SC. Macedon. d. l. cum lex 46. vbi est textus e-
legans & accommodatus *D. de fideiuss.* quamuis nihil
prohibeat denegari fideiussori actionem mandati
cum effectu aduersus debitorem, & nihilominùs ei
subueniri contra creditorem. vt contingit in eo qui
pro minore fideiussit sine contemplatione iuris Præ-
torij. de quo diximus suprà *cap.* 3. item in fideiussore
mulieris quæ pro alio intercesserat, *leg. si mulier 16. §.*
vlt. D. ad S.C. Velleian. quoniam, vt lex ait, totam obli-
gationem Senatus improbat *l. si quis reum. 5. de liberat.*
legat. † Eodem ergo tramite refellendi sunt, qui pro
5 *quoniam his* malunt legere *quamuis:* etsi enim de fide-
iussore in singulari numero lex prius locuta est, quia
tamẽ tractat de fideiussore pupilli, vel furiosi, vel pro-
digi, potuit non malè subijci pluralis locutio, ac si de
pluribus fideiussoribus ageretur, hoc est de fideiusso-
re pupilli, de fideiussore prodigi, & fideiussore furiosi.
Proinde quòd ait, *his,* sic intellige, *fideiussoribus,* scilicet
6 pupilli, prodigi, & furiosi. † Sed illud difficilius est
quid sibi Marcellus velit cùm loquitur de pupillo si-
ne tutoris auctoritate obligato. An quod aliter fuerit
respõsurus si fideiussor pro pupillo sine tutoris aucto-
ritate obligato interueniret? ita plerique putant, exi-
stimantes ita demum denegandam fideiussori aduer-
sus pupillum mandati actionem, si pupillus naturali-
ter tantum obligatus erat, ratione illa quòd alioquin
per consequentias ciuiliter & cum effectu obligatus
videretur, si à fideiussore conueniri posset. *l. in causæ.*
13. l. cum mandatu. 3. D. de minor. ob idque subueniendũ
esset fideiussori, ne contrà legem fieret, si conuenire-
tur is quem lex noluit conueniri posse ex contractu
sine tutoris auctoritate inito, exemplo eius quod Ia-
uolenus scribit in *dict. l. cum lex. 49. de fideiuss.* cum lex
venditionibus occurrere voluit, fideiussorem quoque
eo nomine datum liberari, eò magis quòd per eius
obligationem (sic enim malo legere quam vt vulgò,
eiusmodi actionem) ad reum perueniatur. † Atqui con- 7
stat pupillum non aliter posse obligari naturaliter tã-
tum quàm si sine tutoris auctoritate obligetur: acce-
dente enim auctoritate tutoris obligatur ciuiliter ex
omnibus causis, *l. pupillus. 5. l. obligari. 9. & pas. D. de au-*
ctor. tutor. sine tutoris auctoritate non alio vllo casu
potest obligari ciuiliter quàm si factus sit locupletior,
quod constitutione Diui Pij aduersus strictam iuris
rationẽ inductũ est, *l. 3. §. pupillus l. si pupillo. 6. l. Nesen-*
nius. 34. de negot. gest. l. rerum. 9. cum seq. D. de instit. l. 1. §.
an in pupillum. D. deposit. Si locupletior factus non sit,
obligatur naturaliter, ideoque & fideiussorem dare
potest, *d. l. si pupillus. 35. de recept. qui arbitr. l. vlt. de iure-*
iur. l. cum illud. 25. § heres meus. D. quando dies legat. ced.
l. si pupillus. 21. D. ad leg. falcid. l. si pupillus. 127. D. de verb.
obliga. l. in numerationibus. 44. l. Stichum. 95. §. naturalis &
§. naturalis. de solut. l. 1. in fin. D. de nouat. quamuis natu-
ra non obligetur, *leg. quod pupillus. 42. D. de condict. in-*
deb. id est ne iure quidem naturali aut gentium, *l. pu-*
pillus. 59. D. de obligat. & act. simili l. cum amplius. 84. §.
is natura debet de reg. iur. † Nam vt hoc obiter monea- 8
mus quod nemo vnquam dixit, & sine quo tamen nõ
possis tot iuris nostri locos qui de pupilli obligatione
tractant, cõciliare, aliud est obligari naturaliter, aliud
obligari iure naturali aut gentium, sicut & aliud est
dicere coniunctionẽ maris & fœminæ naturalẽ esse,
aliud iuris naturalis: naturalis. n. est quælibet maris &
fœminę coniunctio, sed nõ iuris naturalis, nisi ea quę
fit cũ ratione quã nos matrimonium appellamus, *l. 1.*
§. ius naturale, de iust. & iur. sic & qui edit, aut bibit,
aut dormit, hoc ipsum facit naturaliter, nec tamen fa-
cit iure naturali, quia ius naturale esse non potest in
ea re quæ factum magis quàm ius demonstret: natu-
raliter enim quid fieri cùm dicimus, factũ solùm de-
monstramus, non ius naturale, vt cũ dicimus naturali-
ter aperiri tabulas testamenti, *l. 3. §. aperire. D. ad SC.*
Sillan. vsufructuarium, conductorem, aliasque similes
personas quæ nec sibi nec vllo iure possident, sed tã-
tùm tenent, possidere naturaliter, *l. naturaliter. 12. leg.*
possessio. 49. D. de acquir. possess. l. 2. § quod vulgo. D. pro he-
red. tunc l. officium. 9. de rei vendic. l. Celsus. 5. §. Iulian. D. 9
ad exhibendum. Simile est quod Vlp. scribit in *l. in cau-*
sa. 16. §. idem Pomponius de minor. licere contrahenti-
bus in emendo & vendendo naturaliter se decipere,
id est in re ipsa & facto ipso, non autem personali cir-
cumscriptione: quomodo etiam accipi debet *l. item si.*
22. §. vltim. D. locat. Quis enim dixerit iure naturali id
permissum, aut vt quosdã interpretari video, iure gen-
tium? An non ita fieret vt ex iure iniuria nasceretur?
Sic igitur & naturalẽ obligationẽ cùm dicimus factũ
magis & numerationis aut promissionis quæ interce-
dit veritatem demonstramus, quàm ius vllum obliga-
tionis, *leg. nec seruus. 41. l. non solum. 49. §. vlt. D. de pecul.*
eamque æstimamus ex solo æquitatis vinculo, quod
generaliter æquum sit præstari quod promissum, &
reddi quod ab alio mutuum acceptum est, *d. l. Stichũ.*
95. §. naturalis de solut. l. 1. de pact. l. 1. de const. pec. quæ ta-
men æquitas nõ potest tanti esse momẽti, vt in perso-
na pupilli inducat obligationẽ iuris naturalis quã in
cæteris personis induceret, quia vt pupillus sibi pro-
pter ætatis lubricũ cõsulere non possit, fit vitio ipsius
naturæ, quã ideò æquũ est tueri tam diu pupillum, ne
proinde iure ipso naturali obligetur. Verùm nec ipsa
natura facere potest, vt quod pupill⁹ re vera promisit,
nõ promiserit, quod mutuũ accepit nõ acceperit. Ergo
nec facere potest quin ex promissione & mutui nu-

meratione naturaliter obligetur. Sed de tota illa quęstione quæ ad pupilli obligationem pertinet, cùm & amplissimum tractatum habeat & perobscurum, dicemus alio loco copiosiùs: nunc ad Marcellum redeamus.

Caput VI.

Vera interpretatio & emendatio d.l. Marcellus.

SVMMARIA.

1 *Pupillum in* d.l.Marcellus, *sine tutoris autoritate obligatum naturaliter tantùm obligatum fuisse.*

2 *An pupillus cum tutoris autoritate obligatus, si sine tutoris autoritate fideiussorem dederit, fideiussori ex mandato teneatur?*

3 *De pupillo qui rem tutore autore promissam, sine eius autoritate soluit.*

4 *Furiosum aut prodigum ne quidem naturaliter obligari.*

5 *Aliud esse furiosum vel prodigum, aliquid facere curatore autore, aliud vero curatorem ipsum quid facere nomine prodigi vel furiosi.*

6 *Fideiussorem ab ipso procuratore furiosi vel prodigi dari oportere vt is fideiussor aduersus eos habeat mandati actionem.*

7 *Pupillum qui cum tutoris autoritate fideiussorem dedit, à fideiussore vtiliter conueniri posse.*

8 *Cur pupillus tutoris autoritate hereditatem adire possit, furiosus vero nequidem curatoris consensu possit, sed curator furiosi nequ...c adire cogatur?*

9 *Vocem* obligato *in* d.l.Marcellus *irreptitiam esse.*

10 *Quis sit dictæ legis sublata ea dictione sensus?*

11 *Vera ratio cur in* d.l *fideiussori non subuenatur?*

12 *Cur non mandati actione teneantur fideiussori pupillus, furiosus & prodigus, qui creditori ciuiliter tenebantur?*

13 *An hæ personæ in* d.l.Marcellus, *negotiorum gestorum actione teneantur?*

14 *Quodnam remedium fideiussori supersit, qui pro dictis personis ciuiliter obligatis intercessit?*

SI † quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato fideiusserit, obligatur. Pupillum igitur prius obligatum esse necesse est vt principalis aliqua obligatio sit cui fideiussoria possit accedere. At ciuiliter obligatus dici non potest: naturaliter igitur obligatū fuisse ponendum est, has enim tres duntaxat obligationum differentias agnoscimus, naturalis tantùm ciuilis tantùm & eius quæ & naturalis sit & ciuilis, cui consequens est. vt si cum tutoris auctoritate, & ciuiliter obligatus pupillus fuerit, aliud Marcellus existimauerit, in eo scilicet non vt fideiussori illo casu subueniatur, sed vt mandati actio fideiussori aduersus pupillum detur. Alioqui dici non potest cur ea verba adiecerit, *sine tutoris auctoritate obligato*, quæ tamen nō
2 possunt esse superflua. † An videamus ne hoc falsum sit, mandatique actio fideiussori deneganda sit, quamuis pupillus ciuiliter, hoc est cum tutoris auctoritate fuerit obligatus. Illud enim apertissimum est tractare Marcellum de pupillo qui fideiussorem dederit, & fideiussori mandauerit sine tutoris auctoritate, cùm si auctoritas tutoris interueniret, dubitari non posset quin pupillus ex mādato sicut & ex qualibet alia causa teneretur. Atqui quod pertinet ad mandati obligationem, hoc est, vt pupillus fideiussori obstringatur ex causa mādati, vel nō, nihil planè interest, an alteri naturaliter tantū obligatus esset, an etiā ciuiliter: nā etsi ciuiliter obligatus esset, nō idcirco tamen mandando fideiussori se obligat, si sine tutoris auctoritate mādauerit: ipsa siquidē persona pupilli impedit obligationis natiuitatē, tametsi iustissima subsit causa mandan-
di, † quemadmodum dicimus, si pupillus sine tutoris 3
auctoritate soluerit quod cū tutoris auctoritate promiserat, & ciuiliter debuerat, locū esse repetitioni, nō secus ac si nec naturaliter debitum fuisset quod solutum est, propterea quod ipsa persona inducat condictionem, *l. interdum 29. D. de condict. indeb.* neque enim pupillu magis permissum est vt soluat, quàm vt contrahendo se obliget, cùm solutione alienari nummos necesse sit, ille autem nullius rei suæ alienandæ potestatem habeat, *l. obligari. 9. §. pupillus de auct. & consil. tutor. l. magis puto. 5. §. si pupillus de reb. eor. qui sub tutel. l. 3. §. 1. ad Maced. l. quod si forte. 14. §. vlt. de solut.* Et quod Neratius scripsit in *l. quod pupillus. 41. de cond. indeb.* pupillum qui soluerit quod sine tutoris auctoritate stipulāti promiserat, posse repetere, quia nec natura debet, ad eum casum restringi debet, quo solutio facta sit cum tutoris auctoritate, alioqui mala aut saltem minus propria erit ratio illa, *quia nec natura debet*, cùm etiamsi naturali iure adeoque ciuili obligatus pupillus fuisset soluta tamen sine tutoris auctoritate pecunia condici posset, *d. l. interdum*, quamuis ex contrario tutoris auctoritas qui in solutione per pupillum facta interuenit, non reddat debitum quod fuit indebitū, & consequenter non impediat condictionem, quippe quæ etiam maioribus competat indebitum quandocunque soluentibus. Sic igitur & cùm de fideiussore per pupillum dato disputamus, & quærimus an ei pupillus obligetur mandati actione, non illud inspicere debemus, an sine tutoris auctoritate, & quod idem est naturaliter duntaxat pupillus antea obligatus esset illi qui fideiussorem accepit, an tutore auctore, sed an sine tutore fideiussorem dederit, an cum tutoris auctoritate. Sanè obligatum fuisse pupillum necesse est aut naturaliter aut ciuiliter, cùm fideiussorem alicui obligationi accedere oporteat vt obligetur, *d. l. fideius-
sor. 16. in princ. & §. fideiussor de fideiussoribus.* † Idque 4
manifestius est in fideiussoribus furiosi & prodigi, de quibus etiam Marcellus tractat: constat enim differre in eo pupillum à furioso & prodigo, quòd cùm ille naturaliter obligari possit, nimirum si sine tutoris auctoritate respondeat stipulāti, aut mutuam pecuniam accipiat, hi tamen nullo prorsus casu obligantur naturaliter tantùm, sed vel nullo modo si ipsi spondeant aut mutuum accipiant, vel ciuiliter si eorum curatores promiserint aut mutuam pecuniam acceperint, vel si ex re actio veniat, *leg. furiosus. 46. de obligat. & action. iunct. l. heres. 25. §. non tantùm famil. ercisc.* Nam cū naturalis obligatio quantumuis ex solo facto æstimetur, non inducatur ex sola promissione aut numeratione, nisi ex parte promittentis, aut accipientis concurrat animus se obligandi, *l. iuris gentium. 7. §. quod ferè de pact. l. non omnis. 11. D. de reb. credit. l. 1. §. cum qui. D. de constit. pecun.* furiosus autem nullam prorsus mentem, nullumque animum habere intelligatur: prodigus verò nullam voluntatem, propter legis & Prætoris prohibitionem, consequens est vt naturaliter tantùm obligari isti non possint, adeoque, quod magis mirum videri debeat nec si cum curatoris auctoritate stipulanti quid promiserint aut mutuum acceperint, quoniam ad obligandos eos necesse est curatorem ipsum promittere eorum nomine, aut numerationem
mutui accipere. † Aliud enim est furiosum vel prodi- 5
gū aliquid facere curatore autore, aliud verò curatorē ipsū facere nomine prodigi vel furiosi: sicut & aliud est vēdere, aliud vendenti consentire *l. aliud est. 16 de reg. iur.*

regul. iur. Vnde illud est quod dicimus tutorem non posse hereditatem adire pro pupillo, sed pupillum ipsum adire debere tutore auctore *l. pupillus. 9. de acquir. hered.* Nisi pupillus fari non possit, quo casu tutori eius id permissum est *l. si infanti. 18. C. de iur. delib.* similiter minor curatorem habens solius curatoris facto obligari non potest, sed si accedat curatoris auctoritas promittendo ipse aut mutuum accipiendo vtiliter se obligat *l. si curatorem habens. 3. C. de in integ. rest. minor.* (quamquam verius est, quod nostri vulgo negant, obligari eum etiam sine suo curatore, nisi cùm alienat *l. puberes. 10. l.* vbi eleganter Cuiacius *D. de verb. oblig.*) Ex contrario nec furiosus nec prodigus alienari aut alienare possunt curatore auctore, sed curatorem ipsum contrahere oportet vt eos eorúmve bona obliget, & vt per alienationem, si modò vtiliter & ex iusta causa facta sit, transferatur dominium *l. consilio. 7. l. Iulianus. 10. cum seq. l. vlt. & pass. D. de curat.*
6 *furios.* † Propter quam causam, vt arbitror, cum quæritur an fideiussor furiosi vel prodigi habeat contra eum mandati actionem, non distinguimus, an hæ personæ fideiussorem dederint sine curatoris auctoritate an curatore auctore, quia non magis hoc quàm illo casu obligarentur. Quid ergo? fideiussorem ab ipso curatore dari oportet. Sic & cùm quærimus an furiosus vel prodigus solutum condicere possint, non distinguimus an soluerint curatore auctore, an sine curatoris auctoritate: vtroque enim casu perinde condictio competit, sed an ipsi soluerint an curator eorum nomine, quia soli curatori permissum est vt
7 soluat & nummos alienet. † Cùm tamen si de pupillo tractetur necessaria sit illa distinctio an tutoris auctoritas interuenerit necne, cùm pupillus ipse fideiussorem dedit aut soluit. Id enim significant verba illa, *sine tutoris auctoritate* in *dict. l. interdum. 29. de cond. indeb. & in d. l. Marcellus.* si obserues iisdem locis tractari etiam de furioso & prodigo, nec tamen adiectum similiter, *sine curatoris auctoritate*, vt appareat differre hac parte pupillum à furioso & prodigo, & esse fauorabiliorem, quia licèt huius ætatis puer neque scire neque discernere quicquam possit non magis quàm furiosus, quandoquidem & ea quæ videt hæc ætas ignorat *l. 1. Cod. de fals. monet.* hoc tamen fauorabiliter ei præstatur, hoc est fauorabilius quàm furioso aut prodigo, vt omnia facere ipse possit tutore auctore, atque adeò quod omnium difficillimum est, hereditatem adire licèt adeuntem necesse sit & adeundi animum habere, & causam acquirendæ hereditatis intelligere. Quæ iudicio meo sententia est *dict. leg. pupillus. 9. de acquirend. heredit.* Iuncta *l. furiosus. 63. & leg. per curatorem. 90. eod. leg. cùm in vna*
8 *17. §. 1. D. de appell.* † Nam iure vetere nec furiosus hereditatem sibi acquirere poterat etiam curatore auctore, nec curator ipse eius nomine. Iustinianus verò etsi furioso maximè prospicere voluit aduersus iuris subtilitatem, nullo modo tamen ei permisit hereditatem agnoscere, id est, vt interpretor, ne quidem accedente curatoris auctoritate & consensu, sed ipsi curatori licentiam dedit, ac necessitatem imposuit vt nomine furiosi adeat, *l. vlt. C. de curat. furios.* Cur autem hac parte fauorabilior sit pupillus quàm furiosus aut prodigus ratio illa est, quòd soli ætatis imbecillitas eaque naturalis ei noceat, certum nempe sit naturam ipsam cum ætate consilium & iudicium allaturam: quod in cæteris secus est quibus nulla sanitatis in solidum certa spes ex natura aut moribus, priusquam ad sanos mores redierint. Proinde pupilli imbecillitatem tutoris consilio suppleri nihil prohibet ad obligandum eum

ciuiliter, naturalem verò obligationem etiam sine tutoris auctoritate contrahi, quòd negari non possit, quoniam animum habeat pupillus se obligandi, qui & interdum capax est doli & iniuriæ faciendæ, *l. pupillum. 111. de regul. iur.* ideoque ita constitui humanissimum fuit. Maneat igitur certissimum, nec furiosum, nec prodigum naturaliter tantùm obligari posse, siue stipulanti spondeant, siue mutuum accipiat, siue auctore curatore, siue etiam sine curatoris auctoritate: ob idque nec fideiussorem pro iis accipi posse, qui vtique acciperetur vtiliter si vel naturalis aliqua obligatio subesset: quod & disertè scriptum est in *l. si cui bonis. 6. De verb. oblig.* Quoties ergo legimus datum pro furioso aut prodigo fideiussorem vtiliter, de furioso aut prodigo ciuiliter obligatis intelligere debemus id est, vel ex re ipsa vel ex facto curatoris. Atqui eo casu negat Marcellus fideiussori subueniendum esse. Negat etiam fideiussori aduersus eos mandati actionem competere. Idem igitur necessariò admittendum est & si quis pro pupillo ciuiliter & cum tutoris auctoritate obligato fideiusserit. Cur enim melior sit conditio furiosi aut prodigi quàm pupilli cùm omnes ciuiliter obligati sint? Hinc autem infero, Marcellum & Vlp. in *d. l. Marcellus* non nisi frustra adiicere potuisse verba illa, *sine tutoris auctoritate obligato*, & tutoris auctoritatem quam illi requirunt, non ad obligationem cui fideiussor accesserit referendam esse, sed ad ipsam fideiussoris dationem. Quomodo & in *d. l. interdum. 29. de cond. indeb.* tutoris auctoritas ad impediendam conditionem non in ipso debito contrahendo requiritur, sed in ipso actu solutionis. † Itaque, vt tandem dicam 9
quod sentio, non dubito quin sit irreptitia dictio illa *obligato*, quæ sola perobscuram & inexplicabilem facit tam elegantis loci sententiam. Irreptitia, inquam, ex glossa imperiti alicuius interpretis existimatis deesse illam in iis verbis, *pro pupillo sine tutoris auctoritate*, nec animaduertentis sequi postea *fideiusserit*, quod verbum si fuisset adiectum post *auctoritate*, effugisset Marcellus interpretis manum. † Ea verò dictione 10
sublata sensus erit apertissimus si pupillus qui Titio erat obligatus siue naturaliter tantùm siue etiam ciuiliter, fideiussorem dederit sine tutoris auctoritate, obligari fideiussorem, nec ei subueniendum esse, quoniam mandati actionem contra pupillum habiturus non sit arg. à contrario sensu *d. l. cum lex. 46. D. eod. tit.* quæ tamen cùm ait *eò magis* quod per fideiussoris obligationem ad reum peruenitur, ostendit satis aliam quoque rationem facere vt in illa specie fideiussori subueniatur, eámque magis germanam & propriam, nempe quòd cùm lex venditioni occurrit ipsi venditio improbetur: consequens enim est vt fideiussor venditionis nomine datus liberetur, quia ius ipsum venditionis totaque eius obligatio improbatur, *argu. d. l. si mulier. 16. §. vlt. D. ad Vellean.* † Sic ex contrario cum pupillus fideius- 11
sorem dedit sine tutoris autoritate ratio propter quam fideiussori non subuenitur, illa quidem est, quam Marcellus tradit, *quod ei mandati actio non competit*, sed alia etiam est magis propria & germana ei prorsus contraria quam vsurpauimus in specie *d. l. cum lex.* nimirum quòd non totum ius obligationis, & ipsam fideiussionem lex improbet, sed solam obligationem personæ pupilli ex causa mandati sine tutoris auctoritate dati. Itaque vellem potius Marcellum sic scripsisse quomodo Iaudl. in *dict. leg. cum lex, eò magis quod huic mandati actio non competit*, vt appareret rationem hanc ex abundanti potius adiectam esse quàm quòd sit propria & germana. Idémque dicendum est, si quis pro furioso aut prodigo fide-

iusserit, nisi quòd hîc non distinguimus, an furiosus vel prodigus fideiuberi mandauerint sine curatoris autoritate, an verò curatore autore, sed tantùm, an illi ipsi mandauerint, an verò curatores eorum nomine, vt hoc posteriore duntaxat casu mandati actionem fideiussor habeat. An igitur cessante ea ratione qua Marcellus mouetur, hoc est illis casibus quibus mandati actione fideiussor habere debeat subueniendum erit fideiussori? Minimè, imò tantò minus, hoc casu quòd indemnitati eius satis superque consultum sit: nec verò vlla dubitandi ratio superest ex persona pupilli cũ fideiussor ab eo tutore auctore datus est. Sed eo casu quo pupillus, aut furiosus aut prodigus mandati actione teneri non possint, videbatur subueniendum fideiussori, ne in damno remaneret contra bonã fidem quæ in causa mandati præcipuè spectanda est. *l. si fideiussor. 29. §. quedam. D. mand.* Cùm tamen hęc ipsa etiam ratio faciat ne ei subueniendum sit, quòd mandati actionem non habeat, quam si habere hoc casu posset subueniri ipsi oporteret: ne alioqui eueniret vt propter fideiussoris obligationem tenerentur hæ personæ, quæ tamen ex proprio mandato obligari non
12 possunt. † Verùm hîc illa dubitatio incurrit, cur non mandati actione teneantur fideiussori pupillus, furiosus & prodigus, qui creditori ciuiliter tenebantur, cũ nihil eorum intersit an creditori soluant an fideiussori qui pro iis creditori soluerit. Sed ratio est, quia mandati actio ex persona non ex re nascitur, huiusmodi autem personæ obligari non possunt ex facto suo: facit
13 *l. si quis cum. 29 D. com. diuid.* † An ergo fideiussori tenebuntur actione negotiorum gestorum: quæ dari solet fideiussori qui pro absente & ignorante fideiussit & soluit? *l. ex mandato. 20. §. 1. D. mand. l. 3. §. vlt. cum ll. seqq. de neg. gest.* Minimè: negotiorum enim gestorũ actio ex re ipsa nascitur non ex persona, ob idque & pupillum & furiosum & prodigum, & alios quoslibet quorum negotia vtiliter gesta sint, etiam ignorantes tenet, *d. l. 3. §. pupillus,* aut vt Cuiacius mauult legere, *§. pupilli. & §. & si furiosi eod.* Sed tamen non puto in proposita specie personas istas negotiorum gestorum teneri. Illa enim Marcelli ratio, *quoniam his mandati actio non competit,* haud dubiè sic accipi debet, vt neque negotiorum gestorum competat. Quid enim effectu ipso referret an hæ personæ mandati, aut negotiorum gestorum actione tenerentur? An nõ vtriusque actionis eadem vis est & potestas? Atqui negari nõ potest, quin vtiliter negotium gesserit fideiussor qui soluit. Ita sanè est, sed negotiorum gestorum actionem illud impedit, quod mandatum intercessit. Qui enim mandatum suscepit, & fidei liberandæ gratia impleuit, quamuis vtiliter negotia mandantis gesserit, tamẽ negotiorum gestorum agere non potest, quia non eo animo gessit, vt alium obligaret, sed vt se ipsum potius liberaret. *d. l. ex mandato. §. 1. l. 1. 2. 3. & 5. §. 1. manda. l. mandasti. 46. & pass. de neg. gest. dict. l. heredes. 25. §. non tantùm fam. ercisc. l. an hæc indignum. 14. §. 1. d. l. si quis cum. 29. D. commun. diuid.* Proinde deterior est hoc casu cõditio fideiussoris, qui ex pupilli, aut furiosi aut prodigi mandato soluit, quam gestoris, qui sine mandato. Nec ad rem pertinet, quod mandati actio locum hic non habeat, ac si mandatum nullum interuenisset, sufficit enim interuenisse, ad hoc, vt impediatur negotiorum gestorum actio licet non sit obligatorium. Vt quod ait *l. 5. de neg. gest.* nasci negotiorum gestorum actionẽ, cessante mandati actione sic accipi debeat, *cessante*
14 *mandato.* † Solum igitur superest remedium illud fideiussori qui pro pupillo, furioso & prodigo ciuiliter obligatis intercessit, vt actiones sibi à creditore præstari postulet. Exemplo confideiussoris aduersus confideiussorem agere volentis, *l. vt fideiussor. 39. D. de fideiuss.* Tantò magis enim tenetur creditor ad pręstandas actiones fideiussori, quòd nullã fideiussor actionẽ alioqui habere possit, *arg. l. Papinianus. 28. D. mandat.* Quòd si pupillus sine tutoris autoritate obligatus fuit & naturaliter duntaxat, eo demum casu verum est nullum fideiussori remedium superesse, cùm nec actionem præstare creditor possit, quam non habeat. Itaque sibi imputare debet, non quòd pro pupillo fideiusserit & soluerit, (haberet enim, vt diximus, negotiorum gestorum actionem si aliud nihil obstaret,) sed quòd pupilli mandatum sine tutoria auctoritate secutus fuerit. Et hæc sunt quæ ad Marcellum adnotanda putauimus.

CAPVT VII.

Indicatur, & reprehenditur Triboniani additio in l. 3 §. vlt. D. de cond. caus. dat.

SVMMARIA.

1 *An statuliber, qui heredi vel alij centum dare iussus est, peculiares nummos dare possit?*

2 *Verba illa, sed is quem testator, &c. a Triboniano addita fuisse.*

3 *An Vlpiani consilium in* d. *§.* vlt. *vtile esse possit, cùm heredi naturaliter pecuniam debuit is cui dare seruus iussus fuit?*

4 *Alius casus quæritur quo Vlpiani consilium vtile esse possit.*

5 *Qua ratione in* d. *§.* vlt. *actio in factum dari possit vt testatoris voluntati pareatur?*

6 *Quid Tribonianum impulerit, vt in specie* d. *§.* vltim. *actionem in factum dandam esse existimarit?*

7 *Longè aliam esse in specie* d. *§.* vltim *rationem heredis cui dare statuliber debuit, aliam verò extranei.*

REceptum † est, vt statuliber siue heredi siue alij centum dare iussus sit, peculiares nummos dare 1
possit, atque ita ad libertatem peruenire, *l. 3. §. 1. D. de statulib. l. si filia 20. alias 21. l. si vnus. §. vlt. D. fam. ercisc.* ne alioqui difficultas implendæ conditionis libertatem impediat aut remoretur. Nam cùm seruus proprium nihil habere possit, extra peculium quod patrimoniũ eius est *l. peculium. & ex eo. 39. l. quoties. 47. §. vlt. D. de pecul.* difficillimum est vt aliunde quàm de peculio soluere possit. Ita verò fit vt si alteri quàm heredi seruus dederit, duplici damno heres adficiatur. Amittit enim seruum qui libertatem consequitur, & præterea nummos qui extraneo soluuntur. Ideò remedij loco inductum est, vt prohibeat heres statulibero ne de peculio soluat. Quamuis enim ea prohibitio nec morã nec præiudicium libertati adferat, cùm prohibendi ius heres non habeat, efficit tamen vt salui sint heredi nummi, quasi in eius odium impleta per statuliberum conditione, cùm per heredem ipsum stet, quominus impleatur. Idque est quod apertissimè Vlpian.
tractat in *l. 3. §. vlt. de condic. caus. dat.* † vbi tamen sequitur *sed is quem testator accipere voluit, aduersus heredem in factum actione agere potest vt testatori pareatur.* 2
Hunc verò versiculum dico esse Triboniani, & non minus ab Vlpiani sententia quàm à iuris ratione alienum. Nã vt & Accursius ipse obseruauit, quid obsecro Vlpiani consilium prodesse heredi potest ad hoc vt nummos saluos faciat, si vltrò in eum competere potest actio illi in cuius persona impleri conditio debuit? Aut cur patiamur heredem prohibere seruo no

sol-

3 soluat, si potest heres ipse cogi vt soluat? † Nam quod
nonnulli comminiscuntur, posse consilium hoc esse
vtile, si fortè heredi naturaliter pecuniam debuit is
cui dare seruus iussus fuit, ridiculum est, cùm si rece-
ptam lectionem sequemur eum casum Vlpianus tra-
ctet, quo possit heres in factum actione conueniri.
Quod non contingit, cùm heredi naturaliter debita
pecunia est. Naturalis enim obligatio parit ius reten-
tionis & deductionis, atque ita prodest ad elidendam
exceptione actionem. *l. frater à fratre. 38. §. quæsitum. D.
de cond. indeb. l. sed si damnum. 9. §. peculium & pass. D. de
pecul.* Vt taceam hoc etiam casu non esse omnino vtile
& efficax Vlpiani consilium, cùm retenta aut dedu-
cta per heredem pecunia naturalis obligatio ipsi per-
eat, ex qua fortasse aliam pecuniam potuisset ille de-
ducere aut retinere. Ideò enim tollitur naturalis obli-
gatio, cùm naturalis creditor retetione aut deductio-
ne vsus est, quòd ea res solutionis loco habeatur. *l. etiã
quod natura. 6. D. de compens. l. Stichum. 95. § naturalis de so-
lut.* Atqui solutio ita demum liberat soluentem, si de
soluentis, non si de ipsius creditoris pecunia facta sit,
l. si mandauero. 22. §. si mandauerim. D. mand. l. qui sic. 51.
4 *l. in perpetuum. 61. & pass. eod. tit.* † Alius ergo casus quæ-
rendus est, qui tamen reperiri nunquam poterit, quo
consilium Vlpiani vtile esse possit, vel inuito eo in cu-
ius persona impleri conditio debuit. Iam verò, an non
à iuris ratione prorsus alienum est, vt ei in cuius per-
sona impleri duntaxat côditio debuit, hoc est cui ser-
uus pecuniam dare iussus fuit, actio vltrò côcedatur?
Illa autem ratio, *vt testatoris voluntati pareatur*, quàm
inepta! Siquidem quod conditionis implendæ causa
accipitur, non tam ex iudicio & voluntate testatoris
quàm mortis causa capitur, *l. mortis causa. 31. §. fine do-
natione. D. de mort. caus. donat.* ob idque nec testamen-
ti iure capi dicitur, *l. Mæuius. 55. de condit. & demonstr.*
nec in quartam legatorum imputatur, *l. in ratione. 30.
§. tametsi. l. id autem. 76. l. in quartam. 91. §. vlt. D. ad leg.
Falcid.* vt scripsi pluribus *lib. 6. c. 4. & 5.* nec rursus per-
tinet ad edictum Prætoris si quis omissa causa testa-
menti hereditatem ab intestato possideat, *l. si quis sub
conditione. 8. D. eod. titul. si quis omiss. caus. test.* quamuis
eo edicto vnum id agat Prætor, vt testatoris volunta-
tem tueatur, *l. 1. eod.* † Qua igitur ratione dari poterit
5 actio in factum, vt testatoris voluntati pareatur, ei qui
voluntatem testatoris non habet? Nam si haberet, v-
tique ex testamento potius agere deberet. Et verò in
factum actio quam ei dat Tribonianus, subsidiaria
quidem esse solet ciuili actioni, quoties negotium a-
liquod tale gestum est ex quo nasci actionem necesse
sit, quæ tamen certum nomen non habeat, *leg. 1. & tot.
tit. de præscr. verb.* Sed vt sit subsidiaria actioni ex te-
stamento, fieri sanè, meo iudicio, non potest, quia in-
ter testatorem & eum qui ex testamento aliquid ac-
cipit, nullum negotium geritur, nec proinde fit
συνάλλαγμα, ex quo nasci hæc in factum actio solet. *l.
6 iuris gentium 7. §. 1. D. de pac.* † Quid igitur esse potest,
quod Tribonianum fefellerit, vt actionem in factum
in proposito dandam esse existimaret? Neque enim i-
gnorauit, quod omnes sciunt, id quod mortis causa
capitur non capi ex testamento. Alioqui non in fa-
ctum, sed ex testamento actionem competere scripsis-
set. Fefellit eum, vt puto, alius Vlpiani locus. Is
est in *dict. l. 3. § sed & si iussum. D. de statulib.* vt scribit
Vlpianus, si iussum coheredi dare, non patiatur vnus
ex heredibus dare, æquè liberum quidem fore. Sed
eum cui iussus erat dare & liber esse, familiæ erciscũ-
dæ iudicio ab eo qui impediit consecuturum, quod
sua intereat prohibitum statuliberum nõ esse. Eadem
enim ratione & æquitate credidit Tribonianus ces-
sante familiæ erciscundæ iudicio inter eos, qui non
sunt coheredes, concedendam esse in factum actio-
nem aduersus eum, qui prohibuit ne statuliber de pe-
culio solueret. † Sed obseruare vir bonus debebat 7
longè aliam esse hac parte rationem heredis cui dare
statuliber debuit, aliam extranei. Nam quod heredi
statuliber soluit de peculio, non tam mortis causa
quam iure hereditario per heredem capi intelligitur,
*dict. leg. id autem. §. 1. D. ad legem Falcid. leg. quod con-
ditionis. 36. versicul. certè D. de mort. caus. donat.* Nempe
quia id ipsum haberet heres tanquam hereditarium,
etiamsi statuliber non soluisset. Cùm autem extra-
neo soluitur, non potest ille videri habere iure here-
ditario, imò nec legati aut vllo alio titulo, quia
nec heres est, nec legatarius, *dict. leg. si quis sub con-
ditione. 8. in fin. D. si quis omiss. caus. test.* Consequens
igitur est, vt mortis tantùm causa capere videatur,
dict. leg. mortis causa. 31. in princip. de mort. caus. donat.
Hinc verò fit, vt quamuis extraneo cui dari pecu-
nia debuit, nulla competere possit actio aduersus
heredem qui dare prohibuit, vtile tamen sit cohe-
redi contra coheredem iudicium familiæ erciscun-
dæ, pro ea nimirum parte, quam de coheredis pro-
hibentis portione hereditaria soluere statuliber de-
buisset: quoniam perinde sit, ac si quid aliud here-
ditarium coheres qui prohibuit retineret, quod ad
alium coheredem pertinere testator voluisset, cúm-
que per coheredem prohibentem fiat, vt minus ex
hereditate consequatur coheres qui soluere statuli-
ber iussus fuit, æquissimum est, vt familiæ ercis-
cundæ iudicio eo nomine teneatur. Ideò autem mi-
nus consequitur, quia si quid de peculio statuliber
ei soluisset, id illi coheredi communicare non coge-
retur, *dict. leg. si filius 20. alias leg. si vnus infr. vltim. cum
leg. sequent. D. famil. erciscund.* Illa etiam ratio in co-
herede afferri posset, quòd prohibere vnus ex here-
dibus nequeat, quin de peculio statuliber soluat,
saltem pro parte hereditaria eius cui dare iussus est,
cùm pro ea parte iure hereditario, vt diximus cape-
re coheres videatur, *dict. leg. id autem §. 1.* Atqui non
prodesset statulibero partem soluere ad consequen-
dam libertatem, cum conditio sit prorsus indiuidua,
ideóque in totum implenda, *leg. cum fundus. 56. de con-
dition. & demonstrat.* Ne igitur partis solutio frustra
fiat, fortasse quis dixerit receptum esse, vt nec pro
sua parte coheres prohibendi ius habeat. Sed non ita
est, nam si alij quàm vni ex heredibus dare statuliber
iussus esset, non idcircò quòd coheres pro parte sua
consentiret, impediretur alius coheres ne prohibere
posset, locúmque hic haberet iuris regula quæ consti-
tuit, vt in pari causa melior sit conditio prohibentis,
leg. Sabinus. 28. D. commun. diuid. Vera igitur ratio in
proposita ea est, quam attulimus, quòd æquum sit
familiæ erciscundæ iudicio teneri coheredem per
quem factum sit, vt tantò minus ex hereditate co-
heres consequatur. Et ideò cùm inter eos qui non
sunt coheredes ratio hæc non similiter locum habeat,
fatendum est nullam extraneo aduersus heredem a-
ctionem superesse. Nec rursus coheredi remedium
vllum competere, vt saltem pro sua parte faciat num-
mos qui seruus hereditarius coheredi dare iussus est.
Neque enim ad hunc casum pertinet consilium Vl-
piani in *dict. l. 3. § vltim. de cond. caus. data.* Sed ad eum
quo statuliber extraneo non vni ex heredibus soluere
debuerit.

CAPVT VIII.

Alia Triboniani additio in l. dominus testamento.53.D.de cond.indeb.

SVMMARIA.

1 *An repetitioni locus sit, si seruus ex datione testamento iniuncta libertatem consequi non possit?*

2 *Cuinam eo casu condictio competat, & an condici, an potius vindicari nummi debeant?*

3 *An ei qui pro seruo nummos dedit, condictio competat?*

4 *Distinctio in hac quæstione a nonnullis adhibita reijcitur.*

5 *An in* d.l.dominus, *postquam dominus condixerit à Titio, liceat ei qui rogatu serui soluit, interim a domino condicere?*

6 *Verba illa* sed tam benignus, *&c. in* d.l. *à Triboniano addita fuisse.*

1 DOminus † testamento libertatem seruo suo adscripsit, si decem Titio daret. Dedit seruus Titio, cùm putaret valere testamẽtum, quod postea nullum pronunciatum est. Nemo ambigit quin locus sit repetitioni, quia si ex ea datione consequi libertatem seruus non potest, fatendum est nihil eum dare debuisse. Et generale est, vt ex iis omnibus causis, quæ vel iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione repetitioni locus sit, *l.*
2 *ex his omnibus.54.de cond.indeb.* † Sed dubitari de illo potest, cui condictio competat, & an condici, an potius vindicari nummi debeãt. Distinguit autem Proculus in *l.dominus.53.eod.tit.* An seruus peculiares nũmos soluerit, cùm id ei à domino, id est à testatoris herede permissum non esset, an verò alius rogatu serui nummos suos dederit. Priore casu manent nummi domini, quia quòd superiore capite diximus receptũ esse vt statuliber de peculio soluere possit conditionis implendæ causa, tum demum verum est, cùm ea solutio proficere ad libertatem potest, quod non contingit si testamentum nullum sit, aut iniustum, vel irritum. Ipsi igitur domino competet actio, eaque vindicatio, cùm dominus nummorum manserit, non autem condictio, quę scilicet nec domino vnquam competit, nec cum vindicatione concurrit nisi aduersus furem, *l.seruus inscio.19.D.de fideiuss.leg.1.D.de condict. fur.l.vlt.D.de vsufr.quemadm.caueat.* sed hoc ita, si nũmi extent, nam si consumpti sint, vindicari non possunt, & ideò condictioni locum fieri necesse est, *l. si a furioso.12.cum seq.l.si ego.18.in princ.& §.1.& pass. D. de reb.credit.* prætetquam in casu, *l.filiusfam.14. eodem tit.* Idemque erit si permittente herede seruus peculiares nummos soluerit, ea namque heredis volũtas & promissio facit vt dominium transferatur in accipiẽtem, & consequenter vt cessante vindicatione condictioni
3 locum esse oporteat. † Posteriore verò casu, hoc est si alius rogatu serui nũmos dederit, Proculo placet fieri accipientis, sed posse dominũ serui cuius nomine dati sunt eos petere per condictionem. Quod ego sic intelligo, vt ei qui pro seruo nummos dedit condictio non competat. Vtrique enim competere sanè non potest, sed alterutri dumtaxat, id est vel serui domino, vel ei qui soluit. Vt verò huic non competat illud facit quod alieno nomine soluerit, non vt sibi ipsi aut obligationem, aut liberationem acquireret. Nam & si donaturus mulieris iussu eius sponso numeraui, nec nuptiæ secutæ sunt, mulier ipsa condicet, non ego, *l. si donaturus.9.in princ.D.de cond.caus. dat.* Et, si quis cùm sciret nihil se mulieri debere iussu eius dotis nomine sponso promiserit, nec nuptiæ secutæ sint, non ille cõdicet, sed mulier, quoniam pecunia ad eam pertinet, *l. qui se debere.7.* eodem nimirum ex causa donationis, *l. cuius per errorem.53.de reg. iuris.* Eadem igitur ratione, nec is condicere poterit, qui rogatu serui nummos Titio dedit, quia seruo non tantum consulere voluit, sed etiam donare, cùm sciuerit nullo casu fieri posse, vt seruus obligetur aut condictione teneatur: quod in libera persona secus est, in qua idcirco distinguimus vtrum ei donare voluerit, qui pro eo soluit, necne, vt priore casu condictio illi competat pro quo solutum est, *d.l.si donaturus, & d. l. qui se debere*, posteriore verò ei qui soluit, *l. si ego.9.in princip.de iur.dot.* Proinde cũ quis rogatu serui nummos Titio dedit, nec liber fieri seruus potuit quòd nullum esset testamentum, condictionem ipsi domino competere necesse est, vtpote ei quæsitam per seruum, cùm si seruus acquirendæ a-
ctionis capax esset illi condictio quæreretur. † Illa tamen distinctio etiam necessaria videri possit quam 4
Vlp. ponit in *dict. l.si ego*, an is quis rogatu & nomine serui pecuniam dedit Titio, ea lege dederit vt ita demum eius fieret si seruus liber esse posset; an ita vt statim fieret accipientis. Vt priore casu non sint facti nummi accipiẽtis, ideoque vindicari possint per eum qui soluit. posteriore verò facti sint accipientis, ob idque condicendi, sed non ita est, Vlpianus namque in *dict.l. si ego.* tractat de pecunia in id data vt in dotem conuerteretur, nimirum secutis nuptiis. neque enim dos ante nuptias esse potest. at quod implendæ conditionis causa datur, de quo Proculus tractat in *l. dominus*, non potest ea lege dari vt non prius fiat accipientis quàm libertatem seruus cõsecutus fuerit, nec ita rursus vt non aliter fiat accipientis quàm si libertas seruo possit competere, cùm impleri conditionem omnimodo necesse sit & consequenter pecuniæ dominium in accipientem transferri (alioqui non trãslato nummorum dominio nec impleta conditio videretur) priusquam quæratur an seruo libertas possit obtingere. Itaque quoties is qui pecuniam conditionis implendæ causa dedit, alienare eam potuit, conditioni semper locus est, vindicationi nunquam. † An 5
verò postquam dominus condixerit à Titio permittemus ei qui rogatu serui soluit, vt interim condicat à domino? minimè: nam si condictio non potest competere soluenti aduersus eum ipsum cui soluerit, multò minus competet aduersus dominum serui cui nihil solutum est, licèt ei solutio proficiat: iuris enim regula est his solis pecuniam condici quibus quoquomodo soluta est, non quibus solutio proficit, *l. his solis. 49.de cond.indeb.* siquidem qui indebiti cõdictione tetur, re obligatus dicitur, *§. is quoque. Instit.quib. mod. re contrah.oblig.* & quasi mutuum acceperit, *l.3. §. is quoque.D.de obligationib.& actionibus*, alius igitur condictione teneri nõ potest quàm ille ipse cui res ipsa tra-
dita & soluta est. † quod cùm ita sit, non video qua 6
ratione defendi possit quod apud Proculum sequitur, *sed tam benignus quàm vtilius est, recta via ipsum qui nummos dedit suum recipere:* nam qui ita loquitur, non dubitat quin duplex condictio hic competat, vna domino aduersus Titium, altera cui soluit aduersus dominum, & quidem ipso iure, sed ita tamen vt ex æquitate & circuitus vitandi gratia altera perimatur, & illi qui soluit recta via detur condictio contra Titium. Vnde fit vt passim nostri loco isto abutantur ad probandum vitandos esse circuitus. Quod verum quidẽ est, quoniam & aliis plerisque casibus euenit vt celeritate coniungendarum inter se actionum, altera occulteretur, vt Vlpianus loquitur in *l.3.§.vlt.D.de donat. inter virum & vxorem, l.singularia.15.D.de rebus credit.*

sed

sed tamen non probatur ex *d.l. Dominus*, si iuris ratio-
ni plus tribuas quàm Triboniano qui proculdubio
totum illum versiculum nimia iuris imperitia de suo
adiecit. Siue enim serui nomine simpliciter data sit
pecunia Titio, siue ea lege ne ad dominum serui vllo
casu perueniret, necesse est fateri vtroque casu dene-
gandam alterutri condictionem, hoc est vel domino,
vel ei qui soluit. Nec se hinc extricare Accursius aut
Bartolus possunt, quamuis nullum non moueant la-
pidem.

CAPVT IX.

Eiusdem Triboniani alia & apertior nota in l.si ego.9.§.1.D.de iur.dot.

SVMMARIA.

1 *An res alicui tradita vt nuptijs secutis dotis efficiatur, donatore ante nuptias mortuo, nuptijs deinde secutis dotis fieri incipiat.*

2 *Inducantur verba a Triboniano addita, eiúsque sententia Vlpiano contraria refutatur.*

3 *An in specie* d.§.1.l si ego, *ad transferendum ab herede dominium sufficiat ipsum facto defuncti consentire, an vero noua dotis constitutione opus sit?*

4 *Iniquius esse vt extraneus inuitus dotem constituat, quam vt mulier indotata maneat.*

5 *An in* d. §. 1. *nolente aut absente herede dominium rerum quas defunctus sub conditione dederat ipso iure transferri in maritum possit?*

1 EAndem † Triboniani manum iurísque imperi-
tiam agnoscere facilius est in *d.l.si ego.9.§.1.de iur.
dot.* vbi Vlpian in speciem proponit: Si res alicui tradi-
dero vt nuptiis secutis dotis efficiantur, & ante nu-
ptias decessero, deinde secutæ sint nuptiæ. Quærit au-
tem an res istæ dotis fieri incipiunt: *Et vereor*, inquit,
*ne non possint in dominio eius effici cui data sunt, quia post
mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia
pendet donatio in diem nuptiarum, & cùm sequitur condi-
tio nuptiarum iam heredis dominium est, a quo discedere
verum non posse dominium inuito eo fatendū est.* Quæ ratio
tam aperta est & vera vt conuelli nullo modo possit:
nemo enim dubitat quin moriendo quisque rerum
suarum dominium amittat: quam ob causam necesse
fuit permitti & induci lege testandi facultatem, vt a-
lio loco monuimus, cùm is qui testatur licèt eo tem-
pore dominus sit, in id tamen tempus conferat effe-
ctum suæ voluntatis, in quo ipse amplius dominus
non erit, *l.1.D.qui testam fac.poss.l.Stichus seruus.39.De
manum.testam.l.Titio cùm moretur.51.de vsufr.* Porrò
dominium quod fuerat penes defunctum continua-
tur in heredem statim à die mortis, adita quandocun-
que hereditate, *l.heres quandocunque.54 de acquiren.he-
red.l.omnia.193.de reg.iur.* consequens igitur est non
posse inscio aut inuito herede res illas acquiri alteri.
Succedit enim receptissima & perpetua iuris regula,
quæ negat id quod nostrum est sine facto nostro ad
2 alium transferri posse. † Et tamen nō potuit sibi tem-
perare Tribonianus, quin Vlpiani sententiam pror-
sus euerteret sub specie æquitatis & benignitatis, ad-
dito integro illo versiculo qui sequitur, *sed benignius
est. fauore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei
quod defunctus fecit, aut si distulerit vel absit, etiam nolente
vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri,
ne mulier maneat indotata.* Taceo quod Triboniani sty-
lus parum elegans seipsum prodit satis. Sed vt ad fa-
uorem dotium, eámque benignitatis rationem qua
Tribonianus mouetur respondeam, quis obsecro do-
tis fautor esse debeat in præiudicium heredis qui do-
tem non cōstituit? Dotis, inquam, quæ nulla vnquam
fuit, hoc est nec viuo testatore, vtpote nonnisi post e-
ius mortem secutis nuptiis, nec eo mortuo, quia ne-
que tunc de alienis bonis neque à mortuo constitui
potuit. Quòd si dicas potuisse defunctum res heredis
perinde ac suas dare tametsi suas esse crediderit, *leg.v-
num ex familia.67.§. si rem tuam de legat.2.* responde-
bo pertinere id ad eum casum quo res fuerit heredis
non defuncti tempore dispositionis. Nam qui de re
sua tanquam sua contrahit, non intelligitur obligare
velle heredem in eum casum quo amittat ille domi-
nium eius rei priusquam contractus effectum habeat,
quamuis eo tempore quo contractus alioqui effectū
habiturus esset in dominio heredis res inueniatur. Est
enim casus hic nouus & improuisus de quo actum &
cogitatum videri non potest. † Neque verò ad trans- 3
ferendum ab herede dominium sufficeret imponi ei
necessitatem consentire facto defuncti, vt Triboniaa-
nus Græcorum more loquitur, sed noua dotis consti-
tutione opus esset, vt in specie, *l.stipulatio.63.de iur.dot.*
quoniam solus domini consensus post alienationem
à non domino factam superueniens non transfert do-
minium, sed prodest tantùm vt si quod ius in illa re,
aut ad rem habuit, remisisse videatur: quemadmodum
dicimus in pignore, *l.si debitor.4.§ si in venditione.leg.si
consensit.7.D.quib.mod.pign.vel hypot.solut.* Et sicut a-
liud est vendere, aliud vendenti consentire, *l.aliud est.
160 de regul.iur.* ita longè aliud est dotem constituere,
aliud dotis cōstitutioni quam defunctus fecerit con-
sentire præsertim verò cùm, vt dixi, voluntas defun-
cti non fuerit vt vel heredis rem vllo modo aliena-
ret, vel suam, nisi in eum casum & illo demum tempo-
re quo nuptiæ sequerentur. Debuerat igitur Tribo-
nianus, si heredem ex æquitate contra iuris rationem
obligare volebat, necessitatem ipsi imponere vt do-
tem constitueret, non vt constitutioni per defunctum
factæ consentiret. † Atque apertè iniquum est cogi 4
quem vt dotem inuitus constituat, & multò iniquius
quàm vt mulier maneat indotata. Quod enim dici-
mus non debere mulierem manere indotatam, tunc
verum est cùm antea dotem habuit, ne alioqui non
tantùm mulier decipiatur, sed etiam maritus qui in-
dotatam ducere noluisset, *d.l.si donaturus.9.§.1.de con-
dic.caus.dat.l.vlt.§.1.in fin.D.quæ in fraud.credit.l.purè.
9.§.pen.D.de dol excep.* At in proposito non potest vi-
deri mulier fieri indotata, quæ nec ante nuptias defi-
ciente constituentis voluntate, nec nuptiarum tem-
pore deficiente iure dotem habere potuit. Imputari-
que marito potest si in iure errauit, cur non cōsuluerit
peritiores. Si autem in facto, fortè quòd eum qui in
tempus nuptiarum dotem dederat, decessisse ante nu-
ptias ignorabat, cur non fuerit diligentior in rei veri-
tate inquirenda, quippe qui scire debuerit, non aliter
posse res sibi datas ex causa dotis suas fieri, quam si
nuptiarum tempore viueret is, qui dotem dederat. † 5
Illud verò an non absurdius est, quod Tribonianus
subicit, si heres distulerit vel absit, etiam nolente aut
absente eo dominium ad maritum ipso iure transfer-
ri? Qua enim ratione fieri potest, vt quod ex sola æ-
quitate & benignitate contra iuris rationem induci-
tur ipso iure fieri dicatur? Potuit sanè Iustinianus fa-
cere vt æquitatis quam ille sibi pro arbitrio commi-
niscebatur potior causa esset quàm iuris stricti, *leg.pla-
cuit.8.C.de iud.* aut etiam inter ius & æquitatem posi-
tam interpretationem inspicere, vt ait *l.1.C.de legibus.*
Sed constituere vt ipso iure fiat quod contra ius fit,
proculdubio non potuit. Postremò si verum est etiam

nolēte aut absente herede dominium rerum quas defunctus sub conditione dederat ipso iure transferri in maritum. rogo cur heredi necessitas imponatur vt defuncti facto consentiat? An non id superfluum fuerit adeoque iniquum? Siquidem consensus ab inuito extorqueri non potest sine vi & impressione quam semper exosam habuit legislator. Vnde illud etiam fit vt nec emere, nec vendere, nec aliter contrahere, nec agere, nec accusare quisquam cogatur *l. nec emere. 17. C. de iur. delib. l. vnic. C. vt nemo inuit. ager. vel accus. cogat.* Et regula iuris est, quod inuito te fieri potest, posse etiam fieri te ignorante licet sis in prouincia, *leg. qui potest. 16. de regul. iur.* Nec ad rem pertinebit si quis dicat mera iuris subtilitate niti rationem illam qua Vlpianus mouetur. Mera enim illa subtilitas vera iuris ratio est, & quæ casus necessitatem sic coniunctam habet, vt æquitatis prætextu ab ea recedi nullomodo possit. vt in alia specie Marcellus tractat in *l. si mulier. 59. §. ex asse de iur. dot.* quem locum nos explicauimus *lib. 5. cap. 7.* Quamquam nec æquitas vlla est in proposito quæ iuris rationi refragetur, si propiùs inspicias ea quæ hoc capite adnotauimus.

CAPVT X.

Emendatio l. vlt. D. eod. tit. de iur. dot.

SVMMARIA.

1 *An fundo dotali consensu mariti ad dimittendos creditores vendito, eius fundi pretium mulieri constante matrimonio soluatur?*

2 *Quæstionis in* d. l. vlt. *proposita vtilitas.*

3 *Cuius sit in* dict. l. vlt. *periculum, mariti, an verò emptoris?*

4 *Casus quo dos sine causa mulieri constante matrimonio restituta ipsi quæritur.*

5 *Superfluum esse in* dict. l. vlt. *quærere an creditoribus potius quam marito vel vxori solui debuerit?*

6 *An in specie* d. l. vlt. *emptor qui fundi pretium mulieri soluit, licet constante matrimonio, rectè soluisse videatur. & liberatus intelligatur?*

7 *Repurgatur à duplici mendo* d. l. vlt.

8 *Scæuolam ad propositas in specie quæstiones ex generali aliqua iuris regula respondere solitum fuisse.*

9 *Cur in* d. l. vltim. *pro* venditori *irrepserit* dicto *creditori?*

10 *Triplici ratione prius mendum in* d. l. vlt. *arguitur.*

11 *Quænam sit* d. l. vlt. *emendato eius contextu sententia?*

FVndum † filiæ nomine pater in dotem dederat, &
1 postea decedēs eandem filiam ex asse heredem reliquerat. Vrgentibus patris creditoribus visum est filiæ vtilius fundum hunc qui dotalis erat distrahere, quàm alium vllum ex hereditariis, quod minus fructuosus esset, alij verò hereditarij, reditus vberioris. Sed cùm venditio fieri non posset absque consensu mariti cui in dotem datus fuerat, consensus eius necessariò exquirendus fuit. Consensit ille si nulla in ea re captio esset futura, hoc est, si modò iacturam aut diminutionem dotis ex ea causa non pateretur, (captionem enim pro damno nostri accipiunt. vt in *l. quæries. 59. de V. O.*) Atque ita secuta est venditio. Quæstionis est, An precium dotis quæ in hoc fundo fuit, mulieri rectè soluatur constante matrimonio. Nam cùm maritus cui fundus traditus fuerat, ita consenserit distractioni, vt tamen nulla eius captio fit, non malè videatur dici posse, precium ipsi marito solui debere, vt pro fundo precium habeat, nec prius id creditori soluere cogatur quā sibi dotis nomine cautum sit, ne alioqui indotatam vxorem habeat, quod sanè fuerit contra ipsius voluntatem. Exemplo quod Modestinus respōdit, *l. Titia. 62. eod. tit.* Si mulier quæ à fratribus fundū acceperat in vicem portionis hereditariæ, eumque in dotem dederat, postea impetret restitutionem ex causa minoris ætatis, & vt partem hereditariam reciperet fundum reddere coacta sit, cogendum quidem maritum fundum restituere, sed non ideò contentum esse debere cæteris reb. quas etiam in dotem mulier dederat, neque ei dotem auferendam esse pro parte, non magis quàm in totum: At in meram æstimationē prædij mulierem vel eius heredes condemnari debere in id tempus referendam quo in dotem datum fuerat. † Est autem quæstionis huius vtilitas in eo, quòd 2
si mulieri precium in proposita specie rectè soluitur ab emptore, non erit postea audiendus maritus si cūctante vxore eius fundi æstimationem in dotem dare eundem emptorem aut ipsius fundi aut precij nomine inquietare velit. Eo prætextu quòd fundus ab initio in dotē datus fuerit, nec eius venditioni simpliciter ille consenserit, sed sub ea conditione, si non ex ea vēditione in dotis quantitate læderetur. Cum si mulieri non rectè solueretur constante matrimonio, fieret vt securus esse non posset emptor qui aliis quā marito soluisset, putà mulieri aut etiam eius creditorib. Neque enim de illo quærimus, an fundi dotalis alienatio valeat hoc casu, cū Pandectarum iure potuerit fundus dotalis alienari consentiente muliere etiam sine causa *l. vnic. §. & cùm lex Iulia. C. de rei vx. act.* ac multò magis si alienatio esset necessaria. *l. 1. D. de fund. dot.* qualis illa est, quæ fit æris alieni exsoluēdi gratia. *l. magis puto. 5. §. non passim. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Nec de illo rursus, An dos adeò rectè soluatur mulieri constante matrimonio, vt eo quandocunque soluto nō possit huius fundi nomine maritus iudicio de dote conueniri quomodo cōuenitur quoties dotem semel cōstitutam maritus ipse mulieri soluit aut ab alio solui patitur manente matrimonio extra eas causas in quibus receptum est. vt eo etiam tempore dotem recipere mulier possit *l. mutus. 73. §. 1. D. de iur. dot. l. quamuis. 20. D. sol. matr.* Cùm enim eum casum tractemus, quo maritus qui fundum distrahi passus est, dotem tamen diminui noluerit, non potest videri dos mulieri soluta aut reddita, sicut nec in specie, *d. l. Titia.* † Ita- 3
que periculum mariti nullum esse potest, an malè dotem restituerit, necne, sed tantùm emptoris, an preciū mulieri rectè soluerit, an potius ipsi marito soluere debuerit. Cæterum si ponas vtiliter & rectè marito aut mulieri solui precium vēditionis, nihil planè emptoris intererit an precij pecunia ad creditores mulieris peruenerit, an non. Nam posteaquàm semel secuta liberatio est per solutionem ei factam cui fieri debuit, qua ratione obsecro extincta obligatio, ob mulieris damnum reuiuiscet? Aut cur impediatur liberatio, si emptor qui licitè nec contrà leges emit soluat precium illi ipsi cui nec ex necessitate soluere debuit & vt solueret cogi potuit? *l. quod autem 6. §. apud Labeonem quæ in fraud. credit.* Rectè autem facta solutione & bona fide, quid eius interest an malè cōsumpta sit pecunia, an creditori soluta? arg. *leg. bona fide. 27. D. ad S. C. Velleian.* Siquidem non debet esse curiosus, quid inter maritum & mulierem agatur, aut in quos vsus destinata sit pecunia quæ ex venditione redigitur. *l. doli exceptio. 19. in fin. D. de nouat.* Nam etsi huiusmodi venditio fieret sola mulieris voluntate, & consentiente marito, licèt nullis creditorib. vrgentibus, proculdubio valeret, vt diximus, in præiudicium tam mulieris quā mariti. factaque precij solutio alterutri eorum consentiente altero pareret liberationem. Cur

ergo

ergo si creditores vrgeant requirèmus peruenisse ad
eos pecuniam, vt emptor liberationem consequatur?
Posset sanè id dici si de dote mulieri constante matri-
monio restituenda tractaretur, *d.l.mutus.§.1.& d.l.*
4 *quamuis.20.* † Neque enim liberatur maritus qui sine
causa vel necessaria vel probabili & honesta dotem
restituit priusquam matrimonium solutum sit, quia
neque ex tali restitutione dos mulieri quæritur, *l.v-*
nic.C.si const.matr.dos solu.fuer. Præterquam in casu *d.*
§.socer vero.l.cum in fundo.78. de iur.dot. id est si mari-
tus, qui solum fundi vsumfructum in dotem accepe-
rit eum fundum ab vxore totum emerit, quanti veni-
re debuit nō detracto vsufructu. Propterea quòd hoc
casu vsusfructus, qui penes maritum fuerat tanquam
formalis, incipiat ad mulierem pertinere tanquā cau-
salis, id est tanquam pars fundi & eius dominij quod
penes eam semper manserat. Sed cùm tractemus de
marito qui fundi dotalis alienationi consensit, non
tam vt dotem restitueret sibiue vllum in dote præiu-
dicium faceret, quàm vt sine suo damno mulieris vti-
litati cōsuleret, quæstio duntaxat relinquitur de em-
ptore cuinam soluere debeat, id est an mulieri, an ma-
5 rito. † De creditorib. enim superflua & ridicula fue-
rit quæstio, an iis potius solui debuerit, cum neque
illi vendiderint, neque quod ad validitatem vendi-
tionis attinet quicquam intersit, an iis vrgentibus fa-
cta sit an sine causa, postquam vtriusque coniugis vo-
luntas & consensus intercessit. Sicut & vt permutari
dos possit ex re in pecuniam sufficit vtilius esse mu-
lieri fundum illum dotalem distrahere, quā alios he-
reditarios, *l.ita constante.26.& seq l.fine.61.eod.tit.* Nec
quicquam præterea requiritur, id est non nocet quòd
casu aliquo & ipso euentu nummi perierint qui ad
creditorem peruenire debuerant. Sufficit enim nego-
tium ab initio vtiliter gestum fuisse, *l.verum.11.§.item*
non restituetur. D. de minor. quia etsi alium fundum
fructuosiorem vendidisset æquè nummi periissent,
tantoque maius damnum sensisset mulier quātò fru-
ctuosior fundus fuisset, cùm aut hunc aut illum ven-
di necesse fuerit, *l.in pupillo.47.§ planè de solut.* Præser-
tim cum difficilius succurratur mulieri quàm mino-
6 ri *l.vlt.in princ.D.ad S.C.Vellean.* † Igitur, vt ad pro-
positam quæstionem respondeamus, dicēdum est em-
ptorem qui mulieri soluit, licèt constāte matrimonio,
rectè soluisse videri & consequenter liberatum intel-
ligi. Fieri enim non potest, vt precium quòd vendito-
ri solutum est, rectè solutum non sit, cùm alij nulli
quam venditori precium deberi possit, *l.ex empto.11.&*
pass.de act. empt. nec alia solutio liberationem parere,
quàm quæ fit illi ipsi cui debetur, *l.muro.12.C.de solu.*
7 † Atque ita Scæuolam respondisse arbitror in *l.vlt.C.*
de iur. dot. & receptæ lectioni duplex mendum inesse.
Vnum in illis verbis, *an ea pars dotis.* Legendum enim
est, *an pretium dotis.* Nam vt sequentia demonstrant,
quæstio non est apud Scæuolam de soluenda constan-
te matrimonio dote aut parte dotis, quam scilicet in-
tegram retinere maritus voluit, sed de soluendo pre-
tio fundi venditi, soluendo, inquam, non creditori, cū
quo emptor nullum negotium gessit, sed vel mulieri,
vel marito. Dubitandi enim causa illa erat, quòd cū
maritus consensisset venditioni sub ea conditione, si
nulla in ea re sibi fraus fieret, non aliter videatur em-
ptor tutò posse soluere, quàm si marito solueret. Sed
decidendi ratio illa est, quod non maritus, sed mulier
ipsa vendiderat & quidem marito consentiente. Mu-
lieri ergo rectè soluitur. Ex quo apparet aliud mendū
esse in illis verbis, *si pretium creditori soluatur*, & pro
creditori legendum *venditori.* Neque enim dubitaba-
tur apud Scæuolam, an creditori soluendum esset: sed
an mulieri constante matrimonio solui posset. Vt igi-
tur dubitationi congruat decisio, credēdum est respō-
disse Scæuolam si pretium vēditori soluatur, rectè so-
lutum. † Quod faciliùs admittet quisquis obseruaue- 8
rit fuisse hunc morem Scæuolæ familiarem, vt ad pro-
positam in specie quæstionem plerumque ex generali
aliqua iuris regula responderet, vt in *l.à testatore.109.de*
cond.& demonstr. vbi quod respondit, *heredem conditio-*
ni parere non posse, ad iuris regulam pertinet, nō ad pro-
positam facti speciem, in quā nimirum dubitari non
poterat, an conditio adscripta esset, vt ex Claudij nota
intelligitur. sic in *l.lex vectigali.31.D.de pign.* cū quæ-
reretur, an fūdus vectigalis rectè pignori datus esset,
nec dubitandi causam aliquā Scæuola videret, respon-
dit, *si pecunia intercessit, pignus esse*, quamuis nec dubi-
taretur, quin pecunia intercessisset, id est debitum ali-
quod præcedens cui accedere pignoris obligatio po-
tuerat. Præsupponendi enim erant, vt nostri aiunt, ter-
mini habiles. Sic & in *leg. qui Romæ.122.§. Agerius de*
verborum obligationibus, idem Scæuola respondit, *si cō-*
ditio non extitisset, stipulationem non commissam. Ita signi-
ficans in illa specie conditionem non extitisse, ob id-
que ex iuris regula nec commissam esse stipulationē.
Eodem planè modo in *d.l.vlt.de iur.dot.* cùm vellet di-
cere soluēdum esse mulieri, & rationem illam reddere
quod ipsa non maritus vendiderat, scripsit breuius, *si*
pretium venditori soluatur, rectè solutum: quæ sanè indu-
bitata & perpetua est iuris regula, cuius nimirum cō-
cipiendæ gratia necesse ei fuit scribere *venditori*, cùm
alioqui tractans de muliere, quæ vendiderat debuis-
set scribere *venditrici.* † Facilè autem pro *venditori* ir- 9
repsit dictio *creditori* siue culpa librarij quem vtrius-
que dictionis adfinitas deceperit, siue imperitia inter-
pretis existimantis tractare Scæuolam de dote con-
stante matrimonio soluenda vel restituenda: & moti
ex eo quod non aliter constante matrimonio dos mu-
lieri soluitur, quàm si æs alienum vrgeat aut alia iusta
causa interueniat. Item quòd putaret dictionem *ven-*
ditori salua recti sermonis ratione ad mulierem refer-
ri non posse. Sanè mendi coniecturam illud præbet,
quòd cùm vulgata editio habeat *creditoribus*, Floren-
tina tamen legit *creditori:* nec satis accommodatè, si ea
Scæuolæ mens fuit, vt de solutione creditorib. facien-
da senserit. In præcedentibus enim de pluribus cre-
ditoribus tractat, quorum omnium dimittendorum
gratia, fundi dotalis venditio non quidem necessaria,
sed vtilis fuerit. † Prius verò mendum præter ea, quæ 10
diximus ex illo etiam arguitur, quod in Pandect. Flo-
rent. dictio *ea* notatur asterisco vt notari solent cete-
ræ dictiones suspectæ & irreptitiæ. Item ex eo, quod
solus fundus in dotem datus proponebatur, non vt in
d.l.Titia.61.eodem. cum alijs rebus, quicquid causetur
Accursius. Proinde nō pars dotis, sed tota dos in fun-
do erat. Tertio, quia nihil interest, an dicas partē fundi
dotalis, an partem dotis, quæ in fundo est. Atqui non
potest Scæuolæ quæstio intelligi de parte fundi dota-
lis soluēda mulieri durante matrimonio, Totus enim
fundus venditus proponebatur nec nisi de fundi pre-
tio dubitari poterat. Non igitur Scæuola scripsit *ea*
pars dotis, sed quomodo legendum dicimus *an pretium*
dotis qua in fundo est. Lubricus autem error fuit, cùm
veteres librarij dictionem illam *pretium* solerent scri-
bere contractis literis in modum *prēt.* quas facile fuit
sic accipere, ac si scriptum esset *pars*, præsertim si po-
nas vltimam literam minus rectè expressam. Proximè
namque accedit ad literam *S.* Quæ res fecit vt & in
postremis verbis *d.l. Titia* scriptum sit *datus* pro *da-*

11 *uum.* † Ita verò emendato contextu tam elegás quàm aperta hæc erit legis sententia. Non eò minus soluendum esse mulieri pretium fundi dotalis ab ea venditi quòd matrimonium adhuc duret, aut quòd maritus fundi venditioni consenserit sub ea conditione, si ex ea venditione non læderetur. Hoc ipso enim quod maritus consensit vxori vt venderet, cõsensisse etiam videtur, vt solutionem illa acciperet. An igitur marito nil proderit, quòd suo consensui eam conditionem adiecerit, si nulla in ea re captio futura esset? vtique proderit ideò quòd vxorem obligatam habebit eiúsve heredem, vt meram verámque eius fundi æstimationem præstet dotis nomine in id tempus referendam quo in dotem datus fuerit, *d. l. Titia.* Sic namque intelligi proculdubio Scæuola & suppleri debet. Nec similis species est, quæ proponitur in *l. vlt. D. de pact. dot.* de cuius quoque sententia & emendatione scripsimus *cap. vlt. lib. 3.*

CAPVT XI.

Ad l. assiduis. 12. Cod. qui potior. in ping. habeant. & ad Nouell. 97. de æqual. dot. §. his consequens, noua pleraque.

SVMMARIA.

1 *Duplex Interpretum error in dictarum constitutionum explicatione.*

2 *An ex Iustiniani constitutione mulier omnibus mariti creditoribus anterioribus, siue expressam siue tacitam hypothecam habentibus præferatur?*

3 *Respondetur ad* l. 2. C. de priuileg. fisc. *&* l. 2. Cod in quib. caus. pign.

4 *Legem* vbi adhuc. 29. Cod. de iur. dot. *dicta lege* assiduis *posteriorem esse.*

5 *Quid noui in fauorem mulierum,* d. l. assiduis, *introductum sit?*

6 *An qui ad emendam domum vel agrum pecuniam credidit, suo tacita hypotheca habeat?*

7 *Cur inter eos qui personalem tantum actionem habent plus priuilegij habeat qui ad emendam nauim, quam qui ad comparandam domum vel agrum pecuniam credidit?*

8 *Cur fauorabilior sit qui ad reficiendam, quàm qui ad emendam domum, pecuniam credidit?*

9 *Refutatur eorum sententia qui hoc tantum per* d. l. assiduis, *introductum volunt, vt aduersus posteriores solum creditores mulier ius prælationis habeat.*

1 DVplex † nostrorum error est in huius Constitutionis interpretatione. Vnus ille, quòd putant priuilegium à Iustiniano concessum mulieri dotem repetenti, vt omnib. mariti creditorib. præferatur licet anterioribus, nec tãtũ chirographariis, vt antea, sed etiam pignoratitiis & hypothecariis, aduersus eos dũtaxat exerceri posse qui tacitam hypothecam habeãt, non contra eos qui expressam: alter de quo infrà tractabimus c. 13. quòd priuilegium hoc in mulieris liberos eosdemque heredes transire existimant, in eoque meliorẽ esse conditionẽ liberorum quam extraneorũ heredũ, in quos certum est non transire. *l. vnic. Cod. de priuil. dot.* 2 † Priorem errorem conuincunt apertissima legis verba. Generaliter enim Iustinianus constituit, vt priora iura mulier habeat cõtra omnes mariti creditores licet anterioris tẽporis priuilegio sint vallati: cui etiã conuenit quod idem Iustinianus scribit, *Nouel. 109. de priuileg. dot. heret. mulier. non præst. c. 1.* in illis verbis: *quia enim dedimus priuilegiũ mulierib. dotium, vt etiam priorib. creditoribus præponantur,* nulla distinctione adhibita, expressámne an tacitam duntaxat hypothecam creditores anteriores habeant. Et verò ratio qua Iustinianus mouetur in *d. l. si assiduis, versic. cum enim,* quòd in personalib. actionibus causa dotis præferatur creditorib. omnib. anterioribus, ostendit manifestè nullã ab eo constitutam differentiã inter creditores hypothecarios, quoniã inter chirographarios distinctio & differẽtia nulla est: id. n. ille sibi vult, quẽadmodũ mulier priusquam haberet ex Iustiniani lege priuilegiũ tacitæ hypothecæ, habebat priuilegiũ prælationis aduersus chirographarios quoscunque: ita posteaquã adiectum illi est priuilegium tacitæ hypothecæ, præferri eam debere hypothecariis quibuscũque creditorib. etiam anteriorib. siue expressam siue tacitã hypothecã habentibus. Nec sanè minus offenditur iuris ratio & æquitas cum mulier præfertur iis, qui tacitã duntaxat hypothecam habuerunt, quàm si expressam quoque habentib. præferatur: siquidẽ in tacita hypotheca perinde ac in expressa locũ habet iuris regula, Qui prior est tẽpore potior est iure, etiã in præiudiciũ creditorum posteriorũ expressam habentiũ: est. n. hac parte eadẽ vis taciti quæ expressi præterquã fauore fisci. *l. si is qui mihi. 28. D. de iur. fisc.* de cuius sententia scripsimus *li. 2.* 3 † Neque ad rẽ facit, quod dici solet, in causa pignoris fiscum & mulierẽ pari iusu ambulare ex *l. 2. C. de priuil. fisc.* fisco autẽ concessum esse priuilegiũ non solũ tacitæ hypothecæ, *l. 2. C. in quib. caus. pign.* verũ etiam, vt anteriorib. creditoribus, scilicet tacitam duntaxat hypothecam habentib. præferatur, *arg. l. 2. §. ex illa de falsi.* Paul. *lib. 5. sent. tit. 12. §. 10.* nõ item habentib. expressam. *l. si pignus. 8. D. qui potior. in pign. hab. l. 4. C. eod.* vt quod scriptũ est in *d. l. 2. C. de priuil. fisc.* cessare priuilegiũ fisci in bonis eius qui rationibus fisci cœpit esse obligatus posteaquã ipsius bona iã alteri obligata fuerant, non pertineat ad eam bonorũ obligationẽ, quę fit per tacitam pignoris conuentionem, sed ad illã quę per expressam. Neque enim quo tẽpore lata est, *d. l. 2.* poterant obligata esse bona mariti pro dote, nisi expresse. Nã respondeo non inde fieri, vt mulier hodie non sit fauorabilior fisco, cùm in eam tem habeat priuilegium, ex Iustiniani constitutione in *d. l. assiduis,* quod fisco nulla vnquam lege datũ est. Antonini enim temporib. nullum priuilegiũ habebat mulier, ne quidẽ tacitę hypothecæ, tantùm aberat, vt vel fisco præferri deberet, vel cum fisci priuilegio cõcurrere. At Iustinianus vtrũque priuilegiũ dedit, duplici constitutione: nimirum tacitæ hypothecę, *l. vnic. § 1. C. de rei vxor. act.* & prælationis, *d. l. assiduis.* Nõ potest igitur ex Antonini lege sumi argumẽtũ ad interpretandam constitutionem Iustiniani, qui haud dubiè magis fauere voluit mulierib. quam fisco, cuius & olim deterior causa fuit in quibusdã quàm cæterorum creditorum expressam hypothecam habentium, vt in specie *l. Moschus. 47. de iur. fisc. iunc. l. distractis. 14. l. persecutione. 24. C. de pign.* quamuis in personalib. actionibus aut si tacita duntaxat hypotheca pręcederet, fiscus omnib. pręferretur, *l. quod quis nauis. 34. de reb. auct. iud. possi. alias l. 19. de priu. cred.* Paul. *lib. 5. sent. tit. 12. §. 10.* 4 † Nec satis cautè faciunt, qui contrariã Iustiniani mẽtem coniiciunt ex *l. vbi adhuc. 29. Cod. de iur. dot.* in illis verbis: *ita eam posse res vindicare vel à posteriorib. creditoribus.* nã lex assiduis, de qua tractamus, posterior est, vt ex eo apparet, quòd illius etiam meminit, eo loco, *quod & alias Cõstitutiones fecim⁹ pro dotibus.* Intelligit. n. eas cõstitutiones, quę extant in *d. l. vbi adhuc. & in d. l. vnic. C. de rei vxor. act.* vt rectè omnes explicant: quantò autẽ posterior est lex assiduis, tantò etiam fauorabilior est mulieribus, quib. nunquam satis consultum esse posse bonus Imper. credidit, plus æquo vxorius.

† Fauor

5 †Fateor verò in eo elucet, vt non tantùm posterioribus creditoribus mulier præferatur, sicut anteà, sed etiam prioribus, & quidem quibuscunque, hoc est, siue tacitam siue expressam hypothecam habentibus, illo solo excepto, qui emendæ militiæ causa marito pecuniam mutuam dederit instrumento in eam rem conscripto: hunc enim fauore militiæ & Reipublicæ Iustinianus excepit *Nouel. 97. de æqual. dot. cap. 4. §. quia verò.* vt faciliùs inuitarentur homines ad credendum in eam causam, ex qua tamen Nouella fit apertius quod volumus, id egisse Iustinianũ vt mulier anterioribus quibuscunq. præferatur: nam in cap. præcedenti *§. his consequens*, iubet ille vt iis quoque præferatur, qui ad emendam aut reficiendam nauim vel domum crediderint: quorum tamen omnium constat priuilegium illud esse, vt licèt tempore posteriores sint, anterioribus nihilominùs præferantur, quòd eorum pecunia saluam fecerit, aut præbuerit totius pignoris causam *l. interdum. 5. cum l. seq. Dig. qui potior. in pign. hab.* nec est quod quis dicat habere hos omnes priuilegium tacitæ hypothecæ sicut & prælationis: ideoque debere Iustiniani legem sic intelligi vt iis mulier præferatur illo demùm casu quo tacitam duntaxat nõ etiam expressam hypothecam habeant.

6 †Etsi enim qui credidit ad restitutionẽ & reædificationem insulę tacitam hypothecam habeat ex Senatusconsulto cuius meminit Papin. in *l. 1. Dig. in quib. caus. pign. tacit. contr.* & Vlp. in *l. si ventri. 24. §. 1. de reb. auct. iudic. possid. alias leg. 9 de priuil. credit.* imò & dominium si post quatuor menses pecunia cum vsuris medij temporis non reddatur *l. cum duobus. 12. aliàs l. si fratres. §. idem respondit socius. Dig. pro socio.* non perinde tamen tacitæ hypothecæ priuilegium habet qui credidit ad emendam domum aut ad emendum agrum, id enim specialiter & singulari iure pupillis concessum est *l. idémque est. 7. in princip. Dig. qui potior. in pig. hab. leg. 2. in princip. de reb. eor. qui sub tutel. leg. penult. C. de seru. pign. dat. manum.* Itaque consulere sibi debet expressas conuentione pignoris siue specialis siue generalis *l. quamuis. 17. C. de pign.* Sed nec generalis hypotheca sufficiet vt ei ex cuius pecunia res empta est competat in ea re priuilegium prælationis nisi eadem res ipsi specialiter obligata sit *leg. licet, 7. Cod. qui potior in pignor. hab.* Quoties igitur legimus, eum, qui ad emendam domum vel nauim credidit habere priuilegium prelationis inter hypothecarios creditores ponendum est præcessisse conuentionem pignoris nec generalem tantùm, sed etiam specialem, quamuis qui credidit probet se in hoc ipsum credidisse vt ex ea pecunia res compararetur, & subinde fuisse comparatam.

7 † Dixi, *inter hypothecarios creditores*, quoniam si inter eos agatur qui personalem tantùm actionem habent, faciliùs inducitur priuilegium prælationis, non quidem in eo qui ad emendam domum credidit aut ad emendum agrum (hic enim priuilegium nullum habet, nisi cùm expressè conuenit de speciali pignore) sed in eo qui credidit ad emendam nauim: quem sanè constat habere priuilegium post fiscum, non secus ac eum qui ad armandam aut reficiendam nauim credidit *leg. qui in nauem. 26. leg. quod quis nauis. 34. de rebus auct. iudic. possid. alias leg. 11. & 19. de priuileg. credit.* ideò fortasse quòd ex maritima negotiatione longè plus commodi accedat Reipublicæ quàm ex ædificij aut agri emptione: quid enim Reipublicæ interest cuius sit ager vel domus? at maximè interest eius esse nauim, qui nauigationis & transmarinæ negotiationis artem calleat, aut per institores eius rei peritos eam negotiationem exerceat: ob idque nec dubitandum puto quin is qui credidit ad reficiendam nauim priuilegium habere debeat hypothecæ tacitæ exemplo eius qui credidit ad reficiendam domum. Nam si fauorabilior est causa eius qui credidit ad emendam nauim, quàm eius qui ad emendam domum, multò magis illud admittendum est, æquè fauorabilem esse debere eum qui credidit ad reficiendam nauim, ac eum qui ad reficiendam domum.

8 † Cur autem fauorabilior sit is qui credidit ad reficiendam domũ, quàm qui ad emendam, ratio illa est, quòd, vt dixi, Reipub. nil ioterfit, an domus Titij sit an Mæuij. Interest verò diruta ædificia restitui, ne deformentur nimis ciuitates *l. ad curatoris. 46 de damn. infect.*

9 † Hæc cùm ita sint, fatendum est Iustinianum qui mulieri dedit priuilegium prælationis aduersus eum qui ad emendam domum vel nauim credidit, præferri eam voluisse non minùs iis qui expressam hypothecam habeant, quàm iis qui tacitam, cùm isti nullam habeant nisi expressam. At fortasse dicat aliquis ea Iustiniani constitutione non tam datum mulieri aduersus huiusmodi personas priuilegium, quàm ademptum iis quod aduersus mulierem, cæterosque creditores anteriores ex prioribus legibus competebat. Nec aliud inductum nisi vt si sint muliere posteriores, non præferantur: sed non inde fieri vt nec præferri debeant cùm sint anteriores. Sic enim doctissimis plerisque iuris placere video post Accursium ex illis verbis *veniat autem & alter creditor posterior*. Quasi inter hos saltem creditores qui aliis omnibus præferrentur, & mulierem locus relictus sit priuilegio tẽporis, satisque mulieri esse debeat quod cùm anterior illa est, nullo ipsi aduersus eam priuilegio vtantur. Verùm aliud mihi iudicium est Nam quod Iustinianus de posteriore creditore tractat qui ad emendam domum vel nauim crediderit, non idcirco factum est, quia ius aliud constitutum voluerit in anteriore, sed quoniam id agit vt creditores istos qui aduersus cæteras personas habent priuilegium prælationis, ab eo priuilegio (quod ad mulierẽ pertinet) excludat. Priuilegium portò nullum est, nisi cùm sint posteriores. Nam cùm sunt anteriores vincunt iure communi, quo qui prior est tempore potior est iure. Tolle igitur priuilegiũ, quod faciebat vt nihil referret an essẽt illi anteriores an posteriores tẽpore, consequẽs fiet, vt redigãtur ad instar cęterorũ qui priuilegiũ nnn habent. Et proinde sicut cæteris creditoribus etiam tempore anterioribus mulierem præferri Iustinianus voluit: ita his quoque præferetur. Idque apparet euidentius ex eo quod Iustin. subiicit de lucris nuptialibus vt in iis nullum prelationis priuilegium habeat mulier aduersus creditores istos si sint illi anteriores. Id enim significant verba illa. *sufficit enim quòd à lucris cadant si priora*, scilicet priuilegia, *ante nuptiali donatione inueniantur*. Quæ vulgata versio est, & longè rectior quàm Haloãdrina sic habens, *etsi tempore prior inueniatur donatione ante nuptias*. Nã Græca lectio ait *εἴγε πρεσβυτέρα τῆς πρὸ γάμου δωρεᾶς εὑρεθείη*. Quod & iã cõstitutũ fuerat in *d. l. assiduis. §. vlt.* Vt ergo melior sit causa dotis quàm ante nuptias donationis, fatendum est, mulierẽ pro dote preferri priuilegiatis istis creditoribus licèt anterioribus, postponi autẽ in donatione propter nuptias. Cùm tamẽ si de creditoribus tẽpore posterioribus ageremus præferẽda esset illa nõ minus pro donatione propter nuptias quã pro dote, seruato scilicet tẽporis ordine *d. §. vlt.* Nã nec magis aduersus lucra nuptialia quã aduersus dotẽ ipsam priuilegium

vllum relictum est iisqui ad emendam aut reficiendam domum vel nauim crediderunt præter priuilegium temporis. Siquidem priuilegium causæ vtroque casu sublatum est: Alioqui cōstituere Iustinianus debuerat, vt à lucris caderent mulieres, etiam si talia priuilegia tempore posteriora inuenirētur, nō, vt ille scribit, si priora inueniantur. Neque sanè aliter posito iure satis prouisum esset mulieri ratione dotis, quam nullo modo & nulla arte minui posse Iustinianus voluit. Quid enim facilius quàm virum ante nuptias aut ante dotis constitutionem pecuniam mutuam accipere in refectionem domus aut nauis, inscia etiam muliere, vt secutis posteà nuptiis, acceptáque dote, & soluto quandocunque matrimonio dotis iacturam mulier sentiat?

Capvt XII.

Ad §. quia verò. Nouel. 97. de æqual. dot.

SVMMARIA.

1 *Eum qui marito iuxta statutam lege formam ad emendam militiam crediait mulieri quæ tempore posterior, anteponendum.*

2 *An is qui rem suam vendidit sub eo pacto vt pro pretio sibi obligata maneret, & in eo pignore potior esset, mulieri & aliis anterioribus creditoribus præferatur.*

3 *An qui ad militiam emendam subiecto pacto pignoris & prioritatis credidit mulieri licèt anteriori præferatur?*

4 *Fauorabilius esse debitum ex causa primipili, quam mutuum ad emendam militiam acceptum.*

5 *An si quis primipili vsus hodie superesset, mulier ex Iustiniani constitutionibus fisco præferenda esset.*

6 *Respondetur ad* Nouel. 53. de exhib. reis. *vbi de priuilegio mulieris agitur.*

7 *Merito sic interpretatione temperatum mulierum priuilegium, vt iis dumtaxat anterioribus creditoribus præferantur, qui nonnisi tacitam hypothecam prætendunt.*

8 *Inter chirographarios creditores, & eos qui personalem tantùm actionem habent, priuilegia non ex tempore, sed ex causa æstimari.*

9 *Casus quo creditor etiam tempore posterior iure potior est.*

1 EX superioribus moneor vt putem quod sequitur in §. quia verò, postponendam mulierem illi soli qui credidit ad emendam militiam si omnia cōcurrant quæ Iustinianus eo loco requirit, sic accipi debere, si mulier sit tempore posterior non etiam si prior. Est enim ea exceptio ad id quod proximè cōstitutum fuerat, vt mulier cæteris creditoribus priuilegiatis tempore anterioribus postponeretur quidem in donatione ante nuptias, præferretur autē in dote, ne qua circumueniendæ mulieris ratio superesset prætextu alicuius priuilegii, siue causæ priuilegium illud esset siue temporis. Vult autem Iustinianus excipiendum eum, qui ad emendam militiam crediderit, id est cæteris præferendum non quidem in aliis bonis debitoris, sed in ipsa militia, quippe quæ & pignori obligari potest *l. vlt. C. de pignor.* sed hoc ita, si ea omnia obseruauerit in contrahendo debito, quæ textus congerit, ne fraudandæ dotis animum habuisse videatur, hoc est si in eam causam specialiter crediderit, si vis anterioris hypothecæ sibi specialiter quoque & expressim stipulatus sit, si reuera in eam rem pecunia impensa sit, si negotium ex scripto gestum fuerit, si denique instrumentum habeat testium subscriptiones: quibus omnibus cōcurrentibus putat Iustinianus non posse suspicionem fraudis subesse, quæ tamen facilè subesse posset, si ita ius esset vt talis creditor licèt posterior mulieri anteriori præferretur, argumento eorum quæ idem Iustinian. scribit in eadem *Nouell. §. aliud quoque ad fin.* Quid enim si maritus improbus in eam rem, dotali pecunia abutatur quam antea huic creditori clam numerauerit, tum palam ab eo mutuam acceperit, nec tamen fraus probari possit? † Neque 2
verò similis est qui rem suam vendidit sub eo pacto vt sibi obligata maneret pro pretio, in eoque pignore potior esset. Nullam enim ille facere potest iniuriam aut mulieri aut aliis creditoribus anterioribus, vtpote qui nullum in ea re pignus haberent si non fuisset vendita, quam porrò venditor nō alienasset sciens emptorem pluribus creditoribus obnoxium, non si per huiusmodi conuentionem sibi consulere potuisset, sicuti eleganter Paulus disputat in *l. 2. de reb. eor. qui sub tutel.* aduersus Vlpianum qui contra scripserat in *§. vltim. l. 1. eodem titul.* vt dubitari non oporteat, quin Triboniani sit prorsúsque inepta additio illa ad Paulum, *si igitur talis species in priuato venditore inciderit imperiali beneficio opus est vt ex rescripto pignus confirmetur.* Nullo enim rescripto Principis opus est ad confirmandum pignus quod in ipsa venditione exceptum est, quamuis alioqui pignoris conuentio non valeret argum. *l. ex fundo. 19. iunct. l. quoties. 15. D. de seruit. l. venditor. 13. D. commun. præd.* Ideóque nec dubito quin huiusmodi venditor in pignore ipsius rei venditæ mulieri quoque perinde ac cæteris creditoribus anterioribus semper præferatur. † At cùm ei cuius bona 3
iam ab aliis creditoribus anterioribus tenebantur, pecunia creditur in causam emendæ militiæ addita conuentione pignoris, & vt in ea re potior sit qui posterior credidit, licèt nulla fiat iniuria prioribus creditoribus, si bona fide res geratur, quia nec hypothecam haberent in ea re si debitori quæsita non fuisset, potest tamen, vt dixi, fraus fieri, debitore & nouo creditore colludentibus in necem anteriorum. Quæ res sufficit ad inducendum mulieris priuilegium, aut, vt loquar meliùs, ad impediendum ne priuilegium vllum nouus hic creditor exercere possit aduersus mulierem quod contra cæteros exercere posset. Cæteris enim fraudem allegantibus incumbit onus probandæ fraudis. Mulieri verò satis est probare fraudem committi potuisse quamuis commissa esse non constet. Vel ob hoc ipsum quod fraudis probatio plerunque difficillima est: In eoque nimirum versatur priuilegium mulieris. Sicut & ex contrario cùm suspicio est fraudis per mulierem commissæ, putà si mulier habens bona immobilia, constituat dotis augmentum in bonis mobilibus cùm maritus ære alieno laboraret, noluit Iustinianus habere eam priuilegium licèt fraus ipsa non probetur per anteriores creditores: quia sufficit fraudari eos potuisse talis augmenti prætextu. Ita demū igitur habebit mulier ius tacitæ hypothecæ & prælationis pro augmento dotis, si aut vtrinque aut saltem ex parte mulieris augmentum fiat in bonis immobilibus, aut in bonis mobilibus quidem, sed eo tēpore quo nullos creditores maritus habeat, quòd his casib⁹ nulla fraudis suspicio subesse possit, vt ait Iustinian. in *d. §. aliud quoque d. Nouell. 97.* Nec ta-

men

men eò minùs vetum est hunc qui ad militiá emendam credidit subiecto pacto pignoris & prioritatis, fauorabiliorem esse cæteris creditoribus non in eo solùm quòd illis præfertur, licèt anterioribus, sed etiam ratione mulieris. Cùm aduersus illum saluum ei sit priuilegium temporis, hoc est vt si sit prior tẽpore præferatur mulieri: cæteri enim non magis tẽporis quá causæ priuilegiũ habent, sed mulieri etiá posteriori postponuntur. Minus mouet, quod nónulli obticiunt ex *l.3.C.de primipil lib.12.tit.pen.* in debito ob causam primipili contracto fiscum potiorem esse muliere, propterea quod vtilitas publica præferẽda sit priuatorum contractibus. Primum enim non de fisco Iusti. tractat in *d.§.quia vero.* sed de priuato qui ad emẽdam militiam credidit. † Deinde lõgè aliud
4 est deberi quid in causa munit ad emendá militiam accepti, longè aliud deberi ex causa primipili. Est. n. debitũ huiusmodi fauorabilissimũ, vt ex eo constat, quod ex sola primipili causa liberos etiási patrib. heredes non existant iuris ratione teneri placuit *l.vl.C. eo.* Sed & dici potest legẽ illá 3. esse Impp. Diocletiani & Maximiani, quorum temporib. nullũ priuilegiũ aut tacitæ hypthecæ aut prælationis habebat mulier neque contra fiscũ neque cõtra cæteros creditores. Iustinianũ verò vtrũque illi priuilegium dedisse, nec minùs contra fiscum quàm contra cæteros, cum ad fauorem procreationis liberorũ respicere se testetur in *d.l assiduus*, quæ sanè causa publicam vtilitatem
5 continet *l.1.D sol mat.* † Hodie igitur si quis primipilus superesset dicerẽ præferendam fisco mulierem ex Iustiniani legibus, vel eo magis quòd excipiendo eum solũ creditorẽ qui ad emendam militiá mutuos nũmos dederit si sit anterior & expresso pacto ius anterioritatis sibi reseruauerit, cæteros omnino omnes quanquã anteriores proculdubio exclusit, & mulieri postposuit. Addiis etiam iis verbis in *d.§.quia verò.hoc solo casu cedere mulierẽ.* & paulò pòst, *aliis omnibus præualere mulierem secundum quod iam a nobis ei datum est priuilegium.* Quibus verbis significat sanè constitutionem illam quę extat in *dict.l.assiduus* cuius etiam meminit in *d.§.aliud quoque.* Hos. n. & liberis & vxori præferri vult, nimirum & si generalẽ hypothecam habeant, & vxor nõ de dote repetenda certet, sed de munificentia Principis consequẽda: & qua primum induxit vt mulier præferatur creditoribus omnibus nõ posteriorib. in quo priuilegiũ nullũ esset, sed anteriorib. vt proinde ex eorũ cõparatione appareat, eius qui ad emẽdá militiá credidit diuersam à cæteris rationẽ in eo cõstitui, non quòd præferri debeat mulieri anteriori, sed quòd si sit ipse anterior tẽpore non præferatur ei mulier quę
7 posterior est. † Neque ad hãc quęstionẽ pertinet Iusti. Nou, 53. *de exhib reis. § at primum quoque. ver. propterea igitur*, vbi præfert vxori eũ qui ad emendá militiá credidit. Nõ. n. tractat eo loco de dote aut de vxore creditrice, vt malè nostri sentire videntur ad Auth. quòd obtinet. *C.de pig.* sed dat priuilegiũ mulieri etiá dotẽ nõ habẽti vt post defuncti liberos præferatur creditorib. omnib. in cõmodis militiæ defuncti licèt sint illi hypothecarij, dũmodo nõ crediderint ad emendá militiá. Denique creditoris huius priuilegiũ hoc vnũ est quod nullo aduersus eum priuilegio gaudet mulier; non quòd aduersus mulierem aliquod priuilegium ipse habeat extra communes iuris regulas. Cùm verò ita demùm præferatur mulieri, si & eam præcedat tempore, & expressam hypothecam habeat, adeoque specialiter expressum ius anterioritatis, vt cum nostris loquar, prorsus consequens est id egisse Iustinianum vt cæteris creditorib. qui minùs fauorabiles sũt mulier præferatur, etiam anterioribus, & expressam hypothecam, adeoque quod magis est, exceptum & reseruatum ius anterioritatis habentibus. Alioqui dici non poterit in quo cæteris fauorabilior sit, & melioris conditionis is qui ad emendam militiá credidit. † Atquin apertè 6
iniquum est, inquies, mulierem quæ sit tempore posterior præferri illis qui expressa pignoris conuentione sibi prospexerint. Fateor duram legem esse & iniquissimam. Sed ita scripta est, vt Vlp. loquitur in *l. prospexit 9. D.qui & a quib.manum.* Nec tamen inficior prudenter fecisse veteres interpretes, licèt nimis audacter, qui cum Iustiniani legẽ abrogare non possent æquissima interpretatione sic eam temperarũt, vt prælationis priuilegium mulier habeat cõtra eos duntaxat creditores anteriores qui non nisi tacitam hypothecam prætendunt. Quòd cum generalis locorum omnium consuetudo & iudiciorum omnium auctoritas admiserit, audacior sanè & temerarius fuerit qui contrà sentire, & iudicare velit. Apertissimè enim iniquum est priuilegium tẽporis quod expressa pignoris conuentione quæsierim, mihi adimi per subsequens debitoris mei matrimoniũ. Quid enim mea interest an vxorem ille ducat, dotẽque ab ea accipiat, & malè consumat nécne? Et ridiculus est Iustinianus qui eandem iuris aut æquitatis rationem subesse putat concedendi priuilegij aduersus pignoratitios & chirographarios creditores. † Nam inter 8
chirographarios & qui personalem tantum actionẽ habent priuilegia non ex tempore æstimãtur sed ex causa, & ideò si eiusdem tituli fuerint concurrunt, licèt alij aliis sint tempore priores *l priuilegia 32.de bon. auct. iudic. possid. alias l 17.de priuile. credit.* Nimirum quia priorib. nulla in eo fit iniuria, cum imputare sibi debeant cur non de pignore cõuenerint *arg. Nouel.136.de argentar.c.5.§. insuper in fin.* At inter hypothecarios ordo temporis regulariter attenditur *l.si fundum.4.l.scripturas.11. & pass. C. qui potior in pig. habeant.* quoniam sine priorum fraude & iniuria constitui aliter non posset, aduersus quam tamen nullũ vel diligentissimo cuique creditori remedium superesset. Semperque potior est causa hypothecariorum creditorũ quam chirographariorũ, nisi in casu *l.vlt. in fi C.qui bo.ced.pos.* † Nec simile est quòd interdum 9
etiam qui posterior est tempore, potior est iure *d.l. interdum 5.D.de qui potior.in pign.hab.* Id enim nõ aliis casib. accidit quàm cum posterior pignoris causam anteriorib. præbuit aut saluam fecit: quòd cùm euenit, æqui bonique consulere anteriores debent quòd posterior crediderit, qui alioquin pignus aut nõ haberent aut amisissent re ipsa extincta. Mulier autem quæ post contractum pignus nubit & dotem dat, nec saluam facit pignoris causam creditorib. anterioribus, ob idque nec iis præferri debet, nisi in ipsis reb. in dotem datis, si fortè adhuc extent, qua ratione æquissima sanè est Iustiniani constitutio *in l.in reb.30.C.de iur.dot.* si aliam coniungas quæ mulieri tacitam hypothecam pro dote dedit *d l.vnic.C.de rei vx.act.* Alioqui non posset in hypothecaria ius vllum prælationis habere mulier quæ hypothecam nullam haberet: essetque illi necessaria vindicatio quam & eadem constitutione Iustinianus ei dedit, & quę nullo temporis priuilegio indiget, vt idem Iustin. ait *Nouell.91.vt exact.instant.dot.§.his igitur.* Cum olim pro dote non nisi personalis actio competeret. *l. dotis actione.9.C.solut. matr.* Vindicatio autem nullomodo, vt pote translato in maritum dotis dominio, *l.do-*

ce ancillam.6.C.de rei vindicat.§.1. Instit.quib.alien.lic. vel non.

CAPVT XIII.

Mulieris priuilegium, vt creditoribus etiam anterioribus præferatur, non transire in liberos.

SVMMARIA.

1 *Priuilegia quæ causa dotis concessa sunt ad mulieris heredes transire, non item ea quæ personæ mulieris, licet pro dote, tributa sunt.*

2 *Personæ mulieris, non dotis priuilegium esse, vt creditoribus anterioribus etiam hypothecariis mulier præferatur.*

3 *Priuilegium prælationis ita demum actioni ex stipulatu siue rei vxoriæ tributum fuisse, si ab ipsa muliere, non si ab eius heredibus actio institueretur.*

4 *An ex* d. l. assiduis *probari possit, mulieris liberos etiã anterioribus creditoribus præferendos esse?*

5 *Priuilegiatam mulierem non debere contra æquè priuilegiatam, aut eius heredes filios priuilegio vti.*

6 *An si extraneos heredes prior vxor reliquerit, illi heredes ius tacitæ hypothecæ in præiudicium posterioris vxoris habeant, vt illi præferantur?*

7 *Vera horum verborum,* similem prærogatiuam *in* d. l. assiduis. *sententia.*

8 *Iustinianum in* d. l. assiduis. *mulieribus potius quàm dotibus fauere voluisse.*

9 *Cur priuilegium marito datum, vt dotis nomine in quantum duntaxat facere potest condemnetur, licèt personale sit, ad liberos tamen, qui patri heredes extiterunt, transeat?*

10 *Cur priuilegium prælationis mulieribus à Iustiniano concessum ad earum heredes, siue liberos siue extraneos non transmittatur?*

11 *Notantur quædam de posterioris mulieris contra præmortuæ liberos priuilegio.*

1 ALius † nostrorum error est longè grauior & reprehensibilior, quòd existimant priuilegium illud mulieris de quo superiori capite diximus, vt anterioribus creditoribus præferatur cùm dotem repetit, transire in liberos si iidem sint heredes matris, licèt fateantur non transire in extraneos. In quo apertè vim faciunt iuris rationi, quæ sicuti transmittit in heredes quoscunque priuilegia omnia quę nõ tam personæ mulieris, quàm causæ dotis concessa sunt, cuiusmodi illud est vt sit inalienabilis *l. dotale. 13. §. heredi. D. de fund. dot.* vt tacitam hypothecam habeat, vt iudicium de dote sit bonæ fidei, vt nullas admittat retentiones, & alia de quibus agitur in *leg vnica. Cod. de rei vxor. act.* Ita quæ ipsi personæ mulieris licèt pro dote tributa sunt in ipsius heredes transire non patitur *l. vnic. Cod. de priuil. dot.* vbi quod lex ait *ad heredem* & generale est & de quocunque herede intelligi debet, non ad extraneum cognati, præsertim cùm nec suos heredes mulier habeat *l. illud. 4. §. ad testamenta de bonor. possess. contra tabul.* & proinde sint ei liberi quoque extranei, nisi extraneos impropriè accipias, quod nostri faciunt, non ad differentiam suorum, sed li-
2 berorum. † In eorum autem numero quæ ipsi personæ mulieris potiùs quàm doti conceduntur vel hoc maximè vnum est vt creditoribus anterioribus præferatur, nòn solùm chirographariis quibus & tã olim præferabatur cùm nondum tacitam hypothecam haberet vt Iustin. refert in *leg. assiduis. 12. Cod. qui prior. in pignor. habeant.* (de quo priuilegio accipi debet quod scriptum est in *dict. l. vnic.*) sed etiam hypothecariis ex noua Iustiniani constitutione, in qua hoc ipsum apertissimè expressum est iis verbis, *nec ad fragilitatem muliebrem respicientes nec quod & corpore & substantia & omni vita sua marito fungitur. cum penè mulieribus tota substantia in dote constituta est.* Et paulò post, *non de dote mulieris quam ad sugs victus suasque alimonias mulier possidet.* Item in sequentibus. *quæ enim earum non miserèatur propter obsequia quæ maritis præstant, propter partus periculum, & ipsam liberorum procreationem?* Et apertiùs eo loco, *& siue liberos habeat mulier, siue ab initio non habuit, siue progenitos amisit, hoc ei priuilegium indulgemus.* Quæ rationes non tam doti quàm mulieri dotem repetenti fatendum esse probant. † Nec est 3
contrarium quod eiusdem constitutionis verba sic habent, *sancimus ex stipulatu actionem quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus. cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam potiora iura contra omnes habere mariti creditores.* Nam quamuis res vxoria in actionem ex stipulatu transformata sit, ex stipulatu autem actio transmittat ius repetendæ dotis in quoscunque heredes *dict. leg. vnic. §. 1. & §. maneat. Cod. de rei vxor. act.* & consequenter priuilegium tacitæ hypothecæ, quod actioni ex stipulatu inseparabiliter datum est: possunt tamen & debent supradicta verba sic accipi vt priuilegium prælationis ita demum actioni ex stipulatu Iustinianus dederit si ab ipsa muliere non etiam si ab eius heredibus talis actio institueretur. Idque euidenter apparet ex eo quod ille subiicit tale priuilegium hac parte dare mulieri aduersus hypothecarios creditores, quale habebat olim rei vxoriæ actio contra chirographarios. Atqui quod habebat olim aduersus chirographarios non transmittebatur in heredes *d. l. vnic. C. de priuil. dot.* Ergo neque nouũ hoc & Iustinianeum priuilegium heredibus mulieris conceditur: quod nõ obscurè idẽ Iustinianus significat his verbis, *quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium?* Alioqui si eadẽ ratio constitueretur vtriusque priuilegij tacitæ hypothecæ & prælationis, fatendum esset non minùs ad extraneos heredes quàm ad liberos transmitti priuilegium prælationis, quoniam & priuilegium tacitæ hypothecæ in eos haud dubiè transmittitur *dict. §. maneat.* Et tamen non est ex interpretibus qui non excludat extraneos à beneficio prælationis. Sic enim omnes post Bart. *ad d. l. assiduis. & ad l. 1. D. solut. matrim.* Cur ergo in liberis aliud constituendum crediderunt? † Nimirum fe- 4
fellit eos, quod Iustin. *in dict. l. assiduis*, ita scribit, *similem eis prærogatiuam seruamus*, & paulò post, *quasi adhuc viuente etiam matre eorum.* Quibus tamen verbis apertissimum est non illud Iustinianum significare, præferendos esse liberos creditoribus anterioribus (cùm secunda vxor cui eos præferri vult, non sit ex anterioribus, sed ex posterioribus) At illud potiùs, Mulierem quæ in dotis repetitione præferatur cæteris omnibus, licèt anterioribus, non esse tamen præferendam liberis prioris matrimonij maternam dotem repetentibus. Ratione illa quæ sequitur, *duabus enim dotibus ab eadẽ substãtia debitis, ex tẽpore prærogatiuam manere volumus.* † Sensus est non 5
debere priuilegiatam mulierem vti priuilegio contra priorem

trà priorem

tra priorem mulierem æquè priuilegiatam, aut eius heredes filios. Est enim priuilegium quod prior vxor habuit, nimirum tacitæ hypothecæ, non solùm contrà maritum, sed etiam contrà mariti creditores, tale est quod transit in heredes quoscunque etiam extraneos, nedum in liberos: quippe quod, vt diximus, non tam mulieri quàm ipsi actioni de dote concessum sit *d. l. vnic. §. 1. & §. maneat. C. de rei vxor. act.* Vult ergo Iustinianus idem ius, & priuilegium, tacitæ nimirum hypothecæ non prælationis seruari liberis ex priore matrimonio susceptis contrà secundam mulierem, vt quemadmodum illa posterior est tempore, sit etiam posterior iure. Ne alioqui videatur priori vxori denegatum quod posteriori conce-
6 ditur. † An igitur si extraneos heredes prior vxor reliquerit habebunt illi idem priuilegium, non quidem prælationis (certum enim est non habituros aduersus anteriores) sed tacitæ saltem hypothecæ in præiudicium posterioris vxoris vt ei præferantur? Minimè Ius enim illud licet ex Iustiniani constitutione datum sit mulieri, eiusque heredibus quibuscumque: Attamen non nisi contra maritum, eiusque creditores datum est. At contra aliam vxorem quæ eò fauorabilior esse debet quòd viuit adhuc, potestque iterum nubere & Reipublicæ vtilis esse ad replendam liberis hominibus ciuitatem, nec datum est priuilegium *in dict. l. vnic.* nec seruatum per *dictam l. assiduis* aliis heredibus quàm liberis in quorum persona mater ipsa viuere creditur. Id enim est quod ait Iustinianus *quasi viuente eorum matre.* Denique non facit secundæ vxoris fauor, vt pro dote anterioris hypothecam tacitam extranei heredes non habeant, sed vt ex ea hypotheca nullum priuilegium temporis sibi adrogare possint, perindeque posteriori vxori postponatur, atque cæteri creditores antiquiores hypothecarij, quorum non maiorem rationem hac parte haberi Iustinianus voluit,
7 quàm si chirographarij tantùm essent. † Et hæc mihi videtur verissima licèt noua & inaudita satis obscuri loci sententia: vt quod lex ait, *similem prærogatiuam*, nō similes posteriori vxori faciat liberos prioris cōtra creditores tēpore anteriores licet tacitā duntaxat hypothecam habentes, sed similes faciat liberos matri in iure tacitæ hypothecæ ad seruandum iis ordinem temporis, vt eo soli priuilegio posteriori vxori præferantur ex communis iuris regula propter temporis priuilegium, ex tacitæ hypothecæ priuilegio inductum. Quod non fuisset obscurum, si post illa verba, *similem eis prærogatiuam seruamus*, adiecisset Tribonianus interpretationis loco, *id est ius idem tacitæ hypothecæ etiam contrà posteriorem vxorem*, quod anteà non nisi contrà maritum eiusque creditores alios ab vxore competebat. Neque enim quæ prior nubit mulier, cogitat de priuilegio aliquo, sibi aduersus eam quæ posterior vxor futura est acquirendo, nisi ominosa interpretatione velis cogitare eam de secundis mariti nuptiis quæ primas contrahit, præsertim hodierno tempore quo fieri nequit vt vi-
8 ua priore vxore posteriori locus esse possit. † Itaque concludere licet Iustinianum in dict. *l. assiduis*, fauere mulieribus potiùs quàm dotibus voluisse, alioqui, vt diximus, heredibus quibuscunque de dote repetenda certantibus concedendum erat priuilegium vt anterioribus quoque creditoribus tacitam duntaxat hypothecam habentibus præferrentur: quod tamen soli mulieri, non etiam eius heredibus, ne liberis quidem concessum est. Item vt vi tacitæ hypothecæ præferrentur heredes quilibet prioris vxoris etiam extranei, posteriori vxori; quod tamen solis liberis datum Iustinianus voluit. Nec est quòd pro sententiæ nostræ confirmatione apertius testimonium quæramus quàm quod Iustinianus ipse præbet in *§. fuerat. Institut. de actionib. Præferri autem aliis creditoribus*, inquit, *tunc censuimus cùm ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius prouidentia hoc induximus*: vt mirum sit in re tam aperta errare nostros potuisse, accedente præsertim iuris regula quæ habet in omnibus causis id obseruari, vt vbi personæ condicio locum facit beneficio, ibi deficiente persona beneficium quoque deficiat, vbi verò genus actionis id desiderat, ibi ad quemuis persecutio eius deuenerit, non deficiat ratio auxilij *leg. in omnibus. 68. de regul. iur. leg. priuilegia. 196. eod. leg. cùm patronus. 28. leg. at 1. leg. 1. § 1. Digest de iur. immunit.*
† Neque simile est quod priuilegium marito datum vt dotis nomine in quantum duntaxat facere potest condemnetur, licèt personale sit, ideòque nec in heredem transeat *leg. maritum. 12. cum leg. seq. Digest. solut. matrimon.* transit tamen in liberos qui patri heredes extiterunt, *leg. etiam 18. eodem tit.* nam præter id quod non ad quoscunque patris liberos transit, sed ad communes tantùm, hoc est, qui ipsius quoque mulieris liberi sint vt lex ait. Illud etiam obseruandum est longè fauorabilius esse priuilegium quod marito datur, cùm de dote conuenitur, quia & reus est, & talis persona cui etiam post solutum diuortio matrimonium reuerentia debeatur in honorem tracti matrimonij *leg. 1. 2. & 3. § sed & cum vxore. Dige. rer. amot.* Nam & cum de dote promissa maritus agit aduersus socerum idem priuilegium socero tribuitur vt non nisi in quantum facere potest condēnetur, nec solum si constante matrimonio & manente adfinitate conueniatur, sed etiam si soluto matrimonio, dummodo nihil dolo fecerit, nempe veneratione præteritæ adfinitatis *leg. penult. D. de iur. dot. l. sicut autem. 21. cum seq. Digest. de re iudicat.* quoniam parentis locum obtinet *leg. rei iudicatæ. 15. §. vlt. cum l. seq. Dige. solu. matrim.* Proinde nec mirum videri debet idem priuilegium communibus liberis competere non quasi ad eos transmissum à patre, neque enim id lex ait, sed quasi proprium & ipsius liberorum personis debitum, in quibus nimirum eadem fauoris & æquitatis ratio locū habeat, imò si dicere liceat, ferè maior ob honorem sanguinis & naturæ. Nam quæ obsecro matri iniuria fit, ita constitutu iure vt proprios liberos non nisi deducto ne egeant vrgere possit? cùm si egerent alere eos de suo ipsa cogeretur *l. si quis a liberis. 5. in princip. & §. 1. & 2. versic. ego & matrem Dige. de agnosc. & alend. liber.* Sic & patroni liberos à liberto alendos esse diximus, nō quasi transmisso in eos per hereditariam successionem patroni iure, sed quia liberti obsequium præstare non tantùm patronis, sed etiam liberis eorum debeant. Ideoque nec tam facilè alendos liberos quàm patronos decernere Prætor debet, sed ex causa: neq. eò minus alēdi sūt liberi patroni quòd patri heredes nō extiterint. *dict. l. si quis à liberis §. verùm autem tantùm patroni, iunct. l. si operarum. 29. Digest. de oper. liber.* Idcirco autem in specie *d. l. etiam. 18. Dige. solut. matrim.* requirit Pomponius patri heredes extitisse liberos ad hoc vt priuilegium habeant, ne suprà quam facere possint conueniantur, non quòd iure hereditario priuilegium illud nanciscantur; sed quia nec aliter de dote per patrem debita conueniri possint, quàm si patris sint heredes. † At priuilegium de quo 10
disputamus, quod mulieri concessum Iustinianus vo-

luit vt creditoribus omnibus, quamuis anterioribus
præferatur, minùs fauorabile est, cùm non exceptio-
nem inducat, sed actionem, & iniuriam manifestè
inferat anterioribus creditoribus quibus nihil im-
putari potest, cùm expressa conuentione pignoris
sibi prospexerunt *arg. l.3. de solut.* & quorum nihil
planè interest, vtrum dotata sit mulier, necne. Sed &
eas concedendi priuilegij rationes Iustinianus ad-
fert, quæ ad ipsam mulieris personam sic pertinent
vt liberis conuenire nullomodo possint, non magis
quàm extraneis quibuscunque heredibus. Nulla igi-
tur ratio est vt idem priuilegium liberis siue pro-
prio siue hereditario iure concedatur. Proinde su-
peruacua & inanis est illa quæstio. An communibus
duntaxat liberis, an iis etiam quos ex alio matrimo-
nio prior mulier susceperit priuilegium hoc conce-
di debeat vt creditoribus anterioribus pro dote ma-
terna præferatur, cùm neque his, neque illis tale vl-
11 lum competat, vt diximus. † Sanè priuilegium illud
de quo diximus, hoc est vt posterior vxor priuilegiū
prælationis sibi datum aduersus cæteros non magis
exercere possit contrà liberos prioris defunctæ, quā
aduersus eam ipsam si viueret, non ad quoscunque
liberos præmortuæ pertinet, sed ad communes dun-
taxat, hoc est qui ex eodem marito suscepti sint. Nā
quod scriptum est in *Authen. si quid. eodem titu. C. qui
potior in pignor. hab. seu quælibet eius soboles*, hunc sen-
sum habet vt priuilegium illud non ad solos primi
gradus liberos coarctetur, sed ad nepotes quoque
& pronepotes extendatur aliosque deinceps succes-
sores, id est descendentes in infinitum cuiuscun-
que naturæ sint siue masculi siue fœminæ. Cæterum
ex priore eiusdem viri matrimonio susceptos eos es-
se necesse est, vt apertiùs constat ex verbis *Nouel. 91.
& exact. instant. dot. in prin. & §.1.* In eoque cum Bar-
tolo & communi nostrorum schola sentio.

CAPVT XIV.

Emendatio §.1. l. hinc quæritur. 19. D. de pecul.

SVMMARIA.

1 *Nonnullos Pandectarum locos à Triboniano sic immutatos & depranatos vt pristinam Iurisconsulti sententiam assequi non liceat.*

2 *Duplicis iuris peculium apud eundem esse posse.*

3 *An maritus qui seruus dotalis peculium ex duplici causa habet, ex eo demum contractu possit de peculio conueniri, qui ad se pertinet, an verò ex omni?*

4 *Eandem quæstionem in fructuario, & duobus bonæ fidei auctoribus dilucidius agitatam & decisam fuisse.*

5 *Cur licet quæstio aliter in marito, aliter in fructuario & duobus bonæ fidei emptoribus sit decisa?*

6 *Differentia inter peculium serui dotalis quod ad mulierem respicit, & illud quod ad maritum pertinet.*

7 *Seruum dotalem etiam soluto matrimonio, priusquam iudicio de dote redditus sit, marito acquirere.*

8 *In quo, alia sit ratio mariti, alia verò fructuarij aut vnius ex bonæ fidei emptoribus in specie* d. §.1. l. hinc quæritur?

9 *Vera quæstio Vlpiani in* d. §.1.

10 *Verba illa in* d. §.1. sed in marito malius est dicere &c. *Triboniani non Vlpiani esse.*

11 *Indicatur Triboniani manus in* eod. §.1. *in verbis sin* autem &c. *& in aliis Pandectarum locis.*

12 *Quomodo ratione peculij conueniendus sit maritus, seruo dotali ex ea causa obligato quæ ad mulierem solam, aut ad maritum solum respiciat?*

13 *Quomodo in* d. §.1. *creditori succurrendum sit, quum ex alterutro serui dotalis peculio integrum debitum seruari non potest.*

14 *An mariti conditio ideò deterior sit quàm fructuarij aut b. f. emtoris, quòd ratione peculij solus conueniendus est ex contractu ad solam mulierem pertinente?*

15 *Maritum qui debitum ex contractu ad ipsum pertinente procedens, ex peculio dotali soluit de hoc peculio mulieri reddendo teneri.*

16 *Quid Tribonianum impulerit vt dictum §. 1.* interpolaret?

QVam † impensè & plus æquo mulieribus faue- 1
re Iustinianus voluerit non solùm ex iis consti-
tutionibus apparet quæ extant in Codice & in No-
uellis, ac de quibus proximè diximus, sed etiam ex
plerisque Pandectarum locis quos ob eam causam
Tribonianus pro arbitrio sic immutauit & deprauа-
uit, vt quamuis manum eius agnoscere non sit diffi-
cile, pristinam tamen Iurisconsulti sententiam asse-
qui, quæ ex recta iuris ratione semper æstimanda est
non ita facilè & obuiam cuilibet videri possit. Pro-
feram ego huius rei exemplum nec inelegans, nec
obscurum, sed tamen à nemine hactenus, vt puto,
obseruatum, ex Vlpiano in *l. hinc quæritur. 19. §.1. de
pecul.* † *Potest*, inquit Vlpia. *esse apud me*, duplicis iuris 2
peculium. Vt puta seruus est dotalis, Potest habere
peculium, quod ad me respiciat: Potest & quod ad
mulierem. Nam quod ex re mariti quæsiit vel ex o-
peris suis, ad maritum pertinet: imò & quod magis
est si respectu mariti sit heres institutus, aut legatum
ei datum, constat id eum non debere restituere. Fin-
ge igitur agi mecum ex eo contractu qui ad me re-
spicit, Vtrum omne deducam quodquod debetur
mihi, siue ex mea causa siue ex ea, quæ ad vxorem re-
spicit: An verò separamus causas, quasi in duobus
peculiis vt & causa debiti spectetur? † Quæstio in eo 3
est, Vtrum si de eo peculio agatur quod ad mulierē
spectat, id deducam quod ex eo debeatur, si autē ex
eo contractu qui ad me respicit, meū deducā? Priùs
autem quàm ad propositam quæstionem Vlpianus
respondeat, subiungit idem quoque dilucidiùs tra-
ctatum esse in fructuario, Vtrum ex eo demùm con-
tractu possit de peculio conueniri qui ad se pertinet
(*quis* enim pro *quod* legendum est,) an ex omni. † Et 4
ad hanc posteriorem quæstionem respondens ex
Marcello, ait fructuarium teneri ex omni cōtractu.
Ratione illa, quòd is qui cum seruo contrahit totū
ipsius peculium qualecunque & vndecunque illud
sit intuitus videatur. Illud tamen omnimodo admit-
tēdum, vt priore conuento eo ad quem res respicit,
in superfluum, is cui quæsitum non est, cōueniatur.
Eamque sententiam & probabiliorem esse, & Papi-
niano quoque probari. Vtpote quæ sine vllo credi-
toris incommodo faueat ei ad quem non respicit cō-
tractus ex cuius causa de peculio agatur. Subiicit ve-
rò Vlpianus idem etiam in duobus bonæ fidei em-
ptoribus dicendum esse, vt si de peculio agere credi-
tor velit ex contractu serui qui ad alterutrius dun-
taxat emptorum peculium respiciat, habeat quidem
alterius quoque emptoris peculium eo nomine o-
bligatum, sed tamen non priùs contrà alterum illū
agere possit, quàm hunc conuenerit ad cuius pecu-
lium respicit contractus cuius ratione de peculio a-
gitur. Cur non ergo & in marito idem obtineat? Ea-
dem

dem enim quæstio nec diuersus tractatus est vt V lp.
docet iis verbis, *quæ quæstio dilucidiùs est in fructuario*
tractata. ¶ Ideò autem dilucidiùs tractetur hæc quæ-
5 stio in fructuario & in bonæ fidei emptoribus, quòd
cùm separatæ sint personæ proprietarij, & fructua-
rij, itémque duorum bonæ fidei emptorum, facilior
quoque & expeditior peculiorum separatio est. Nā
quod ex peculio & re proprietarij seruus acquirit
non acquirit fructuario, nec contra. Et similiter quod
ex re & peculio vnius ex bonæ fidei emptoribus, non
acquirit alteri, sed ei soli ex cuius re & peculio quæ-
sierit *l. si seruus vsusfructus.21. cum sequentibus. D. de vsu-*
fruct. l. acquiruntur.10. §. de his autem. & §. seq. l. qui bo-
na.23. de acquir. rer. domin. At cùm de marito agitur v-
na eadémque persona est quæ duplicis peculij do-
minium habeat, si fortè seruus dotalis peculium ac-
6 ceperit & à marito & à muliere. † Perinde enim pe-
culium quod ad mulierē respicit mariti est ex causa
dotis atque seruus ipse qui peculium habet *l. vlt. D.*
solut. mat. Hoc solum inter vtrumque peculium in-
terest, quòd peculium dotale soluto matrimonio
mulieri dotis iudicio restituendum est *d. l. vlt.* sicut
& cætera omnia quæ seruos dotalis marito constan-
te matrimonio acquisiuerit (præterquam si ex re ma-
riti & ex peculio quod à marito habeat puta) si heres
institutus sit aut legatum ei relictum *l. seruus dotalis.*
58. eod. dummodo non mariti contemplatione *d. l.*
hinc quæritur. §. 1. de pecul. quo pertinet *l. si legato.65. de*
iur. dot. vbi quod ait Pomponius *voluit* accipiendum
est pro *non voluit.* Etsi enim aliud est non velle, aliud
nolle, sufficit tamen testatorem non voluisse marito
acquiri per seruum dotalem licèt nec dixerit se nol-
le. Videtur autem voluisse acquiri marito quisquis
mariti intuitu aliquid seruo dotali reliquit. Ei porrò
semper seruus acquirit cuius gratia hereditatem vel
legatum aut quid aliud meruit *d. l. si serui vsusfructus*
cum seq. D. de vsufr. l. facta.63. §. si heres ad Trebel. Alio-
quin acquirit proprietario, & consequenter seruus
dotalis acquiret mulieri, quoniam aditio hereditatis
aut agnitio legati non est in opera seruili *l. aditio.45.*
7 *D. de acquir. hered. l. si seruo.47. D. de iur. dot.* † Acqui-
ret quidem marito, eo iure quo dos ipsi quoque ac-
quiritur, non solùm constante matrimonio, sed etiā
quod magis mirū est, si post diuortium ei hereditas
aut legatum obuenerit priusquàm seruus ipse dotalis
iudicio de dote redditus sit *l. si marito.31. §. vlt. D. so-*
lut. matrim. Nempe quia quamdiu redditus non est,
dotalis manet, & in dominio mariti, ob idque nec si
solutum sit matrimonium capere eum aut vendicare
propria autoritate mulier potest, sed debet de dote a-
gere *l. dotis actione.9. Cod. eod.* nec quia dos sine matri-
monio constitui non possit, ideò fit vt soluto matri-
monio dos ipso iure esse desinat. Sed quod per hu-
iusmodi seruum marito quæsitum erit, iudicio de do-
te restituetur tanquam dotale. Non itē quod hic ser-
uus aut ex operis suis quæsierit, aut ex eo peculio
quod ad maritum ipsum pertineat, aut ex aliena libe-
ralitate in eū collata intuitu & contemplatione ma-
8 riti. † Cæterùm non ex eo quod constante matrimo-
niō maritus vtriusque peculij dominus est, inferri
potest in proposita quæstione quam Vlp. tractat in
d. §. 1. l. hinc quæritur, aliam mariti rationē esse, quàm
sit fructuarij aut vnius ex bonæ fidei emptoribus.
Nisi in eo quòd siue cōfundas siue separes peculia &
debiti peculiarij causas, alius conueniri nequeat
quàm maritus, licèt ex eo contractu agatur qui ad
mulieris peculium spectet, nēpe quia constante ma-
trimonio vtriusque peculij licèt aliter atque aliter
dominus & possessor est: nec proinde inter illum &
mulierem cadere potest ea ordinis ratio, & vllo ca-
su prior mulier conueniatur, in superfluū verò ma-
ritus quomodo contingit cùm inter fructuarium &
proprietariū agitur, aut inter plures bonæ fidei em-
ptores, inter quos diuersitas personarum non tantū
diuisionem & separationem peculiorum admittit,
sed etiam conueniendi ordinem. Sed qui ordo con-
ueniendi in vna eadémque mariti persona conside-
rari non potest, in ipsis tamen peculiis, quæ reuera
distincta & separata sunt facilè admittetur. † Non 9
enim de illo Vlp. quærit an si contractum sit cū ser-
uo ex ea causa quę ad mulierē respiciat mulier prior
de peculio cōueniri possit durante matrimonio, de-
inde maritus in superfluum, (nam quis nescit mulie-
rem quæ nec seruum dotalem nec eius peculium
penes se habeat constante matrimonio de peculio
conueniri non posse?) Sed de illo primùm an cōfun-
di an potiùs separari peculia & debitorem causas
oporteat. Deinde constituto eo vt separari non de-
beant in præiudicium creditoris qui cum seruo cō-
trahens vtrumque peculium tanquam vnum idém-
que patrimonium intuitus est, An hactenus saltem
separari debeant fauore mariti ad quem negotium
nōn respicit, vt prius de peculio mulieri sat fieri o-
porteat, si id non sufficiat, de peculio quidem ipsius
mariti, sed ita tamen vt quod ob eam causam de suo
præstiterit, aduersus mulierem quandocunque do-
tis nomine agentem deducere possit. In quam sen-
tentiam Vlpianus post Marcellum proclinior est. Sic
enim scribit, *Et ait si id quod creditori præstitum est ad*
vtriusque generis peculium pertinebit, pro rata vtriusque pe-
culio decedere debere: Ex *quo intelligi potest si ad alte-*
rum peculium contractus pertinebit modo soli vxor detra-
hi, modo non detrahi si ad id peculium pertinuit contra-
ctus, quod apud maritum resedit. † Quòd cùm ita sit, nō 10
possum intelligere quid sibi velint illa præcedentia,
sed in marito melius est dicere simpliciter eum de peculio
teneri. Nec dubitandum puto quin sint Triboniani
id perpetuò agentis vt mulieri faueat, nec animad-
uertentis per inscitiam iuris, repugnare sequētiā quę
ille tamen parùm cautus incorrecta reliquit. Nam
cùm Vlpianus, quantum coniectura assequi possum,
ita scripsisset, *Quod & in duobus bonæ fidei emptoribus*
erit dicendum Sed si maritus aliquid præstiterit, &c. qua-
si pro dicto & aperto habens idem quoque in mari-
to dicendum esse, atque ita propositæ quæstioni sa-
tisfactum, Tribonianus vt deteriorem faceret con-
ditionē mariti quàm fructuarij, aut bonæ fidei em-
ptoris adiecit de suo intermedium illum versiculum
quem nos reiiciemus, † & vt priora Vlpiani verba 11
cum sequentibus connecteret, addere eum necesse
fuit illa etiam quæ proximè sequuntur: *sin autem ma-*
ritus huiusmodi serui nomine aliquid præstiterit. Est enim
Triboniano persamiliare tam in Iustiniani consti-
tutionibus, quàm in iis Digestorum locis quos illé
pro arbitrio corrūpere voluit, vt distinctiones suas
his verbis concipiat *sin autem:* quæ quoties in Pan-
dectis lego, toties videor mihi Triboniani manū a-
gnoscere & palpare. Vt in *l. si cum dotem.22. § si mari-*
tus. D. sol. mat. l. cum de indebito.25. de probat. l. sin autem.
29. de leg. 1. l. dominum.57. D. de contr. empt. aliisque innu-
meris. † Inscitiam vero Triboniani illud manifestè 12
detegit, quod, vt dixi, & præcedentia & sequentia o-
stendunt nihil referre an in fructuario & proprieta-
rio, an in duobus bonæ fidei emptoribus tractetur
hæc quæstio, an in marito si dotalis seruus duplicis
generis peculium habeat. Seruo enim dotali obliga-

to ex ea causa, quæ aut ad mulierē solam aut ad maritum solum respiciat, alium quidem conueniri non posse quàm maritum, sed priùs tamen coueniri eũ debere ratione peculij ad cuius causam contractus pertinuit, in superfluum verò ratione alterius quoque. Et verò an non iniquum fuerit creditorem cui nihil imputari possit damnum sentire ob fauorem mulieris, qui totum serui dotalis peculium quasi vnum patrimonij corpus intuitus fuerat? Quòd si dicas non creditoris damno id cessurum, sed mariti quem Tribonianus vult simpliciter de peculio teneri, facias sanè iniuriam marito. Nam cùm seruus obligatus est ex ea causa, quæ ad mulierē non ad maritum pertinet, cur oporteat maritum non tantùm priùs, sed etiam solum de suo peculio soluere? Deinde cùm nec in solidũ teneri possit ex contractu serui, sed peculii duntaxat nisi in dolo sit *l. in bonæ fidei. 36. eo. tit.* (quod Tribonianus fatetur satis cùm non simpliciter teneri maritum ait, sed simpliciter de peculio) quæro quomodo succurri possit creditori, si
13 minus sit in peculio mariti, quàm in debito quod intuitu peculij contractum fuit? Hîc enim nimirum casus est quem Vlpia. tractat cùm ex alterutro peculio totum seruari non potest. Quòd si manco & non sufficiente peculio mariti damus actionem creditori non quidem aduersus mulierem, sed aduersus peculium quod à muliere seruus habuit, in quo obsecro melior erit conditio mulieris aduersus maritum quàm proprietarij aduersus fructuarium, aut vnius bonæ fidei emptoris contra alium bonæ fidei emptorem? nisi quòd cùm illi de peculio conueniri possint, mulier tamen non ipsa conuenietur, sed peculium quod ab ea seruus dotalis habeat. Atqui iam suprà diximus hoc ad rem non pertinere: quia non de persona quæ conueniri possit disputamus, sed de peculio, & an ex hoc vel ex illo potiùs, an ex vtroq. solui creditori debeat. Ergo fatendum est, neque ad propositæ quæstionis decisionem pertinere, quod Tribonianus ait melius esse dicere maritum simpliciter de peculio teneri, neque referre quicquam vtrum de seruo dotali an fructuario aut à bonæ fidei emptoribus possesso disputetur. Semper enim verũ est priùs soluendum esse creditori ex eo peculio ad cuius causam pertineat negotium de quo contractum est, deinde si id non sufficiat ex alio: salua tamē ei cuius nil interfuit actione, aut repetitione, aut deductione aduersus alium ad quem debiti causa spectabat.† Nec quod maritus solus conueniendus
14 est etiam ratione peculij dotalis, facit vt deterior eius conditio sit quàm cæterarum personarum, cùm & ex dotali primum peculio permittatur ei soluere, & quòd dotali non sufficiente, de suo soluere coactus fuerit, aduersus mulierem quandocunque de dote agentem deducere. Finge itaque tantundem esse in peculio dotali, quantum sit in debito contracto ex causa ad solam mulierem spectante. De dotali tãtùm peculio maritus soluet, nihil autem de suo. Ideoque nec aduersus mulierem de dote agentem quicquã deducet, quomodo deduceret si prætor dotale peculium aliquid de suo soluisset. Id enim vtcũque est quod Vlpian. ex Marcello subijcit, si ad dotale duntaxat peculium contractus respiciat soli vxori detrahendum esse, quod serui nomine præstitũ est. Non igitur verum est maritum teneri de peculio simpliciter, hoc est indistinctè, sed ita demum si ad eius peculium obligationis causa pertineat. Cur enim faciliùs detur marito deductio aduersus vxorem de dote agentem, quàm creditori actio in peculium mulieris ex contractu initu cum seruo dotali? aut potiùs quo iure detur marito deductio contra vxorem dotem repetentem, nisi quia priùs sit vt peculium dotale creditori sit obstrictum, eoque nomine quasi ex persona vxoris maritus teneatur? Obligata scilicet muliere de peculio non ad finem duntaxat eius peculij quod ab ipsa seruus habuit, sed quatenus etiam à marito. † Eadem igitur ratio- 15
ne si debitum ex causa ad solum maritum spectante processerit, isque de peculio à creditore conuentus, non tantùm quicquid à te seruus dotalis in peculiũ habebat, sed etiam de dotali peculio soluerit, cogetur iudicio de dote tantundem mulieri aut eius heredib. reddere. Eadem siquidem ratio facit hoc casu pro muliere contra maritum, quæ superiore pro marito contra mulierem. quanquam hic casus ab Vlp. & Marcello prætermissus est, quasi qui ex alijs expressis indueī, & intelligi facilè posset. Denique generale & perpetuum est, vt neque ne in damno creditorem morari oporteat qui totum peculium velut serui patrimonium intuitus est, quatenus tamen ex peculio vndecunque illud sit indemnis seruari potest. Neq. ex facto serui alieni aut alienam rem tractantis alteri noceri debeat, *l. & ancillarum. 27. §. vlt. eod. tit. de pecul. l. et si non omnes. 8. §. vlt. D. commu. diuid.*
† Triboniano autem iam plus æquo fauere mulieribus gestientis erroris & audaciæ ansam præbere illud potuit, quòd existimauit fortasse propositam de seruo dotali quæstionem indecisam ab Vlp. relictam esse, quasi in eo aliud iuris constituendum putauerit: Cùm tamen nihil sit apertius, quàm ex præcedentibus & sequentibus intelligere eandem serui dotalis quam serui fructuarij & à bonæ fidei emptoribus possessi rationem constituendam esse, idque & Marcello & Vlp. placuisse. Nec sanè explicari potest in quo eluceat diuersitas illa quam in marito Tribonianus inducere voluit, quicquid causetur Castrensis qui loci huius perobscuri sensum quasi facilem assecutus esse sibi visus est, vt taceam Iurisconsulti elegantia parum dignam esse locutionem illam, *sed in marito melius est dicere*. & Triboniano magis quam Vlp. aut Marcello familiarem. Illud verò nullius sensus quod sequitur, *simpliciter de peculio teneri*. similem Triboniani audaciam & loquendi formulam obseruaui in *l. quamuis. 6. D. de pignor. act.* in illis verbis, *melius est autem dici*. à quibus vsque ad *§. si creditor* nihil est quod non prodat Triboniani stylum, Pomponij sententiam, & iuris rationem ad animi sui sensum accommodantis, vt constat ex *l. à Diuo Pio. 15. §. quod si res in si. D. de re iudicat.* & ex iis quæ ad eum locum dicemus infrà cap. 8. 16

CAPVT XV.

Cur non sicut venditio ita pignus nominis debitoris ipso iure valeat.

SVMMARIA.

1 *Examinantur rationes ab Interpretibus redditæ, cur summo iure debitoris nomen pignori obligari non possit?*
2 *Cur pignus pignori summo iure dari non possit?*
3 *Quænam æquitatis ratio pignoris oppignerationem admitti suaserit?*
4 *Vera ratio cur nominis pignus summo iure non valeat.*
5 *Respondetur obiectioni contra hanc rationem allatæ.*
6 *Debitorem cuius nomen pignori datum est, creditoris sui creditori soluentem liberationem non acquirere, & ideo*

& ideò solutum repetere posse.

7 *Respondetur obiectioni.*

8 *Dubitandi ratio in* l. lex vectigali. ff. de pignor.

1 QVod † scriptum est in *l. nomen. 4. C. quæ res pign. obligat. poss.* iampridem placuisse vt debitoris nomen & generaliter & specialiter obligari possit, ostendit satis summo quidem iure huiusmodi pignus non valere, sed æquitatis & vtilitatis intuitu eò decursum esse vt pro valido habeatur *l. postquam eò decursum est. 7. C. de her. vel action. vend.* Neque id ex sola prudentum ad ius ciuile interpretatione, vt plerraque fit, sed tuitione Prætoria, quòd conuentio hæc pignoris talis sit quam Prætor pro sua iurisdictione tueri debere videatur *l. si conuenerit. D. de pig. act.* Cur autem ipso iure non valeat in obscuro est. An quòd difficilius sit vt iura pignoris vinculo teneantur quam res corporales? Atqui perinde obligari possunt, cùm æquè sint in nostro dominio Tit. de reb. corp. & incorp. apud Iustin. Ideoque & vẽdi possunt, vt puta hereditas *l. 1. 2. & tot. tit. de her. vend. D. & C. & vsusfructus. l. si vsusfructus. 66. de iure dot.* Ergo & pignorari ex generali regula quæ habet, Quicquid emptionem venditionémque recipit eam pignorationem recipere posse, *d. l. si conuenerit in fin. l. sed & quod. 9. §. 1. D. de pign. l. 1. §. vlt. D. quæ res pign. oblig. possunt.* Et verò constat etiam iura posse capi pignori in executione iudicati *l. a Diuo Pio. 15. §. in venditione. D. de re iudic.* An potiùs, vt quidam putant, quòd rei alienæ pignus non valeat? *l. 1. & 2. & tot. tit. C. si alien. res pign. dat. sit. l. 1. 2. & 3. l. & quæ nondum. 15. §. quod dicitur. D. de pign.* At si ita esset, valeret saltem nominis pignoratio consentiente debitore. Nam & aliena res pignori dari voluntate domini potest *l. aliena res. 20. de pign. act.* Atqui non ideò magis valet pignus nominis si summum ius inspicias quod debitor ipse consentiat, vt paulò post videbimus. Deinde nec illud verum est nomen quod datur pignori alienam rem esse. Est enim in dominio creditoris. Fateor id quod ex nomine redigitur non esse creditoris sed debitoris, quoniam alioqui nec solutũ pareret liberationem *l. nam etsi. 10. l. non omnes. 19. de rebus cred. l. si procuratorem 8. §. si liber homo. l. si mandauero. 22. § si mandauerim. D. mandat. l. si quis pro eo. 56. §. si nummos de fideiussi. l. si is cui nummos. 94. in prin. & §. sed & si fideiussor. de solut.* Sed aliud est nomen debitoris, & ius ipsum obligationis, aliud res illa quæ debetur, sicut & aliud est ius vsusfructus, aliud perceptio fructuum *d. l. si vsusfructus. 66. in fin. l. cùm in fundo. 78. de*
2 *iur. dot.* † Sanè si quæratur cur pignus pignori dari nõ possit summo iure (nam vt dari possit, etiam benignè receptum est & ex æquitate contrà meram iuris rationem *l. 1. Cod. si pignus pignor. dat. sit. l. grege. 13. §. cum pignori. D. de pignor.*) illa quidem ratio afferri poterit quoniam prius est vt nomen ipsum debitoris pignori dari possit quàm vt pignus quod pro eo nomine obligatum est. Sed & illud rectissimè dicetur quoniam aliena res est, nemo enim accipiendo pignus, acquirit sibi dominium, nec verò pignus constitui potest in re ad creditorem pertinente *l. neque pignus 45. de reg. iur.* nec quod primus creditor pignus à domino constitutum habeat, facit vt domini voluntas in secundo pignore interuenire videatur: cum neque ob eam causam neq. ea spe dederit ille vt creditori quoque sui creditoris in nouum & aliud pi-
3 gnus cederet. † Illa tamẽ æquitas pignoris oppignorationem admitti suasit, quod eius dominium licèt alienum, sic effectum & obligatum sit priori creditori, vt non magis inuiti ipsius manus effugere possit, quam si is rei dominus esset. Adcò vt ex eius persona secundus creditor, hoc est qui ipsius quoque creditoris creditor est, retentionis ius habeat quoadusque pecunia aut sibi soluatur, aut debitori, qui primus accepit pignus. Vtrique enim solui posse constat liberandi pignoris gratia. Quanquam in eo fortius est ius secundi creditoris, quod denunciare domino potest ne priori soluat. *d. l. nomen. 4. Cod. quæ res pign.* non etiam prior ne soluatur secundo, vtpote in quem ius sui pignoris ipse transtulerit, sed in nominis pignore omnia sunt dissimilia. Nam neque alia res est, neque tam grauis iniuria fieri videtur debitori cuius nomen ei pignori datur, quàm si id ipsum nomen venderetur. Atqui venditio valeret neque indigeret Prætoris auxilio *l. nominis. 3. l. ex nominis. C. de hered. vel act. vend.* Cur non igitur & oppignoratio valebit? Ex ea præsertim regula quam diximus, quòd pignorari possint omnia quæcunque vendi possunt *d. l. sed & quod. 9. §. 1. de pignor.* 4
† Puto iuris rationem quæ pignus hoc impediat, eã esse, quod in potestate esset debitoris qui nomen pignori dedisset, facere vt pignoris vinculum pro arbitrio dissolueretur etiam citra debiti solutionem, aliámvè satisfactionem, quod planè repugnat naturæ & qualitati pignoris, cuius semel constituti nomine tandiu hypothecariam competere & durare certum est quandiu verum est pecuniam solutam non esse, *d. l. grege. 13. §. etiam eod. tit.* quamuis non solùm principalis obligatio & naturalis & ciuilis perempta sit *l. debitor. 59. ad Treb.* (de cuius sententia & emendatione scripsimus libro superiore) sed etiam ius ipsum pignoris vt in specie *l. pen. §. 1. D. de excep. rei iudicat.* Quod autem in potestate debitoris futurum sit nominis pignus pro arbitrio dissoluere & hypothecariam quoque perimere, ex eo apparet quod huiusmodi oppignoratio facere nequeat quominus perinde debitor aduersus debitorem suum agat & ab eo exigat acsi nomen pignori datum non esset, perindéque liberationem consequatur debitor cuius nomen obligatum sit si creditori suo soluat. Quo facto & extincto nomine quænam obsecro hypothecaria actio, aut in quam rem superesse potest? Nam cũ & solutione creditori facta eius quod debetur, cõtingat debitori liberatio, & resoluto iure datoris resolui necesse sit ius acceptoris *l. lex vectigali. 31. D. de pignor.* Prorsus consequens est, vt quo instanti obligatio perimitur, vinculum quoque pignoris dissoluatur quo ea obligatio tenebatur. Atqui nulla & inanis est obligatio siue personam siue rem afficiat quæ ex mero debitoris arbitrio pendet. *l. hæc venditio. 7. D. de contr. empt. l. sub hac conditione 8. de oblig. & act. l. stipulatio. 17. l. a Titio. 108 in fi. de verb. oblig.* † Di- 5
ces fortasse. Debitorem qui debitoris sui nomen pignori dederat, si ipse exegerit, insciente aut inuito suo creditore, obstrictum eo nomine fore, & creditori suo condemnari debere, propterea quòd contra bonam fidem propriámque conuentionem fecerit. Fateor. Sed ea actio siue de dolo, siue alia quælibet futura est, non nisi in personam esse potest, ideóq. semper verum est inutilem manere pignoris conuentionem, cùm eius vtilitas tota in eo consistat quòd pariat actionem in rem & plus cautionis sit in rẽ, quã in personam *l. plus cautionis. 25. de reg. iur.* † Sed etsi rẽ 6
ex nomine debitam numquam exigere vellet is qui pignori dedisset, bonámque fidem præstare mallet, æquè tamen inanis maneret eius creditori nominis obligatio, quia nec ipse exigere quicquam posset cũ

sola pignoris conuentio non faciat eum creditorẽ Imò & quod plus est, si solueret ei debitor cuius nomen obligatum fuerat repetere posset, quasi indebitum: quoniam solutio illa non acquireret ei liberationem aduersus proprium creditorem, cui quandocũque agere volẽti pristina actio superesset. Neque enim liberatur qui soluit quod debet si alij soluat quàm cui debet ignorante aut inuito vero creditore *l. inuito. 12. C. de solut.* Succedit autem iuris regula, solutionem quæ non proficiat ad liberationem proficere debere ad condictionem *leg. cùm quis. 38. §. qui hominem. l. pupillis. 96. §. vlt. de solu.* Excepto casu *l. Neratius. 65. de cond. indeb.* Cùm itaque nec solutionem accipere possit creditor hic pignoratitius inuito suo debitore nec acceptam retinere inuito eo cuius nomen pignori datum sit, quænam pignoris vtilitas esse potest? Nam si inutile pignus dicimus, quod vẽdi non potest *l. si conuenit. 4. & seq. de pig. act. Paul. li. 2. sent. ti. 5. §. 1. & ti. 13. §. 15.* quanto magis inutile erit,
7 quod nec retineri. † Nec ad rem pertinebit si quis
obijciat contingere liberationem etiamsi alij soluatur, quàm rei debetur, cùm creditoris voluntas & consensus interuenit *d. l. inuito l. vero procuratore. 12. l. qui hominem. 29. D. eod. l. etiamsi. 19. l. si mulier. 59. in pr. de iur. dot. l. si cum dotem. 22. §. transgrediamur. D. soluto matr.* siquidem eius qui nomen sui debitoris pignori dat non illa voluntas est vt creditori suo soluat debitor ad consequendam liberationem, sed tantũ vt per eam rem quæ debetur cautum sit creditori. Ea verò res quæ ex nomine redacta erit, maneat in dominio pignorantis, ac si illam ipsam rem pignori dedisset. Alioqui non in pignus sed in solutum dedisse nomen, aut vendidisse diceretur. Argumentum rei est, quod si nomen sit corporis alicuius, & à creditore per vtilem hypothecam exactum, non ideò corporis illius dominiũ creditori qui exegit acquiritur, sed incipit illi esse pignoris loco. Quòd si exacta sit pecunia perinde eius debitor esse intelligitur qui exegit ac si nomen in pignus non habuisset, nec ipsius retinendæ ius habet quasi suæ, sed æquitate tantùm cuiusdam compensationis ad concurrẽtem vsque debiti quantitatem, quòd quantùm eo nomine debet suo debitori, tantundem ei vicissim à debitore debeatur, vt eleganter & apertè scriptum est in *d. l. si conuenerit. 18. de pign. act. & in d. l. grege. 13. §. cùm prædium. 18. de pign. act. & in d. l. grege. 13. §. cum prædium in fine de pign.* Non igitur potest videri creditor qui nomen in pignus accepit mandatum habere de exigendo debito quasi procurator & nomine sui debitoris, sed tantùm quasi creditor vt exactam rem pignoris iure teneat, & consequenter non potest solutionem accipiendo præstare liberationem debitori: nec proinde facere quominus ipse condictione teneatur. Ita fit vt creditori creditoris inutile pignus
8 sit cùm ex alterutrius debitorum pendeat arbitrio. †
Quę videtur etiam dubitandi ratio fuisse apud Scæuolam in *d. l. lex vectigali fundo. 31. eo. tit. de pignor.* Lege enim vectigali fundo sic dicta, vt si post certum tempus vectigal solutum non esset, is ad dominum rediret. Videbatur in potestate debitoris facere vt pignus extingueretur hoc ipso quòd nihil faceret, hoc est quòd in vectigalis solutione cessaret. Sed Scæuolam illud mouit, quòd imò verò potuerit creditor etiam inuito debitore vectigal soluere, atque ità impedire ne venditionis lex committeretur, vt probãt verba illa: *cùm in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent.* Quòd si ea lex vectigali fundo dicta non fuisset, potuisset quidem dominus fundum auferre possessori itémque ei qui à possessore ius habuisset. (Tamdiu enim duntaxat retinere fundum vectigalẽ possessor potest quandiu vectigal soluit *l. 2. D. si ager vectig. vel emphyt. esse dicatur §. adeò. Inst. de locat. & conduct.*) Sed purgari mora quandocunque posset, nec ipso iure ad dominum res rediret, nec proinde pignoris vinculum ipso iure dissolueretur, quomodo contingit cùm ex ipsa venditionis lege venditio resoluitur. *l. voluntate. 10. §. vltim. quib. mod. pign. vel hypoth. soluitur.* ob idque minor dubitatio est quin vectigalis vel emphyteuticarius fundus simpliciter traditus pignori dari possit *l. tutor. 16. §. etiam vectigale de pign. act. l. grege. 13. §. & in superficiariis. de pignor.*

CAPVT XVI.

Cur conuentio de pignore nominis per Prætorem defendatur.

SVMMARIA.

1 *Naturali æquitati consentaneum, & publicè vtile esse, vt liceat debitoris sui nomen pignori dare.*

2 *Quænam exceptio creditoris creditori competat, si creditor qui debitoris nomen pignori dedit, contra cõuentionem velit ipse nomen exigere?*

3 *Quæ sit dicti pignoris vtilitas?*

4 *Quo sensu dicatur, periculum pignorati nominis venditi ad emptorem spectare?*

5 *An & quando debitor, cuius nomen pignori datum est, liberetur, si creditori suo soluat, antequàm à superiore creditore certior factus sit de pignore nominis?*

6 *Cur nominis venditio ipso iure & sine auxilio Prætoris valeat?*

7 *Differentia inter venditionem, nominis, & delegationem.*

HÆc cùm ita sint superest vt videamus, quænam illa æquitatis ratio fuerit, quæ induxit vt contra iuris rigorem pignorari possit nomen debitoris. Alia verò quærenda non est, quàm quę traditur in *d. l. si conuenerit*, quòd conuentionem hanc Prætor hactenus tueatur, vt & creditoris creditorem in exigenda pecunia præferat verò creditori, & debitorem posteaquàm creditoris creditori soluerit non patia-
tur à creditore suo conueniri. † Sed quoniam hoc i- 1
psum obscurum est, cur ita Prætor faciat si quis pergat quærere, dicam ad officium & iurisdictionem Prætoris pertinuisse vt nimiam iuris ciuilis asperitatem temperaret quoties id exigeret æquitas quæ semper ex contrahentium & publica vtilitate æstimanda est. At nemo negauerit quin publicè vtile sit, & naturali rationi consentaneum vt quemadmodũ licet cuique de rebus suis pro arbitrio disponere *l. qua ratione. 10. § hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin. l. 2. D. si à parent. quis manum.* ita & liceat debitoris sui nomen pignori dare. Quid enim si quis pecuniam mutuam sine pignoribus inuenire non possit, nec aliud quicquam præter nomina debitorum in bonis habeat? An non iniquum sit & inhumanum laborare eum egestate si fortè aut exigendi debiti dies nõdum venerit, aut non ita commodè pecuniam explicare debitores possint? Ideoque nimirum dici solet fructum rei esse vel pignori dare licere *l. vlt. D. de vsur.* Cur igitur hac rei suæ fructu & commodo priuetur dominus? Tuetur autem Prætor pignorati nominis conuentionem vt Paulus ait in *d. l. si conuenerit.*

ris. Data scilicet exceptione doli ob conuentionem pignoris vt voluntas ipsa contrahentium iuris rigori præferatur. Quomodo etiam contingit si qua seruitus ex tempore ad tempus constituta sit, *l.4. de seruit. l.1.§.vlt. de superfic.* aut si quis ad tempus debitorem se constituerit *l.obligationum ferè.44.§ placet. de oblig. & action.l.cum qui.56.§.qui ita stipulatur de verb. oblig.* & generaliter quoties quis abuti vult occasione iuris ciuilis contra naturalem æquitatem *l.1. Cod.de dol.excep.* Naturalia autem æquitas facit vt pacta omnia seruari debeant, quæ nec contrà leges sint, nec contrà bonos mores, licèt legum & iuris ciuilis auxilio sint destituta *l.1.l.iuris gentium.7.§. ait Prætor de pact.* Ius verò ciuile non prohibet pignus nominis, sed tantùm non permittit nec admittit. Itaque Prætor se in eo potest interponere, cui scilicet sufficit legem non prohibere licèt nec permittat *l.nec non.28.§. quo*
2 *ad eius. D. ex quib. caus. maior.* † Propter quam causam & pacti exceptione aut replicatione tutus esse potest creditor creditoris aduersus creditorem ipsum qui debitoris nomen dedit pignori, si contrà conuentionem velit ipse nomen exigere. Pactum siquidem inter eos initum est. Sed in persona debitoria si à suo creditore qui pignus dedit conueniatur postquam aut creditori creditoris soluerit aut ab eo certior factus sit de nominis obligatione, prorsus necessaria est exceptio doli quam dicimus subsidiariam exceptionis pacti, & quæ competit quoties pactum initum quod inter alios est aliis per quandam consequentiam prodesse debet *l.rescriptum.10.§.vlt.cum sequentib. Dig. de pact.* Illud ergo facit vtilem pignoris nominis conuentionem, quòd doli exceptione summoueri possit creditor si aduersus debitorem suum post solutionem creditori pignoratitio factam aut post pignoris denunciationem experiatur: Sic & in *l.si pecunia.77. de legat.1.* Vlpianus scribit si quis fideicommissum à debitore suo reliquerit, id vtile fieri ex rescripto Diui Pij, ratione illa, quòd si posteà conueniatur debitor ab herede creditoris doli exceptione
3 vti possit. † In eo autem pignoris huius vtilitas versabitur quod habiturus sit creditor creditoris vtilem actionem personalem contra debitoris debitorem, itemque vtilem hypothecariam in eas res quas pro pignorato nomine obligatas esse apparebit *d.l. si conuenerit l.nomen.4. Cod. quæ res pignor. obligat. poss.* Sed & nomen ipsum pignori datum vendi poterit per pignoratitium creditorem (alioqui esset inutile pignus quod vendi non posset, vt proximo capite diximus.) Secuta autem venditione vtiles illæ actiones tam personalis quàm hypothecaria non tantùm creditori competent, sed etiam emptori *d. l.postquam. 7.C.*
4 *de hered. vel act. vendit.* † Et ad hunc quoque casum pertinet *lex periculum.30. D. de pignor.* quæ ait periculum pignorum nominis vendio ad emptorem spectare, si tamen probetur eas res obligatas fuisse. Est enim id generale, siue pignoratum siue liberum fuerit nomen quod venditum est. Pignora námque nominis semper sequuntur nomen ipsum si non aliud in vendendo actum sit: ideóq. & periculum eorũ ad emptorem pertinere æquum est. Periculum, inquã, non casus fortuiti (pertinet enim hoc ad dominum *l.quæ fortuitis.6.C. de pignor. act.* emptor autem nominis non ideo fit dominus pignorum pro nomine obligatorum) sed euictionis, si fortè aliena res pignori data probetur. Sufficit enim ad exonerandum creditorem qui nomen vendidit, vt res obligatas fuisse probet, licèt ab eo sint obligatæ qui pignorandi ius non habuerit, nec hac parte quicquam refert an debitoris nomen quis vendiderit an delegauerit *l.cum ea conditione.68.§.1.D. de euict.* † Planè debitor cuius 5
nomen pignori datum fuit soluat creditori suo antequam à superiore creditore certior factus sit de pignore nominis, liberabitur, nec vlla exceptione indigebit aduersus creditorem hunc pignoratitium, si quandocunque posteà vtilibus actionibus experiri velit aduersus eum, qui & ipso iure liberatus sit, & ita liberatus vt illi imputari nihil possit. Quòd si ei imputari aliquid posset, puta si soluisset iam certior facta ab ipso creditore creditoris de pignore nominis, perinde quidem stricto iure liberaretur, sed si quandocunque agenti creditori pignoratitio obiiceret liberationem, repelli posset replicatione doli, quippe qui liberationem sciens captasset cum alterius iniuria, quandoquidem nihil eius interesset suone & proprio creditori solueret an creditoris sui creditori, ex cuius persona indemnitatem sibi acquirere potuisset beneficio exceptionis doli. Id enim est, meo iudicio, quod significant verba illa *nondum certior a te factus d.l.nomen.4.C. quæ res pignor. oblig. poss.* 6
† Nominis venditi alia ratio est. Valet enim venditio ipso iure nec requirit auxilium Prætoris *l.nominis venditio.3.l.ex nominis.8.C. de hered. vel act. vend. l.si nomen.4. cum duab. seqq. D. eod. l. si plus vel minus.74.§.vl. de euict.* quia licet directæ actiones remaneant penes vendentem vel inuitum, ideoque nec aliter emptori competant quàm si mandatæ sint *l.1.C. de obliga. & act. l.vlt.C. quand. fisc. vel priuat. debitorem sui debit. conuen. poss. l.quis ergo.16. de pecul. l.3. D pro socio l.1 & 3.C. de nouat.* Vtiles tamen transferuntur in emptorem eique proprio iure competunt, quoniam id agitur vt omne actionis commodum in illum transeat, etiam ignorante & inuito debitore. † In quo differt venditio nominis à delegatione *d.l.1.C. de nouat.* Adeò 7
vt quicquid nominis venditor vel compensatione vel exactione vel qua alia ratione fuerit cõsecutus, totum id & integrum emptori restituere compellatur *l.venditor.23.§.1. C. de hered. vel act. vend.* Quòd si debitor huic nominis emptori soluere maluerit liberatur ipso iure quia ei soluit qui vtiles à creditore habebat actiones ad exigendum proprio iure, quique venditi nominis dominus factus fuerat ex causa emptionis. Sed & in potestate est eius qui nomen emit facere ne quid venditor vi directarum actionum exigere possit à debitore. Nempe si quid faciat eorum quæ traduntur in *d.l.3.C. de nouat.* de qua scribemus alio loco. Quæ omnia in nominis pignore, vt diximus, dissimilia sint, vt proinde mirum nõ sit cessare hoc casu supradictam iuris regulam, quæ habet oppignorari posse omnia quæcunque vendi possunt.

CAPVT XVII.

Quæ sint differentiæ inter pignus nominis conuentionale & iudiciale.

SVMMARIA.

1 *Debitoris nomen pro iudicati executione aliis demum bonis deficientibus non pignoris sed pignoris loco capi, vbi de prima differentia.*

2 *Debitorem cuius nomen pignoris iudicialis loco captum est non facta excussionis exceptionem habere, non item eum, cuius nomen expressa creditoris conuentione pignori datum est, vbi de secunda differentia.*

3 *Debitorem cuius nomen tacita duntaxat conuentione & ex sola legis potestate pignori obligatum est exceptione non facta excussionis iuuandum esse.*

4 *Nomen debitoris ex conuentione vtiliter pignoratum intelligi, tametsi debitor neget se debere, in iudicati vero executione non aliter pignoris loco capi quam si debitor debitum non inficietur, vbi de tertia differentia.*

5 *Respondetur ad* §.si rerum. l. à Diuo Pio. ff.de re iudic.

6 *An si debiti controuersia fiat, alia nomina non controuersa pignoris iudicialis loco capi possint?*

7 *Quoniam remedio victori succurrendum sit, si condemnatus vnicum nomen habeat, & quidem controuersum?*

8 *Casus quo quis inuitus agere compellitur.*

9 *Coniectura ad illa verba* d.§.si rerum. *sed illud debet dici.*

DIfferentiæ complures sunt inter pignus nomi-
nis conuentionale, & iudiciale, hoc est quod
in iudicati executione capitur, & quod iudicis exe-
quentis auctoritate constituitur. Prima illa est, quòd
debitoris nomen conuentione pignorari potest, et-
iamsi alia bona habeat is qui de pignore conuenit.
Ideoque & in generali cæterorum bonorum obli-
1 gatione venit *l.nomen.4.C.quæ res pig.oblig.poss.* † At in
causam iudicati non aliter capi potest, quã si alia bo-
na nulla sint, quæ sine controuersia capi & possideri
queant *l.2.quand.fisc.vel priuat. debitoris sui debit. conuen.poss.* Nempe quia cùm pignus nominis ipso iure
nullum sit, nec nisi tuitione Prętoria subsistat, vt do-
cuimus in superioribus, frustrà Prætor aut iudex ab
eo datus in executione iudicati se interponat ad cõ-
stituendum pignus in debitoris nomine, quandiu a-
lia bona sunt quorum natura & conditio patiatur
vt pignori capi possint. Nam & cum necessitate co-
git vt nomen debitoris capiatur, aliis scil. bonis nul-
lis existentibus attamen non tam pignoris iure capi
dicitur quàm pignoris loco, vt ait *dict.l.2.* hoc est in
subsidium nullo pignore se offerente. Sanè quæ vti-
litatis, & æquitatis ratio induxit vt pignorari ex cõ-
uentione nomen possit, ne alioqui eo rei suæ fructu
careat qui nihil nisi nomina in bonis habeat, aut qui
aliud nihil æquè commodè oppignorare possit, ita
induci necesse fuit vt in iudicati quoque causam ca-
pi nomen possit non tam pignori quàm pignoris lo-
co, si nullæ res sint in quibus possit iudicati execu-
tor pignus cõstituere. † Secunda differẽtia quæ hinc
2 nascitur illa est, quòd cùm, vt diximus, debitor cuius
nomen pignoris loco capitur in executione iudica-
ti habeat exceptionem ordinis, & non factæ excus-
sionis, quandiu alia condemnati bona sunt quæ sine
controuersia capi, & distrahi valeant: is tamen cu-
ius nomen expressa creditoris conuentione pignori
datum est si hypothecaria conueniatur, huiusmodi
exceptione iuuandus non est, vt rectissimè Bartolus
concludit ad *d l.nomen* Neque enim eadẽ illius quæ
tertij possessoris ratio est, cũ neque possessor sit, ne-
que eius intersit an creditori suo soluat an credito-
ris creditori. Vtroque siquidem casu perinde conse-
quitur liberationem, nisi quòd soluẽs creditori suo
liberatur ipso iure soluens autem creditori credito-
ris liberatur beneficio exceptionis doli. Vt verendũ
non sit ne fiant de lite lites si primo loco cõuenian-
tur: quæ tamen sola ratio induxit exceptionem non
factæ excussionis, quòd alioqui possessorem conuẽ-
tum hypothecaria & condemnatum necesse esset
ad consequendam indemnitatem agere rursus con-
tra debitorem, ab eoque repetere litis æstimationẽ,
quam ipsius creditori soluisset. Interest enim nõ so-
lùm possessoris ne soluat potiùs quàm vt solutũ re-
petat *l.3.D.de compensat.l.si stipulatus.15.D.de fideiuss.*
sed etiam reipubl. ne lites multiplicentur *l.quidam.*
21.D.de reb.cred.l.singulis.6.D.de exec.rei iud. Vnde
fit vt neque nudo detentori tametsi naturaliter pos-
sideat hæc exceptio danda sit, cum si res illi euinca-
tur, nullum tamen eo nomine regressum aduersus
dominum sperare possit. In quo hallucinatus vide-
tur Bald. ad *d.l.2.in fi.C.quand.fisc.vel priuat.* † Obser- 3
uandum autem est quod diximus eum cuius nomen
pignori obligatum est non habere exceptionem or-
dinis ita verum esse si expressa conuentione obliga-
tum sit. Nam si tacitè duntaxat, & ex sola legis pote-
state pignus constitutum proponatur, perinde iuuã-
dus est debitor exceptione non factæ excussionis si
alia sint bona, atque si magistratus autoritate in exe-
cutione iudicati nomen pignoris loco captum esset,
l.non priùs.4.C.eo.ti.quand.fisc.vel priuat. Sine quod iã
olim id obtinuerit quotiescũque ex tacita hypothe-
ca ageretur *l.Moschis.47.de iur.fisc.* Siue potiùs quòd
minùs plena sit hac parte, vt aliàs sæpe, prouisio le-
gis quàm hominis, quia nil necesse sit constitui à le-
ge ius pignoris, sicut nec à Magistratu in ea re quæ
sui natura vinculum obligationis suscipere non pos-
sit, quandiu in aliis rebus commodiùs, & vt ita dicã,
naturaliùs constitui potest. † Tertia differentia est 4
quòd nomen debitoris si pignori datum sit ex con-
uentione, vtiliter obligatum intelligitur tametsi de-
bitor neget se debere, si modò creditor cui obliga-
tum est probet deberi. Habet nãmque vtilem act.
personalem contra debitorem debitoris, cuius actio-
nis potestate fit vt disputare possit an debeatur. Verũ
enim quid debeatur necne non nisi per actionem
personalem disceptari potest. At in iudicati execu-
tione non aliter nomen debitoris capi pignoris lo-
co permittitur quàm si nõ inficietur debitum is qui
condemnati debitor esse dicitur. Alioqui non vi-
ctoris est sed condemnati cum debitore contendere
an quod petitur debeatur *l.a Diuo Pio.15.§.sed vtrũ.*
D.de re iudic. Nam cùm executioni mandari nõ pos-
sit sententia præterquàm in bonis condemnati, priùs
est vt constare debeat esse quid in ipsius bonis quã
vt pignoris loco capiatur *d.l.à Pio.§.si rerum.* Idém-
que iuris est si ex tacita hypotheca agatur in nomen
debitoris *l.si debitum.3.Cod.quand.fisc.vel priuat.* Cre-
do quod legis hypothecam constituentis mens illa
sit, vt debitoris debitorem non aliter obliget credi-
toris creditori, quàm si verum debitorem esse appa-
reat ne si secus faceret litis materiam potius quàm
ius pignoris creditori acquirere videretur. † Atqui, 5
inquies, Vlpianus in *d.§.si rerum,* apertè scribit iu-
dices qui sententiam exequuntur, cognoscere de-
bere de proprietate rei cuius mouetur controuersia
inter victorem & possessorem: vt si cognoscant eius
fuisse qui condemnatus est, rem iudicatam exequã-
tur, dummodò meminerint summatim esse cogno-
scendum, nec ipsi condemnato aut aliis, sed tantùm
capioni pignoris aut nocituram, aut profuturã sen-
tentiam. Cur non ergo si controuersia sit de debito
cognosci æquè poterit inter victorem & debitorem,
& quidem summariè, an quod petitur debeatur? Re-
spondeo diuersam esse hac parte nominum & cæ-
terarum rerum siue corporalium siue incorporaliũ
rationem *d.§ sed verum.* Quoniam, vt dixi, de debito
disputari non potest an sit, nisi per eum cui deberi
dicitur, cùm eo nomine personalem actionem exer-
ceri necesse sit: quę porrò alij non potest compete-
re, vt vel ipsa personalis actionis definitio demon-
strat,

ſtrat, quàm ipſi creditori aut ei qui vtiles ab eo actiones habeat qualis eſt is cui creditor ipſe nomen vendiderit aut obligauerit, non etiam is cum quo nulla de nomine debitoris conuentio inita ſit. Factum enim aliquod creditoris interuenire neceſſe eſt vt ex eius perſona aduerſus debitorē agere, aut etiam proprio iure creditoris creditor poſſit. At de dominio cæterarum rerum ſiue corporalium ſiue incorporalium diſceptari etiam inter alios poteſt domino ipſo ignorante, cùm & alienæ res plerumque à non dominis poſſideantur, & de facto, vt aiunt, vindicentur. *leg. vltim. C. de rei vendication. leg. vltim. D. de acquirend. poſ-*
6 *ſeſſion.* † An igitur ſi debiti controuerſia fiat, obſeruandum illud erit, quod ſequitur apud Vlpianum in *d. §. ſi rerum? Sed illud debet dici, vbi controuerſia eſt de pignore id dimitti debere, & capi aliud ſi quod eſt ſine controuerſia.* Minimè verò. Nam cum in nomine ſpeciale ſit, quemadmodum diximus, vt ita demum capi poſſit pignori ſi nihil aliud ſit quod capi poſſit, vt idem Vlpianus ſcribit in eadem lege, *§. ſic quoque iudices* (quomodo & illud accipi debet quod ſcriptum eſt in *l. etiam nomen. 5. C. de execut. rei iudic.*) conſequens eſt in nomine pignori capto diſtinctioni huic locum eſſe non poſſe. Niſi proponas diuerſa fortaſſe eiuſdem debitoris aut plurium nomina, & ex his alia controuer-
7 ſa eſſe, alia non eſſe. † Quid ergo ſi vnicum debitum ſit & id quidem controuerſum, quonam remedio victori ſuccurretur? Illo nimirum, rectè ſentio, vt in executione iudicati condemnatus iubeatur debitum perſequi & probare, vt ita probationis & condemnationis quæ ſequetur emolumentũ primo victori proficiat, hoc eſt creditoris creditori, accepturo pecuniã quaſi in ſolutum & iure cuiuſdam compenſationis ſi pecunia debebatur, aut corpus debitum velut pignoris loco ſi corporis non pecuniæ nomen fuit, *l. ſi conuenerit. 18. D. de pignor. act. l. grege. 13. §. cùm prædium. D. de*
8 *pign.* † Eſtque notandus hic caſus inter eos quibus agere quis inuitus compellitur vt alteri præbeat actionem, contrà receptam iuris regulam, *Vt nemo inuit. ager. vel accuſ. cogat. tit. C.* Quomodo & illud quoque admittimus, quod magis mirum eſt, cogendum interdum tutorem vt adminiſtret tutelam, & gerat ob hoc ſolum vt aduerſus eum, eiuſque fideiuſſores agi poſſit ex ſtipulatione, Rem pupilli ſaluam fore, quoniam alioqui nec tutor qui non geſſit nec ipſius fideiuſſor conueniri ex ea poſſet, *l. 4. § ſed enim. D. rem pupil. ſalu. fore. Iunct. l. 1. C. de magiſtr. conuen.* Eoque pertinet lex *1. C. de condic. ex leg.* In cuius ſpecie fauor & priuilegiũ fiſci ob debitum ex cauſa primipili contractum non in eo elucet quòd debitor fiſci contra debitorem ſuũ agere cogitur, ſed quòd etiam ante diem agere poteſt. Sic & quamuis regulare ſit vt non cogatur creditor pignus diſtrahere nec pati vt ab alio diſtrahatur: attamen ſi res pignorata in executione iudicati capiatur aliud eſt, *§. quod ſi res. d. l. a Diuo Pio* Quod ſi conſeſſũ nomen pignoris loco captum ſit, in arbitrio eſt eius, qui iudicatum exequitur, vt vel exigat quod debetur, & in cauſam iudicati conuertat, eoquẽ diximus modo, vel vendat nomen vt pignora corporalia ſolent, prout facilius illi videbitur ad rẽ exequendã. *§. nec quod dicemus ead. leg.*
9 † Tametſi, vt dicam quod ſentio, totus ille verſiculus quem retuli, *ſed illud debet dici, &c.* mihi valde ſuſpectus ſit. Et, niſi me fallo, Triboniani additio eſt temperantis aut potius corrigentis quod Vlpianus dixerat, mota de proprietate rei controuerſia ſummatim de eo cognoſcere iudicem debere atque exequi iudicatum. Neque enim potuit Vlp. corrigere aut immutare quod ille ipſe non à ſe commentum & excogitatum, ſed ab Imperatore ſuo conſtitutum eſſe fateatur. Niſi fortè Imperatoris reſcriptum coarctare velis ad eum caſum quo aliud nihil ſit quod pignori capi poſſit præter eam rem, de cuius proprietate quæſtio fiat Sed non fuerit id probabile. Nam in *d. §. ſed vtrùm*, idem Vlpianus generaliter repetit, In corporum pignoribus iudices cognoſcere de proprietate, ſed contrà in nominum pignore reſcriptum eſſe. Diſcedi enim debere à nomine quod negatur. Itaque ſi quis hanc Triboniani notam iis coniunxerit quas retulimus ſuprà ad finem *c. 13.* is meo iudicio nõ multum aberrauerit. Et hæc quidem ad eas differentias pertinent quæ ſunt inter pignus nominis conuentionale & iudiciale, itémque inter pignus nominis & cæterarum rerum.

Capvt XVIII.

Triboniani nota ad Pomponium in l. quamuis. 6. de pignor. act.

SVMMARIA.

1 *Notatur alia differentia inter pignus iudiciale & conuentionale.*

2 *Verba a Triboniano in* d. l quamuis, *addita, iuris rationi contraria eſſe.*

SEd † & illud obſeruatione dignum eſt quod attigimus ſuprà ad finem capitis 14. fuiſſe olim hanc etiã 1
differentiam inter pignus conuentionale & iudiciale, quòd pignoris conuentionalis diſtractionem non facere nec pati creditor cogebatur: tametſi conueniſſet vt liceret ei pignus diſtrahere, quia eius intuitu & fauore potius id cautum videretur. Præterquam ex cauſa, vt puta, ſi multò minus eſſet quod deberetur & poſſet hodie pluris venire pignus quã poſtea, vt ex Atilicini ſententia Põponius ſcribit in *l. quamuis. 6. D. de pign. act.* Neque ei poſteriori creditori ius vllũ competebat aduerſus priorẽ, niſi vt ei debitũ offerret ſi vtrique debito ex ſoluendo pignoris æſtimationẽ ſufficere arbitraretur. *l. 1. l. prior. 5. & paſſ. C. qui potior. in pigno. hab.* At in iudicati executione cõtrà ſeruabatur, vt cogeretur creditor anterior non quidẽ vendere, ſed pati venditionẽ ſui pignoris ſi emptorẽ capta res inueniret qui dimiſſo priore creditore ſuperfluũ ſoluere vellet, at ita vt non fieret deterior cõdicio prioris creditoris, ſuũ ſcilicet cõſecuturi, nec prius ius pignori dimiſſuri, quã ipſi fuiſſet ſatiſdatũ. Sic enim Vlpian. in *d. l. a Diuo Pio. §. quod ſi res*, vbi apertiſſimis & elegãtiſſimis verbis differentiã hanc exprimit, cuius ratio non obſcura pendet fortaſſe ex rerum iudicatarũ autoritate, quas executioni mandari & effectũ habere publicè intereſt, etiam tũ cùm per errorẽ aut ambitioſè, vel per ſordes quid decretũ eſt. *l. ſeruo inuito. 65. §. cùm Prætor. D.*
ad SC. Treb. † Tribonianus verò, ne hic quidẽ ſibi tẽ- 2
perans quin Iuriſcõſulto violentas manus inferat, idẽ in conuentionali quoque pignore inducendũ exiſtimauit, & quaſi abſurdum eſſet, aut, vt ille abſurdè loquitur, inhumanum cogi creditorẽ pignus vẽdere eo etiam caſu quẽ Atilicinus expreſſerat, conſtituit quod longè abſurdius eſt vt omni caſu liceat ipſi debitori qui pignus dedit illud vendere & accepta pecunia id ſoluere quod debetur. *Ita tamen*, inquit, *vt creditor neceſſitatem habeat oſtendere rem pignoratam ſi mobilis ſit, prius idonea cautela à debitore pro indemnitate præſtanda* Hæc enim Triboniani verba ſunt ſub Pomponij nomine in d. l quamuis ab illis *melius autem eſt dici* vſque ad *§. ſi creditor.* Quæ ſi quis conferre velit cũ

Vlpiani ſententia in *d.§. quòd ſi res*, ad cuius ſimilitudinem & exemplum, expreſſa ſunt, facilè intelliget Triboniano potiùs quàm Pomponio adſcribenda eſſe. Adeò ſunt inſulſa, & inconcinna, ne addam, ſupradictæ iuris rationi euidentiſſimè cõtraria. Facilius enim admitti illud poterat vt iudex ad exequẽda ſententiam à Prætore datus pignus alteri creditori obligatum diſtraheret, quã vt debitor ipſe propria autoritate, & inuito creditore id faceret. Et multò inhumanius eſt cogi creditorẽ pati vt debitor pignus diſtrahat quàm ſi ipſe vendere cogeretur, quod tamẽ Atilicinus vno tantũ illo caſu admiſerat quo & conueniſſet vt liceret creditori pignus diſtrahere. Et longè minus eſſet quod deberetur, poſſétq; pignus hodie pluris venire quàm poſteà: cùm Tribonianus ex contrario id ſenſiſſe videatur vt omni caſu liceat debitori pignus vendere. Reſpiciẽs fortaſſis ad Iuſtiniani Nouell. 112. *de litigioſ. c. 1. §. ad hoc*, vbi conſtituit ille, vt ſiue res mobiles ſiue immobiles aut ſe mouentes hypothecæ datæ ſint ſpecialiter, poſſit quidem debitor eas vendere, ſed ita, vt ex earum precio creditori ſatisfaciat, alioqui earum vindicatio creditori detur. Quæ tamen conſtitutio quam ſentẽtiam habeat, aut rationem, & an ius nouum hac parte faciat, quoniam alius tractatus eſt, alio loco differendum relinquemus.

CAPVT XIX.

Emendatio l. Filiusfamilias 16. D. qui teſtam. facer. poſſ.

SVMMARIA.

1 *Rei legatæ dominium ab adita hereditate in legatarium tranſire, verum autem hereditariarum in heredem à die mortis teſtatoris.*

2 *Hereditatem nec inuito nec ignoranti, legatum etiam ignoranti acquiri.*

3 *Differentia inter legati acquiſitionem quæ fit per agnitionem, & eam quæ fit ſola legis poteſtate.*

4 *Cur ignoranti legatario dominium legati acquiratur, & quæ inde ſequantur?*

5 *Reiicitur Cuiacij ſententia exiſtimantis neque furioſo neque alijs legatarijs ignorantibus rei legatæ dominium acquiri.*

6 *Explicatur* §. ſurdo. l. cum pater. 77. de leg. 2. *& probatur furioſo vel ſurdo legatarijs non legati actionem ſed emolumentum ignorantibus quæri.*

7 *Quid Cuiacium in dictam opinionem impulerit?*

8 *Non ſemper competentibus mentis perſonales actiones ignorantibus acquiri.*

9 *Emendatur* d. l. filiusfam. *& pro* perſonales *legitur* perſonis tales.

10 *Cur in* d. l. filiusfam. *Marcellus de actionibus perſonalibus potiùs quam de dominio rei legatæ loquatur?*

11 *Defenditur vulgata dictæ legis lectio.*

12 *Non eaſdẽ actiones pro legato & fideicommiſſo cõpetere.*

1 IAm † ſuperiore libro ſcripſimus c. 3. & 4. rei legatæ dominium tranſire rectà via à teſtatore in legatariũ *l. à Titio 64. de furt.* dummodò ſit adita hereditas *l. ſi tibi homo 89. §. cùm ſeruus de leg. 1.* quoniam legatum ita dominium rei legatæ facit legatarij vt hereditas heredis res ſingulas *l. legatum 80. de leg. 2.* conſtat autem heredi acquiri dominium rerum hereditariarum: non ex quo adita eſt hereditas, ſed ab ipſo die mortis teſtatoris, quoniam heres quandocunque adeat iam inde à die mortis adiiſſe retrofingitur propter neceſſariam dominij continuationem, quod medio tempore pro derelicto haberi nec poteſt, nec debet *l. heres quan-*
2 *docunque 54. de acq. hered. l. omnia 32. de reg. iur.* Hoc plus eſt in legato quòd cùm hereditas nec ignoranti nec inuito heredi acquiratur, ne ignorans aut inuitus hereditariis oneribus implicetur *l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. quia poterat 4. D. ad SC. Treb.* propterea quòd qui ſemel heres factus eſt, quamuis ignorans & inuitus quod contingit in ſuis duntaxat, aut neceſſariis heredibus, nunquam ex poſtfacto, deſinere poteſt eſſe heres *l. ait Prætor. 7. §. ſed quod Papinianus de minor. l. cum quaſi 30. §. ſed etſi ſeruus de fideic. libert.* Legatum tamen etiam ignoranti acquiritur, quia non obligat legatarium, nec damno eum adficere poteſt *l. ſi hereditatem 32. D. mandat.* licèt non inuito, quoniam liberalitas in inuitum non confertur, ex vulgata iuris regula. Acquiritur, inquam, ignoranti, non ſolùm quòd ad perſonalem actionem pertinet, quæ pro legato aduerſus heredem competit, ſed etiam quòd ad ipſum dominium, & emolumentum, vt apertè ſcriptum eſt in *l. ſi partem 19. §. 1. quemadmodum ſeruit. amit. l. cum pater 77. §. ſurdo de leg. 2.* aliiſque innumeris iuris locis. † Nã 3
quod contra ſcriptum videtur in *l. ei qui ita 13. de cond. inſtit.* ad eam legati acquiſitionem ſpectat quæ eſt irreuocabilis, id eſt quæ fit per agnitionem. Prior enim illa quæ fit ſola legis poteſtate non facit quominùs liceat legatario, ſi volet, legatum repudiare, ne alioqui id agere lex videatur vt inuito beneficium detur. Vnde illud etiam fit, vt qui legatum repudiat non tam alienare intelligatur quàm lucri occaſionem amittere *l. ſi ſponſus 5. §. penult. de donat. inter vir. & uxor. l. quod autem 6. in princip. & §. 1. D. quæ in fraud. credit.* neque tamen poſſit pupillus ſine tutoris auctoritate legatum repudiare, quaſi ea repudiatio ſit rei iam quæſitæ alienatio, vt Vlpianus loquitur in *l. magis puto 5. §. fundum autem de reb. eor. qui ſub tutel.* Nimirum, quia non eſt agnitio legati neceſſaria ad acquirendũ legatario dominium, neceſſaria autem eſt repudiatio vt dominium re vera ignoranti quæſitum ab eo abſcedat, & ad heredem recurrat. † Et ſanè abſurdum 4
aut mirum videri non poteſt, quòd per legis poteſtatem dominium ignoranti acquiratur, cùm inter eos modos quibus acquiri dominium iure Quiritium poteſt, vnus ille ſit, ac fere præcipuus, qui fit per legem vt ex Vlpiani Titulis probauimus. dict. cap. 4. lib. ſuper. Nemo autem neſcit lege duodecim tabularum non ſolum inducta & cõfirmata legata, ſed etiam ſub legati nomine permiſſam generaliter teſtandi facultatem *l. verbis legis 120. de verb. ſignific.* Ex eo verò quòd legata etiam ignorantibus acquiruntur, euenit vt non ſolum filiofamilias, aut muto, aut ſurdo qui teſtamentum facere non poſſunt acquirantur, ſed etiam infanti & furioſo, vt ex Pomponio & Marcello proditum eſt in *l. filiusfamilias 16. D. qui teſtament. facere poſſ.* Generaliter enim verum eſt, ex quibus cauſis ignoranti quæritur, etiam furioſo & infanti acquiri *l. ſi a furioſo 12. de reb. credit. l. ſi à furioſo 24. de obligat. & action. l. 1. §. item acquirimus. de acquir. poſſeſſ. l. cum furioſus 39. de iudic.* † Quod cùm ita ſit non poſſum non mirari quod 5
vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius ad *dict. l. filiusfamilias*, ſcripſit neque furioſo, neque aliis legatariis acquiri dominium rei legatæ ignorantibus, ſed tantùm actionem perſonalem ad legatum conſequendũ, quaſi non aliam ob cauſam tot locis contrà ſcriptum ſit acquiri legatum ignoranti, quàm quòd rem ipſam habere videatur qui vtilem actionem habet ad rem perſequendam. Nam imò verò de re ipſa legata, non de actione ad legatum iuris autores paſſim intelligunt, cùm ſcribant acquiri legatum ignoranti, vt in *dict. l. ſi partẽ. §. 1. quemadm. ſeru. amit.* vbi ait Põponius, viam quæ legata erat non vtendo amitti, ſi per conſtitutum

ftitutum tempus non fit ea vfus legatarius cùm i-
gnoraret fibi legatum: *quia fcilicet*, inquit ille, *legatarij*
via effe cœperat. Adeò vt fi medio tempore ac prinf-
quam refciret legatarius fibi legatam feruitutẽ, fun-
dum vendiderit cui ea feruitus debeatur; tranfeat
via in emptorem fi reliquo tempore ea vfus fuerit, &
quod magis eft ac propemodum fingulare, ita vt nec
iam legatum repudiare legatario liceat, poftquàm
fundus ad eum pertinere defiit, quorum omnium
nihil verè diceretur fi actio tantùm ad feruitutem
conftituendam, non etiam ipfa viæ feruitus ignoran-
6 ti legatario acquifita intelligeretur. † Sic & in *d. §. fur-*
do, non legati actionem ignoranti quæri vult Papi-
nianus, fed emolumentum, quod ipfum, vt quiuis fa-
cilè videt, non in agendi facultate confiftit, fed in ea
ipfa re quæ legata eft. Neque verò fic intelligi Papi-
nianus poteft vt in fideicommiffo quod à furdo le-
gatario relictum eft fola perfequendi legati actio
cõtineatur, cùm id ipfum legatarius reftituere iuffus
proponeretur quod accepiffet, rem verò quæ legata
erat accepiffet non tantùm actionem. Arqui apertè
Papinianus fcribit, id ipfum fideicommiffo contine-
ri, quod ignoranti furdo vel mutuo quæfitum fue-
rat. Sentit igitur rem ipfam quæ legata eft ignoranti
legatario quæfitam intelligi. Denique id apertiùs ab
Vlpiano expreffum eft in *d. l. magis puto 5. §. fundum*
autem, illis verbis, *cùm res fit pupilli*: neque enim Seue-
ri oratio. De non alienandis rebus minorum ad iura
& actiones pertinet, fed tantùm ad res immobiles,
prædiáque, fiue fuburbana, fiue ruftica *l. 1. eod. tit.*
Quid ergo eft quod in tam aperto iure virum do-
7 ctiffimũ fallere potuit? † Nimirum id vnum quod in
d. l. filiusfamilias ita fcriptum eft, *nam etiam compotibus*
mentis perfonales actiones etiam ignorantibus acquirũtur.
Etenim, vt ille non improbabiliter argumentari vi-
detur, cur de perfonalibus actionibus loquatur Mar-
cellus, fi de rebus ipfis legatis idem exiftimauit, vt
etiam ignorantibus legatariis acquirantur? Scio pla-
cere Accurfio idem quoque admittendum effe in
realibus, neque dubito ita effe quod pertinet ad lega-
8 ta. † Sed hoc ipfum eft quod me malè habet, cur ergo
de perfonalibus Marcellus tractet, præfertim cum
præcedentia illa, *quia poteft fibi adquirere legatum*, rem
ipfam legatam demonftrent potiùs quàm actionem
perfonalem legati nomine competentem. Deinde ve-
rò falfa eft generalis illa propofitio fi tam indiftinctè
accipiatur, *compotibus mentis perfonales actiones etiam i-*
gnorantibus acquiri. Nam imò verò non nifi certis ca-
fibus, iifque perpaucis fieri poteft vt ignoranti perfo-
9 nalis actio acquiratur. † Itaque puto fubeffe mendum,
& pro *perfonales* legendum *perfonis tales*, nato fortaffis
errore ex eo quod prior dictio breuiter fic fcripta ef-
fet, *perfon.* quod non animaduerfum ab imperito libra-
rio ex duabus illis dictionibus vnam conflante, *per-*
fonatles, quæ nullius fenfus eft, fecit poftea vt fublata
litera *t* fuperfuerit dictio *perfonales*. Admiffa verò hac
emendatione fententia eft elegans & aperta furiofo
acquiri legatum vel fideicommiffum propterea quòd
etiam compotibus mentis perfonis tales actiones, id
eft quæ legatorum vel fideicommifforum nomine
competunt etiam ignorantibus adquiruntur. Porrò
actionum generali appellatione, eas intelligimus tam
quæ in rem funt, quàm quæ in perfonam. Omnes e-
nim acquiruntur legatario etiam ignoranti. Nam cui
dominium rei legatæ etiam ignoranti quæritur, mul-
tò faciliùs perfonalem actionem ad confequendum
10 legatum acquiri fatendum eft. † Illa tamen adhuc du-
bitatio fupereft, cur de actionibus loquatur Marcel-
lus potius quàm de dominio rei legatæ. Sed dicẽdum
eft ita Marcellum loqui debuiffe, quoniam in præce-
dentibus non tantùm de legato egerat, fed etiam de
fideicommiffo iis verbis, *quia poteft fibi acquirere lega-*
tum vel fideicommiffum. Fideicommiffi autem hac par-
te alia ratio eft, quàm fit legati. Siquidem eius rei quę
per fideicommiffum relicta eft dominium non acqui-
ritur fideicommiffario ignoranti, adeóque nec fecuta
traditione, vt pluribus explicauimus, *d. cap. 4.* fed tan-
tùm actio perfonalis ad perfequendum fideicommif-
fum, quæ ignoranti ita acquiritur, vt etiam ab igno-
rante in heredem tranfmittatur. *L. vlt. C. quand. dies le-*
gat. ced. † Qua etiam ratione poffit quis fortaffe, nec 11
malè, vulgatam lectionem defendere: Quafi neceffe
fuerit Marcellum de perfonalibus actionibus loqui,
propterea quòd non nifi ratione perfonalium actio-
num potuerit adferre rationem, quæ fideicommiffis
perinde ac legatis conueniret, cùm de fideicommiffis
quoque loqueretur. Verùm quanquam id non impro-
babiliter dici poteft, probabilius tamen exiftimo vt
textus eo quo diximus modo emendetur. Ita enim
fiet vt ratio fit generalior, nec tantùm perfonales a-
ctiones comprehendat in quibus legata & fideicom-
miffa conueniunt, fed etiam actiones in rem quæ fpe-
ciali iure legatario tanquam domino accommodan-
tur, fiue per vindicationem legatum fit, fiue per præ-
ceptionem. Omnes enim huiufmodi actiones fignifi-
cantur, iis verbis, *tales actiones*, id eft, *pro tali re*, feu pro
legato vel fideicommiffo competentes. † Neque ta-
mẽ ex eo inferri poteft eafdem actiones pro legato &
fideicommiffo competere. Nam pro legato, vt dixi, cõ-
perunt in rem & in perfonam, pro fideicommiffo autẽ
in perfonam duntaxat. Cæterùm illud vtrifque com-
mune eft quòd fiue in rem fint legatorum tãtùm no-
mine, fiue in perfonam ex cauffa legati vel fideicom-
miffi, & acquiruntur ignorantibus & ab ignorantib.
in heredes tranfmittuntur. In quo diffimulare non
poffum errorem Accurfij, qui cùm ait idem in actio-
nibus realibus admittendum effe quod lex ait de per-
fonalibus, non fatis videtur obferuare differentiam
illam quæ Pomponij & Marcelli ætate vigebat inter
legata & fideicommiffa, quòd ad rei dominium & a-
ctiones in rem quæ pro dominio dantur, pertinet. Sa-
nè poft Iuftiniani conftitutiones in *l. 1. & 2. C. commun.*
de legat. quibus mouetur Accurfius, fateor exæquata
legatis fideicommiffa fingularia vt in cæteris omnibus
ita in hoc etiam quòd fideicommifforum perinde ac
legatorum nomine non tantùm hypothecaria com-
petit, fed etiam vindicatio, quod non aliter induci po-
tuit, quàm admiffo & inducto eo in neceffarium an-
tecedens, vt fideicommiffi dominium fideicommiffa-
rio acquireretur ipfo iure, & citra traditionem. Sed
non conuenit Pomponio aut Marcello ea interpreta-
rio tanquam aliena à ratione iuris veteris quod eo-
rum temporibus obtinebat.

CAPVT XX.

Recta emendatio. l. fi primo. 8. De liber. & pofthum.

SVMMARIA.

1 *Fauorabilius effe teftamentum in quo pofthumus præte-*
ritus poftea natus eft, quàm illud in quo filius fuus
præteritus iam teftamenti tempore natus erat.
2 *Potentius aliquando effe ius pofthumi præteriti, quàm fi-*
lij iam nati.
3 *Explicatur* d. l. fi primo *per* l. pofthumus, eod tit.
4 *Quod tempus infpici oporteat quum de teftamentorum*
iure & validitate agitur?
5 *Quænam fuerit dubitandi ratio in* d. l. fi primo.

6 *An in* d.l.si primò,*posthumus post testamentum natus, viuo an mortuo iam patre decesserit?*

7 *Reycitur Cuiacij ad* d.l.*emendatio.*

8 *An in* d.l.*ex Roberti sententia intersit viuóne patre an mortuo natus sit posthumus?*

9 *Verba illa in* d.l.si primo.vt natus viuo patre à quo exheredatus sit moriatur. *Interpretis, non Pomponij esse.*

10 *Huius additionis occasio.*

1 PRæterito † filio qui iam testamenti tempore natus erat, & in potestate, cõstat iniustum & ab initio inutile esse testamentum,*l.inter cætera.30.de lib.& posthum.l.1.de iniu.st.rupt.& irrit.fact.testa.* Præterito autem posthumo, qui postea natus sit siue viuo siue mortuo patre non inutile esse, sed rumpi agnatione sui heredis,*d.l.1.& 3.in princip.l.si quis filio.6 leg.verum est.8.l.posthumus.12.& pass.eodem titul.* Loquimur enim de posthumo suo, hoc est qui quo tempore nascitur primum in familia & causa successionis gradum obtineat, quem suorum heredum numero contineri Vlpianus in fragmentis scribit,*tit.22.qui hered.instit.poss.§.posthumus quoque liberi.*15. Fortius ergo ius est filij iam nati, quàm posthumi, quia quamdiu posthumus natus non est,incertum est an futurum sit vt nascatur, ideoque interea valere testamentum non solùm æquum est,sed etiam necesse.Vnde illud quoque fit, vt minus fauorabile sit testamentum in quo filius iam natus præteritus est, vtpote quòd ab initio non valuerit, nec vnquam constiterit, adeò vt etiamsi viuo patre decedat filius præteritus, nihilo magis testamẽtum conualescat,*l.si filius.7.de liber.& posthum.* quod ita accipiẽdum est, vt neque bonorum possessio secũdùm tabulas cum re ex eo peti possit. Cùm tamẽ præterito posthumo qui postea viuo testatore natus sit,& decesserit, licet iuris scrupulositate testamentum perinde ruptum sit,nihilominus bonorum possessionem secundùm tabulas cum re obtinere scriptus heres possit,ex Hadriani constitutione *dict.l.posthumus.12.de iniust.rupt.* de cuius sententia & ratione dicemus, *infrà*
2 *cap.15.lib.prox.* † Interdum autem ex contrario euenit vt potentius sit ius posthumi præteriti quàm filij iam nati. Nam posthumus in primo gradu præteritus licet in sequentibus sit institutus vel exheredatus, totum tamen testamentum rumpit sibiq́ue locum facit. Filius verò iam natus & in primò gradu præteritus in secundo exheredatus primum duntaxat gradum iniustum facit, nec sibi locum aperit, sed secundo gradui & substituto à quo est exheredatus, vt Vlpianus tractat in *l.nam et si.5.versicu.rumpendo de iniust.rupt.* An quòd posthumus sit fauorabilior? Minimè: sed quia cùm primus gradus rumpitur à posthumo intercedit factum rumpentis hoc ipso quòd nascitur,& nascendo rumpit. Idque & verbum ipsum *rumpendi* demonstrat. Absurdum autem sit dicere posthumum rumpere vt alij locum faciat ac non potius sibi ipsi. Dum verò primum gradum ob præteritionem filij iam nati nullum & iniustum esse dicimus, non tam filij ipsius factum significamus quàm legis vim & potestatem, quæ gradum illum valere non patitur odio præteritionis. Eatenus igitur duntaxat testamentum infirmat quatenus filius præteritus est,ac proinde non prohibet quominus sequẽtes gradus valeant in quibus idem filius vel institutus sit vel exheredatus. In cæteris solet eadem esse posthumi & filij superstitis causa vt in specie, *leg.si primo herede 8.de liber.& posthum.* in cuius fine ratio illa redditur, *quoniam cùm est natus filius, loco eius est qui superstes est.*
3 Species autem eius legis quæ in filio superstite prior proponitur, nec elegans est nec obscura. Ait Pomponius,*Si primo herede instituto filium exheredauero,à secundo autem substituto non exheredauero, & dum pendet an prior aditurus sit filius decesserit, secundum sententiam qua vt omnes non erit secundus heres quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit.* Quod autem subiicit, Si in posthumo filio idem acciderit, eadem de subituto dicenda esse licèt obscuriùs videatur, commodam tamen interpretationem recipit ex Africano in *leg.posthumus.14.eodem titul.* Nempe, quoties posthumus à primo gradu exheredatus, à secundo præteritus est, quamuis eo tempore nascatur quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas,hoc est quo iis delata sit, secundum tamen gradum vitiari placet, & perinde rumpi agnatione posthumi atque si eo tempore quo posthumus nascitur iã prioris gradus heredes exclusi essent. Nec ad hoc solũ vt institutis prætermittentibus ipse posthumus heres existat, sed etiam vt etsi defuncto eo heredes instituti omiserint hereditatem non possint substituti adire quemadmodum pluribus tractat Africanus in *dict.l.*
si posthumus. † Perpetuum enim est in testamentis, 4
cùm de testamenti iure & validitate quæritur vt nõ illud duntaxat tempus inspici debeat, quo hereditas scripto heredi deferetur,siue suo siue extraneo, sed illud præcipuè quo testamẽtum factum est,cùm eo potissimum tempore valere debeat institutio *l.si alienũ.49 §.1.De hered.inst.l.pen.de regul.iur.* Nec quicquam hac parte inter suos & extraneos heredes interest, nisi quod in extraneis non tantùm testamenti & mortis tempora spectantur,sed etiam aditionis, *leg.si alienum.49.§.in extraneis de hered.inst.* In suis verò priora duo solum, quia cum ipso iure & citra aditionem heredes existãt,nulla in iis aditio aut necessaria aut possibilis est,*l.in suis.14.D.de suis & legit.* nec distincta sunt in illis tempora delatæ,& acquisitæ hereditatis. Itaque rectè Pomponius sententiæ suæ rationem illam reddit, *quasi ab initio inutiliter institutus.* Vt testamenti quoque, non solius delationis tempus inspi-
ciendum esse significet.† Illa enim dubitandi ratio e- 5
rat, quòd pendente eo an prior heres aditurus esset, filius decessisset, quã apertius exprimit Africanus in *d.l.si posthumus*, cùm ait, *quamuis eo tempore nascatur quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas.* Nam si post exclusum morte aut repudiatione primum heredem.& iam secundo gradui hereditate deferenda posthumus à secundo gradu præteritus natus fuisset, dubitandi causa nulla esset quin secundus gradus agnatione rũperetur, proindeque substitutus excluderetur, tametsi postea posthumus quoque decessisset. Atque ita fit vt eadem hac parte condicio sit posthumi quæ filij iam testamenti tempore superstitis. Nam & huius præteritione inutile est testamentum quod ad secundum gradum attinet à quo præteritus est, quamuis pendente primi heredis aditione decesserit. Eadem prorsus iuris ratione vtroque casu idem ius inducente. Quid ergo est quod Pomponij sententiam adeò obscuram facit, vt de recepta lectione vel tuenda vel emendanda tantis contentionibus viri quidam doctissimi hac nostra ætate in Gallia ad conuicia vsque decertauerint? † Illud nimirum quod de posthumo tractans Pomponius ponit eum natum viuo patre à quo fuerat exheredatus, deinde mortuũ, nec aperit viuóne an mortuo iam patre decesserit. Dubitationem fecit Cuiacio, quòd si ponas defunctum posthumum viuo patre, non possit verum esse quod lex ait substitutum non admitti. Obstat enim, inquit, constitutio Hadriani in *dict.leg.Posthumus*

Rur-

Rursus si ponas natum quidem patre viuo, sed mortuum post patrem, quæ Accusij interpretatio est, ineptus sis, cum nihil hoc casu intersit an viuo, an mortuo patre posthumus natus sit. † Quare nec dubitat quin vbi legitur *viuo patre*, legendum sit, *viuo primo*, vt intelligatur Pōponius de posthumo post patris mortem nato, & eo tempore quo heredi instituto iam delata erat hereditas, quique deliberante primo herede decesserit, vt posterior hæc legis species priori omnimodo conueniat, & iis quæ Africanus scripsit in *d. l. si posthumus iunct. l. 3. §. vltim. & l. 4. de iniust. rupt.* Ego verò equidem nō dubito quin de eo posthumo Pomponius senserit qui post patrem defunctus sit, non ea ratione quòd alioqui obstatura sit Hadriani constitutio quæ sanè nihil commune habet cum iuris ratione de qua Pomponius tractat, vt dicemus ad dictam *leg. posthumus*, sed quia non aliter fieri possit vt posterior species priori similis videatur. Prior enim species est de filio, tempore quidem testamenti superstite, sed qui mortuo iam patre decesserit & primo herede deliberante, iis verbis, *& dum pendet an prior aditurus sit, filius decesserit*. Neque tamen viri doctissimi
8 emendationem probo, † An quia cum Roberto putem interesse, quod ad propositam quæstionem attinet, viuóne patre an mortuo natus sit posthumus? Minimè, si ad ea tantùm respicias quæ Robertum mouerunt. Non enim eò minus verum est quod lex ait posthumum cùm natus est loco eius esse qui superstes est siue viuo siue mortuo patre natum ponas, neque nato eo post mortem patris ideò magis admittendus est substitutus, quòd testamentum ruptum mutare pater nequiuerit, cùm perinde rumpatur gradus ille à quo posthumus præteritus est, agnatione post patris obitum superueniente atque si viuo patre superueuisset. *d. l. si posthumus*, aliisque innumeris. Me igitur illud mouet quòd si nihil interest an viuo an mortuo patre natus sit posthumus qui post patrem decessit, illud etiam consequens est nihil interesse, an legas *viuo patre*, vt habet recepta lectio, an quomodo Cuiacius reponit, *viuo primo*. Sanè quod idem Cuiacius putat in hac lege, *Primum*, nomen esse instituti, *Secundum*, substituti, non solùm ociosum est, sed etiam improbabile. *Primum* enim Pomponius dixit, eum ipsum quem postea *priorem* vocat, cum ait, *an prior aditurus sit*, primumque heredem intelligit, qui primo loco institutus est, sicut & secundum qui secundo loco, quem & substitutum vocat, vt gradus designet potiùs quàm personas, quomodo & Afri-
9 canus fecit in *dict. leg. si posthumus*. † Sed quamquam hæc ita sunt, alia tamen ratione moueor, vt receptam lectionem probare non possim, eámque à Cuiacio prætermissam fuisse miror. Ea est, quòd ante legem Velleiam cuius tota hac lege mentio nulla fit, non valebat institutio aut exheredatio posthumi qui viuo testatore post testamentum nasceretur. Hoc enim lege Velleia primùm inductum est, vt posset hic posthumus institui aut exheredari, siue filius esset, siue nepos aut pronepos, *leg. Gallus. 29. § nunc de lege, & §. ille casus hoc tamen leg. 3. §. 1. de iniust. rupt.* Atqui Pomponius de eo posthumo tractat qui & vtiliter institui aut exheredari potuerit, & à primo gradu ritè exheredatus sit. Ergo non de illo, qui viuo patre natus sit, sicut nec Africanus in *dict. leg. si posthumus*, nec alius quisquam Iurisconsultus vllo iuris loco, nisi cùm de ea lege Velleia tractatur. Itaque cogor fateri totam illam additionem, *vt natus viuo patre à quo exheredatus sit moriatur*, inepti esse interpretis, & parum acuti, interpretari volentis quod Pomponius in præcedentibus dixerat, *quod si in posthumo suo idem acciderit*. Quæ tamen interpretatio, & inepta est, & manca. Inepta, in eo quod ponit viuo patre natum posthumum, cùm non solùm nihil referat viuóne an mortuo patre natus sit qui post patrem moritur (quæ Cuiacij ratio est non mala, licèt leuior quam vt si aliud nihil moueret recepta lectio emendari debeat) sed etiam fieri nequeat vt vtiliter exheredatus videatur posthumus qui viuo patre natus sit. Manca autem in eo quod vt omnia similia sint in posthumo, quæ prior legis species tractauerat in filio, ponendum est, vt iam monuimus, posthumum non tantùm mortuum esse, sed etiam mortuum deliberante primo herede, vt & in *dict. l. si posthumus. & dict. l. 5. de iniust. rupt.* Non quod & aliud esset si post repudiatam à primo hereditatem posthumus mortuus proponeretur, sed vt sit elegantior legis sententia, & de casu magis dubitabili. Nemo enim dubitare posset quin rumpi deberet secundus gradus si eo tempore posthumus nasceretur aut viueret quo secundis heredibus hereditas deferretur. † Fefellit verò interpretem sicut & Rober- 10
tum quod in fine legis scriptum est, *quoniam cùm est natus filius, loco eius qui superstes est*, quasi non possit esse loco filij iam nati tempore testamenti, nisi is demum qui viuo testatore nascitur: quod sanè ridiculum est. Nam quandocunque nascatur posthumus incipit esse loco superstitis, nisi quòd superstes facit vt testamentum ab initio inutile sit & iniustum. Natus postea rumpit duntaxat, siue viuo siue mortuo patre nascatur. Sicut & nil interest an posthumus nascatur viuo primo herede post mortem patris an viuo patre, nisi quòd qui viuo patre nascitur, alia ratione rumpit testamentū iure ciuili, quia nec institui potuit nec exheredari ante legem Velleiam, vt diximus.



ANTONII FABRI SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber Nonus.

CAPVT I.

De posthumi heredis institutione ad formulam Galli Aquilij, & primum caput legis Velleæ.

SVMMARIA.

1 *Posthumorum in suos & alienos diuisio, & eorum definitio.*
2 *In posthumis post testamentum conceptis conceptionis tempus inspici, quum de testati successione agitur.*
3 *Quodnam tempus in posthumis inspiciatur quum de intestati causa quæritur?*
4 *Quinam posthumi sui heredes dicantur?*
5 *Suum heredem etiam viuo patre aut auo dici.*
6 *An posthumus nepos Aquilianus suus sit, an alienus.*
7 *Quo sensu accipiendum sit quod dicitur, prudentes ius facere posse.*
8 *Posthumum Aquilianum ita institui posse, vt ipso etiam institutionis tempore inspecto reuera sit suus.*
9 *Eum qui testamento institutus non est eo modo & tempore quo debuit, non ideò minus videri præteritum, quòd postea cœperit esse institutus.*
10 *Ad hoc vt posthumus Aquilianus testamentum non rumpat, requiri vt a quo tempore posthumus suus fuit, nullo instanti videri possit testamento præteritus.*
11 *Cur formulam sic non conceperit Gallus*, si filius meus viuo me morietur, *non autem*, si mortuus fuerit?
12 *An si Aquiliani nepotis siue posthumi institutio in ipsum instans mortis filij, concepta sit posthumus alienus censeatur?*
13 *Vis & necessitas articuli* tunc *in formula Galli Aquilij.*
14 *Etiam in conditionali posthumi Aquiliani institutione testamenti tempus inspiciendum esse, vt sciatur an valeat.*
15 *Explicatur* l. qui soluendo. 88. de hered. instit. *& declaratur quid possit particula* tunc *post conditionem apposita.*
16 *Quo sensu dicatur, heredem, nec ex tempore, nec ad tempus, nec sub conditione institui posse?*
17 *Distinctio inter institutionem quæ fit sub conditione, & eam quæ fit ex conditione.*
18 *Ideò receptam esse Aquilij formulam, quod per eam non alienus, sed suus posthumus instituatur.*
19 *Examinatur* l. in tempus. 62. de hered. instit. *& eius ratio redditur.*
20 *An salua iuris ratione posthumus alienus vllo casu institui possit?*

1 POsthumorum † summa & perfecta diui-
sio illa est, vt quidam sint sui, quidam a-
lieni. Sui sunt, qui si eo tempore nasce-
rentur quo testamentum fit, dummodo
iam tum concepti sint, inter suos heredes testatori fu-
turi essent: alieni contrà qui testamenti tempore iam
concepti si tum nascerentur, inter suos heredes testa-
tori futuri non essent, *§. posthumo quoque alieno, Instit. de
leg.* Nam qui testamenti tempore nondum concepti
sunt in iis testamenti tempus spectari non potest, cũ
eo tempore neque in hominũ neque in rerum natura
sint, nec sui dici possunt, nec alieni, quia nec liberi
sunt, nec animantes. † Iis autem postea conceptis so- 2
lius conceptionis tempus inspicimus, quasi & eo ipso
die quod ad illos pertinet facto testamento, nimirum
cùm de testati successione agitur. Exemplum Iustinia-
nus profert in *d. l. posthumo*, de nepote concepto ex fi-
lio emancipato, quem auo esse posthumum extraneũ
ait, quamuis nihil vetet recipere filium in patris po-
testatem priusquam nepos nascatur. Eodem pertinet
quod Vlpianus scribit in Fragment. *titu. 22. qui hered.
instit. poss. §. posthumus quoque liberi*, id est qui in vtero
sunt. & apertiùs idem Vlp. in *l. 1. §. si pater in potestate
versic. sed etsi posthumus natus sit ex emancipato ante emancipationem
conceptus, idem erit dicendum. D. de coniung.
cum emancip. liber.* Neque obstat quod in Velleiano
posthumo nihil aliud requirimus nisi vt suus nasca-
tur *l. Gallus. 29. § nunc de lege de lib. & posth.* Non enim
fecit Velleus vt suus posthumus dici debeat qui suus
nascitur, sed vt quamuis sit alienus, possit tamen insti-
tui si suus nascatur. † Cùm autem de intestati causa 3
quæritur, sicuti testamẽti tempus inspici non potest,
ita neque cõceptionis, sed id solùm quo intestati suc-
cessio locum habere incipit hoc est, quo testator mo-
ritur, si testamentum nullum factum sit, aut si factum
quidem sit sed postea destitutum, quo destitutum &
desertum sit, id est quo hereditas ex eo adiri posse de-
sierit. Id enim faciunt verba legis 12. tabul. *si intestato
moritur l. si quis posthumos. 9. §. si filium in fin. de liber. &
posthum l. 1. §. sciendum de suis & legit. l. scripto. 7. vnd. liber.* † Quoniam verò posthumos suos cum dicimus
suos heredes intelligimus & qui nati inter suos here-
des futuri sint, illud quoque sciendum est suos here-
des non eos esse qui in potestate duntaxat testatoris
futuri sint si tum nascantur, sed qui & in potestate
futuri sint, & primum in familia gradum, quòd ad
causam successionis pertinet, occupaturi. Fieri siqui-
dem potest non in persona filij, sed in persona nepotis
aut pronepotis, vt in aui vel proaui potestate sit, nec
tamẽ inter suos heredes numeretur, quòd eum pater
in causa successionis præcedat. At contrà, vt primum
in familia & causa successionis locum quis obtineat,
nec tamen suus sit, fieri nullo casu potest, *l. si quis filio.
9. in princ. de iniust. rupt. l. si filius familias. 33. §. 1. de testam.
milit. d. l. scripto. 7. D. vnd. liber.* † Etsi autem viuo testa- 4
tore

tore heres dici non solet, quia nec viuentis vlla est he-
reditas, *l.1. D.de hered. vel act. vendit. l. qui superstites. 94.*
5 *de adquir. hered. leg. 1. D. pro hered.* † Suum tamen here-
dem etiam viuo patre aut auo dicimus, quòd hæc ap-
pellatio iis conueniat qui etiam viuis parentib quo-
dammodo domini videantur, *leg. in suis. 11. de liber. &*
posthum. & consequenter heredes: cùm qui heredem
dicit, dicat dominum, *§. vlt. Instit. de hered qualit. & dif-*
fer. leg. de hereditate. 19. §. pater, vers. non tamen. D. de Ca-
strens. pecul. l. 3. §. penult. D de minor. Propter quam cau-
sam & legis Velleæ verba posteriore capite sic conce-
pta sunt: *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit,*
scilicet *viuo testatore.* Pertinent enim non tantùm ad
casum illum Aquiliana formula comprehensum, sed
ad omnes quoque cæteros, quos in Galli Aquilij for-
mula supplendos esse placuit, hoc est, siue moriatur, si-
ue deportetur, siue ab hostib. capiatur filius viuo te-
statore, *dict. l. Gallus. §. sequenti parte.* Quomodo autem
suus esse desineret viuo testatore, qui suus nunquam
fuisset? Inde verò fit, vt in suo quoque posthumo di-
gnoscẽdo non id tempus spectemus quo testator mo-
ritur, cùm testamentum factum est, sed quo posthu-
mus, vt iam dixi, conceptus sit, & vel institutus, vel
6 exheredatus, vel præteritus. † Ex quo apparet si de
posthumo nepote Aquiliano quæratur, an suus sit, an
alienus, simpliciter responderi non posse. Non quòd,
vt quidam putant, tertiam speciem constituat posthu-
mi vel extranei, vel non sui; qui enim heres est, eum
aut suum aut extraneum, & quod idem est alienum
esse necesse est *d. l. scripto 7. vnd. liber.* sed quia duplici
ratione considerari potest. & tanquam posthumus, &
tanquam Aquilianus, hoc est qualis in Galli Aquilij
formula instituitur. Si tanquam posthumus, procul-
dubio alienus est, quia si testamenti tempore nascere-
tur, non esset suus heres auo testatori. Et ideò ante
Gallum Aquilium nulla eius instituendi ratio esse vi-
debatur quasi alieni, tametsi suus nasci potest, præ-
mortuo interea patre viuo auo. Vnde euenire necesse
erat vt eius agnatione testamentum rumperetur. Is e-
nim agnascendo rumpit quem nemo præcedit non
testamenti, sed mortis tempore, *d. l. scripto, & d. l. si quis*
filio. 6. de iniust. rupt. l. si quis filium. 34. C. de inoff. testam.
Si tanquam Aquilianus & eo modo quo eum institui
Gallus voluit, haud dubiè suus non alienus dicendus
est, Neque enim potuisset Gallus inducere posthumi
alieni institutionem quam ius ciuile non agnoscebat,
cùm nec ius facere posset aduersus ea quæ iam cæte-
rorum prudentum omnium consensu & auctoritate
7 recepta erant. & constituta. † Quanquam enim non
ignoro prudentes ius facere potuisse, & prudentum
responsa iuris ciuilis partem constituere, *§. responsa.*
Instit. de iur. natur. gent. & ciuili. l. ius autem. 7. de iust. &
iur. non tamen id ita accipi potest vt vnicuique licue-
rit de iure pro arbitrio respondere in ea re quæ iam
communi aliorum placito decreta esset: sed in iis dun-
taxat quæ nullo adhuc certo iure stabilita, aut inter-
pretatione, aut noua cautione egere viderentur. Alio-
qui pro tot opinionum varietatibus contraria plerun-
que iura constituerentur, quod esset absurdissimum,
& ab ipsa conditione iuris, quod certum esse debet,
prorsus alienum. Cùm igitur non illud Gallus indu-
xerit, vt posthumus hic nepos institui posset, sed tantũ
qua ratione & arte posset, præscripta in eam rem for-
mula; quod proprium Iurisconsulti munus est, fateri
oportet, posthumum Aquilianum quatenus Aquilia-
8 nus est, non esse alienum, sed suum. † Subtiliter enim
Gallus animaduertit quod ante eum nemo obserua-
uerat, posthumum hunc quamuis testamenti tempore
sit alienus, & tum quoque cùm concipitur, siue ante
siue post testamentum conceptus sit, posse tamen ita
institui, vt ipso etiam institutionis tempore inspecto
reuera sit suus: collata nimirum non tantùm institu-
tionis conditione, sed ipsa etiam institutione in id tẽ-
pus quo suus erit, quod fit commodissimè si testator
ita scribat, *filius meus heres esto*, (filij namque institu-
tionem necesse est vt testamentum valeat, vt dicemus
ad *§. in omnibus. l. Gallus*) *si filius meus viuo me morietur,*
tunc si quis mihi ex eo nepos siue qua neptis post mortem
meã in decem mensibus proximis, quibus filius meus more-
retur, natus natáve erit, heredes sunto. His enim verbis
instituitur nepos non in eo tempore quo testamentũ
fit, sed eo demum instanti quo filius moritur propter
articulum illum, *tunc*, qui temporis extremitatem de-
notat, *l. si his legatum. 4. §. vltim. de condit. & demonstr.*
id est instans illud quo incipit posthumi nepotis in-
stitutio, ad excludendum non solùm tempus anterius
quo institui nepos hic non potuisset, tanquam alienus
posthumus, sed etiam quod pauci obseruarunt, tem-
pus posterius in quo non nisi serò & frustra institue-
retur posthumus qui iam antè institutionem factus
esset suus, quique præteritum se reperiret: † nam qui 9
testamento institutus non est, eo modo & tempore
quo institui debuit, non eò minùs videri debet præ-
teritus, quòd postea cœperit esse institutus. Alioqui
suum heredem vel in remotissimo gradu institutum
aut exheredatum esse sufficeret, vt priores gradus
quibus præteritus esset confirmarentur, quod non i-
ta est. Atqui si post mortem filij nepos hic posthu-
mus heres instituetetur, dari posset instans quo &
suus heres fuisset, & præteritus. Nempe instans illud
quod proximè & immediatè secutum esset filij mor-
tem. Cùm enim aliud sit institui, aliud esse institu-
tum, & prius sit vt quis instituatur quàm vt institu-
tum se reperiat, fieri sanè nequeat vt nepos qui pri-
mo illo & proximo instanti post patris sui mortem
incipit esse suus posthumus auo, quique tunc de-
mùm & eo primùm instanti instituitur, videri possit
iam institutus. Est ergo præteritus. Nam qui nec in-
stitutum se reperit nec exheredatum, is necesse re-
periat se præteritum. Nec mouet, quòd eo saltem tẽ-
pore quo nascetur institutum se reperiet. † Nam vti 10
ne rumpat testamentum non sufficit institutum eum
reperiri cùm nascitur, sed illud quoq. prætereà re-
quiritur vt à quo tempore posthumus suus fuit nul-
lo instanti videri possit testamento præteritus: adeò
vt etiamsi nondum conceptus sit testamenti tempo-
re, institui nihilominus debeat aut exheredari, vt ab
initio testamentum ita valeat ne rumpi vnquam pos-
sit, *l. placet. 4. l. inter cætera. 10. de lib & post.* † Itaque sic 11
formulã Gallus cõcepit, *si filius meus viuo me morietur,*
non ita, *si filius meus viuo me mortuus erit*, quia verbo
illo *morietur* instans ipsum mortis demõstratur, quod
vitæ adscribitur: cùm moriatur is demùm qui adhuc
viuit, non qui iam mortuus est, *l. qui duos. 18. §. 1. de ma-*
num. testam. Cùm verò non eo ipso instanti quo filius
moritur, nepos in ipsius locum succedat, sed eo so-
lùm quod proximè sequitur mortem, quia non suc-
cedit viuo sed mortuo *d. l. Gallus §. sequenti parte.* eue-
nit necessariò, vt qui ita institutus est sicuti Gallo
Aquilio placuit, reperiat se institutum eo instanti
quo succedit. † Verũ hîc illa rursus incurrit hæsita- 12
tio, quòd si nepotis huius Aquiliani institutionem in
id tempus aut potiùs in id instans conferri necesse
est quo filius moriatur, & instans illud vitæ filij cõ-
putatur, vt diximus, illud quoque incommodi acci-
dit vt alienus posthumus institutus videatur, vtpote

qui viuo filio nec emancipato, nec deportato nec ab hostibus capto non possit esse suus. Et hoc sanè præcipuè est quod perdifficilem faciebat nepotis huius institutionem. Sed absurdum Gallo visum est huiusmodi institutioni obstare instãs illud vitæ filij quo moritur, & quo iamiam certum esse incipiat per rerũ naturam, nepotem proximo instanti in sui heredis locum successurum, *arg. l. Iulianus. 10. de iur. dot. l. libertas. 17. in princip. dict. l. qui duos. 18. §. 1. de manum. testam. l. vltim. de fideicomm. liber.* Ne alioqui nulla supersit ratio instituendi opportunè posthumi huius, quem vti-
13 que necesse est institui priusquam fiat suus. † Vnde intelligere licet quàm sit necessarius in Galli Aquilij formula articulus ille *tunc*, qui si solus abesset, nullo modo, vt puto institutio valeret, quasi facta de alieno posthumo, & collata non ipsa institutione, sed institutionis tantùm conditione in id tempus quo suus factus esset, quod ad institutionis validitatem non magis sufficeret quam si nepos hic ita institutus esset, *si nauis ex Asia venerit, qui ex filio meo post mortem meam nascetur nepos heres esto.* Quo tamen casu nemo diceret nepotem hunc qui testamenti tempore alienus fuisset vtiliter institutum intelligi, quamuis moriente testatore suus reperiretur, quia semper verum esset institutum fuisse eum cum quo testamenti tempo-
14 re testamenti factio non fuit. † Neque enim minus in conditionali, quàm in pura institutione testamenti tempus inspiciendum est vt sciatur an valeat, cùm existens quandocũque condicio retrotrahatur ad tempus testamenti, indeque fiat vt institutio quæ primũ condicionalis fuit pro pura habeatur. Nec institutioni inserta conditio potest facere vt institutionis validitas in euentum vsque conditionis suspendi debeat, sed tantùm suspendit effectum, vt quantumuis valeat non prius tamen acquiri ex ea possit hereditas quàm conditio impleta sit: cùm alioqui à die mortis testatoris acquiri potuisset. Denique conditio facit duntaxat vt non mortis, sed condicionis euenientis tempus spectari oporteat, sed non eò minus spectandum est tempus testamenti, quia & eo quoque casu spectandum esset quo mortis tempus inspici oporteret, *l. si alienum. 49. § in extraneis. leg. liber. bono. 59. §. si heres. D. de hered. instit.* Itaque vt institutio valeat posthumi nepotis Aquiliani, non illud sufficere potest, quod sub condicione fiat, cuius euenientis tempore posthumus suus reperiatur qui testamenti tempore fuit alienus: Nec si ea condicio adiecta sit, *si suus heres erit*: sed ita institutionem concipi oportet vt eueniens quandocunque conditio retrotrahi nequeat, & defendi posse posthumum suum institutum ipso quoque factæ institutionis tempore inspecto. Id verò ita fit, si institutionem præcedat particula *tunc*, quæ impediat ante mortem filij nepos institutus vi-
15 deatur: † Exemplo non ineleganti eius quod scriptum est in *l. ei qui soluendo. 88. de hered. instit.* Ei qui soluendo non est ita demum posse seruum cum libertate heredem existere, & alium præterea heredem adiici, si testator ita scripserit *Stichus seruus meus liber & heres esto: si mihi Stichus heres erit tunc Titius quoque heres esto.* Nam si simpliciter scriptum esset post Stichi institutionem, *Si mihi Stichus heres erit, Titius quoque heres esto*, non adiecta particula *tunc*, non magis posset Stichus liber & heres esse quàm si ita scriptum esset, *Stichus heres esto*: cùm ea condicio *si heres erit* in necessario herede qui non potest heres non esse pro condicione non sit, nec impediat quominus Titius purè coheres datus videatur, argu. *l. quod si ea. 18. D de condict. indeb. l. si pupillus. 9. §. 1. de nouat.* Nam & si Sticho sub ea condicione, *si heres non esset*, Titius substitutus fuisset testamentum à substituto incipiendum esset. *l. si ei qui soluendo. 57. de hered. instit.* Quamuis in cæteris heredibus non necessariis, Si Mæuius heres institutus sit deinde Titius sub ea condicione, *si Mæuius heres erit*, expectanda sit Mæuij aditio tanquam alia quælibet condicio, nec priùs heres esse Titius possit, quàm Mæuius adierit, *leg. 3. § si quis ita eod. tit.* nempe quia potest conditio non existere Mæuio repudiante. At cùm in Titij institutione adiecta est particula *tunc* post serui necessarij institutionem, fit necessariò quod Caius scribit in *d. l. ei qui*, vt nõ possit Titius heres esse antequam Stichus ex testamẽto heres extiterit, quia nec ante id tempus institutus intelligitur, qui alioqui purè institutus videretur. Postea verò quàm semel heres extitit seruus, non potest adiectus efficere vt qui semel heres extitit desinat heres esse. Itaque intelligimus particulam *tunc* si post condicionem apposita sit, facere vt conditioni insit tempus, hoc est, vt ex tempore duntaxat impletæ condicionis institutio facta videatur. † Nec est contra- 16
rium quod dici solet, heredem non posse ex tempore institui, sicut nec ad tempus, neque ex condicione, neque ad condicionem præterquam à milite, *l. hereditas. 34. de hered. inst. l. in fraudem. 15. §. miles l. quærebatur. 19. in fin. l. miles ita. 41. in princip. de testam. milit.* Id enim eo demum casu verum est quo post mortem testatoris dies aut condicio euenire potest, ne alioquì fiat vt pro parte temporis testatus pro alia parte intestatus decessisse quis videatur, quod in paganis receptum non est siue ratione honorum eam successionis diuisionem inducere velis, siue ratione temporis vulg. *l. ius nostrum. 7. de regul. iur. iunct. d. l. miles ita.* At nos cum de formula Aquiliana tractamus de ea die & condicione loquimur quam viuo testatore euenire necesse sit: sic enim habet formula, *si filius meus me viuo morietur tunc, &c.* vt proinde nihil incommodi possit consequi tametsi hæc institutio tanquam ex die & ex conditione facta non retrotrahatur ad diem cõditi testamenti, cùm viuo testatore de testati aut intestati successione quæri nõ oporteat, *arg. l. potest quis. 56. D. de hered. inst.* Quòd si particula *tunc* abesset, haud dubiè retratraheretur institutio tanquam non ex condicione, sed sub conditione facta, & quidem ad tempus facti testamenti, & consequenter ad id tempus quo posthumus nepos alienus fuisset, atque ita perinde corrueret, aut vt veriùs dicam, ab initio inutilis esset, ac si ea condicio adscripta esset, *si nauis ex Asia venisset.* In specie autem *d. l. ei qui soluendo*, etsi proponitur Titius institutus ex ea condicione quæ non nisi mortuo testatore potuerit contingere, quia viuẽtis hominis suus quidem heres esse potest, sed necessarius heres existere nemo potest, non ideò tamen fit vt vllo instanti videatur testator fuisse intestatus, quippe qui necessarium habuerit heredem, in cuius persona totius assis hereditarij acquisitio constitit, quasi instituto Titio non in eodem asse aut eiusdem assis aliqua parte, sed in dupondio, licèt illo postea adeunte asses singuli ad semisses reducantur, *l. item quod Sabinus. 17. §. sed si asse explero eod. tit. de hered. inst.* † Denique se- 17
paranda est institutio quæ fit sub condicione, ab ea quæ fit ex condicione. Illa retrotrahitur existente quandocunque condicione, siue condicio talis sit quę viuo testatore possit contingere, siue talis quæ non nisi eo mortuo: sed cum hac tamen condicione, vt quæ condicio viuo testatore impletur, retrotrahatur ad tẽpus testamenti ac si purè institutio fuisset. Quæ autem post obitum testatoris ea primum retrotrahatur

ad

ad tempus mortis, ac si purè & statim post mortem testatoris delata hereditas fuisset, & rursum à tempore mortis ad tempus testamenti. Illa verò institutio quæ fit ex condicione nunquam retrotrahitur, ob idque nec permissa est in pagano nisi cum talis condicio est, vt diximus, quam viuo testatore impleri ne-
18 cesse sit. † Parum igitur cautè Bartolus Aquilianam formulam ideò receptam esse ait, quòd quanquam alienus posthumus per eam instituatur, ipsius tamen institutio confertur in id tempus & in eum casum quo suus erit. Debuit enim potius dicere idcirco receptam esse formulam, quòd per eam non alienus, sed suus posthumus instituatur, vtpote facta institutione ex ea die & condicione qua existente non possit hic posthumus nepos suus non esse, vt verum sit non solum nullo casu, sed etiam nullo tempore institutum fuisse posthumum alienum. Etsi namque dici solet parum referre quo tempore quid fiat, sed id præcipuè tempus inspiciendum est in quod dispositio confertur, *l. quod sponsæ. 4. C. de donat. ant. nupt. l. si ergo. 9. §. si licus de iur. dot. l. Stichus 39. de manum. test.* non tamen habet id locum in institutionibus, in quibus constat præcisè spectandum tempus testamenti, vt sciatur an ab initio constiterit, nec sufficere vt mortis aut aditæ hereditatis tempore valere potuerint, *l. pen. de regulis iuris. l. Si alienum. 49. §. in extraneis. dict. l. liber homo. 59. § si heres de hered. instit. l. eius qui apud hostes. 8. D. qui te-*
19 *stam. facer. pos. l. 1. in princ. de leg. 3.* † vnde illud fit quod scriptum est in *l. in tempus. 62 eodem titul.* vt in tempus capiendæ hereditatis institui heredem posse beneuolētiæ sit, nempe quia iuris ratio repugnabat. Beneuolè tamen receptum est non tam fauore testamentorum quam odio legum quibus prohibentur ex testamento capere qui alioquin capere possent, quoniam pœnales sunt, *l. si is qui heres. 11. de vulg. & pupill. subst.* Est nim humanum vt qui testamenti aut mortis tempore capere non potuit eo saltem tempore capiat quo capere potest, si modò in id tempus collata sit institutio. Quod autem sequitur, *idem & in legato*, non hanc sensum habet vt eadem prorsus sit hac parte legati & institutionis ratio (neque enim in legatis inspicimus tempus testamenti si modò testamentum valeat, sed id duntaxat quo deberi incipiant.) At, vt quamuis in cæteris legatis cùm quæritur an debeantur spectari oporteat tempus quo dies eorum cesserit, valeant tamen quæ incapaci relicta sunt, tametsi eo quoque tempore sit incapax, dum tamen in id tempus legatū collatum sit quo capere poterit, nec ideò quicquam in fraudem legis factum videatur. Quæ etiam fortassis ratio est, *l. si seruus erit. 82. de acquirend. hered.* à Cuiacio malè explicata ad *l. si alienum. 49. in fin. de heredis*
20 *instit.* † Itaque fatendum est, non potuisse Gallum Aquilium facere salua iuris ratione vt alienus posthumus institui vllo casu posset, ne quidem collata in id tempus institutione quo esset suus. Fuisseque in eam rem necessarium legis nouæ auxilium apparet manifestè ex lege Vellea, cuius primo capite nihil aliud constitutum est, quàm vt liceat eum posthumū instituere aut exheredare qui testamenti tempore sit alienus dummodo nascatur suus. Quanquam cum iam per Aquilianam formulam reperta esset ratio instituendi nepotis nati post mortem aui, non fuit necessaria lex Vellea nisi eo demum casu quo nepos hic viuo auo nasceretur, aut filius viuo patre (spectat enim primum caput legis Velleæ ad omnium graduū posthumos siue patri siue auo sui nascantur, *dict. leg. Gallus. § nunc de lege & §. ille casus leg. 3. §. 1. de iniust. rupt.*) Neque ad alium sanè casum lex Vellea pertinet, si verba inspicias. Sic enim habent, *etiamsi parente viuo nascantur, d. §. nunc de lege in fin.* quo etiam referendum est quod in eadem, *leg. Gallus. § & quid si tantum*, scriptum est casus illos quibus suus heres post mortem aui nascatur ad legem Velleam non pertinere. Sed si legis mentem & sententiam inspicias dubitandum non est, cùm voluerit valere posthumi alieni institutionem si modò suus nasceretur eo casu quo difficilius erat admitti vt institui posset, hoc est in quo vita aui nasceretur, multò magis voluisse eam, vt valeret institutio alieni posthumi qui suus nasceretur etiamsi mortuo testatore. Cur autem difficilior fuerit institutio posthumi viuo testatore nati quam eius qui mortuo dicemus postea. Idque est, meo iudicio, quod Scæuola sensit in *dict. §. & quid si tantum*, cùm ait, *Sed ex sententia legis Velleæ hæc omnia admittenda sunt.* De quo tamen fusius tractandum nobis est ad eum locum.

CAPVT II.

Ex quo iure descendat posthumorum suorum & alienorum institutio, & ad §. vltim l. Titius. 25. de liber. & posthum.

SVMMARIA.

1 *Cur incerta persona nec institutionis nec vllo alio titulo relinqui quicquam posset?*
2 *Cur posthumi, licet eorum persona incerta sit, instituì vel exheredari debeant?*
3 *Aquiliana formulæ introducendæ occasio.*
4 *Cur in illa formula de auo tantùm & nepote posthumo Aquilius loquatur?*
5 *Cur item de illo nepote duntaxat qui post aui mortem nascitur?*
6 *Legis Velleæ ferendæ occasio.*
7 *Posthumi alieni institutionem iure ciuili improbatam a Prætore receptam fuisse.*
8 *Explicatur §.* vlt. l. Titius de liber. & posthum. *& Cuiacij ad eum interpretatio reijcitur?*
9 *Cur in* d. §. vlt. *pro non nato habeatur qui eadem ipsa die & paulo ante testamentum inscio testatore natus est?*
10 *Vera quæstio* d. §. vlt.

REstat vt moneamus posthumorum suorum institutionem non ex lege duodecim tabularum descendere, vt malè quidam putant, sed ex prudentum
ad eam legem interpretatione, † ex qua & illud iam 1
inductum erat vt incertæ personæ nec institutionis nec alio vllo titulo relinqui quicquam posset, vt Vlpianus in fragmentis scribit, *tit. 22. qui hered. instit. poss. § incerta persona.* vbi rationem illam reddit quod certum esse debeat consilium testantis. Nam cùm lex duodecim tabularum cauisset vt quemadmodum paterfamilias super sua re pecuniáve legasset ita ius esset, *l. verbis legis. 120. de verb. signific.* absurdum iurisconsultis visum est eam testatoris voluntatem ius facere quæ nec consilio, nec iudicio certo regeretur, iudiciū verò aut consilium certum esse non potest quoties incertæ personæ quid relinquitur, *§ incertis, & §. sed*
nec huiusmodi versicul. tutor, Instit. de legat. † Posthu- 2
mi porrò persona est incerta, aut si malis loqui cum Theophilo, similis incertæ personæ, cum nec per ipsā rerum naturam certum sit an quandoque sit nasciturus necne, & an masculus an fœmina an vnus pluresve, imò nec animal esse videtur, sed spes tantum quædam animantis, *l. 1. de ventr. in poss. mitt.* & portio visce-

rum matris, *l.1.§.1.de ventr. inspic.* Quia tamen præte-
riti rumpebant parentum testamenta si sui nascerentur,
quasi pro natis haberi debuissent qui moriente
patre legitimè concepti fuissent, vt Caius *lib.1.Instit.*
scribit tit.de mat.§.vlt.& lib.2.titul.3.de exhered.liber.§.
post liberorum.l.qui in vtero.26. de stat.hom. (quo tamen
loco obserua de legitimis hereditatibus nominatim
agi, quia quod ad testamentarias attinebat, posthu-
mus iure ciuili non habebatur pro nato) induci tan-
dem necesse fuit vt institui vel exheredari possent,
quod significat non obscurè dictio illa placet in *l. 4.*
de liber.& posth. fauore scilicet testamentorum sui he-
redis agnatione rumperentur. *l.inter cætera.30.eodem,*
cuius prior pars ad posthumos liberos, posterior ad
iam natos pertinet. Posthumi namque rumpunt quod
ab initio validum fuit, iam nati cùm præteriti sunt,
faciunt vt ab initio testamentum inutile sit, *l. 1. de in-*
iust.rupt. Quemadmodum autem sola necessitatis vis
hoc extorsit vt institui possint posthumi ne rumpant:
ita de iis solis posthumis instituendis aut exheredan-
dis egerunt Iureconsulti qui possunt rumpere, hoc est
qui sui sunt non etiam de alienis. Alieni enim rumpe-
3 re non possunt. *§.est autem alienus. Inst.de leg.* † At quo-
niam & qui alieni sunt tempore testamenti possunt
esse sui cùm nascuntur, atque ita rumpere (quia cùm
quæritur an testamentum agnatione rumpatur nati-
uitatis, non conceptionis tempus inspicimus) inuesti-
ganda necessariò fuit formula per quam posset vtili-
ter institui posthumus, hic qui testamenti quidem tē-
pore alienus esset, postea verò suus nasceretur. Quam
subtiliter Gallus adinuenit, docens faciendam insti
tutionem ex eo tempore quo suus erit, & ita demum
4 si post aui mortem nascatur. † De auo tantum locu-
tus est Gall⁹ & de nepote, quia fieri nequeat vt post-
humus primi gradus sit alienus quo tempore pater
moritur, deinde nascitur suus Cùm, vt superiore capi-
te monuimus, alienus aut suus posthumus ex instanti
conceptionis dignoscatur, nulla autem status mutatio
possit accidere in illo qui nondum in hominum na-
tura est. In nepote secus est, propter status mutatio-
nem quæ in persona patris medio tempore potest cō-
5 tingere. † De illo autem nepote duntaxat qui post a-
ui mortem nascitur. Gallus idcircò præscripsit for-
mulam, quia posthumi quandocunque post testamen-
tum viuo testatore nati institutio permissa non erat,
nec si suus esset, quia nec erat necessarium vt permit-
teretur, valente scilicet testatore testamentum quod
se viuo per agnationē ruptum esset pro arbitrio mu-
tare sibique prospicere. Cum tamen posset etiam ali-
quando contingere, & verò contingeret sæpissimè vt
mutare testamentū paterfamilias non posset aut quod
peregrè ageret, ac in loco vbi ciuium Romanorum
copia non esset, aut morbo fortassis oppressus repenti-
no: Tandem animaduersum est necessarium quoque
6 esse vt huic periculo prouideretur. † Eamque in rem
lata est, vt diximus, lex Vellea. quæ licèt ad posthu-
mos post testatoris mortem natos non pertineat, suffi-
ciente nimirum, quod ad posthumos filios iure ciuili
antiquo, quòd ad nepotes verò, formula Galli Aqui-
lij (supplenda tamen hactenus vt non nepotis tantū
mentio fiat, sed etiam pronepotis, nec mortis tantum
casus exprimatur, sed etiam cæteri similes per quos e-
uenire possit vt nepos aut pronepos viuo auo fiat
suus) multò magis tamen ex sententia Velleij ad illos
quoque pertinebit qui post mortem aui nascuntur,
quippe quorum institutio fuerit facilior, eoque fauo-
rabilior, quòd eorum præteritio periculosior erat.
Pertinebit autem ita vt posthumus nepos institutus,
sicuti Gallo Aquilio placuit, & casu tantum mortis
expresso perinde vtiliter institutus videatur, licèt alia
ratione quam morte patris suus heres auo factus sit:
cùm alioqui si lex Velleia non esset institutio corrue-
ret, quasi non instituto posthumo nepote in eum ca-
sum qui euenit, & in quem nominatim institui po-
tuerat ex interpretatione suppletiua ad Aquilij for-
mulam apposita, vt sequenti capite docebimus. An
autem posthumus nepos institutus per Aquilianam
formulam, & viuo auo suus natus pro vtiliter institu-
to habendus sit; siue ex formula Galli, siue ex verbis
aut sententia legis Velleæ alia quæstio est de qua di-
cemus ad *§.quid si infra.* † Illud sanè annotandum est. 7
Posthumi alieni institutionem iure ciuili improbatā
à Prætore tamen receptam fuisse vt Iustin. refert in
Inst.tit.de bon.poss.in princ. Quo sensu dubiè accipien-
dum est quod idem Iust. scribit in *§. posthumus autem.*
Inst.de leg. posthumum heredem institui & nunc pos-
se, & antè potuisse, scilicet iure Prætorio. Ita enim lo-
qui eum necesse fuit vt ostenderet differentiam in-
stitutionis & legatorum de quibus paulò antè dixe-
rat. Legata siquidem alieno posthumo relicta vsque
adeò inualida erant, vt nec iure Prætorio sustinerentur.
Institutiones sustinebantur tanquam fauorabi-
liores. *l.posthumus.6.D.de inoff.testa. l.1.§.si filius in a-*
doptione.l.extraneo.6.de ventr.in possess.mitt. l.3.de bonor.
possess.secund.tabul. † Quæ etiam Pauli sententia est in 8
§.vlt.l.7 titul.25.de liber.& posthum. vbi tractans de in-
stitutione alieni posthumi qui nullo casu suus nasci
poterat, respondet iure factam eam videri. Nam & iu-
re facta dici potest institutio quæ iure Prætorio susti-
netur, cùm parum referat, quòd ad tabularum effe-
ctum attinet, an ex iis adiri hereditas, an bonorum
possessio peti possit, *l.non putauit.8.§. à primo gradu.l.*
quod vulgo 19.de contr.tabul. Malè autem Cuiacius lo-
cum illum Pauli explicat, defendens in ea specie vale-
re posthumi alieni institutionem, quòd is iam reuera
natus esset facti testamenti tempore, quasi plus valere
debeat quod in re est quam quod in opinione testa-
toris, qui nondum natum arbitrabatur. Nam imò ve-
rò dubitandi ratio apud Paulum illa erat, quòd natus
iam fuisset testamenti tempore quem testator adhuc
in vtero esse putabat vt apertè sonant verba illa, *ver-*
ba quidem testamenti ad eum pronepotem directa videri,
qui post testamentum factum nasceretur. Decidendi verò
illa est, quam Accursius & Bartolus non ignorarunt,
† quod inspecta voluntate testatoris & ex probabili 9
eius errore pro non nato haberi debeat qui eadem i-
psa die & paulò ante inscio testatore natus est. An
quia, vt illi generaliter tradunt, prouisio à testatore
facta in vnum casum porrigi debeat ad alium in quo
verisimiliter testator prouidisset, si de eo cogitasset?
Minimè. Obstat enim *l.commodissimè.10.l.si ita scriptū.*
13.eod.tit. aliæque similes innumeræ. Sed quia probabi-
lis erat & omnino excusandus error testatoris, quòd
& eadem die qua testamentum factum erat, neptis
enixa fuisset, & testamentum in ciuitate scriptum es-
set, neptis autem ruri agens extra ciuitatem peperis-
set. Est igitur casus hic valde singularis propter con-
currentes circunstantias loci & temporis, quæ si ab-
essent, vix est vt ob solam testatoris ignorantiam idem
responsurus Paulus fuerit, quod & satis apertè signi-
ficat ille cùm ita scribit, *sed si vt proponitur eadem die*
qua testamentum factum est neptis testatoris antequam te-
stamentum scriberetur, enixa esset, ne quis fortè respon-
sum illud traheret ad consequentias. † Cæterum non 10
de illo tractat. An posthumus hic iure institui potue-
rit (certum enim erat iure ciuili non potuisse, Præ-

torio

torio potuisse)se de hoc duntaxat, An institutus eo iure & modo quo institui potuit ob id minus ritè videri debeat institutus, quòd iam natus esset testamēti tempore quem testator adhuc in vtero esse existimabat. Planè constat hodie ex Iustiniani constitutione, quæ tamen in Codice non extat, institui posse alienū posthumum perinde ac suum nulla adhibita distinctione, posseque ei & legari & fideicommitti, si eidē Iustiniano credimus in *d. §. posthumo quoque alieno. Inst. de leg.* Et consequenter cùm iure ciuili valeat talis institutio superuacuus est tractatus de formula Aquil. & lege Vellea, præterquam hoc vno intuitu quòd turpe sit non tantum viro Patricio, sed etiam omnibus qui se Iureconsultos ausint dicere, iuris in quo versantur rationem ignorare, & in veterum prudentum responsis interpretandis cæcutire.

Capvt III.

Ad §. & quid si tantùm. l. Gallus de liber. & posthum.

SVMMARIA.

1 *Reijcitur Goueani & aliorum interpretatio ad hæc verba, sed ex sententia legis Velleæ, &c.*
2 *Illa verba secundi, non primi capitis esse.*
3 *Cuiacij ad eadem verba interpretatio.*
4 *An casus mortis, si solus in Aquiliani nepotis institutione comprehensus sit, ad emancipationis, deportationis aut captiuitatis casum trahi possit?*
5 *Conditionem institutionis adiectam in forma specifica impleri oportere.*
6 *An casus mortis in posthumi nepotis institutione expressus ad alios casus ex verbis legis Velleæ extendi possit?*
7 *Cur in Galli Aquilij formula necessaria fuerit conditionis adiectio, in casu legis Velleæ non item?*
8 *Quidnam sit illud, quod ex sententia legis Velleæ admittendum esse Scæuola scribit in* d. §. & quid si tantùm.
9 *Galli Aquilij formulam suppleri potuisse, formulam verò institutionis a testatore factam ad alios casus non expressos extendi non potuisse.*
10 *Deleantur è* d. §. & quid si tantùm, *verba illa,* vt ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint.
11 *Cur Scæuola in* d. §. *deportationem ab emancipatione separet, & de filio deportato non autem de nepote emancipato tractet.*

1 IN † hoc §. illud imprimis obscurum est quod scribit Scæuola, *sed ex sententia legis Velleæ & hæc omnia admittenda sunt.* Antonius Goueanus Iureconsf. acutissimus, & perspicacissimus cuius extant perelegantes duplicésque in totam legem hanc commentarij, verba illa *legis Velleæ,* dispungenda esse censet vt quę sint inepti interpretis, & quasi de Galli Aquilij, non de legis Velleæ sententia Scæuola senserit. Alij sic interpretantur post Accursium & Bartolum, vt Galli Aquilij formula suppleatur per legem Velleam quæ omnes rumpendi casus complexa est verbis illis gene-2 ralibus, *si suus heres esse desierit.* Omnino malè. † Sunt enim ea verba secundi capitis non primi, *d. §. sequenti parte.* Secundū autem caput legis Velleæ non ad posthumos pertinet, sed ad eos tantùm nepotes qui testamenti tempore iam nati essent viuo adhuc parēte suo herede, posteaque in sui heredis locum viuo auo successissent. Atqui Gallus non nisi de posthumi nepotis institutione egit. Cùm igitur nihil commune habeat formula Galli Aquilij cum secundo capite legis Velleæ, fieri nullomodo potest vt ex eius sententia interpretationem recipiat, sed tantùm ex sententia primi capitis, quo vt diximus, etiam alieni posthumi institutio permittitur, adeóque quod magis est viuo testatore nati. Vtrumque contra veteris iuris rationem, illud duntaxat requiritur vt qui institutus est suus nascatur. Cur non igitur multò magis admittamus, posthumum nepotē ex eo tempore institutum quo suus futurus esset auo mortuo ex præscripto Galli Aquilij, vtiliter institutum intelligi quamuis non per filij mortem positam in conditione institutionis, sed alia qualibet ratione suitatis iura nactus sit, & post aui obitū natus? † Nec felicior Cuiacius, qui horū verborum, *ex sententia legis Velleæ,* hunc sensum esse arbitrabatur, vt 3 quemadmodū lex Vellea viuo testatore agnascentib. posthumis casus omnes rumpendi cōplexa est, ita putauerit satis, iure antiquo post mortem agnascentibus posthumis comprehendi omnes casus, hoc est, vt idem ille interpretatur, potuisse ante legē Velleam institui nepotē qui post mortē aui nasceretur, in omnē casum quo suus nasceretur, siue nominatim casus singuli puta deportationis, emācipationis, & captiuitatis, nominatim inseruissent institutioni, siue simpliciter, aut generalibus verbis institutio facta fuisset. † Sic enim 4 putat vir doctissimus, casum mortis, si solus in Aquiliani nepotis institutione cōprehēsus sit, nō posse trahi ad casū deportationis aut emācipationis, aut captiuitatis, sed eā Scæuolę mentē esse vt possit nepos institui nō sub ea tantū conditione, quā Gallus expressit, *si filius me⁹ me viuo morietur,* sed sub hac quoq; *si filius me⁹ me viuo deportabitur, aut ab hostib. capietur, aut emancipabitur.* Cuius opinionis auctorem laudat vnum Æmilium Perrotum, veterum illorum interpretum errorem secutum, quem à communi Doctorum schola iam olim explosum fuisse Castrensis testatur. Et optima quidem ratione explosus is fuit. Quis n. tam ineptus sit vt dubitare queat, an post dictatam Aquilianam formulam liceat testatori, sicut mortem filij, ita deportationem, captiuitatem, & emancipationem in conditione ponere? Aut cur in eam rem necessarium dicamus auxilium legis Velleæ, quæ nec mortis, nec deportationis, nec alium vllum casum specialiter expressit, sed generaliter illum dūtaxat quo posthumus qui testamenti tēpore alienus fuisset suus nasceratur etiamsi viuo auo? De illo itaque Scæuolam dubitare fatendum est, an posthumus ita institutus sicuti Gallo placuit, hoc est ex ea conditione, *si filius meus viuo me morietur,* vtiliter institutus videatur eodem filio non mortuo, sed vel deportato vel ab hostib. capto. Magis autē probat vt vtiliter institutus nepos videatur: An quod ex verbis formulæ Aquilianæ, aut ex sententia Galli mortis casum expressisse sufficiat vt ad similes omnes trahi possis? quemadmodum vulgo creditur. Minimè. † Condicionem enim quamlibet, præsertim quæ institutioni adiecta sit in specie, & vt nostri lo-5 quuntur in forma specifica, impleri oportet. *l. qui heredi. 4 3. l. Maeuius, 55. de condic. & demonstr.* & planè commenticia est illa Bartoli distinctio, an conditio voluntaria sit, an necessaria siue ad actum siue ad effectum actus. Cùm ea cōdicio quę in formula Aquiliana exprimitur sit necessaria ad actum & validitatem institutionis posthumi nepotis, nec tamen possit adimpleri per æquipollens etiam fatento Scæuola si subtrahas interpretationē quam ille ex sententia legis Velleæ mutuatur. Idque & Bartolus ipse bene vidit, sed hanc obiectionem ita diluit, vt dicat non posse conditionē hanc adiectam institutioni nepotis Aquiliani, *si filius*

viuo auo morietur, impletam videri si filius deportatus
sit aut emancipatus, quòd ea interpretatio esset con-
tra legem quæ alieni posthumi institutionem prohi-
bet. Quasi verò, eo casu quo mors filij expressa est
permiserit Gallus aut permittere potuerit posthumi
alieni institutionem, aut quasi conditione sic conce-
pta, *si filius meus me viuo morietur*, videri debeat post-
humus institutus in eum casum quo suus erit, potius
quàm si condicio illa adscripta esset, *si filius meus viuo
me deportabitur aut ab hostibus capietur*, quorum tamẽ
omnium nihil certè dici potest. Ergo casus mortis ex-
pressus in institutione posthumi nepotis, non trahe-
tur ad similes, siue verba formulæ, siue mentem Aqui-
lij, siue denique sententiam testatoris respicias quæ
ex verbis concipi possit. Alia enim reuera condicio
mortis, alia emancipationis, alia deportationis, aliã ca-
ptiuitatis, casusque planè diuersi sunt. Proinde non
licet Iurisconsulto casum vnum ad alium porrigere:
quia id demum supplere esset non interpretari, *l. com-
modissimè. 9. de liber. & posthum.* Essetque in eam rem
necessarium rescriptum Imperatoris manca pruden-
tum potestate, vt in *l. vlt. C. de post. hered. instit. l. 3. C. de
6 instit. & substit. l. iam hoc iure. 4. de vulgar. subst.* † An
igitur fiet ea extensio ex verbis legis Velleæ? Multò
minus, siue prius siue posterius legis caput adferas.
Vtrunque enim loquitur de liberis natis viuo testa-
tore. Nos cum Aquilio de posthumo nato post
mortem aui. An denique ex sententia legis Vel-
leæ inducemus, vt ad similitudinem mortis cæteri
casus admittendi sint? Ita Scæuolæ verba præ se fe-
runt. At neque hoc dici potest. Nec enim vllo capite
legis Velleæ aut mortis aut alius quisquam casus ex-
pressus est, aut etiam per interpretationem supplen-
dus. Nam sicuti nullam instituendi posthumi formu-
lam Velleus præscripsit: vtpote cui legem roganti fa-
cilius fuerit nouum ius facere, quàm formulam nouã
conscribere: ita neque conditionem vllam institutio-
ni posthumi aut nepotis iam nati adscribi iussit, sed
generaliter constituit priore quidem capite, vt qui-
buscunque verbis facta posthumi, siue filij, siue ne-
potis, institutio valeret si modò posthumus suus na-
sceretur etiãsi viuo auo. Posteriore verò, vt qui in lo-
cum sui heredis succederet quacunque tandẽ ratione
prior suus heres esse desiisset, si modò vtiliter institu-
tus esset, aut exheredatus, testamentum non rumpe-
7 ret. † Et verò in formula Galli Aquilij ideò necessaria
fuit condicionis adiectio quòd simpliciter institui nõ
posset posthumus qui testamenti tempore alienus e-
rat, essetque necesse institui illum ex eo demum tem-
pore quo suus esset: quæ etiam dubitandi ratio esse
videtur ad *l. 2. in prin. de iur. codic.* vbi agitur de legato
relicto posthumo in codicillis testamento confirma-
tis, quorum singulare ius est vt quæcunque in iis scri-
buntur perinde habeantur ac si in testamento relicta
essent, *§. codicillorum eadem l.* In casu legis Velleæ non
est necessaria, quia permittit puram alieni posthumi
institutionem dũmodo nascatur suus. Quòd si contẽ-
das, vel hoc ipso posse ex sententia legis Velleæ sumi
interpretationem vt casus mortis trahatur ad similes,
quòd lex Vellea non distinxerit qua ratione fiat vt
posthumus nepos nascatur suus. Dicam, Imò verò fie-
ri non posse vt ad hanc interpretationem & extensio-
nẽ aptetur sententia legis, quæ nec cõditionem insti-
tutionis, nec casum vllum requirat, nec aliud quicquã
præter suitatem natiuitatis tempore. † Quid ergo est
quod ex sententia legis Velleæ admittendũ esse Scæ-
uola scribit? Illud nimirum, vt nepos institutus ex
præscripto formulæ Aquilianæ solo casu mortis ex-
presso vtiliter institutus videatur, nec rumpat testa-
mentum quãdocunque post aui mortem natus suus,
licèt filius qui testamenti tempore suus erat non mor-
tuus fuerit viuo auo, sed vel deportatus, vel ab hostib.
captus. Idque non propter vim formulę Aquilianæ,
quæ sanè manca est cùm solũ mortis casum exprimit,
sed potestate legis Velleæ, quæ admittit institutionẽ
posthumi etiam alieni, etiã nati viuo auo aut patre. Est
enim legi conueniens ea interpretatio, vt eadem lex
multò magis defendere voluerit vtilẽ ab initio post-
humi institutionem ex eo demũ tempore factam quo
suus esset. Sufficit námque ad defendendam institu-
tionem vt casum aliquem vtilem habuerit argu. *l. Sti-
chus. 39. de manum. testam. l. pater filio. 54. de hered. instit.*
quomodo hîc casum illum vtilẽ habuit: Si filius viuo
auo mortuus fuisset. Ex quo intelligimus si lex Vellea
secuta non esset aliud responsuros fuisse Iureconsul-
tos. † Quanquã enim supplere potuerunt Galli for- 9
mulam hactenus vt quod de mortis casu exprimendo
prodiderat idẽ de cæteris casib. morti similib. expri-
mendis sensisse videretur, hoc est vt quemadmodum
potest auus ex ea conditione instituere nepotem, *si fi-
lius viuo se morietur*, ita & possit ex illa, *si filius viuo se
deportabitur, aut ab hostib. capietur*, attamen formulã in-
stitutionis à testatore factæ in casum duntaxat mor-
tis filij de qua tractatur in hoc §. supplere non potue-
runt, & ad alios casus non expressos extendere. Siqui-
dem lõgè facilius est supplere formulam Galli Aqui-
lij vt permittamus auo institutionem aliis verbis cõ-
cipere, dummodo ex verbis apparere possit institutũ
nepotẽ ex eo tẽpore quo suus posthumus esse incipiat,
quã supplere formulam institutionis, quod fieri certè
nequeat quin voluntas testatoris suppleatur. Itaque
Scæuola in *§. sequenti parte*, non sic loquitur vt dicat
in posthumi nepotis institutione vno tãtùm casu ex-
presso supplendos esse cæteros, sed *supplẽdos esse in Gal-
li Aquilij sententia*, quasi de omnib. casib. morti simili-
bus idem Aquilij iudicium fuerit vt exprimi similiter
possint. Porrò Aquilij sententiam suppleri nil necesse
esset si vno tantũ casu à testatore expresso cæteri sup-
pleri possent per interpretationem. Sic & *§. idem cre-
dendum*, supplet Scæuola formulam Aquilij vt licet de
nepote tantùm Gallus locutus sit, in pronepote tamẽ
idem existimauerit. An vt si auus nepotem instituerit
censeatur etiam instituisse pronepotem? Minimè. De-
buit enim pronepos ipse institui, ad hoc ne succeden-
do rumperet. Sed vt ita scribere proauus possit, *si me
viuo nepos decedat tunc qui ex eo pronepos mihi nascetur*,
&c. † Quibus consequens est, planéque necessariò fa- 10
tendum nnn Scæuolæ, sed interpretis esse verba illã
postrema hui⁹ *§. vt ad similitudinẽ mortis cæteri casus ad-
mittẽdi sint*, quæ sola interpretibus omnib. imposuerũt
vt loci elegantiam percipere non potuerint, vtque tot
cõmentarios de casus vnius ad alium extẽsione pror-
sus extra rẽ effuderint. Putauit autẽ, quisquis ille fuit
mal⁹ interpres, ita intelligendũ quod Scęuola scripse-
rat, *sed ex sententia legis Vellea & hæc omnia admittenda
sunt*. Et verò si Accursij glossam legas videtur ille ea
verba quæ tollimus ad sequentis §. principium retu-
lisse, cui tamẽ longè minùs cõueniunt vt facilè perspi-
cere quiuis potest. † Illud quoq in hoc §. obscurũ est, 11
nec à quoquã hactenus benè explicatum, cur Scæuola
emancipationẽ separet à deportatione, & cur tractet
de filio deportato, non autẽ de nepote emancipato. Et
puto rationem esse quia filius etiam institutus rumpit
testamentũ cùm emancipatur, non etiam nepos: quod
quoniam obscurius est & iam longiores fuimus, ex-
plicandum relinquemus *infr. cap. 15. lib. 10.*

CA-

CAPVT IV.

Quàm corruptus sit contextus eiusdem legis in §.quid si filium,& quàm malè à nonnullis emendatus, ac quomodo emendari debeat.

SVMMARIA.

1 *Verba hæc* d. §. quid si adhuc illis viuis post mortem scilicet aui, *explicari nullo modo posse.*
2 *Delenda esse verba illa*, post mortem scilicet aui.
3 *Nepotem conceptum ex eo qui iam testamenti tempore apud hostes erat, nec vnquam reuersus fuit, suum heredem auo iam a tempore testamenti esse.*
4 *Retinetur Florentina lectio in verbis* quare non induxere. *& eorum sensus proponitur.*
5 *Cur Iurisconsulti non induxerint vt ex filio captiuo nepos secundùm Galli formulam institutus vtiliter non videatur, siue patre & auo viuis, siue vtrisque mortuis siue alterutro tantùm viuo decesserit?*
6 *Cur casus ille ad legem Velleam nullo modo pertineat?*
7 *An in* d.§. quid si, *sola fictio sufficiat, vt posthumus medio tempore natus vtiliter institutus videatur?*
8 *Verba illa* d.§. melius ergo est. *vsque ad finem, Triboniani non Scæuolæ esse.*
9 *Aliud esse verba testatoris interpretari, aliud supplere.*
10 *Posthumum ita institutum, si post mortem testatoris nascatur, ex Iustiniani constitutione vtiliter institutum videri, licèt viuo testatore nascatur.*
11 *An illa Iustiniani constitutio quæ est* l.vlt. C.de posthum. hered.instit. *ad posthumum nepotem quoque pertineat?*
12 *Quid Tribonianum impulerit vt totum illum verborum contextum* melius ergo est,&c. *in* d.§ *addiderit.*
13 *Cur Scæuola in* d.§.quid si. *de ea institutionis formula loquatur, in qua mortis casus specialiter expressus est?*

COrruptum esse plerisque locis huius legis contextum, cùm ex lectionum varietate, tum ex recentiorum commentariis apparet, quibus videas alios aliter nunc hunc, nunc illum §. *emendare*, sicut & alij aliter interpretantur. Mihi præcipui momenti videtur esse emendatio illa quam nos superiore capite de nostro attulimus ad §. *& quid si tantùm.* Sed quæ à nobis nunc proponenda est, interpretaturis quod sequitur in § *quid si quis filium*, tantò difficilius admittenda videbitur, quantò audacior est, & ob id periculosior, ac locus ipse longè obscurior. Ideóque apertissimis rationibus agendum nobis erit vt eos saltem sententiæ nostræ assertores habeamus, qui nostro exemplo non iuris rationem ex recepta lectione aut Doctorum interpretatione, sed veram lectionem legúmque interpretationẽ ex iuris ratione metiuntur. Sic ait Scæuola, *Quid si, quis filium apud hostes habebat testaretur? Quare non induxere vt si antea quam filium ab hostibus rediret, quamuis post mortem patris decederet: tunc deinde nepos vel etiam adhuc illis viuis post mortem scilicet aui nasceretur, non rumperet? Nam hic
1 casus ad legem Velleam non pertinet.* †Hic illa primum explicari nullo modo possunt. *adhuc illis viuis post mortem scilicet aui.* Prorsus enim repugnat vt nepos natus sit *viuis illis*, id est, *patre & auo*, de quibus sunt præcedentia, & vt natus sit post mortem aui. Nec video qua ratione Accursij & Bartoli interpretatio probari possit, licèt eam Cuiacius probet vt Scæuola parùm ad id animaduertens à singulari numero transeat ad pluralem, & *viuis illis* dixerit pro *viuo illo*, id est, *patre*. Neque enim potuit Scæuola sine flagitio in hoc peccare tractans scilicet quæstionem illam cuius decisio ex eo potissimùm pendeat an viuo auo aut patre aut vtroque aut neutro posthumus nepos natus sit: quod & demonstrant satis sequentia illa *post mortem videlicet aui*, quæ si Scæuola non prætermisit, vt nostri volunt, ne dubitatio vlla superesset quis credat imprudenti ei excidisse vt in eadem parte clausulæ pluralem numerum pro singulari vsurpauerit? Dicerem potius si aliud nihil moueret quod Goueanus in prioribus Commentariis scripsit parũ acuti interpretis esse verba illa *vel etiam adhuc illis viuis*, aut ita saltem restituenda vt legamus *illo viuo* quod in posterioribus idẽ ille magis probauit. Quod vero nonnulli his verbis moti somniant tractare Scæuolam de pronepote, magis ridiculum est, cùm & præcedentia & sequentia ostendant toto hoc §. *non nisi de nepote agi.* Sed magis ridiculus Alciatus, qui locum hunc sic emendat vt legat, *post mortem scilicet qui nasceretur*, quæ nec vllius sensus lectio est, nec præcedentibus vllomodo conuenit *illis viuis.*
†Itaque, vt hinc nostra coniectura incipiat, dico de- 2
lenda prorsus verba ista *post mortem scilicet aui*, & ita legendum *tunc deinde nepos vel etiam adhuc illis viuis nasceretur*, vt sensus sit. quòd ad propositam dubitationem attinet, nihil referre an nepos ex filio ab hostib. capto natus sit patre & auo mortuis, an vtrisque viuis. Neuter enim casus aut ad Aquilij formulam aut ad legem Velleam pertinet. Non equidem ad Aquilij formulam, his verbis conceptam, *si filius meus me viuo morietur*, non tantùm quòd longè alius & dissimilis casus sit captiuitatis à casu mortis, sed etiã quia filius qui testamenti tempore apud hostes fuit quandocunq. in eodem statu decesserit iam tũ mortuus fuisse intelligitur nõ ex fictione legis Corneliæ vt vulgo nostri omnes imperitissimè existimant (neq. enim fictio legis Corneliæ locum habere potest in persona filijfamilias vt docebimus *lib. 7. cap. 8.*) sed quoniam citra fictionem ab ipso instãti captiuitatis factus reuera seruus pro nullo & mortuo haberi de-
buerit *l.quod attinet.32.de reg.iur.* †Vt proinde nõ ferè 3
minus stultè faciat auus qui filium habens apud hostes vnde nunquam reuersus sit, nepotem ex ea conditione heredem instituit, *si filius me viuo apud hostes decesserit*, aut etiam prætermissis iis verbis, *me viuo*, ac si sic scriberet filio iam testamenti tempore mortuo, *si filius meus morietur.* Denique Galli Aquilij formula pertinet ad institutionem nepotis posthumi qui testamenti tempore sit alienus. Hic autem natus post testamentum siue viuis patre & auo siue vtrisque mortuis, siue alterutro tantum, si modò conceptus sit ex eo qui iam testamenti tempore apud hostes erat, nec vnquam reuersus fuit. suus heres auo iã inde ab eo tempore quo testamentum præcessit, fuisse credendus est. Ergo non solum minùs sufficiens est huius nepotis institutio in casu mortis filij concepta, quæ, vt superiore capite diximus, nec ad deportationis aut emancipationis casum trahi posset, sed & ipsa Aquiliana formula in hanc rem prorsus inepta est, adeò vt nec suppleri in ea possit casus hic præsentis captiuitatis: tametsi & captiuitatis futuræ perinde ac deportationis aut emancipationis conditionem admittat. † Quapropter non malè Florentina lectio 4
sic habet. *quare non induxere*, non quomodo vulgata quam tamẽ Goueanus probat, *quare non induxit.* Neque enim miratur aut quærit Scæuola cur Aquilius

nō induxerit vt huius nepotis institutio valeret (cū
etiam vetere iure & ante Gallum potuerit haud du-
biè posthumus hic nepos vtiliter institui defuncto
quandocumque posteà patre apud hostes, quasi iam
suus, vt dixi, quia & impunè pater eius præteriri po-
5 terat: hac eadem *l. §. in omnibus. & l. pen. infra eod.* † Re-
uerso autem patre nullomodo potuerit institui quòd
esset alienus) sed quærit cur ij qui Aquilianam for-
mulam sic interpretati sunt vt quamuis testator de
morte filij nil expresserit, at simpliciter posthumum
nepotem instituerit, valeat institutio in eum casum
qui ex verbis concipi possit (de quibus in *§. quidam
rectè*) iidem non induxerint vt ex filio captiuo nepos
institutus sicuti Gallo placuit vtiliter institutus vi-
deatur siue patre & auo viuis, siue vtrisque mortuis,
siue alterutro tantùm viuo decesserit. Causa autem
propter quam id inducere debuerint, illa fuit, quòd
hic nepos præteritus perinde rumpat testamentum
ac si filius post testamētum captus ab hostibus fuis-
set. Non enim, vt mox Scæuola subiicit, casus hic ad
legem Velleam pertinet, quod ita accipi omnino de-
bet vt nec ad verba nec ad sententiam legis perti-
neat, siue viuis, siue mortuis vtrisque parentibus nas-
catur, cùm vtrumq. casum tractet Scæuola. An quia
lex Vellea eorum tantùm posthumorum institutio-
nem ad probet qui viuo testatore nascuntur? At ra-
tio hæc probaret potiùs Pertinere igitur hūc casum
ad legem Velleam nato nepote viuis parentibus,
quod tamen Scæuola negat. Deinde iam ostendimus
superiore capite legis quidem Velleæ verba iis tan-
tùm posthumis conuenire qui in vita nascuntur. sed
sententiam tamen ad eos quoque extendi qui nas-
cuntur post mortem si modò nascantur sui, &
casum aliquem vtilem habuerit institutio: quam
diximus esse sententiam *§. & quid si tantum:* An quia
lex Vellea de iis tantùm, & locuta fuisse & sensisse
videatur qui testamenti tempore fuissent alieni cùm
introduxerit vt possent institui *§. ille casus infrà hac le-
ge.* Verum & illum quoque casum Velleius primo
capite complexus est si nepos eo tempore institua-
tur quo filius non sit, & consequenter quo nepos iā
sit suus, vt apertè Scæuola scribit in *§. nunc de lege.*
Nec fuit hoc casu superua cua legis prouisio, cū iure
antiquo nec talis posthumus suus posset institui, si
posteà viuo testatore nasceretur, perindéque rum-
peret acsi non esset institutus, *lege tertia §. primo de
iniust. rup. Vlpianus. titulo vigesimosecundo. qui hered.
instit. possess. §. eos qui in vtero sunt, in fragment.*
6 † Ratio igitur propter quam casus hic de quo
tractamus ad legem Velleam nullomodo pertinet,
illa sola est, quòd nepos ex eo natus qui apud ho-
stes est natiuitatis tempore, nō omnimodo nascitur
suus, sed ita demum si posteà pater decedat apud
hostes. Quid enim si ab hostibus reuertatur? Fictio-
ne postliminij nunquam captiuus fuisse videbatur,
sed in ciuitate & patris potestate perpetuò mansisse,
atque ita nepoti obstitisse quominus suus vllo tem-
pore fuisse videri possit. Atqui lex Vellea primo ca-
pite eius demùm posthumi institutionē & permit-
tit, & admittit, qui omnimodo suus heres nascatur.
Designat enim præcisè tempus natiuitatis posthumi
d. § nunc de lege. Ideoque nec potest eius potestas in
suspenso manere vsque in id tempus quo certum es-
se incipiat an fictio postliminij locum habitura sit
vt posthumus natiuitatis tempore suus fuisse videa-
tur. Nec ad rem pertinet quòd ob eandem fictio-
nem, ipsius quoque testamenti vis in suspenso ma-
net. Id enim idcircò fit quod filio redeunte ab ho-
stibus nulla captiuitatis ratio habetetur, nec nepos
suus vnquā fuerit: filio autē apud hostes mortuo ve-
rum sit iam tum cùm testamentum fiebat fuisse illū
extrà patris potestatem, atque ita nepotem post ca-
ptiuitatem natum suum heredem fuisse eo instanti
quo natus est. Denique fictio postliminij facit qui-
dem vt intestati successio filio quandocūque reuer-
so delata intelligatur *l. pen. de suis & legit.* At captiuo
apud hostes defuncto nepotem qui in ciuitate man-
sit, & reuera suus fuit heredem ab intestato nō facit,
quoniam nulla in eam rē fictionis potestas est. quā
scilicet sufficit cessare vt nepos iure communi ad-
mittatur. † Ergo quòd ad causam testati pertinet 7
multò minus fictio sola sufficiet, vt posthumus me-
dio tempore natus vtiliter institutus censeatur, quia
prius est vt institui potuerit, quā vt vtiliter institutus
fuerit. Institui porrò nō potuit siue ius ciuile, siue le-
gem Velleam inspicias. nisi ita demùm posthumus
qui futurus omnimodo nascitur, quod huic sanè non e-
uenit. Nam admittimus quidem suum natum fuisse
hoc ipso quod eius pater iam tum captiuus, nec po-
steà reuersus abinde mortuus habebatur, sed nō ita
suum natum fuisse vt non suus nasci non potuerit. I-
taque idem hic, licèt alia ratione, euenit quod in
specie *l. si quis filio. 6. de iniust. rupt. l. scripto. 7. D. vnd. li-
ber.* vt filius qui nepoti non obstaret in successione
intestati eidē obstet in causa testati, non vt impediat
ne præteritus nepos rumpat testamentū, si filius ipse
apud hostes moriatur, sed vt faciat ne potuerit ne-
pos ex lege Vellea aut ex iure ciuili institui, propter-
cà quòd pendente eo an filius quandiu apud hostes
est pro viuo aut mortuo haberi debeat propter post-
liminij fictionē, ipsius quoque nepotis ius pendere
necesse sit. Nulla siquidē retrofictione fieri potest vt
nepos auo moriente suus illi heres omnimodo na-
sciturus fuisse videatur, cū reuerso quandocunque
patre ab hostib. futurū sit vt appareat natiuitatis tē-
pore fuisse eū no suū. Quæ etiā differentiæ ratio est
inter nepotē ex filio captiuo, & nepotē ex filio exhe-
redato, in ea specie quā Paulus ex Pōponio & Mar-
cello tractat in *l. si quis posthumos. 9. §. filium de liber. &
posth.* de huius sententia & emēdatione dicemus lib.
seq. c. 12. † His consequēs videtur, vt quod apud Scę- 8
uolam sequitur *melius ergo est vt in eiusmodi vtilitate,
præsertim post legem Velleam quæ & multos casus rūpendi
abstulit interpretatio admittatur.* & cætera omnia ad fi-
nem vsque §. Triboniano potiùs quàm Scæuolę ad-
scribamus. Nemo enim vnquam ex iurisprudentibus
quorū scripta habemus respōdit, aut respondere po-
tuit eum qui institutus esset sub ea conditione, si
post testatoris mortem nasceretur, vtiliter institu-
tum videri eo casu quo natus esset viuo testatore.
Quin extat in contrariū apertissima Pomponij sen-
tentia in *l. commodissimè. 10. hoc tit. l. si ita scriptum. 47. §.
1. de her. inst.* Itémque Pauli *li. 3. sen. tit. 4. de testa. § an-
tep.* Imò & eiusdē Scæuolæ quē tractamus in hac ipsa
lege *§. forsitan.* vbi negat ille. rectè institutū videri eū
qui viuo testatore natus est, si in casum iuris antiqui
institutus erat, hoc est sub ea conditione, Si post te-
statoris mortem nasceretur. † Et sanè longè aliud est 9
interpretari verba testatoris, aliud supplere. Inter-
pretari Iurisconsultus & potest & debet, quantum vo-
luntatis cōiectura patitur, supplere verò nec potest
nec debet, tametsi maxima æquitatis ratio vrgere vi-
deatur, in eámque rem prorsus necessarium est aut
legis alicuius aut rescripti principalis auxilium vt
iam suprà diximus cap. proximo. † Primus itaque Iu-
stinianus fuit qui summa æquitate motus constituit 10
in *l.*

in *l. vlt. C. de posth. her. instit. quæ ex vna. 50. Decis.* vt posthumus in casum iuris antiqui institutus, hoc est, si post mortem testatoris nasceretur vtiliter institutus videatur etiam in casum legis Velleæ, h. e. tametsi viuo testatore nascatur: Ne, inquit, præteritionis pœnam patiatur pater qui liberos nō præterit. Quæ constitutio cùm apertè nouum ius faciat, frustrà labores cum nostris interpretibus, si eam cum Pandectarum legibus conciliare velis. In eóque iam recẽtiores omnes consentiunt, reiectis distinctionib. illis quas vulgares interpretes comminiscuntur, an decẽmensiũ tempus in cõditione nascituri posthumi expressum sit nécne, aut an demonstratũ fuerit corpus quod in vtero esset, an generaliter & indefinitè institutus posthumus. Nam ea proculdubio Iustiniani mens est vt qui in casum mortis institutus est videatur rectè institutus omni casu siue viuo siue mortuo testatore natus sit, vt testatoris voluntas adiuuetur.

11 †Quanquam autem ea cõstitutio, si verba inspicias, non nisi de filio loquitur, idem tamen testamentorum fauor, eadémque volũtatis coniectura & æquitatis ratio euincit vel inuito Bartolo, vt in posthumo nepote sub eadem formula instituto idem admittamus. Nec enim recta est ratio illa diuersitatis, quòd filius posthumus iure antiquo perinde in vtrumque casum potuerit institui, posthumus nepos nõ item: Cum per legem Velleam non minùs in filio quàm in nepote posthumis inductum sit, vt possint institui, si viuo patẽte nascãtur, vt rectè Cuiacius docuit ex *l. 3. §. 1. de iniust. rup.* Et longè rectiùs quàm Goueanus qui in posterioribus quoque commentariis scripsit, ad nepotum duntaxat, non etiam filiorũ institutionem pertinuisse legẽ Velleam, deceptus eo quod scriptum est in *d. l. sed etsi conditioni. 6. §. 1. de here. inst.* nec animaduertẽns tractare Vlp. eo loco nõ de primo cap. *leg. Vellea*, quod sanè generale fuit, sed de secundo, quod cùm ad eos tantùm pertineat qui succedendo testamentum rumpere possunt, in nepotibus tantũ n habere locum potest, non in filiis, quia quoniam in primo gradu constituti sunt non habẽt

12 cui possint succedere.† Ad hanc igitur Iustiniani cõstitutionem quę de filiis posthumis lata est respiciẽs Tribonianus, & vt hanc ipsam dubitationem dilueret quam nostri quasi indecisam agitant, vtrum in posthumis nepotibus idem admittendum esset addidit ad Scæuolam totum illum contextum verborum, *melius ergo est*, inquit, *vt in eiusmodi vtilitate*, hoc est propter vtilitatem publicam ad quam fauor testamentorum pertinet, *præsertim post legem Velleam quæ & multos casus rumpendi abstulit*, neque enim omnes abstulit, saltẽ ne hũc quidẽ quẽ Scæuola proponit De nepote ex filio captiuo, qui natus sit viuis patre & auo *interpretatio admittatur*, suppletionẽ dicere debuerat potiùs quàm interpretationẽ, *vt instituens nepotem*, malè ab his verbis veteres interpretes nouũ §. inchoabant, *qui sibi post mortẽ suus nasceretur:* Ecce formulã vererẽ institutionis posthumi ab Aquilio quoque obseruatã in posthumo nepote instituẽdo, *rectè instituisse videatur quibuscunque casibus nepos natus suus esset rumperetq; præteritus.* Sic enim lego sublatis illis verbis, *post mortem*, vtpote additis ab eo ipso, vt credibile est interprete qui in priorib. illa etiã addiderat, quę nos iã sustulimus, *post mortẽ scilicet aui*. Alioqui non erit decisio cõgrua & accõmodata ad propositũ casum De nepote qui adhuc viuis patre & auo natus sit: fatendumq. erit casum illum manere indecisũ, cũ tamẽ nõ potuerit decisio cõcipi verbis generaliorib. quàm illa sunt, *quibuscunque casibus*. Illud. n. duntaxat intuendum vult Tribonianus: An posthumus nepos in vnum casum institutus talis sit qui in alium rumpere testamentũ possit tanquã pręteritus, vt in eũ ipsum casum in quẽ rũperet, vtiliter institutus videatur. Ratione illa generali, vt arbitror, quæ posita est in *d. l. vlt. C. de posthum. hered. insti.* ne præteritionis pœnam patiatur qui nepotẽ non præterit. Cui conuenit quod statim sequitur. *Atque etiam si generaliter quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, vt* (nam & sic lego, non *aut*) *quicunque natus fuerit sit institutus si suus nasceretur.* Ecce hic repetita non esse verba illa, *post mortem*, vt intelligamus etiamsi testator institutionem sic conceperit, *quicquid mihi liberorum natum erit post mortem*, institutum tamen videri quicunque suus natus fuerit, *quicunque*, inquam, id est tam qui viuo quam qui mortuo testatore natus sit, dummodò suus, hoc est talis cuius præteritione alioqui testamentum rumperetur. Qualis est etiã is qui auo in ciuitate natus est ex patre capto ab hostibus. Quanquam enim non omnimodo suus nascitur propter spem postliminij, ob idque nec ex lege Vellea institui nullo modo poterat patre tamen posteà apud hostes mortuo, apparet natum fuisse suum, ideoque testamentum rumperet si pro præterito haberetur. Melius ergo est, inquit Tribon. vt in tanta vtilitate quanta est sustinendi testamenti vtiliter institutus videatur licet in alium casum natus sit, quàm in quem fuerat institutus. Errant autem manifestissimè qui huius loci sententiam illam esse putant, vt cautionis loco ne tam facilè testamenta rumpantur consilium dare Scæuola velit, concipiẽdæ institutionis verbis generalib cuiusmodi illa sunt. *Qui mihi post mortem suus nascetur*, aut *quicquid mihi liberorum natum erit post mortem*. Nullo expresso casu aut mortis aut deportationis aut captiuitatis filij ex quo conceptus sit nepos qui instituitur. Nam si consilium dandum erat cõmodius aliud excogitari non poterat quàm quod à Pomponio traditur in *d. l. commodissime*, vt qui nõdum natus est, vel in vtrumque casum expressum vitæ & mortis instituatur, vel etiam purè neutrius temporis habita mentione †Atqui Scæuola de ea institutionis formula loquitur in qua additus & expressus sit casus ille specialis, *post mortem meã*. 13
Et verò cùm Aquili. formulam interpretatur, nõ potuit ea verba prætermittere, quia nec Gallus potuerat cùm posthumi sui institutio iure antiquo nõ nisi in hũc nominatim casũ permissa esset vt supradicto Sententiarum loco Paulus refert: nec nisi post legẽ Velleam valere cœpit institutio posthumi talisqualis à Põponio præscribitur in *d. l. cõmodissimè*, hoc est aut in vtrumque casum aut purè facta. Quæ omnia si vera sunt vel hic maximè locus probabit casũ mortis trahi hodie ad casum vitæ, etiamsi neque certum tẽpus, neque certũ posthumi corpus in institutione demonstratum sit contrà eorum errorem qui putãt his casibus non esse locum decisioni *in d. l. vlt. C. de posthum. hered. instit.* Vnus tantum in Pandectis textus est, ex quo tentari possit etiam ante Iustinianum casum mortis ad casum vitæ trahi potuisse: de quo sequenti capite dicendum nobis est, quòd & superioribus aduersari, & non minùs emendatione aliqua quàm noua interpretatione egere videatur.

CAPVT V.

Emendatio & interpretatio l. si pater filium. 22. De vulg. & pupill. subst. & l. posthuma. 24. de liber. & posthum.

SVMMARIA.

1 *An dicta lex* si pater filium ab. *de vulgari tantùm, an verò de pupillari substitutione accipienda sit?*
2 *Verba hæc* post mortem *in* d.l. *ad mortem testatoris, non filij instituti pertinere.*
3 *Sub qua conditione posthumus institui soleat?*
4 *Iacobi Rauennæ ad dictam legem interpretatio.*
5 *An tacita vulgaris substitutio in pupillari expressa, ideò expiret, quòd impubes cui substitutus datus fuerat, viuo testatore decesserit?*
6 *Goueani ad hanc legem explicatio.*
7 *Cur in specie dictæ legis rupto primo gradu testamentum non incipiat a secundo, in quo posthumus institutus reperitur?*
8 *Quibus casibus posthumus partem duntaxat testamẽti rumpat?*
9 *An in* d.l. *posthumus si fratre iam mortuo nascatur testamentum indistinctè rumpat?*
10 *An in dicta legis specie testamentum rumpatur à posthumo post fratris mortem nato, si post patrem frater decesserit?*
11 *Respondetur ad duas obiectiones.*
12 *Casus quo non obstante posthumi præteritione testamentum valet.*
13 *Quid in* d.l. *significent ea verba* viuo patre, *& quò Goueanus ea referat?*
14 *Verba illa è* d.l. *delenda esse.*
15 *An si testator filio puberi instituto posthumum vulgariter substituerit, testamentum rumpatur, siue viuo fratre, siue post mortem fratris posthumus natus sit?*
16 *Hereditatem non deferri ex testamento, quod in eo sit vt rumpi possit: & quid inde sequatur?*
17 *Filium in dicta quæstione heredem necessarium ex testamento fuisse.*
18 *An si dictus filius institutus emancipatus fuerit, posthumus frater ei in casum vulgarem vtiliter substitui possit?*
19 *Emendatur* §. forsitan l. Gallus, & l. posthuma. 24. de liber. & posthum.
20 *De vetere differentia inter posthumum & posthumam quoad institutionem vel exheredationem.*

AIt lex, *Si pater filium impuberem heredem scripsit, & ei substituerit si quis sibi post mortem natus erit, deinde viuo fratre posthumus natus fuerit, testamentum rumpetur, Post mortem autem fratris viuo patre natus, solus heres patri suo existet.* Locus sanè perobscurus est,
quia concisus, variasque admittens, si nostris credi-
1 mus, interpretationes. † Accursio, Bartolo, & veteri-
bus omnibus præter vnum Iacobum de Rauenna,
placuit non de pupillari substitutione intelligi le-
gem debere, sed de vulgari tantùm, ideoque nihil
referre an impubes an pubes filius scriptus propo-
natur. Substitutum autem esse hoc casu posthumũ
qui testatori non mortuo, sed viuo nasceretur, post
mortem tamen filij instituti. Ideoque si viuo fra-
tre nascatur, testamentum rumpere, quia non fuerit
in hunc casum institutus, si post mortem fratris &
patre viuo, non rumpere, quasi purè institutum, purificata scilicet, vt loquuntur, duplici illa institutio-
nis conditione, qui tamen rumperet si post patris
quoque mortem nasceretur. Vtpote in contrarium
casum institutus, si viuo patre natus esset, sed pro-
piùs intuenti mihi non potest interpretatio hæc ra-
tione vlla videri probabilis. Quid enim apertiùs,
quàm tractare Iulianum de pupillari substitutione,
& ob id nimirum de scripto herede impubere lo-
qui, non etiam de pubere? Etsi enim impuberi quo-
que vulgariter substitui potest perinde ac puberi, ea
tamen substitutio ex Diuorum fratrum constitutio-
ne pupillarem etiam casum continet *l. iam hoc iure. 4. D. hoc tit.* euaditque in pupillarem quoties pupil-
lus patri heres extitit, ac posteà impubes decessit.
Inst. de pup. substit. in prin. Deinde quod lex ait, *si quis sibi natus erit*, sic intelligere vt suppleas *viuenti*, pror-
sus commentitium est, nec solùm commentitium,
sed etiam improbabile cùm statim sequatur, *post
mortem.* † Illud verò iterum absurdius, verba hæc, 2
post mortem, referre ad mortem filij instituti, ac non
potiùs ad mortem testatoris, ad quem proximam il-
lam & præcedentem dictionem, *sibi*, referendam es-
se omnes fatentur, & apertissimum est. Vt taceã vul-
garem & ex vetere iure receptam fuisse illam post-
humi institutionem, Si post testatoris mortẽ nasce-
retur, vt superiore capite diximus ex Paulo *libro tertio sentent. tit. 4. §. antepenultim.* Nam etsi non ignoro
Iuliani temporibus, & post legem Velleam potuisse
institui posthumum sub ea quoque condicione, Si
viuo patre natus esset, cùm tamen magis propriè
posthumus is dicatur, qui post patris mortem nasci-
tur *Loeris ia in princ. de iniust. rupt.* vix est vt quis sub
ea tantùm condicione posthumum suum instituat,
sed vel sub illa potius quæ vulgaris erat, Si post mor-
tem nasceretur, vel sub vtraque ex Pomponij con-
silio in *l. commodissimè de liberis & posthumis.* ne tam 3
facile testamentum rumperetur. † Nec sanè memini legere me vllo iuris loco, posthumum sub ea
solùm condicione institutum proponi, Si viuo te-
statore natus esset, sed vel simpliciter, vel sub illa, Si
mortuo testatore, vel sub vtraque simul. Sicut nec
vsquam reperias institui posthumum qui post mor-
tem fratris sui instituti nasceretur. Imò & tale testa-
mentum ab initio nullum est & iniustum, vtpote in
quo præteritus sit ille ipse filius iam natus qui insti-
tutus proponitur. Nam cùm ex testamento non pos-
sit deferri hereditas ne quidem suo heredi scripto,
quandiu rumpi testamentum potest *leg. ventre. 84. de acquirend. heredit.* & in proposita specie testamen-
tum in eo sit vt per agnationem posthumi rumpi
possit nisi vno illo casu quo post fratris instituti
mortem nascatur posthumus: Consequens est vt fi-
lius institutus non nisi post mortem suam scriptus
videatur, ac proinde vt sit præteritus, qui scilicet
quamdiu vixit nec institutus fuerit, nec exheredatus
l. si ita scriptum. 13. §. vltim. l. filium. 28. de liber. & posthu.
Atqui manifestum est, Iulianum eam speciem tra-
ctare in qua testamentum valeat quoad vsque per
agnationem posthumi ruptum sit, & quòd saltem eo
casu valere possit quo post mortem fratris viuo pa-
tre natus sit posthumus, vt in fine legis scriptum est.
Deinde quid ineptius quàm legis sententiam illam
putare vt posthumus sub duplici conditione insti-
tutus, Si & viuo patre, & post fratris mortem nasce-
retur, heres esse possit vtraque impleta condicione,
si aliud nihil impediat? Itaque miror Iacobum Cu-
iacium in Commentariis ad *dict. leg. commodissimè*,
Accursij ad hunc locum interpretationem tam im-
probabilem adprobasse, † Iacobus autem de Ra-
uenna quem Bartolus refert, licèt de pupillari sub- 4
stitutione legem interpretetur, Iuliani tamen sen-
tentiam assecutus non est, qui eam esse putat, vt
tacita vulgaris quæ in pupillari expressa continetur
non expiret defuncto pupillo viuo testatore quan-
do impuberis frater est substitutus. Neque enim aut

de

de tacita vulgari,aut de vi ſubſtitutionis Iulianus tra-
ctat ſed de viribus teſtamenti , an & quoniam de-
mùm caſu agnatione poſthumi rumpi poſſit. Vide-
batur nãque poſthumus omni caſu præteritus, quip-
pe qui non inſtitutus aut exheredatus ſed tantùm
ſubſtitutus eſſet ſiue vulgariter ſiue pupillariter ſub-
5 ſtitutum malis dicere. † Illam verò tacitam vulga-
rem quæ in pupillari expreſſa ex Diui Marci reſcrip-
to continetur , certum eſt non ideò expirare quòd
viuo teſtatore impubes cui ſubſtitutus datus fuerat,
deceſſerit,ſiue impuberis frater , ſiue extraneus ſub-
ſtitutus ſit. Nam quod dici ſolet non aliter adiri he-
reditatem pupilli ex pupillari ſubſtitutione, quàm ſi
paterna quoque ex paterno teſtamento adita ſit,tum
demùm verè dicitur cum pupillus exheredatus pro-
ponitur non cùm inſtitutus fuit *l.2.§. adeò l.ſed ſi plu-
res.10. §.ſi ex aſſe. D. hoc tit.l.ita tamen.27.qui ſuſpe-
ctam.D.ad SC.Trebell.* Si quidem inſtituto impuberi
datus ſubſtitutus, impubere aut ante patrem mor-
tuo aut ſe abſtinente poteſt ipſe ex vulgari tacita pa-
tri ſuceedere,atque ita vel pupillares quoque tabu-
las confirmare vt alio loen ſcripſimus,licèt Gouea-
nus paſſim diſſentiat , vel ſi de pupillaribus tabulis
tractari nihil poſſit,filioſamilias prædefuncto,pater-
nam ſaltem hereditatem vindicare. Non enim ſolo
pupillorum ſauore ſed etiam teſtamentorum niti-
tur illa Diui Marci conſtitutio.Filio exhetedato vul-
garis tacita , aut,ſi melius loqui velis, à lege ſubin-
tellecta , nulla eſt, cum non niſi ineptè poſſit ſub ea
conditione.*ſi heres non erit* ſubſtituere illi qui exhe-
6 redatus eſt , nec heres eſſe poteſt. † Rectiùs igitur
Goueanus ad hanc legem , licèt non omnino rectè,
Iulianum ſic explicat,vt in propoſita ſpecie teſtamẽ-
tum rumpatur agnatione poſthumi fratri impuberi
ſubſtituti , quia in primo gradu præteritus reperitur:
in quo omnes conueniunt, ſi viuo fratre poſthumus
natus fuerit. Quandiu enim frater viuit qui primo
loco & ſolus inſtitutus eſt non poteſt ex ſubſtitutio-
ne deſerri bereditas *l.quamdiu inſtitutus.69.D.de acq.
hered.* Et conſequenter non poteſt ea ſubſtitutio fa-
eere quin poſthumus in primo gradu præteritus te-
periatur, ſiue viuo ſiue mortuo patre naſcatur , quia
quandocunque natus , loco eius eſt qui teſtamenti
tempore ſuperſtes fuit *l.ſi primo.8.in fi.de liber.& poſt-
hu.*† Sed queri adhuc poteſt,Cur non admittat Iulia-
7 nus , vt tupto primo gradu teſtamentum incipiat à
ſecundo in quo poſthumus inſtitutus reperitur. Et
reſpondet Goueanus non poſſe teſtamentum in ſe-
cundo gradu conſiſtere quòd in eo filius ſuperſtes
præteritus ſit. Non malè,ſed minus ſufficienter niſi
hanc rationem ex alia ſuppleas & adiuues.Poſſet e-
nim adhuc obiici,quod veriſſimum eſt, ſufficere ad
validitatem totius teſtamenti vt filius in primo
gradu ſit Inſtitutus , nec eſſe neceſſe vt in ſequenti-
bus inſtituatur vel exheredetur , *d.l.ſi poſthumus.§.
quod vulgo.l.4.§.vlt.de hered.inſtit.* Itaque addendum
eſt , toties ſufficere filium in primo gradu inſtitu-
tum fuiſſe quoties ex ea inſtitutione cum ſecundi
gradus heredibus heres eſſe poteſt, quod non ali-
ter contingit quàm ſi habuerit coheredem cui ſub-
ſtitutus datus eſt , primuſque ille gradus valeat.
Alinqui abſurdum ſit inſtitutionem in primo gra-
du factam quæ vnà cum gradu rupta ſit,ipſi filio no-
cere vt hereditatis paternæ commodo priuetur ſi-
cut in ſimili de exheredatione quoque ſcriptum eſt
in *l.filium 20. verſic. Iulianus de bonor. poſſ. contr.
tabul.* Hic autem fieri nequeat, vt ſimul cum poſt-
humo ſubſtituto admittatur filius inſtitutus , cùm
duo gradus ſint ſucceſſionis ordinem neceſſariò in-
ducentes,arg.*l.cùm in teſtamento.37.de hered.inſtit.& l.
prox.ſup.hoc tit.*ne fiat contra voluntatem ſi adiectũ
coheredem demus ſubſtituto cui totum teſtator de-
derit *argumen.l.verbis ciuilibus.7.D.hoc tit.*ſed & reſ-
pondere Goueanus potuit , & meliùs, non poſſe in
propoſita ſpecie teſtameotum conſiſtere in ſecundo
gradu in quo poſthumus eſt inſtitutus, nec ſi frater
in eodem inſtitutus eſſet aut exheredatus,quia poſt-
humus in primo gradu præteritus ſi naſcatur viuo
inſtituto rumpit totum teſtamentum , nec ſequen-
tem gradum valere patitur. In quo ſanè plus iuris
habet quàm filius iam teſtamenti tempore natus, &
in primo gradu præteritus , in ſecundo vel inſtitu-
tus,vel exheredatus *l.nam etſi.5. verſ.rumpendo de in-
iuſt.rupt.* † Et quod dicitur poſſe fieri vt poſthumus 8
partem duntaxat teſtamenti rumpat , tunc euenit
cùm in primo gradu eſt exheredatus , in ſecundo
præteritus *l.3.§.vltim.& l.ſequent.l.ſi ego.19.eod.l.ſi poſt-
humus.14.de liberis & poſthum.* Poſthumo autem in-
ſtituto in primo gradu licèt præteritus ſit in ſequen-
tibus, totum teſtamentum valet ſi modò nihil ſit
quod impediat ne primus valere poſſit, quia nihil
imputari poteſt patri qui poſthumum in primo gra-
du heredem inſtituerit. Nec minùs in poſthumo
quàm in filio iam nato locum habet quod ſcriptum
eſt in *d.§.quod vulgo l.poſthumus.14.de liber.& poſth.*† 9
Si autẽ fratre iam mortuo poſthumus naſcatur, quæ
ſecunda legis pars eſt, longè difficilius videtur, An
teſtamentum omnimodo & indiſtinctè rumpat.
Nam quod Iulianus ita ſcribit , *Poſt mortem autem
fratris viuo patre natus ſolus heres patri ſuo exiſtet* , di-
ſtinctionis materiam Goueano præbuit. Poſt pa-
trẽmne, an verò ante patrem filius primo gradu in-
ſtitutus deceſſerit. Vt ſi ante patrem eo demùm caſu
poſthumus non rumpat teſtamentum , propterea
quòd inſtitutione fratris facta quaſi caduca ſubſti-
tutio poſthumi ad intellectum inſtitutionis reuoce-
tur *l.cùm ex filio.39.§.quidam hoc tit.* Si verò poſt pa-
trem adhuc rumpat,quia in primo gradu preteritus
repetiatur. Et ſanè vix eſt vt alium ſenſum admittãt
verba illa *viuo patre* quæ haud dubiè eſſent ſuper-
flua ſi nihil referret viuóne an mortuo patre frater
poſthumi deceſſiſſet. † Videamus tamen ne falſum 10
ſit quod ille putat rumpi teſtamentum à poſthumo
poſt fratris mortem nato ſi poſt patrem frater deceſ-
ſerit. Nam certi iuris eſt non aliter rumpi teſtamen-
tum agnatione poſthumi , quàm ſi eo tempore præ-
teritum ſe inueniat quo naſcitur. *l.3.§.ex his apparet
de iniuſt.rupt.l.2.C.de bon.poſſ.contr.tab.* Hic autem de
quo agimus licet in primo gradu prætetitus fuerit,
reperit tamen ſe inſtitutũ cùm naſcitur , quippe qui
poſt fratris mortẽ natus &,eo tempore quo de pri-
mo gradu amplius quætendũ oihil eſt, bereditatem
patris poſſit ſibi ex ſubſtitutione acquirere. Neq.n.
frater iam mortuus obſtare poteſt quominùs poſt-
humus ſubſtitutus heres exiſtat ex ſubſtitutione pu-
pillari ſi modò in pupillari ætate deceſſerit. Nã ſi iã
pubes factus diẽ ſuũ obiiſſet , cùm pupillaris ſubſti-
tutio extincta & finita eſſet, poſthumus qui ſubſtitu-
tus tantũ fuerat , præteritus reperiretur , & ita teſta-
mentum agnatione rumperet.† Nec ad rem perti- 11
nebit ſi quis obiiciat ſubſtitutionẽ pupillarem teſta-
mentum eſſe filij , nec proinde valere poſſe in vllũ
caſum ſiue vulgarẽ ſiue pupillarẽ , ſi paternũ ipſum
teſtamentũ non valeat *l.ex pupillari.44.hoc tit.* Nam
reſpondeo , Eum quoque qui impuberi ſubſtitutus
ſit, nõ minùs patri quã ipſi impuberi heredem eſſe

l.1.§.1.sup.l.prox.infr.eod.l.si ita scriptum.8.§.qui filio de bonor.poss.secund.tab. & ideo non minùs videri eũ testamento patris institutum secundo gradu, quàm si alij cuilibet instituto vulgariter substitutus fuisset: cùm patris & filij testamentum vnum sit, *l.pater fam.28.de reb.autor.iudic.possid.* aut saltem pro vno habeatur tam ciuili iure quàm Prætorio *l.patris.20.hoc tit.* Vnde illud quoque fit vt posthumus qui pupillo alienus sit, heres ei dari possit dummodò sit suus testatori *l.2.§.prius.a.hoc tit.* quod falsum esset, nisi ea ratione fieret, quòd quisquis pupillo substituitur ab ipso patre institutus videatur. Alioqui enim obstaret iuris ciuilis regula, quæ alieni posthumi institutionem non admittit. Sed & ex eodem fonte manat quòd qui patri necessarius est, idem pupillo quoq. est *d.§.prius autem.l.sed si plures.10.§.quos possum eod.* Valebit igitur testamentum patris filio instituto etiã post patrem mortuo, posthumoque qui in secundo gradu pupillariter substitutus, in primo præteritus fuerat, deinde nato, quia quo tempore natus est nihil ei obstat, quo minùs possit ex testamento heres esse, & quidem solus, sublato iam fratre de medio: Vt proinde absurdum sit dici eum præteritum qui solus sit heres: Atqui inquies vel ob id saltem testamentum erit nullum quod, vt supra diximus, filius institutus quandiu vixit non potuerit heres esse, cũ toto illo tempore testamenti vires in pendenti fuerint, incerto eo an posthumus viuo patre nasciturus esset necne *d.l.si ita scriptum.13.§.vlt.d.l.filius.28.de liber.& posthum.* Sed respondeo filium quidem priusquàm moreretur non potuisse heredem existere propter metum & periculum rumpendi testamenti,
12 *d.l.ventre.84.de aeq.hered.* † At quo instanti mori cœpit, heredem extitisse, quoniam eo demùm instanti certum quoque esse cœperit non nasciturum eo viuo posthumum, & consequenter testamentum amplius rumpi non posse ab illo, qui se institutum posteà reperturus sit *arg.l.vlt.de condict.instit.l.si filius.26.de liber.& posthum.* Estque hic casus valde singularis in quo testamentum valet adeò vt ex eo heres filius extiterit, nihil obstante præteritione posthumi deinde nati: Nempe cùm posthumus substitutus est, & post fratrem institutum natus. † Quid ergo sibi
13 vult Iulianus iis verbis, *viuo patre?* An vt testamentum non aliter valeat quàm si posthumus & post mortẽ fratris, & viuo patre natus sit? Minimè. Quinimò posthumus ita institutus aut substitutus, Si post mortem testatoris nascetur, rumpit testamentum si nascatur viuo testatore, vt superiore capite ex Pandectarum iure disputauimus. Deditque ea res caussam interpretationi Accursij, vt ad dictionem illam *sibi*, adieçerit, *viuenti*, & ea verba, *post mortem*, ad fratris non ad patris mortem retulerit, quod nos iam refutauimus. Goueanus verò difficultatem hanc sic eludit vt dicat, verba illa, *viuo patre*, non ad sequentem dictionem, *natus*, referenda esse, sed ad præcedentia *post mortem fratris*, ponendámque in textu virgulam post *patre*, non post *natus* (sic enim in eius commentariis legendum est,) vt sensus sit mortuum quidem fratrem viuo patre, sed natum posthumum post mortem patris, quod certè durius est quàm vt admitti possit. Adde quod & nos iam probauimus nihil referre an filius institutus idémque posthumi frater decesserit viuo patre, an mortuo, sed tantùm an viuo fratre natus sit, an post eius mortem, vt si viuo fratre, rumpat omnimodo testamentum etiam prædefuncto patre, multò magis eo adhuc superstite: Si post fratris mortem, non rumpat, dummodo non viuo patre nascatur. † Itaque cùm hæc verissi- 14
ma sit nec obscura legis sententia, quid superest nisi vt ea verba, *viuo patre*, quæ sola tot inexplicabiles perplexitates induxerunt deleamus, & in glossam inepti cuiusdam interpretis vnde irrepserunt relegemus? Fefellit interpretem quod lex ait posthumum post mortem fratris natũ solum heredem patri suo existere: quasi id fieri non possit nisi ponas natum eum viuo patre, cùm si patri filius superfuisset ipse primus heres patri extitisset, non igitur posthumus solus. Sed animaduertere debuit imò verò posse fieri vt filius patri superstes ei heres extiterit, nempe si viuo illo non sit natus posthumus, nec eò minùs tamen post eius mortem posthumus quoque heres existat, & quidem patri licet etiam fratri simul ex pupillari substitutione, adeoque solus posteàquam nemo ampliùs est qui possit aut impe- 15
dire aut concurrere. † Ex quo apparet non idem dici posse si testator filium puberem instituerit, eique posthumum vulgariter substituerit. Omnimodo enim testamentum rumpetur non solùm si viuo fratre posthumus natus sit, sed etiam si post mortem fratris, vtpote defecta conditione vulgaris substitutionis, quæ scilicet nunquam euenire possit, atque ita præterito posthumo non minùs in secundo quàm in primo gradu. Nam si obiicias fieri posse vt frater qui patri superstes fuit siue pubes siue impubes paterna hereditate se abstinuerit, & hoc saltem casu perinde condicionem vulgaris substitutionis euenire atque si viuo patre frater decessisset, saltem si non deliberante sed etiam abstento fratre posthumus natus sit: dicam errare te si existimas posse fratrem abstinere paterna hereditate quandiu rompi testamentum potest agnatione posthu-
mi. † Etenim si verum est quod suprà monuimus non 16
deferri hereditatem ex testamento quòd in eo sit vt rumpi possit *dict.leg.ventre.84.de acquir.hered.* consequens est vt sicuti filius eo testamento scriptus immiscere se non potest, ita nec abstinere queat, quoniam priusquam delata sit hereditas, nec immixtionis nec abstentionis ius illi competit. Ergo nec illud fieri potest vt posthumus cum nascitur, viuo fratre, reperiat fratrem exclusum séque institutum, hoc est vt fratre viuo existat vnquam condicio illa vulgaris substitutionis, *si heres non erit*. Imò, quod magis mirum est, nec fratre mortuo, quia, vt diximus, ipso instanti mortis heres fuisse intelligitur, (ex quo certum esse cœperit testamentum ampliùs rumpi per posthumum non posse. † Et quidem necessarius, quia ne- 17
que se abstinere eo instanti potuerit, cùm non sicut hereditas suo heredi acquiri in instanti potest, ità & in instanti ab eo omitti possit. Acquisitio siquidem fit sola iuris potestate & in hoc ipso quòd hereditas suo heredi defertur, omissio autem non nisi per abstentionem, abstentio verò non in instanti sed in tempore, quia factum hominis requirit, nec per alium quàm per ipsum filium fieri hoc casu potest *arg.dict.leg.vlt.de cond.instit.* Etsi namque non ignoto posse pupillum abstinere per tutorem *l.pen.de autor.tutor.l.ex contractu.44.de re iudic.* id tamen non aliter procedit quàm si tutori constet delatam pupillo hereditatem, quod hîc nõ euenit: quia nec defertur nisi eo ipso instanti quo pupillus moritur: post pupilli verò mortem sera & ridicula tutoris abstentio fuerit. Cùm igitur abstentio hæc neq. per ipsum pupillum, neque per eius tutorem fieri possit eo precisè instanti quo pupillus moritur, restat vt pupillum qui nũquam se abstinuerit, patri suum & neces-

sarium

latium heredem extitiſſe concludamus,idque ex te-
ſtamento *l.1.§.qui ſunt in poteſtate.D.ſi quis omiſſ.cauſ.*
teſtam. ſicut & ab inteſtato heres eſſet ſi eo mortis
inſtanti certum eſſe inciperet neminem ex eo teſta-
mento heredem futurum *d.l.ſi filius.16.de lib.& poſt-*
*hum.*Hinc verò & illud quoque neceſſariò ſequitur,
conditionem vulgaris ſubſtitutionis , quæ illa eſt,*ſi*
heres non erit,exiſtere nunquã poſſe in propoſita ſpe-
cie,hoc eſt in perſona filij qui moriẽs ita fuit heres
ex teſtamento neceſſarius,vt quandiu vixit abſtine-
re ſe nunquam potuerit. Ac proinde cùm omni ca-
ſu reperiatur poſthumus præteritus, qui fuit tantũ
vulgariter ſubſtitutus , niſi cum vulgaris ſubſtitutio
impuberi facta trahitur ad pupillarem exMarci cõ-
ſtitutione,illud quoque euenire neceſſe eſt vt omni
caſu rumpat teſtamentum: etiamſi poſt mortem fra-
tris naſcatur,licèt mortuo iam patre,ac multò magis
ſi viuo adhuc patre,cùm eo cáſu rumperet, tametſi
primo gradu fuiſſet inſtitutus ita nominatim conce-
pta conditione inſtitutionis , Si poſt mortem naſce-
18 retur *d.l.commodiſſimè*.† Eadem porrò aut potiùs cõ-
traria ratione fit,vt ſi proponas inſtitutum filium ſi-
ue puberem ſiue impuberem emancipatum fuiſſe,
qui moriens ipſo iure heres eſſe non potuerit,aliud
prorſus dicendum ſit , hoc eſt vt ei inſtituto vtiliter
poſſit ſubſtitui poſthumus frater in caſum vulgarẽ,
quia caſus ille poſſit contingere mortuo quandocũ-
que emancipato ante natum poſthumũ, cùm eman-
cipatus nec citra aditionem heres eſſe poſſit, nec a-
dire priuſquàm hereditas deferatur , nec hereditas
deferri ex teſtamento quandiu rumpi teſtamentum
poteſt,nec rurſus ab inteſtato quandiu ſperatur po-
ſthumus ex teſtamento heres futurus. Tantò magis
quod nec emancipati filij præteritione teſtamentũ
iniuſtum dici poſſit: ſed tamen quoniam ſiue ex te-
ſtamento, ſiue ab inteſtato rem ille omnimodo ha-
biturus fuit aut ciuili iure , ſi poſthumus non natus
fuiſſet,aut iure ſaltem Prætoris,ſi teſtamentum viuo
eo per agnationem poſthumi ruptum eſſet, æquiſſi-
mum erit hoc etiam caſu accommodari ei decretũ
illud cuius mentio fit in *d.l.ventre*,& in *l.4. §.vltim.*
iunct.l.5.de bon.poſſ.contr.tab.& de quo latè ſcripſimus
lib.1. cap.10. Notandúſque eſt perelegans hic caſus
quo decretum illud neceſſarium ſit,à nemine adhuc
ex interpretibus noſtris animaduerſus. Cùm autem
Iulianus non de emancipato filio loquatur , ſed de
ſuo herede,vt probant illa verba, *ſolus heres patri ſuo*
exiſtet(exiſtere enim proprium verbum eſt ſuorum
heredum non emancipatorum *l.in ſuis.14.de ſuis &*
legit.)fatendum eſt non poſſe legem hanc de vul-
gari ſubſtitutione intelligi, ſed tantùm de pupillari,
quæ nec puberi ſit nec emancipato : quæ res magis
me confirmat vt ea verba *viuo patre* delenda eſſe e-
xiſtimem. Coniecturam iuuat quòd in præcedenti-
bus idem ferè error Florentinam quoque lectionẽ
inuaſerat, quæ ſic habet *teſtamentum viuo rumpetur*,
vbi nemo non videt &alij Codices probant dictio-
19 nem *viuo* eſſe irrepſiſſe. † Idem error,imò longè
fœdior irrepſit in *l.Gallus.29.forſitan de liber.& poſth.*
in illis verbis,*iſſi viuo patre*,vbi pro *viuo* alij Codices
habent *mortuo*,& rectiùs,vt facilè appareat vetuſtio-
res interpretes dum hos locos tractarent in quibus
præcipuè inſpiciendum eſt viuóne an mortuo teſta-
tore natus ſit poſthumus ,non ſibi temperaſſe quin
ſuas adhiberent interpretationes & contextui inſe-
rerent. Ita fore exiſtimantes vt apertior & facilior
fieret legum ſententia quàm ex contrario dum in-
cauti decipiuntur miris perplexitatibus irnodatũr.

Sic & in *l.poſthuma.24.de liber.& poſth.* vt hoc quoq.
ſubiiciam,puto abundare eadem ipſa verba *viuo pa-*
tre.Nam cùm poſthuma ſub conditione heres inſti-
tuta eſt ſi pendente conditione naſcatur etiam mor-
tuo patre perinde rumpit teſtamentum atque ſi viuo
patre nata eſſet,*arg.l.cum poſthumus. 22.eod.* vbi ſcri-
ptum eſt cum poſthumus ſub cõditione inſtituitur,
caſuali ſcilicet vel mixta, non etiam poteſtatina vt
rectè Accurſ.interpretatur (ſiquidẽ poteſtatina, nec
viciat inſtitutionem , nec ante poſthumi natiuitatẽ
impleri poteſt)ita demum non rumpi teſtamentum
agnatione poſthumi , ſi priuſquam naſcatur condi-
tio extiterit.†Neque enim hac parte differentia vlla 20
eſt aut olim fuit inter poſthumum & poſthumam,
quamuis inter filios iam teſtamenti tempore ſuper-
ſtites differentia eſſet vt Caius &Iuſtin.in Inſti.ſcri-
bunt,adeoque inter poſthumum &poſthumã,quòd
ad exheredationem nominatim faciendam attine-
bat,aut etiam inſtitutionem.Poterat enim poſthumã
non item poſthumus inter exteros inſtitui vel exhe-
redari, dummodò exheredatæ aliquid legaretur, vt
refert Vlp.*tit.2.qui her.inſt.poſſ.§.poſthumus filius.21. in*
fragment.Quæ omnia Iuſtin.ſuſtulit in *l.maximum vi-*
*tium.4.C.de lib.præt.*Ideoq. de poſthuma Paulus lo-
quitur in *d.l.poſthuma*, non quaſi aliud ſit in poſthu-
mo,ſed vt intelligamus,quãuis dubitandi ratio ma-
ior ſit in poſthuma,vt non tam facilè atque poſthu-
mus teſtamentum rumpere videatur, propter ſexũ
cui alioquin minùs faueri ſolet, idem tamen ius hic
admitti debere. Sanè poſthumam certum eſt rum-
pere teſtamentum non ſolum ſi ſub condicione in-
ſtituta ſit,&condicione pendente naſcatur,ſed etiã
ſi purè ſcripta fuerit , quoties viuo teſtatore naſci-
tur,ſi ius antiquum inſpicias,ſi verò legem Velleã,
quoties ſub ea demonſtratione ſcripta eſt *quæ poſt*
mortem meam naſcetur,quoniam apud Iureconſultos;
& ante Iuſtin.in *d.l.vlt.C.de poſthum.hered.inſtit.* in-
ſtitutio facta in vnum caſum,ad alium omiſſum tra-
hi nunquam potuit. Proinde rumpit quaſi præteri-
ta.Abeant itaque qui contrariam ſententiam ex hoc
Iuliani loco probare velint , aut aliam Iuliani ſen-
tentiam quærere.

CAPVT VI.
Ad §.ſi eius l.Gallus.

SVMMARIA.

1 *An caſus d.§.ſi eius.ad legem Velleam,an verò ad ius antiquum aptandus ſit?*
2 *An poſthumi inſtitutio in d. §. propoſita ex Galli Aquilij formula , an verò ex lege Vellea defendi poſſit.*
3 *Referuntur huius quæſtionis à Scæuola propoſita nec deciſa,recentiorum Interpretum deciſiones.*
4 *Inſtitutionem dicti poſthumi , qui apud hoſtes ediius poſtliminio poſt aui mortem reuerſus eſt,ex iure antiquo defendi non poſſe.*
5 *Quid Galli Aquilij formula cum lege Vellea commune fuerit.*
6 *Dictum poſthumum non ſuum natum eſſe.*
7 *Cur idem poſthumus aui teſtamentum non rumpat?*
8 *An,ſi præteritus eſſet , rumperet agnaſcendo, an ſuccedendo?*
9 *Quis ſit ſenſus horum verborum in* d. §. ſi eius. *ſed* cùm teſtamentum ab eo non rumpatur,&c.
10 *Cur dictus poſthumus reuerſus ab hoſtibus teſtamentum ſuccedendo non rumpat? obiratio à Bartolo examinatur.*

11 *Dictum posthumum postliminio reuersum in aui potestate semper fuisse intelligi.*
12 *Filium, qui apud hostes est, præteritum, & mortuo patre reuersum, iniustum testamentum facere.*
13 *Emendatur* l.captum. 9. C.de captiu. & postlim. reuers.
14 *Posthumum nepotem in* d. §.si eius.*etiam si institutus sit, succedendo tamen rumpere testamentum aui, inspecta iuris veteris ratione.*
15 *An legis Velleæ potestate fiat, vt dictus nepos testamentum aui succedendo non rumpat?*
16 *Vera ratio redditur, cur dictus posthumus succedendo testamentum non rumpat?*
17 *Casum huius §. cum casu Iuliani conuenire.*
18 *De quo nepote Scæuola in h. § tractet?*
19 *Scæuolam in* d. §.si eius. *ad ius Iuliani autoritate inductum respicere potuisse.*
20 *Repetitur quæstio initio proposita, an posthumus nepos in* d. §.si eius.*ex iure antiquo, an ex lege Vellea institutus videatur?*
21 *An verbis,* quod quærendum est,&c.*in* d.§.si eius. *species mutetur?*

1 QVi † filium habebat,& nurum prægnantem,posthumum nepotem instituerat. Nurus ah hostibus capta apud eos pepererat,superstitibus adhuc in ciuitate auo &patre,Tum pater ante auum decesserat: Auo subinde mortuo nepos ab hostibus redierat.Quærit Scæuola, vtrum casus hic ad legem Velleam respiciat,an ad ius antiquum aptandus sit, hoc est,an posthumus hic nepos testamétum non rumpat tanquam institutus ex præscripto Aquilianę formulæ, an potiùs tanqusm institutus in eum casum qui lege Vellea comprehensus est. Ponimus enim nepotem hunc institutum non sub ea nominatim conditione quæ Galli Aquilij formula continetur. *si post aui mortem nasceretur* (alioqui frustrà de lege Vellea dubitaretur, ad contrarium casum pertinente si viuo testatore suus nascatur, qui casus in casu mortis comprehendi nullomodo potest *l.commodissimè.* 10. *de lib.& posthu.*) sed simpliciter & nullo casu expresso.Ex consilio Pomponij in *d.l.commodissimè.* & aliorum de quibus Scæuola in hac *l.Gallus. §.quidam re-*
2 *ctè.*† Non quærit Scæuola,an posthumus hic nepos, simpliciter vt dictum est,institutus testamentũ rumpat. Ponit enim,pro certo non rumpere vt probant sequentia illa,*Sed cum testamentum ab eo non rumpatur.* (hoc verò cur ita,dicemus posteà) At de illo duntaxat dubitat,An ideò non rumpat quòd vtiliter institutus videatur ex iure antiquo, an quòd ex iure nouo,hoc est ex lege Vellea.Ius enim antiquum intelligit non legem duodecim tabularum,sed ius ciuile quod Aquilij temporibus & ante legem Velleam, quæ nouum ius fecit,obtinebat.Quærit igitur,an vtiliter hic nepos institui potuerit iure ciuili vetere, an verò lege Vellea.†Nec tamen decidit quidnam
3 probabilius dici possit.Nostri verò quod ille prętermisit,sic supplent vt longè diuersa sentiant.Sunt námque qui putét posthumi huius institutionem defendi posse ex iure antiquo, propterea quòd cum ab hostibus post patris & aui mortem redit posthumus,eo demum instanti nasci videatur, vtpote qui in illum vsque diem nec ciuis Romanus fuerit,sed seruus hostium,nec proinde iuri ciuili cognitus, quod neque Romanorum seruos agnoscit *l.quod attinet.32.de reg. iur.* Casus autem in quo ius ciuile vetus permittebat posthumi sui institutionem,ille erat,si post testatoris mortem nasceretur, vt pluribus disputauimus cap.1. sup. Aliis placet defendi hanc institutionem ex lege Vellea duntaxat propter fictionem postliminij quæ omnia retrò agens, ficit vt viuo adhuc auo nepos hic natus videatur,quo scilicet captus sit ab hostib.Quam sententiam vir doctissimus Iac.Cuiacius probabiliorem arbitratur.Alij,vt subtiliores videantur, magis probant vt vtroque iure institutio hæc defendatur. Vetere quidem si actionem inspicias, quasi ficta natiuitas illa sit cum captiuus redit ab hostib.Nouo autem si veritatem attendas,quòd reuera natus sit viuo auo,qui apud hostes ante mortem aui natus est: vt de illo tantum dubitet Scæuola an veritatem an fictionem spectari oporteat, id est, an qui natus est apud hostes, videatur natus in ciuitate: qui natus est non suus, videatur natus suus: quæ videtur fuisse veterum omnium opinio, à Cuiacio quoque
parum sibi hic constante probata. † Mihi verò,pace 4
tantorum virorum dixerim, prorsus desipere hi omnes videntur. Nam si verum est,quod sanè negari non possit, partum in ciuitate conceptum & apud hostes editum si posteà quandocunque in ciuitatē redeat habere ius postliminij vt & locus hic probat, & *l.ab hostibus.15.§.1.Ex quib.cau.maior.* illud prorsus consequens est,posthumum hunc nepotem quádocunque reuersum etiam post mortem aui, semper tamen & in ciuitate,& in potestate fuisse retrofingi *l.non vt à patre 8.l.retor.16.& pass. de captiu.& postlim.* Quod si ita est non minus ex fictione quàm ex veritate dici potest natum fuisse eum viuis patre &auo, ac proinde nullomodo posse institutionem eius defendi ex iure antiquo,quod ne sui quidem posthumi institutionem aliter permittebat,quàm si is &suus& post testatoris mortem nasceretur. Itaque hoc casu fictio postliminij cum veritate congruit.Prorsúsque noua & inaudita est fictio illa quam isti comminiscuntur vt qui ab hostibus redit tum demùm agnasci videatur. Cùm non solùm rei veritas repugnet, sed etiam postliminij fictio quæ contraria ista fictione deleretur. Illud sanè plus est in postliminij fictione quàm in veritate,quòd qui reuera apud hostes & natus & educatus est, in ciuitate natus fuisse ac perpetuò vixisse creditur, vnde illud quoque fit vt qui reuera natus est seruus hostium, & alioqui pro nullo computandus iure ciuili, videatur tamen natus viuo patre qui tũ cùm hic apud hostes natus est viuebat in ciuitate & sub patris sui eiusdémque testatoris & aui potestate. Sic euenit vt concurrente quod ad hoc etiam pertinet postliminij fictione cũ rei veritate, non minùs verè quàm fictè dici possit nepotem hunc natum fuisse non suum.&consequẽter talem qui nullo iure institui potuerit,nec vetere
nec nouo iure.† Id enim iuri veteri cum nouo, hoc 5
est cum lege Vellea commune fuit, quod neutrum patiebatur institui posthumum nisi qui suus esset. Et quidem ab eo tempore quo institueretur,ac ita demum si post testatoris mortem nasceretur (quæ fuit iuris antiqui constitutio) aut eo saltem tempore quo nasceretur tametsi viuo testatore, quod Vellea lex introduxit. Frustrà igitur labores in quærendo & inuestigãdo,an ex antiquo iure an potiùs ex lege Vellea vtiliter institutus videatur is quem constat nullo iure institui potuisse. Idque & Scæuola ipse fatetur in *§.ille casus infr. hac leg.* in illis verbis. *Porro præcedere debet vt vtiliter sit institutus, quod nullo iure potuit is*
qui nondum natus erat.† Nam in illo §.eandem pror- 6
sus quàm in isto speciem tractat de auo qui filium habens,nepotem nondum natum instituerat,posteà viuis patre & auo natum.deinde post obitum patris

viuo

viuo adhuc auò mortuum: hæc sola differentia, quòd
hîc tractat de nepote nato apud hostes mox post
patris & sui mortem reuerso, illic verò de nepote
qui nunquam apud hostes fuerit. Atqui nemo dixe-
rit, nepotem apud hostes editum melioris conditio-
nis esse debere hactenus vt vel suus natus fuisse vel
faciliùs institui potuisse videatur quàm si ab hostibus
nunquam captus fuisset. Postliminium enim eandē
quidem conditionem facit reuersi ab hostibus quæ
si esset in ciuitate semper mansisset, sed meliorem fa-
cere non potest. Cùm igitur institui non potuerit
hic posthumus nepos siue ex veritate, siue ex fictio-
ne natum eum dicas, vel viuo, vel mortuo testatore.
quia tam veritate, quàm postliminij fictione inspe-
7 cta natus non est suus. † Parum certè subtiliter fa-
ciunt qui rationem reddentes cur testamentum non
rumpat, hanc adferunt quod commodissimè sit insti-
tutus. Quasi vt commodissimè institutus quis videa-
tur sufficiat ita esse institutum vt commodiùs insti-
tui non potuerit, ac non priùs de illo quærendum
sit an aliquo modo aut aliquo iure institui potue-
rit, nam qui nullo iure institui potest multò minùs
possit commodissimè institui. Et tamen testamentum
non rumpit, vt ait Scæuola, An quòd, vt fert secunda
Accursij interpretatio, nec præteritus rumperet? Nā
si ita est, frustrà sanè quæramus, an iure aliquo vtili-
ter institutus sit, qui vtiliter potuit præteriri. Con-
státque tam antiquo iure ciuili quàm lege Vellea
non alios prohiberi rumpere, cùm instituti sunt vel
exheredati, quàm qui rumperent si essent præteriti.
Atque ita Goueanus quoque sentit in posterioribus
suis ad hunc locum Commentariis. Sed ego non
probo. Esset enim ridicula quæstio. An nepos hic, ita
vti dictum est institutus, testementum rumpat si nec
præteritus rumperet. Et *in dict.* § ille casus in quo ea-
dem, vt dixi, species proponitur de instituto nepote,
qui & natus sit non suus. & post mortem patris viuo
auo decesserit, apertè Scæuola scribit. Iuliani senten-
tiam necessariò admittendam fuisse vt nepos hic in-
stitutus testamentum non rumperet commixtis scili-
cet duobus capitibus legis Velleæ: Quod vtique su-
peruacuum fuisset si etiam præteritus non rumperet.
8 † An igitur si præteritus esset rumperet agnascendo
an succedendo? Alterutro siquidem ex his modis
rumpat necesse est. Atqui agnascendo non potest
rumpere qui non nascitur suus. Hic autem cùm &
reuera & ea fictione postliminij nascetur viuo patre
suo herede, suus heres auo nasci non potest, nec si
semper in ciuitate fuisset, quia pater eū præcederet.
In eoque omnes consentiunt, quia nec dubitandi ra-
tio vlla est. Et hac de causa fortassis possit quis dice-
re Scæuolam negare hunc nepotem rumpere, quo-
niam tota hac lege vsque ad § *sequentis parte*, non nisi
de iis posthumis tractat qui si præteriti sint, agnas-
cendo, rumpunt, quoniam & de iis solis instituendis
Gallus, & Velleus tractarunt. Cùm, quòd ad eos at-
tinet, qui succedendo rumpunt secunda pars legis
Velleæ sic prouiderit vt non tam institui eos permi-
serit, quàm vetuerit rumpere. si modò instituti essent
vel exheredati *d. § ille casus*. † Vt proinde quod in fi-
9 ne huius §. Scæuola scribit: *sed cum testamentum ab eo
non rumpatur nihil refert vtrum ex iure antiquo an ex le-
ge Vellea excludatur*, perinde sit ac si diceret frustrà
quæri an nepos hic vtiliter institutus sit ex iure anti-
quo an ex lege Vellea, vt excludatur à potestate rū-
pendi testamenti, cum non rumpat agnascendo, de
iis autem solis instituendis Gallus & Velleus egerint
qui testementum rumpere agnascendo possunt quo-
ties sunt præteriti. Verùm quoniam verba illa, *cùm
testamentum ab eo non rumpatur*, tam generalia sunt vt
omnem rumpendi modū excludere Scæuolæ videa-
tur, hoc est, siue agnascendo, siue succedendo, inue-
stigandum nobis est, an nepos hic præteritus, quem
diximus non rumpere agnascendo, rūpat succeden-
do. Nam vt rumpat illud omnino facit, quod cum fi-
ctione postliminij videatur semper fuisse in ciuita-
te, eadem ipsius cōditio esse debeat in omnibus nec
melior aut deterior quàm si nunquam apud hostes
fuisset. At si in ciuitate mansisset, eiúsque pater an-
te auū decessisset, proculdubio successisset ille in
locum sui patris, atque ita succedendo aui testamē-
tum rupisset *l. posthumorum. 13. infr. tit. prox.* † Cur non
ergo rumpet quandocunque reuersus ab hostibus? 10
An quia extremum fictionis ad quod non sit habi-
le, vt Bartolus, Castrensis & Veteres omnes existi-
mant? Sic enim sentiunt, posthumum hūc qui apud
hostes natus sit non posse videri aut retrofingi man-
sisse in ciuitate in qua nunquam antea fuerit. In quo
labuntur apertissimè. Nam vt maximè verum sit re-
quiri necessario ad inducendam postliminij fictio-
nem quòd in ciuitate aliquādo fuerit is qui in per-
petuò mansisse videri velit, Constat eum qui in ci-
uitate conceptus est, licèt apud hostes natus sit, sta-
tim atque in vtero fuit, pro iam nato habitum fuis-
se, præsertim quod ad postliminij fictionem attinet
l. pen. D. de stat. hom. indéque fieri quod plerisque iu-
ris locis scriptum est vt patri quoque postliminium
detur *d. l. ab hostibus. 13. § 1. ex quib. caus. maior. l. si quis
filio. 6. § siue autem infr. tit. prox.* nimirum si apud ho-
stes natus tantùm non etiam conceptus fuerit, vt se-
quenti capite differemus. † An ergo verius est quod
Gouean placuit nepotem hunc de quo tractamus
ideò non rumpere aui testamentum succedendo,
quòd in aui potestatem nunquam reuersus sit, quia
scilicet iam mortuo ab hostibus repedauerit? Verū
& huic sententiæ ipsa iuris ratio refragatur, quę pro-
pter fictionem postliminij facit vt nepos hic sicut
in ciuitate ita in sui potestate semper fuisse intelli-
gatur, adeò vt nec tractari possit an in potestatem
reuersus sit de qua nunquam exierit. Nisi velis de-
fendere ob eam causam cessare hic postliminij fi-
ctionem quòd extremum à quo non sit habile iam
defuncto auo quo tēpore nepos ab hostibus reuerti-
tur. Sed hoc multò minùs dici potest. Non enim ex
aui, sed ex ipsius nepotis persona inspiciendum est
an extrema sint habilia: sufficitque nihil prohibere
quominus nepos apud hostes natus in ciuitate sem-
per mansisse fingatur, vt cætera omnia consequan-
tur, quæ pro factis haberentur si nunquam hostium
potitus fuisset, alioqui non esset plenum & integrum
ius postliminij, sed diminutum & dimidiatum, qua-
le esse non magis potest quàm illud fieri vt eodem
tempore vnus idémque homo & liber sit & seruus,
& in ciuitate & apud hostes. Atqui si nepos hic sem-
per in ciuitate mansisset, haud dubiè prædefuncto
patre viuo auo in patris locum successisset, ac succe-
dendo aui testamentum rupisset. Idem ergo admit-
tendum quoque est cùm in ciuitate cōceptus, apud
hostes natus in ciuitatem rediit, mortuo etiam pa-
tre. † Cæteroquin eadem iuris ratio fieret, vt iam na- 11
tus filius ab hostibus captus, & patre mortuo reuer-
sus, patri suus heres existere non posset, cum suus
heres ille sit qui mortis tempore & in potestate est
& primum gradum occupat in causa succedendi *d.
l. si quis filio. 6. in prin. infr. tit. prox. l. si filiusfamilias. 33. §
1. de testamen. milit. l. scripto. 7. D. vnd. liber.* At constat

filium qni apud hostes sit testamenti tempore licèt
impunè præteriri possit si in eadem causa decedat, si
tamen ab hostibus redeat etiam post mortem patris
perinde iniustum facere testamentum iure sui here-
dis præteriti, acsi cùm testamentum condebatur in
ciuitate fuisset *§. in omnibus inf. hoc leg. l. pen. hoc tit. d. l.*
si quis filio. 6 §. sed si pater inf. ss. prox. Adeò vt quandiu
pendet àn filius ab hostibus rediturus sit, hoc est
quandiu viuit, neque ex testamento neque ab inte-
stato deferatur hereditas *l. nec nos. 4. C. de postlim re-*
uers. ne nepoti quidem cuius intereà ius pendet, ac
in suspenso manet *l. si quis posthumos. 9. §. si filium. hoc*
tit. Nam & si pater ab hostibus captus esset filio in
ciuitate relicto, tum filio iam mortuo pater redisset,
eadem postliminij fictione omnia quæ medio tem-
pore filius quæsiisset, patri acquisita censerentur,
quasi nunquam egresso filio potestatem patris: nec
patri posset obijci extremum à quo non esse habile
vt filius iam tum mortuus in potestatem redire ne-
queat, vtpote qui nunquam fuerit in plenum libera-
tus propter suspensi iuris constitutionem *l. propone ba-*
tur. 9 de castr. pecul. l. pen. D. de suis & legi. l. bona. 22. §. 1.
de captiu. & postlim Denique captum ab hostibus fi-
lium patre mortuo medio tempore lex posteà reuer-
sum si in potestate patris tempore quo capiebatur
fuit, suum facit heredem, siue testatus siue intestatus
pater decesserit *l. captiuum. 9. C. eod.* († vbi tamen obstet
13 ita dictionem illam *Cornelia* abundare & vel ab im-
perito interprete additam vel exscriptoris inscitia
ex dictione *posteà* quæ ibidem optimè quadrat con-
flatam: cùm apertissimum sit non ex lege Cornelia
id fieri sed ex postliminij fictione, quæ multum di-
stat à lege Cornelia, & moribus ac naturali æquita-
te priùs quàm lege vlla videtur introducta *l. postlimi-*
nium. 29. eod.) Quod itaque in filio ab hostibus reuer-
so postliminium facit etiam mortuo patre, idem in
persona nepotis faciet post aui mortem ab hostibus
redeuntis si modò ante auum pater decesserit: ac
proinde succedendo, testamentum aui rupisse intel-
ligetur non minùs quàm si semper in ciuitate man-
sisset, quasi viuo auo in locum patris successerit. Nō
enim postliminij fictio facit, vt redisse in ciuitatem
nepos videatur viuo auo, sed vt nunquam abfuisse
intelligatur. † Cùm igitur necessariò fatendum sit
14 nepotem hunc aui testamētum rumpere succeden-
do, consequens est vt rumpat non solum si sit præ-
teritus, sed etiamsi institutus inspecta iuris veteris
ratione. Nam ante legem Velleam nepotes omnes
qui in suorum locum succedendo sui heredes fie-
bant succedendo rumpebant, quamuis instituti es-
sent, & institui potuissent. ob idque necessaria fuit
lex Vellea cuius secundo capite prohibiti sunt rum-
pere *d. §. ille casus infr.* Ergo quod ait Scæuola testa-
mentum ab eo non rumpi rationem illam habere
non potest quòd sit institutus: cùm in iis qui succe-
dendo rumpebant ante legem Velleam nihil planè
referret an instituti essent, an præteriti, nec tamen a-
liter institui poterant, quàm si iam nati essent. Planè
post legem Velleam interest, quoniam eos solos
succedendo rumpere lex prohibuit qui vtiliter in-
stituti essent vel exheredati *dict. §. ille casus.* † An au-
15 tem ex eo inferemus legis Velleæ potestate fieri vt
nepos hic testamentum non rumpat succedendo?
Minime. Nam sicut legis huius primo capite eorum
tantùm posthumorum institutio permissa est qui &
sui heredes, & viuo testatore nascerentur, in quo-
rum numero non est hic de quo agimus, quia non
suus & viuo patre natus est: ita secundo capite non
de permittēda nepotum institutione locuta lex est,
sed de iis dūtaxat agens qui omni iure institui pote-
rant saltem tanquam extranei, hoc est de nepotibus
iam natis, id solùm constituit quod legis autoritate
constitui necesse erat, vt si vtiliter instituti essent vel
exheredati testamentum rumpere prohiberentur.
At nos de eo nepote agimus qui testamenti tempo-
re necdum natus erat, nec in eo vt si tum natus fuis-
set suus heres aui existere potuisset, quippe quē pa-
ter præcedebat: quique ob eam causam nullo iure
institui poterat. Non magis igitur ad secundum quā
ad primum caput legis Velleæ casus hic pertinet. † 16
Quod cum ita sit, illa semper dubitatio manet quid
illud sit quod Scæuola negat testamentum ab eo rū-
pi. non puto aliud responderi posse quàm quod res
est, Scæuolam respexisse ad ius illud, quod iam tum
Iuliani autoritate receptum erat, & exploratum, quo
defenditur institutio nepotis huius, qui & viuo pa-
tre natus sit, & in prædefuncti patris locum viuo auo
successerit, vt nec præteriri eum necesse sit, nec eo
instituto vereri oporteat ne succedendo testamentū
rumpat, quasi cōmixtis legis Velleæ capitibus. Prio-
re quidem ad permittendam institutionem eius qui
alioqui præteritus succedendo rumperet. Posteriore
verò ad prohibendum ne succedendo rumpat is qui
vtiliter fuerit institutus. † Hic enim Iuliani casus est, 17
de quo idem Scæuola tractat in *§. ille casus inf.* huic
nostro prorsus similis, imò idem penitus, nisi quod in
hoc §. ponit nepotē apud hostes natum & post mor-
tem patris atq. aui reuersum. Quę tamen circumstan-
tiæ nullam iuris diuersitatem includant, nempe pro-
pter fictionem postliminij quæ non solum captiuita-
tis, sed etiam liberationis & reditus memoriam sic o-
bliterat, vt nec vnquam captus fuisse, nec à ciuitate
abfuisse, nec proinde in ciuitatem redisse nepos vi-
deatur. Cur ergo, inquies, casum hunc Scæuola sepa-
rat à casu Iuliani, de quo necdum quicquam dixe-
rat, dicturus duntaxat in *d. §. ille casus.* Nimirum quia
nihil commune habet casus Iuliani, si captiuitatis &
postliminij circunstantias tollas, cum formula Galli
Aquilij de qua hîc tractat Scæuola & tota hac lege
vsque ad *§. nunc de lege*, vbi de lege Vellea tractare
incipit. Iulianus enim de eo nepote tractat qui viuo
auo nascitur non suus. Gallus verò de illo qui & post
aui mortem & suus heres auo nascitur. † In hoc autē 18
§. de eo agit Scæuola, qui apud hostes viuo auo na-
tus, & ab iisdem suo iam mortuo reuersus est, qui
quoniam non nisi post aui mortem caput in ciuitate
habere incipit, eo demùm instanti natus videri pos-
set, ideoque & ad formulam Aquilij pertineret, nisi
postliminij fictio obstaret, quæ tamen non obstaret
si mortuo in ciuitate auo nepos apud hostes natus
proponeretur. Neque enim fictio retrofingit post-
humum priùs natum quàm natus sit, vt viuo auo na-
tus videatur qui reuera eo iam mortuo natus est.
(Repugnat siquidem naturæ ordo qui non magis fi-
ctione ista postliminij quàm alia vlla ciuili lege &
constitutione immutari potest,) sed fingit duntaxat
natum in ciuitate qui apud hostes natus est, quia nō
sicut tempus ita locum certum nascendi vllum natu-
ra præscripsit. Vt verò semper in ciuitate fuisse vi-
deatur qui nunquam fuit, non sola postliminij fictio
facit sed illa potissimùm iuris regula quæ partum
in vtero existentem pro iam nato habet vt Iulianus
scribit in *dict. l. penult. de stat. homin.* & Caius in instit.
tit. 4. §. vlt. lib. 1. † Cæterùm quemadmodum & in hoc 19
§. & in præcedentibus, ad propositas quæstiones dis-
soluendas Scæuola legis Velleæ sæpiùs meminit
priusquàm

priusquàm ad eius interpretationem accedat, tametsi de formula tantùm Aquiliana differat, ita & ad ius illud quod Iuliani autoritate inductum erat & sine controuersia receptum, respicere potuit, cùm scripsit à nepote isto de quo tractat, aui testamentũ non rumpi, nulla tamen Iuliani mẽtio facta sed iuris antiqui duntaxat & legis Velleæ, quia nec ius nouum Iulianus fecit vt nec facere potuit, sed tantùm induxit vt legis Velleæ duo capita miscerentur ad comprehendendum casum hunc nouũ & improuisum, qui neutro capite separatim continebatur, quoniam de illo Velleus non cogitauerat. Nec idcirco superfluus est tractatus qui sequitur in *d. §. ille casus.* quia ibi Scæuola disputat qua ratione inductum sit vt talis nepos institui possit ne succedendo rumpat. Hic verò nihil aliud Scæuola notat quod ad Iuliani sententiam pertineat, nisi testamentum non rumpi tacito eo cur non rumpat. † Quæstionem verò duntaxat illam mouet, An ex iure antiquo & formula Galli Aquilij, an ex lege Vellea institutus videatur. Nam si ad ius antiquum casus hic aptari posset propter circunstantias nati posthumi in captiuitate, & post aui mortem ab hostibus reuersi, nec ad legem Velleam, nec proinde ad Iuliani sententiam pertineret. Subinde tamen quasi melius re considerata, monet Scæuola superuacuam esse quæstionem, quia siue ad ius antiquum, siue ad legis Velleæ capita aut separata aut commixta casum aptare velis, certum est nepotem hunc tanquam ritè institutum aui testamentum rumpere non posse. Reuera tamen ad legem Velleã pertinet si cum Iuliano coniunges capita, quæ alioquin separata nil prodessent, sed si præteritus esset hic nepos, haud dubiè rumperet non agnascendo, sed succedẽdo. Quanquam putabam aliquando fieri non posse vt qui posthumus, siue post testatoris mortem, siue post testamentum natos non rũpit agnascendo cùm esset præteritus, idem vnquam rumpat succedendo: quasi totam vim posthumi in rumpendo testamento, tum exeri necesse sit cùm nascitur. Sed me nunc in contrarium illud vocat quod de recepta Iuliani sententia scriptum video in *d. §. ille casus.* Ne inquit lex *rumpãtur testamenta.* Et sanè cum non eadem sit ratio rumpendi testamenti agnascẽdo & succedendo, propterea quòd agnascendo rũpit qui suus nascitur, succedendo verò qui cum natus esset non suus, fit suus subintrando in locum patris præmortui viuo auo; nihil vetat eum qui agnascendo non rupit licèt præteritus, rumpere tamen
21 succedendo. † Sequitur apud Scæuolam, *Quod quærendum est si iam mortuo filio pronepotem instituat redeatq; mortuo.* Quibus verbis non mutari speciem defendit Cuiacius, ideoque non, *pronepotem*, legendum esse, sed *nepotem*, quod iam olim Iohannes & Pileus senserunt. Et quia repugnant præcedentia ne dici possit nepotem hunc iam mortuo filio institutum ab auo quem Scæuola initio dixerat habuisse testamẽti tempore filium apud hostes, addit de suo pro *superstite*, lege debere *parente*. Quæ tamen correctio quàm sit improbabilis nemo non videt: eò autem improbabilior est quò minùs necessaria. Nam cùm de pronepote tractare Scæuola incipiat, qui priùs in nepote instituto quæstionem conceperat, nihil apertius est quàm quod Accursius & veteres omnes tradiderunt mutari speciem eadem tamen quæstione retenta, nempe an vtiliter proauus testatus videatur siue ex iure antiquo siue ex lege Vellea, si iam mortuo filio pronepotem ex nepote instituat & pronepos conceptus in ciuitate apud hostes natus, mortuo patre, deinde proauo ab hostibus reuertatur. Itaque rectè veteres libri, *Quod & quærendum est*, & paulò post *mortuo eo*, id est testatore. Ideò autem tractãs de pronepote Scæuola ponit filium iam mortuum, vt species hæc magis conueniat superiori, nepote in locum filij ingresso, & pronepote in locum nepotis. Quamquam nec aliud probari oporteret si filius quoque testamenti tempore viueret, dummodo ex aliqua parte institutus esset iuxta eiusdem Scæuolæ præceptum in *§. in omnibus. infra.* † Cæterùm si cum 22
Cuiacio poneres tractare Scæuolam de nepote ex filio iam testamenti tempore mortuo, ridiculum faceres Scæuolam qui dubitaret an nepos hic vtiliter esset institutus siue ex antiquo iure siue ex lege Vellea. Apertissimum enim esset potuisse eum ab initio institui omni iure tanquam posthumum suum quem pater non præcedebat, eo tamen nato viuo testatore institutionem euanescere, si ius antiquum inspicias, subsistere verò, si legis Velleæ primum caput consideres. Nec sanè dubitandi causa vlla esset an ad formulam Galli Aquilij aptari casus hic posset, non solùm quòd ea formula ad illos duntaxat nepotes pertineat qui propriè sunt posthumi, hoc est post aui obitum nati, sed etiam quòd in his omnibus speciebus quas Scæuola tractat in Aquilianæ formulę interpretatione ponendum necessario sit superstitẽ fuisse testamenti tempore filiũ, adeoque ex aliqua parte institutum *d. §. in omnibus.* Id enim vnum erat quo nepotis posthumi institutio prohiberi videbatur quòd testamenti tempore pater eum præcederet. Et verò cùm Scæuola ponit nepotem hunc post patris & aui mortem rediisse, iis verbis, *mox ille post mortem patris atque aui redeat*, non obscurè significat natum eum fuisse viuo vtroque. Eo autem nato, ac priusquã ab hostibus rediret, defunctum in ciuitate patrem primo loco, subinde auum. Quod fit vt in illis verbis, *ibiq; viuo pariat*, putem abundare dictionem, *viuo*, quæ & sola per se nullius sensus est, mãsitque in textu ex glossa interpretis qui non tantùm dictionem illam addiderat, sed & alias plures quæ extant adhuc in veteribus libris, in quibus sic legitur, *viuo auo & eius filio.* Eadem dictio *viuo* irrepsit etiam in textum *l. si pater filium. 26. de vulg. & pup. subst.* de qua superiore capite diximus. Hęc verò ad loci huius obscurissimi, necdum à quoquam bene explicati, interpretationem sufficiant.

CAPVT VII.

De sententia l. si quis filio. 6. §. sed si pater. D. de iniust. rupt.

SVMMARIA.

1 *Quomodo fieri possit vt in* d. §. sed si pater. *posthumus succedendo post mortem aui testamentum rumpat, cùm Velleana successio nonnisi viuo testatore fiat?*

2 *Qua ratione Cuiacius hanc difficultatem eludat?*

3 *Successionem quasi agnationem, at nõ agnationem successionem ex contrario appellari posse.*

4 *Goueani ad eandem difficultatem tollendam commentum reiicitur.*

5 *Filium in specie* d. §. si pater. *viuo patre suum heredem esse desiisse.*

6 *In quo differat species* d. §. si pater. *à priore dicta legis specie.*

7 *Quis sit in* d. §. *sensus horum verborum*, post mortem aui succedendo testamentum rumpet?

8 *In quo melior sit posthumus quàm filij iam nati præteriti conditio?*

9 *Suprascriptæ differentiæ ratio.*

10 *Quo respectat Vlpianus, cum in d.§ ait nepotem post mortem aui succedendo rumpere testamentum.*

11 *An præteritione filij iam nati ruptum dici possit testamentum.*

1 TOrsit † me diu multùmque hic locus, in eo primùm quod Vlp. ait, si pater eius qui mortis aui tempore in vtero fuit apud hostes erat, nepotem istum, patre in eadem causa decedente post mortem aui succedendo testamentum rumpere. Nam si verum est, quod pro ratione sequitur, *quia supra scripta persona ei non obstat. nec enim creditur in rebus humanis fuisse cum in eadem causa decedat*, consequens videtur, vt nepos hic in testaméto aui præteritus illud rumpat, non vt Vlpianus ait, succedendo, sed agnascendo. Nam agnascendo rumpit quisquis nascitur, si præteritum se repeiat, siue viuo siue mortuo testatore nascatur: succedendo verò ille demùm qui nō ex suo fit suus subintrando in locum sui heredis viuo duntaxat non etiam mortuo testatore *l. posthumorum. 13. infr. hoc tit. l. Gallus. 29. seq. part. sup. tit.* 1. Ex quo apparet fieri non posse, vt idem nepos rumpat & agnascendo & succedendo, siue quòd testamentum iam semel agnatione ruptum, iterum quasi agnatione rumpi non possit, siue quod nec fieri queat, vt vnus idémque posthumus nascatur suus & non suus. Multò minùs autem admittendum esse, quod Vlpianus ait posthumum hunc rumpere succedendo post mortem aui, cùm Velleana successio, vt dixi, nō nisi viuo testatore fiat. Accursius nodum hunc quasi nec viderit non dissoluit, nec alius quisquam ex ve-
2 teribus interpretibus. † Cuiacius verò sic eludit, vt dicat Vlpianum scripsisse *succedendo*, eo sensu, vt idē prorsus significet, quod *agnascēdo*. Ratione illa quòd quemadmodum successio quasi agnatio quædam est *dict. l. posthumorum in fin.* ita non malè ex contrario dici possit agnationem quadamveluti successionem esse, cùm post mortem testatoris ex filio iam defuncto nepos agnascitur. Sed hæc longè sunt dis-
3 similia. † Successionem enim quasi agnationem appellamus, quoniam qui succedit in locum sui heredis ex non suo fit suus, ac proinde quòd qualitatem sui heredis attinet, quæ sola facit, vt testameotum rumpatur, eo demùm instanti nasci quodammodo videtur. At agnationem ex contrario successionem appellare non possumus, nec quasi successionē, quia qui suus nascitur cùm à nemine anteuertatur (alioqui non suus nasceretur) non habet in cuius locum possit succedere, siue de filio agamus, siue de nepote. Quanquam verum est sicut nepos non succedit in locum filij successione Velleana nisi filius viuo testatore suus esse desierit, ita nec aliter agnasci suū heredem auo posse, id est, proximum ei nasci post eius mortem, quàm si filius qui eum præcedebat viuo auo suus heres esse desierit, ac proinde quàm si nepos qui quasi nepos secundum gradum tenet, in filij locum successerit, & primum gradum tenere ac filij loco esse cœperit, quo sensu dici sanè potest succedendo rumpere eum qui rumpit agnascendo: non quia idem sit succedere & agnasci, sed quòd auo agnascatur is demùm nepos qui in parentis locū nascendo succedat *l. 1. §. si filius & seq. de suis & legit.*
4 † Anton. Goueanus nescio quid prima facie subtilius, propè autem intueṅti multo probabilius commentus est. Putat, namque nepotem hunc cuius patet testamenti tempore apud hostes fuerit si mortuo auo & existente adhuc patre apud hostes natus sit, aui testamentum rumpere non agnascendo, sed succedendo: quoniam, inquit, & in aui morientis potestate fuisse creditur, qui eo viuo conceptus sit & eo viuo natus in potestate futurus esset, & in locum quem pater propter ius suspensum postliminij obtinere videbatur, subintrauit mortuo posteà apud hostes patre. Vnde infert ille non nascentem hunc, sed iam natum rumpere: eum verò qui natus rumpat, necesse esse rumpere succedendo. Sed in eo vir doctissimus labitur, quòd non animaduertit, imò verò nepotem hunc non iam natum, sed nascentem, & nascendo rumpere, quia quo tempore nascitur licèt patrem habeat viuum apud hostes non magis tamen ei obstat persona patris quandocunque postea apud hostes defuncti, quàm si iam tum defunctus esset, vt apertissimè Vlpianus scribit. † Nam tametsi lex Cornelia, quæ tam de hereditatibus testamentaris quàm legitimis eorum qui in hostium potestate decessissent lata est, ad filiosfamilias non pertineat, qui sicut bona in ciuitate nulla relinquere potuerunt, ita nec heredem habere possunt *l. qui vxorem. 15. hoc tit. iunct. l. lex Cornel. 28. de vulg. & pupil. subst.* vt proinde fingi non possit ex ea lege filiumfamilias decessisse in ciuitate antè primam horam captiuitatis. Verùm tamen est desijsse eum viuo patre suum heredē esse eùm ab hostibus eo viuo nō redierit, & quo instanti pater eius moriebatur certum esse cœperit non posse ampliùs viuo eo filium redire *l. Gallus. §. videndum sup. tit.* 1. quod nos pluribus explicabimus lib. prox. c. 3. Consequenter fatendum est nihil obstare nepoti huic post aui mortem nascenti, quominus auo suus heres nascatur, quamuis si viuo auo nasceretur, sui heredis ius nascendo non haberet nec si pater apud hostes posteà decessisset.
† In quo differt hic nepos ab eo de quo in priore 6
legis specie dictum fuerat, hoc est qui conceptus sit ex filio exheredato, & patri superstite. Ille enim vno tantùm casu suus heres nascitur, si exheredatus filius decesserit herede scripto deliberante, qui posteà hereditatem omiserit, & tamen ne illo quidem casu rumpit testamentū, quia potuit præteriri cùm mortis tempore pater eum præcederet *l. scripto. 7. vnd. liber.* quam ob causam magis probo, vt in huius §. principio legamus, *sed si pater*. quàm, *sed etsi*, differentiæ indicandæ gratia. Quòd si admittas nasci hunc nepotem suum heredem, quia nemo eum præcessit mortis tempore, negare non possis quin agnascendo rumpat. Non igitur succedendo, cùm vel fatente Goueano succedendo rumpat is duntaxat qui natus,
non qui nascens rumpit. † Quid ergo est quod Vl- 7
pianus de nepote isto sic scribit *post mortem aui succedendo testamentum rumpit?* Tentemus an dici possit Vlpianum his verbis nec de Velleana successione agere, quæ fit subintrante suo herede in locum sui heredis, nec de ea sola, quæ fit in gradibus potiùs, quàm in personis, hoc est subintrante secundo gradu in locum primi deficientis etiam priùs quàm persona nascatur, quæ gradum illum occupare possit *l. 1. de suis & legit.* (quanquam si de hac maximè velis intelligere, non valdè repugnabo, vt sup. dixi.) Sed de successione in hereditate de qua & in præcedentibus illis locutus fuerat, *ab intestato verò is succedit*. Vt sensus sit longè elegantior, nepotem hunc post mortem aui succedendo in ipsius hereditate cum auo suus heres agnascatur testamentum eius rumpere. Hoc autem ideò (ne quis fortè putet ab-

surdè

ſiudè aut otioſè hoc verbum additum) quia poſthu-
mus, ſiue filius, ſiue nepos nunquam rumpit niſi ſuc-
8 cedendo, hoc eſt quin ſtatim & in ipſo inſtanti rum-
pendi ſuccedat ei cuius teſtamentum rumpit. † Et in
hoc melior conditio eſt poſthumi quàm filij iam na-
ti. Hic enim ſi in primo gradu teſtamenti præteritus
ſit, in ſecundo verò vel inſtitutus vel exheredatus fa-
cit quidem primum gradum iniuſtum, ſed ſequentem
valere patitur. Poſthumus verò rumpendo ſibi locum
facit, atque ita non tantùm primum gradum à quo
præteritus fuit, ſed & omnes ſequentes totúmque te-
ſtamentum rumpit, vt eleganter idem Vlpianus ſcri-
bit in *l. prox. præced. verſic. rumpendo.* Vixque niſi vno
caſu euenire poteſt, vt partem duntaxat teſtamenti
poſthumus rumpat: nimirum cùm à primo gradu ex-
heredatus eſt, à ſecundo præteritus, *l. 3. §. vlt. ſupr. eod.*
ſcilicet, quia quandiu primus gradus ſubſiſtit de ſe-
cundo nihil quærendum eſt, nec proinde ob ſecundi
gradus inualiditatem primus rumpi poteſt. Ergo nec
totum teſtamentum, ſed pars tantùm, ſi fortè vno ex
primis heredibus adeunte alius qui ſubſtitutum vul-
garem acceperat præterito in ſubſtitutione poſthumo
9 hereditatem omiſerit. *l. 4. eod.* † Suprascriptæ autem
differentiæ inter poſthumum & filium iam natum
elegans ratio illa eſt, quam iam ſuperiore libro atti-
gimus *cap. vlt.* quod cùm filij præteritione teſtamen-
tum iniuſtum & nullum eſt, nullum filij factum in-
tercedit, ſed ſola iuris poteſtas quæ odio præteritio-
nis etiam ignorante filio teſtamentum inutile reddit.
Ergo eatenus duntaxat quatenus filius præteritus eſt,
atque ita ratione primi gradus tantùm; non etiam ſe-
quentium, ſi in ſolo primo gradu filius præteritus ſit,
in ſequentibus verò vel inſtitutus vel exheredatus.
Quomodo igitur poſſit filius iam natus ſibi locum fa-
cere qui nihil facit? Prius ſiquidem eſt, vt faciat, quàm
vt ſibi locum faciat. Nec pugnat quod quibuſdam lo-
cis ſcriptum legimus filium præteritum facere iniu-
ſtum teſtamentum. vt in hoc ipſo *§. & in d. l. 3. §. ex his
ſupr. hoc tit.* Id enim ſic accipi omnino debet, vt filius
præteritus non patiatur teſtamentum valere quomo-
do Vlpianus loquitur in *§. ex ſuis heredibus tit. 22 qui
hered. inſtit. poſſ.* non vt in eam rem filij factum vllum
intercedat aut intercedere ſit neceſſe, cùm, vt dixi, &
ignorante & inuito filio ſola iuris poteſtas iniuſtum
faciat gradū in quo filius præteritus eſt. At cùm poſt-
humus ſuus heres rumpit hoc ipſo quod rumpit facit
aliquid & vel ipſum rumpendi verbum poſthumi fa-
ctum demonſtrat ſe exerentis & in lucem prodeun-
tis. Stultus verò ſit ſi ideò rumpat, vt alij locū faciat,
ac non potius ſibi ipſi. Quanquam enim nec volunta-
tem nec iudicium habet qui nunc primùm naſcitur,
vt quid faciat poſſit intelligere, lex tamen vtrumque
ſupplet, hoc vno contenta quod factum nepotis in na-
ſcendo interueniat quippe quæ certa ſit ætatem ſolā,
& iudicium illi, & voluntatem eſſe allaturam. Itaque
non ea ratione potentius eſt ius poſthumi quàm filij
iam nati, quòd ille ſit fauorabilior, ſed quia plus eſt &
ad euertenda teſtatoris iudicia validius, rumpi teſta-
mentum quàm nullum eſſe & iniuſtum. Vt autem
poſthumus rumpat non duntaxat iniuſtum faciat, ra-
tio illa eſt, quia quandiu in dubio euentu poſitum eſt
an poſthumus naſciturus ſit teſtamentum valet. Pro-
inde vel ſemper validum id manere neceſſe eſt, vel
quoniam id citra poſthumi iniuriam fieri non poſſet,
rūpi penitus, & euerti naſcente poſthumo præterito.
10 † Ad id ergò nimirum reſpiciens Vlpianus ait nepo-
tem hunc poſt mortem aui ſuccedendo rumpere te-
ſtamentum, quod perinde eſt ac ſi tranſpoſitis verbis
diceret rumpēdo ſuccedere, vt in *d. l. prox. præced. verſic.
rumpendo.* Cæterum & rumpit & ſuccedit agnaſcen-
do, & agnaſcitur; qui, cùm in parentis quaſi præmor-
tui locum ſucceſſerit, proximum ipſi locum cùm na-
ſcitur obtinet. Iam natus, quia ab initio iniuſtum fa-
cit, & nullum nūquam rumpit. Nam quod nullum eſt
rumpi non poteſt, *l. prox. ſupr.* idque eſt quod Vlpian.
noſter innuit in *§. ſeq.* iis verbis, *ſi gradus ille valeat.* † Et 11
errant qui putant præteritione filij iam nati ruptum
dici teſtamentum in *l. inter cætera. 30. ſup. eod. tit.* Habet
enim lex illa duas partes, quarum prior de poſthumis
neceſſariò intelligenda eſt de quibus fortaſſe eo loco
Caius tractabat, qui ſic loquitur, *ne præteritis iſtis rum-
patur teſtamentum.* Poſterior verò de filiis iam natis, &
teſtamenti tempore in teſtatoris poteſtate conſtitu-
tis, *d. l. 3. §. ex his hoc tit.* Alia quæ ad huius legis prin-
cipium pertinent, quia magis elegantia ſunt quàm
obſcura, nec malè in antiquioribus & recentiorib. ex-
plicata prætermittimus. Pertinent ad nepotem ex fi-
lio exheredato cuius aliam eſſe rationem quam nepo-
tis ex filio captiuo Vlpianus hîc docere voluit, vt &
in *l. ſi quis. 5. §. 1. ſupr. tit. prox.* Sed quæ ſequuntur vſ-
que ad *§. irritum*, quoniam & hæc maxima & noua in-
digent, ſequenti capite exponamus.

CAPVT VIII.

Emendatio §. ſiue autem eiuſdem legis, & interpretatio l. ſi ſtatulibera. 6. in princip. & §. 1. de ſtatuliber.

SVMMARIA.

1 *An in* d. §. ſiue autem, *Vlpianus de Velleana ſucceſ-
ſione tractare incipiat.*
2 *Reÿcitur Cuiacÿ ſuper hac quæſtione ſententia, eiúſque
argumenta ſoluuntur.*
3 *An in ſpecie* d. §. ſiue autem, *nepos in captiuitate pa-
tris conceptus poſtliminij ius habeat ſi cum patre re-
uertatur?*
4 *Cur is qui apud hoſtes conceptus eſt, ſi in ciuitatem cum
patre reuertatur, ciuis Romanus efficiatur?*
5 *Senſus* l. apud hoſtes. 9. de capt. & poſtlim. reu.
6 *Filium qui apud hoſtes conceptus cum matre ſola in ci-
uitatem redit patre apud hoſtes defuncto, ſpuriū dici.*
7 *An idem poſt Iuſtiniani conſtitutionem dici poſſit?*
8 *An in ſpecie* §. 1. l. ſtatulibera *natus apud hoſtes ex ſta-
tulibera, & cum ea ab hoſtib. reuerſus an, inquam,
ex matris, an vero ex propria perſona liber fiat?*
9 *An in dicta ſpecie poſtliminium filio competat, quem
ſtatulibera apud hoſtes concepit, & poſt exiſtentem
libertatis conditionem edidit.*
10 *Cur matri quæ captiuitatis tempore ſtatulibera fuit,
poſtliminium accommodetur?*
11 *Statuliberam matrem quod ſeruâ pœna effecta ſit, exi-
ſtente ſtatutæ libertatis conditione liberam non fieri.*
12 *An etiam partui ante damnationem concepto proficiat e-
xiſtens poſt damnationem libertatis conditio?*
13 *Differentia inter filium & nepotem apud hoſtes conce-
ptum, quoad poſtliminij rationem.*
14 *An ex Vlpiani ſententia in* d. § ſiue autem. *nepos qui
mortis aui tempore in vtero fuit patre iam ab hoſti-
bus capto, & ibi mortuo, teſtamentum aui ſuccedē-
do rumpat, ſiue in ciuitate ſiue apud hoſtes conceptus
fuerit?*
15 *Tollitur è* d. §. vox conceptus, *& emendati ſenſus pro-
ponitur.*
16 *Quænam in ſucceſſione Velleana teſtamentum rum-
pant?*

17 *Per succedentes in §. quocunque autem, sequentes intellige oppositos precedentibus.*
18 *Confirmatur interpretatio* d. §. quocunque autem.
19 *Liberorum nomine in d. §. solos posthumos intellige qui post mortem parentis nascuntur.*
20 *Retinetur vox* duntaxat *in* l. 3. §. 1. ff. de iniust. rupt. test. *à nonnullis sublata.*

1 LOngè † obscurius est quod apud Vlpianum se-
quitur in §. *siue autem hac eadem lege, siue autem,*
inquit, *in ciuitate nepos fuit conceptus siue apud hostes,*
quoniam datur & partus postliminium, succedendo testa-
mentum rumpit. Hic Vlpianum incipere de Vellea-
na successione tractare existimat Cuiacius, quòd ne-
poti concepto apud hostes postliminium non aliter
detur quàm si cum filio reuertatur, *leg. 1. Cod. de post-*
lim. Vtroque autem reuerso ita demùm nepos suc-
cedat in locum filij, & succedendo rumpat, si filius
viuo testatore suus heres esse desierit, *l. posthumorum.*
13. infr. hoc titul. leg. Gallus. 29. §. sequenti parte supr. tit. 1.
Mihi verò probabile hoc fieri non potest, qui video
iis verbis, *siue autem*, coniungi hunc §. cum præceden-
tibus ita vt eadem species tractetur, scilicet de nepote
ex filio testamenti tempore capto ab hostibus & in
eadem causa, hoc est in captiuitate defuncto. De ne-
pote, inquam, qui post aui mortem natus sit, ac pro-
inde in cuius persona Velleanæ successionis ordo lo-
cum habere non potuerit, si verum est quod in supe-
rioribus sæpiùs diximus, & vir doctissimus non negat
Velleanam successionem non nisi viuo testatore con-
tingere. Quomodo enim viuo testatore succedat in
locum filij nepos, qui post testatoris mortem nasci-
tur, sed & cùm in præcedente §. eadem illa verba ex-
tent quæ in isto *succedendo testamentum rumpet*, cur ali-
ter atque aliter ea interpretari liceat, quasi vno loco
de Velleana successione Vlpianus egerit, alio verò de
sui heredis agnatione, quę per subrogationem sequē-
tis gradus in locum præcedentis mortuo testatore cō-
tigerit: Eadem sanè verba eodem contextu scripta, &
ad eandem speciem accommodata, vnam eandemque
2 interpretationem recipiant necesse est. † Nec me mo-
uet quòd Cuiacius obiicit nepotem hunc apud ho-
stes conceptum de quo Vlpianus tractat non aliter
postliminium habere posse, quàm si cum patre ab ho-
stibus reuertatur. Nam vt maximè id verum esse con-
cedam, quod mox negabo, nepotem ab hostibus cum
patre reuersum postliminij ius habere, planè ridicu-
lum facias Vlpianum, si eum sic intelligas, vt vtroque
ab hostibus reuerso viuo adhuc testatore contingat fi-
lium præmori nepos in ipsius locum succedat, & suc-
cedendo viuo auo rumpat. Quid enim necesse erat
captiuitatis mentionem facere, cuius memoriam &
incommoda vtroque postea reuerso postliminij fictio
deleuisset? Aut quis dubitare poterat, eo casu quo v-
terque propter ius postliminij semper in ciuitate mā-
sisse credebatur, nepotem in prædefuncti parentis
locum viuo auo succedentem ipsius testamentum
rumpere? Vtique pertineret ea res ad tractatum De
postliminio potius, quàm ad titulum sub quo locus
hic situs est De iniusto rupto, & irrito facto testa-
mento. † At neque verum est, quod Cuiacius pro
3 certo ponit, nepotem in captiuitate patris conceptum
postliminij ius habere, etiamsi cum patre reuertatur.
Qui enim in ciuitate nunquam fuit aut natus, aut
pro nato habitus, quomodo retrofingi possit perpe-
tuò in ciuitate mansisse? An non hîc optimè illud
quadrat, quod nostri iactare solent post Bartolum ad
l. si is qui pro emptore. D. de vsucap. neque postliminij,
neque aliam vllam fictionem tūc locum habere cùm
extrema non sunt habilia? Porrò extremum ad
quod hic nullum est, ad quod scilicet postliminij fi-
ctionem referre possis, cùm nepos apud hostes conce-
ptus nec ab hostibus captus, nec in ciuitate nunquam
fuerit. Nam & quod receptum est, vt qui in ciuitate
conceptus & apud hostes natus est postliminium ha-
beat, *leg. ab hostibus. 15. §. 1 ex quibus caus. maior. dict. leg.*
Gallus. §. si eius supr. titul. 1. aliam rationem non ha-
bet, quàm quòd ex iuris regula fauorabiliter intro-
ducta, qui in vtero sunt pro iam natis habeantur quo-
ties de illorum commodo agitur, *l. primitum. D. de sta-*
tut. homin. At vt pro nato habeatur, qui nondum cōce-
ptus est, nec iuris regula, nec fictione vlla constitui
potest. † Planè, etiam qui apud hostes conceptus est si 4
in ciuitatem cum patre reuertatur ciuis Romanus ef-
ficitur, & patriæ potestati subditus non minus quam
si in ciuitate, & conceptus & editus fuisset. An quia
postliminij ius habeat? Id enim est quod & virum
doctissimum & interpretes omnes fefellit. Minimè.
Sed quia cùm eius patri postliminium detur, & post-
liminij ea vis sit vt patri reddat omnia, ac proinde li-
beros, in consequentiam fieri necesse sit, vt reddendo
patri liberos in seruitute conceptos ac si in ciuitate
concepti fuissent, liberis quoque det patrem, siqui-
dem sunt ista correlatiua quorum vno posito alterum
quoque poni necesse est. In eámque rem textus est
perelegans & apertus in *dict. leg. 1. Cod. de postlim. re-*
uers. in illis verbis, *quanquam enim iure proprio postlimi-*
nium habere non possit quæ capta non est, tamen parentum
restitutio reddet patri filiam. Nec est contrarium quod
in eiusdem legis principio scriptum est, filiam apud
hostes conceptam ita demum parentis originem se-
cutam videri si ambo in ciuitatem reuersi sint. Sunt
enim hæc longè differentia, filiam apud hostes conce-
ptam & cum patre vel matre reuersam sequi patris
aut matris originem, Et, Habere eam ius postliminij.
Prius verum ex necessitate paterni aut materni post-
liminij: Posterius falsum, quamuis eò tandem decur-
sum sit, vt dici cœperit ex patris persona dadum huic
filiæ postliminium, licèt persona ipsa filiæ quæ nec ab
hostibus capta nec in ciuitate vnquam fuit fictionis
huius incapax prorsus videatur. † Sic enim omnino 5
accipiendum est, quod ait lex, *apud hostes. 9. D. eod.* fi-
lium apud hostes susceptum, id est & conceptum &
editum filij iura habere si postliminio redierit, scilicet
cum patre vel matre. Habere enim postliminium
nempe ex persona parentis cum quo redierit siue
pater, siue mater sit. Idque ex rescripto Seueri &
Antonini, cuius & idem Vlpianus meminit in *l. 1. §.*
interdum. versicul. sed etsi apud hostes. D ad S. C. Tertyl.
Quod rescriptum illud ipsum est, cuius verba extant
in *dict. leg. 1. Cod de postlim.* vt ex inscriptione apparet.
Adde quod & in *leg. Diui. 25. D. de capt. & postlimin.*
Marcianus ita scribens, *& filiam in potestate patris quē-*
admodum si iure postliminij reuersus sit, satis significat
non propriè & verè, sed impropriè & abusiuè nos
loqui cùm dicimus filio qui apud hostes conceptus
sit postliminium competere, tametsi cum patre re-
uertatur. † Vnde illud etiam fit, quod monstri instar 6
videri possit, vt filius conceptus in seruitute si so-
lus aut cum matre sola in ciuitatem redeat patre a-
pud hostes defuncto, nec patrem habere intelligatur,
nec proinde matrem si cum patre solo redeat, de-
functa apud hostes matre: cum iam inde ab eo tem-
pore quo captus est parens quisquis ille sit diem
suum obiisse existimetur, vt ait *dict. l. 1. in fine.* Ita-
que spurius dicitur priore casu & vulgo quæsitus, *d.*
l. Diui. 25. D. eod. dict. l. 1. §. sed etsi apud hostes. D. ad S. C.
Ter-

Tertyll. quod & de libertinis Vlpianus scribit in fragmentis, *titul. 12. de curator. §. a Prætore.* Posteriore autem sine matre esse exemplo adrogati qui patrem habet non matrem.
7 † Id verò magis nouum & mirum hodie videri debeat, natum ex legitimo matrimonio filium pro spurio vulgo quæsito haberi, postquam iure nouo & ex Iustiniani *Nouell. 22. de nupt. cap. 7. §. sed etiam captiuitatis*, inductum est, vt per captiuitatem matrimonium non dissoluatur, quod olim dissoluebatur, *leg. in bello. 12. § medio tempore in fin. D. de capt. & postlim.* quod & Accursius ad *dict. l. Dum.* obseruauit. Nemo enim dixerit illa Iustiniani constitutione sublatam fictionem legis Corneliæ quæ facit, vt proximo ante captiuitatem momento captiuus decessisse retrofingatur. Vereor tamen ne malè Accursius & post eum cæteri legem Iustiniani accipiant, quæ sanè illo demum casu matrimonium manere patitur, quo alterutra coniugum persona superest in Republica non etiam si ambo coniuges in hostium potestatem peruenerint. Ideoque nec dici potest spurium hoc casu nasci ex legitimo matrimonio, nisi ponas vxorem non captiuam, ad virum captiuum commeatu ab hostibus, vt plerunque fit, accepto ad eum accessisse, ibique ex eo concepisse. Vtut sit, constat filium apud hostes conceptum si solus redeat nullum postliminij ius habere, neque ex persona propria, cùm, vt dixi, nec ab hostibus captus nec in ciuitate vnquam fuerit, neque ex persona parentum, qui non redierint. Si verò cum parentibus redeat competere ei ius postliminij, ex persona quidem patris si vel vterque parens vel solus pater redierit, ex persona autem matris si so-
8 la mater reuersa sit. † Quò pertinet quod idem noster Vlpianus tractat in *l. si statulibera. 6. §. 1. D. de statulib.* de statulibera, quæ in ciuitate & ante existentem statutæ libertatis conditionem, ac proinde in seruitute conceperit, deinde ab hostibus capta ibi post existentem condicionem pepererit. An liberum pariat. Et ait interim quidem, id est quandiu apud hostes est filius dubium non esse quin seruus hostium sit, sed verius esse postliminio eum liberum fieri. An verò ex matris persona, an ex propria? Ponimus enim & matrem & filium ab hostibus rediisse. Et puto ex persona matris non ex propria tametsi conceptus fuerit in ciuitate, quia eo tempore conceptus est quo mater nondum erat libera, ac proinde in seruitute, scilicet nondum impleta statulibertatis conditione: quæ res facit, vt quandiu in vtero fuit & in ciuitate non potuerit haberi pro nato, cùm ea sit iuris ciuilis regula, quæ sicut ad seruos non pertinet, vtpote iuri ciuili incognitos: ita nec ad filios statuliberorum, nisi ab eo tempore quo existit conditio & libertatem mater côsecuta est. Idque eleganter Vlpianus docet, illam suæ sententiæ rationem subiiciens, *quia si mater in ciuitate esset*, intellige, tunc cum statutę libertatis condicio euenit, *liber nasceretur*. Sufficit enim partui liberã matrem vel cùm natus est vel quo alio tempore habuisse, vt & liber, & ingenuus natus videatur, *l. & seruorum. 5. § ingenui & §. vlt. de stat. homin.* Quòd si poneres conceptum in ciuitate ex ingenua matre filium, deinde natum apud hostes ex captiua, postea sine matre reuersum, dicerem postliminium ei côpetere, proprio iure ac si iam natus vnà cum matre captus fuisset *l. vlt. C. ex quib. caus. maior.* tametsi non possit retrofingi natus in ciuitate sine matre: quia nec retrofingi necesse est, quandoquidem iam pro nato habebatur priusquam mater ab hostibus caperetur, & secuta calamitas matris quæ post conceptionem ab hostibus capta apud eos & peperit, & decesserit non magis filio nocere debet, quòd ad ius postliminij attinet, quã in eo vt & liber & ingenuus nascatur si vel minimo medij temporis momento liberam matrem habuerit, quamuis & conceptionis & partus tempore ancilla
fuerit, *d. l. 5. §. pen. & vlt. de stat. homi.* † Quid autem si 9
in suprascripta specie statulibera & apud hostes concepisset, & post existentem condicionem edidisset? Difficilius est vt postliminium filio competat, quippe qui non solùm in ciuitate numquam fuerit, sed etiam in duplici seruitute conceptus sit. Sed tamen quia post existentem condicionem natus est, & eo tempore quo si mater esset in ciuitate hic liber nasceretur, adhuc benignius dicetur competere ei postliminium, & liberum eum esse, nimirum inducta ex persona matris postliminij fictione, & ita demum si simul cum matre redierit: alioqui melior condicio esset filij apud hostes concepti ex statulibera quàm eius qui conceptus esset ex muliere ante captiuitatem libera, quod tamen
dici non potest. † Matri autem quæ captiuitatis 10
tempore statulibera fuit licèt numquam caput in ciuitate habuerit, ideò fictionem postliminij accommodamus quòd quamuis toto præcedenti tempore serua fuerit, adeò vt si eum peperisset etiam partus heredis fuisset *l. statu'ibera. 16. de statulib.* nihilominus si semper in ciuitate mansisset, existente quandocumque condicione perinde libera fuisset ac si libertatem ab initio purè non in tempus aut condicionem accepisset *l. 2. eod. tit. de statulib.* non tamen ablatis heredi medij temporis commodis. Itaque eadem ratio quæ libertati iam competenti postliminium dat etiã côpetituræ fauere debet, & succurrere, nec ciuilis legislator pati debet vt ex hostium iniuria deterior eius
condicio fiat. † Dico, *ex hostium iniuria*, quoniam 11
si mater serua pœnę facta sit ex condemnatione nihil ei prodesse debet quòd postea libertatis conditio euenerit, cùm & si condemnationis tempore libera fuisset, & ex libera pœnę serua effecta, ei subueniri non oporteret, tanquam indignę propter pœnam ex proprij delicti causa irrogatam, *l. Papinianus. 20. de mi-*
nor. † Partui tamen ante damnationem concepto pro- 12
ficiet existens post damnationem libertatis condicio, vt perinde liber nascatur atque si mater damnata non esset, ne obsit ei casus matris in libertate qui nec in dignitate obesse posset: *argum l filiam. 9. D. de Senator.* Atqui, inquies, obstat ei casus matris cum mater ab hostibus capta nec reuersa est. Imò, inquam, non obstat, sed potiùs ipsius filij qui & ipse in seruitute conceptus est, ideóque alieno auxilio indiget vt postliminij fictione adiuuetur, quam ex propria persona inducere non potest. Et hæc mihi videtur Vlpian. sententia quanquam subobscura in *d. l. si statu'ibera. 6. in princ. & §. 1. de statulib.* Verum vt ad rem nostram redeamus, etsi nullo casu fieri potest vt ei qui apud hostes conceptus est si solus redeat postliminium detur.
† obseruandum tamen est nonnullam hac parte diffe- 13
rentiam esse inter filium & nepotem ex filiofamilias. Nam si ex patrefamilias ab hostibus capto conceptus sit in captiuitate filius, & patre postea in eodem statu decedente filius solus in ciuitatem redierit, ea ratio facit ne postliminium habere filius possit ex persona patris, quòd nec patrem habere intelligatur, quippe qui fictione legis Cornelię ante primã horam captiuitatis defunctus existimetur, *d. l. 1. C. de postlim.* In nepote verò concepto apud hostes ex filiofamilias nô eadem ratio locum habere videtur, quia nec fictio legis Corneliæ ad filiosfamilias pertinet pręterquam si sint milites, & ratione duntaxat bonorum castrensium. *l. filiusfam. 14. de re milit. l. lex Cornelia. 28 de vulgar. sub.*

fuit. quamuis pater idemque filiusfamilias apud ho-
stes postea mortuus, videatur iam inde viuo auo sui
heredis ius amisisse, *d.l.Gallus.§.videndum.supr.tit.*1.&
hac ipsa lege, *§.prox. praec.* Proinde negari vix potest,
quin nepos hic patrem habeat, nisi dicas quod & ve-
rius & subtilius dici posse arbitror, patrem hunc licèt
non retrofingatur ex lege Cornelia ciuis Romanus
decessisse, quia filiusfamilias fuit, cœpisse tamen pro
nullo & mortuo haberi ex quo ab hostib. captus est,
& seruus hostium reuera factus, cùm, quòd ad ius ci-
uile attinet, serui pro nullis & mortuis habeantur. *l.
quod attinet.*32.*l.seruitutem.*209.*de reg.iur.* Indéque fie-
ri vt tanquam ex nullo aut mortuo conceptus nec pa-
trem habere intelligatur, nec proinde auum, quia cō-
iungi auo nisi per mediam patris personam nepos nō
potest: adeò vt nec quasi suus, nec quasi nepos, neque
quasi cognatus ad aui hereditatem, aut bonorum pos-
sessionem admittendus sit, licèt eo iam reuerso & ad-
huc superstite auus moriatur, perinde ac si ex contra-
rio post aui mortem conceptus esset, hic ipsa lege in
princ. *vers.sed hac ita.& leg.*1.*§ si quis proximior. D.vnd.
cogn.* Quid enim hîc interest an post aui obitum re-
uera conceptus sit, an post patris mortem & ex nullo
conceptus existimetur? His verò consequens est vt
quamuis in ciuitatem reuersus liber fiat, postlimi-
nium tamen non habeat: nec illa solum ratione quòd
in ciuitate nunquam fuerit, sed etiam, quòd non ha-
beat, qui eum vel ciuitati reddat vel in ciuitate reci-
piat, quæ duę species sunt postliminij, *l.cùm duæ.*14.*de
capti. & postlim.* quarum posterior ne seruis quidem
denegatur dominos in ciuitate reperientibus. *l. sicut.*
14 10.*l.ab hostibus.*12.*C.eod.* † Quę cùm ita sint, non video
qua arte defendi possit quod Vlp. scribit in hoc §. quē
interpretamur, nepotem istum de quo in præcedenti-
bus dixerat, hoc est qui mortis aui tempore in vtero
fuit, patre iam ab hostibus testamenti tempore capto,
ibíque postea mortuo rumpere testamentum aui suc-
cedendo, siue in ciuitate, siue apud hostes conceptus
fuerit. Nam qui apud hostes conceptus est etiam viuo
auo ex filio captiuo & in ciuitate defuncto; is neque
auo succedere, neque testamentum eius aut agnascē-
do, aut succedendo rumpere potest. Nec aliud erit ta-
metsi cū Ant. Goueano dicas, quantumuis improba-
biliter, mutari hîc speciem, & incipere Vlp. loqui de
nepote qui apud hostes conceptus mortuo patre post-
liminio reuersus fuerit viuo adhuc auo. Etenim siue
viuum auum dicas, siue mortuum nullo eum sangui-
nis aut iuris vinculo potest contingere qui ex filio
captiuo & seruo facto natus est, vt diximus. Nempe
quod ad causam successionis attinet, quę tota iuris
ciuilis est siue testamentaria siue legitima, *l.verbis le-
gis.*120.*l.lege obuenire.*130. *de V. S.* Deinde ratio illa,
quæ apud Vlpianum sequitur, *quoniam datur & par-
tus postliminium*, prorsus falsa est in partu apud hostes
concepto, & ab hostibus sine patre aut matre reuer-
so, vt apertissimè probauimus, locumque tantum sibi
vindicat in partu qui in ciuitate conceptus, & apud
hostes natus sit. Sed etsi poneres nepotem hunc non
solum, sed cum matre ab hostibus rediisse, atque ita
postliminium aut potius postliminij commodum ei
dares ex persona matris, attamen non ideò faceres, vt
aui testamentum vel agnascendo vel succedendo pos-
set rumpere, quia sicut ea postliminij fictio ex perso-
na matris non reddit ei patrem qui in captiuitate de-
cessit, ita nec reddere illi potest auum paternum, qui
nisi per patrem nullus est. Quòd si cum Iac. Cuiacio
diuines rediisse nepotem cum patre viuo auo, inepta
erit & superuacua ratio illa, quod etiam patrui postli-
minium detur. Nam etsi non daretur, patri tamen, de
quo nemo dubitat dari sufficeret ad hoc vt nepos
quoque in ciuitate & cōceptus & natus & perpetuò
educatus crederetur, sicut & seruos ab hostibus re-
deuntes dominis suis restitui diximus ex *d. l. sicut.*10.
*Cod.de postlim.iunct.d.l.*1.*eod.* † Ergo concludendum 15
necessariò est corruptum esse locum & abundare di-
ctionem *conceptus*, quæ sola cum Iureconsulti senten-
tiam apertamque iuris rationē destruat ex glossa im-
periti alicuius interpretis, vt credibile est, in textum
irrepsit. Ea porrò sublata sensus & elegans & clarus
ille erit, nepotem hunc quem diximus susceptum ex
filio iam testamenti auiti tempore captiuo, & deinde
apud hostes mortuo rumpere aui testamentum succe-
dēdo sine in eo præteritus fuerit, siue in ciuitate fuit,
siue apud hostes mortis aui tempore, aut cùm auus
suprema ordinaret, dummodo in ciuitate antea con-
ceptus esset, vt talis sit, cui ratio illa congruere possit,
quoniam datur & partui postliminium, quæ alioqui &
falsa futura sit & superuacua. Rumpet autem succe-
dendo, id est, vt superiori capite eadem præcedentis
§. verba interpretati sumus, non per Velleianam suc-
cessionem, sed cùm ab hostibus reuersus aut in ciuita-
te manens patre iam defuncto apud hostes in eius lo-
cum successerit post aui mortem, & successionem he-
reditariæ capax factus fuerit. Quo tamen casu aut
iure postliminij, si ab hostibus redierit aut iure com-
muni si in ciuitate semper manserit, rupisse videbi-
tur agnascendo, vtpote cùm nulla persona ei obstite-
rit quominus suus natus videri possit, patre quando-
cunque apud hostes mortuo, quamuis eo viuo nec
succedere potuerit in ipsius locum, nec consequen-
ter in aui hereditate propter spem postliminij. *d.l.*
1.*§.si filius suus heres.D. de suis & leg.* † Sequitur apud 16
Vlpianum, *succedendo itaque sui non rumpunt si vel fue-
rint instituti vel exheredati ab eo gradu ad quem heredi-
tas defertur, scilicet si gradus ille valeat.* Ex quibus
verbis apparet euidentiùs, non loqui Vlpianum de
successione Velleana. Nam in successione Velleana
non is rumpit qui iam suus est, sed ex contrario ille
qui non est, & qui fit suus hoc ipso instanti quo suc-
cedit in locum sui heredis. Non enim qui iam est sed
qui nondum est suus, fieri suus potest. At Vlpianus
tractat hîc de iis qui iam sui sunt, & negat eos rum-
pere succedendo cuiuscunque tandem gradus sint, si
vel fuerint instituti vel exheredati ab eo gradu ad
quem hereditas defertur, si modò gradus ille valeat.
Deinde qui succedunt Velleana successione etiam si
sint instituti, vel exheredati, rumpunt tamen, inspe-
cta iuris ciuilis ratione nisi confugias ad auxilium le-
gis Velleæ, quæ secundo capite prouidit & prohibuit
ne rumpant, *d.l.Gallus.§.sequenti parte*, de quo dice-
mus *c.*2.*lib.prox.* Vlpian. verò de iis loquitur, qui iure
ciuili non rumpunt, cùm instituti sunt vel exhereda-
ti, neque enim legis Velleæ vllomodo meminit, quo-
modo meminit in *l.*4.*§.*1 *sup.hoc tit.* tractās de filio qui
post testamentum viuo testatore natus sit, itémque
Caius tractans dę Velleana successione in *l postumo-
rum.*13.*in fin.supr. hoc titul.* Denique cùm hic versiculus
vnico contextu subiiciatur præcedentibus in quibus
nihil de Velleana successione proponi diximus, non
video qua ratione diuersam interpretationem possit
admittere. † Nec pugnat quod sequitur, *quocunque au- 17
tem modo parentes præcedētes in potestate esse desierint suc-
cedentes liberi si fuerint instituti vel exheredati non rum-
punt testamentum.* Succedentes enim liberos commo-
dè intelligere possumus, *sequentes* oppositos nimi-
rum *præcedentibus*. Sequentes inquam, in gradu quidē

& qui

& qui in priorum locum ſucceſſerint, ſed qui tamen iam teſtamenti tempore primum locum tenuerint parentibus iam tum aut captis, vt in exemplo propoſito, aut mortuis aut damnatis. Id enim agit Vlpian. hoc verſiculo vt doceat nihil referre, an cùm auus teſtabatur pater captus eſſet ab hoſtibus apud quos poſtea deceſſerit, an mortuus, an condemnatus. Quemadmodum & illud addere potuit, nihil intereſſe an pater ſuus heres eſſe deſiiſſet, an ſuus eſſe nunquam cœpiſſet, vt in ſingulari illo caſu quem idem Vlp. ponit in *d.l.1.§ ſed ſi quis non deſiit de ſuis & legit.* His enim omnibus caſibus ſucceſſionem nepotum in parētum locum admittimus, ſed ita tamen vt ſuccedentes aui teſtamentum rumpant agnaſcendo, non ſuccedendo ſi de Velleanea ſucceſſione intelligas, ſiquidem hæc nō niſi poſt teſtamentum contingit, & in perſona ſuccedentis in locum eius qui ſuus heres eſſe deſierit, *d. l.*
18 *Gallus. §. ſequenti parte. & d.l. poſthumorum.* † Hancque interpretationem illud omnino euincit quòd in præcedentib. palam eſt tractare Vlpianum de poſthumo nepote ex filio, qui iam teſtamenti tempore apud hoſtes erat, ob idque impunè præteritus fuerat, vt verba illa probant, *sit eo praeteritus*, cùm ſi apud hoſtes tunc nō fuiſſet, nominatim inſtitui vel exheredari debuiſſet, *d.l. Gallus. §. in omnib.* tametſi ab hoſtibus poſtea captus fuiſſet, viuo adhuc auo: nam nec teſtamentum conualeſceret ſi filius in eo præteritus, poſtea viuo teſtatore decederet, *l. ſi filius. 7. ſup. tit. 1.* Tractat igitur de poſthumo nepote qui ſi teſtamenti tempore natus fuiſſet ſuus heres auo extitiſſet, patre nunquam ab hoſtibus reuerſo. Vt ergo ſequentia congruant intelligi debent de nepote ſuſcepto ex filio, qui iam teſtamenti tempore aut mortuus eſſet aut condemnatus, ita vt vel ſuus heres eſſe deſiiſſet, vel nunquam eſſe cœpiſſet. Huiuſmodi verò ſuos heredes cùm præteriti ſunt lex ait rumpere ſuccedendo, quoniam eodem inſtanti & ſuccedunt & agnaſcuntur. Neque .n. priùs ſuccedunt aut in hereditate aut in locum parentis excluſi, quàm naſcantur. Ideò autem agnaſcuntur, quia iuxta teſtatorem & proximi naſcuntur priorem gradum vacuum reperientes, eumque occupantes. Non rumpere verò ſi ſint inſtituti vel exheredati, quia inſtituti ſuccedant ex teſtamēto. Exheredati nullomodo ſuccedunt, ob idque nec ſuccedendo rumpunt, quamuis non eò minus ſuccedant in locum & gradū præcedentium parentum, ideoque & inſtitui vel exheredari debant. Quanquam nec inficior in Velleani ſucceſſione idem obtinere poſt legem Velleam vt qui in ſuorum locum ſuccedendo fiunt non rumpant, ſi
19 ſcripti ſint vel exheredati. † Etſi autem liberorum dictione, quæ generalis eſt, & ad eos quoq. qui iam nati ſunt pertinens, Vlpianus vtitur, ſubiectum tamen rūpendi verbū oſtendit non de iis liberis tractare illum, qui ſi præteriti ſint iniuſtum faciunt teſtamētum, ſed de iis tātum qui rumpunt id eſt de poſthumis, de quibus ſolis actum eſt tota lege ad hunc vſque locum, quin & in præcedentibus omnibus ab ipſo principio legis tertiæ, ſicut & in omnibus legibus quæ toto hoc titulo ſequuntur, excepta *l. filio. 17.* quæ eſt de liberis iam natis, & *d.l. poſthumorum. 13.* quæ ſola eſt de Velleanis nepotibus quaſi de iſtis iam ſatis ſuperque tractatum eſſet titulo antecedenti. Sed & cùm de ſolis poſthumis hunc locum intelligi volo, poſthumos eos ſolos intelligo qui poſt mortem parentis naſcuntur, quos duntaxat dicendos eſſe poſthumos idem Vlpian. ſcribit in *d.l. 3. §. ſupra hoc tit.* Nam qui poſt teſtamentum viuo teſtatore naſcuntur ij propriè nō ſunt poſthumi, ſed per interpretationem, ideoque nec inſtitui olim poterant ante legem Velleam. † Et in eo errant, 20
qui dictionem illam, *duntaxat*, poſitam in *d. § 1.* interpretiā eſſe arbitrantur. Nec mouere illos debuit quòd poſthumis exheredatis hi quoque exheredati intelligantur, *d.l. 3. § nominatim in fin.* cùm tamen exheredatio quæ odioſa eſt adiuuanda non ſit interpretatione, *l. cum quidam. 19. ſup. tit. 1.* Id enim fit legis Velleæ poteſtate & autoritate, quæ ſicut inſtitui eos ita & exheredari permiſit ne rumperentur teſtament. quorū fauor plerunque non minor eſt quàm liberorum, *leg. ſi pars. 10. D. de inoff. teſtam* Eadem ergo ratione ſi præcedentes in poteſtate eſſe deſierint poſt teſtamentum ſuccedentes poſthumi inſtituti vel exheredati ſi viuo teſtatore & ſui nati ſint non rumpunt propter legem Velleam: ſed quia rupturi eſſent ſi lex Vellea ipſorum inſtitutionem aut exheredationem non confirmaret, nulláque hîc legis illius mentio fit, eos quoque non minùs quàm qui iam teſtamenti tempore nati in ſuorum heredum gradum viuo teſtatore ſucceſſerunt, ab huius loci interpretatione arcemus. Eos etiam multò magis qui teſtamenti tempore nondum nati, poſtea viuo patre & non ſui editi, ſubinde mortuo patre ſuo herede in eius locum ſucceſſerunt, Hic enim licèt inſtituti ſint aut exheredati rumpunt & iure ciuili & poſt legem Velleam, niſi ambo eius capita coniungas ex Iuliani ſententia de qua in *d. l. Gallus. § ille caſus.* Ex quo apparet magis non poſſe poſtremum hunc verſiculum tam generaliter accipi, vt Velleanam quoque ſucceſſionem comprehendat.

CAPVT IX.

Vera lectio & interpretatio §. forſitan, leg. Gallus. 29. de liber. & poſthum.

SVMMARIA.

1. *Quid explicationem* d. § *obſcuram fecerit.*
2. *Ponitur ſpecies* d. §. forſitan.
3. *An in ſpecie d. §. pronepos cuius mentio fit, inſtitui potuerit?*
4. *Cur in eadem ſpecie nepos dicti pronepotis pater non rectè inſtitutus eſſe dicatur?*
5. *Vera eius rei ratio.*
6. *Cur in* d. §. *Scæuola dicat expaueſcendum non eſſe, ne dictus pronepos rumpat, quaſi perperam inſtitutus?*
7. *Cur & ſuum, & poſt mortem proaui teſtatoris natum pronepotem dicat Scæuola.*
8. *An dictus pronepos ex iure antiquo, an verò ex lege Vellea admittatur?*
9. *An ideo pronepos non rectè inſtitutus dicendus ſit, quod nepos pater eius non rectè ſit inſtitutus.*
10. *Natum ex alieno poſthumo alienum quoque eſſe, niſi ex ſuo potius quam ex alieno poſthumo ſuſceptus videri poſſit.*
11. *Qua ratione in* d. §. forſitan *defendatur pronepotis inſtitutio,*
12. *Reÿcitur Accurſÿ & aliorum ad* d. § *interpretatio.*
13. *Scæuolam in* d. § *nihil de pronepote apud hoſtes nato, vel ab hoſtibus reuerſo, dixiſſe.*
14. *Fictitium eſſe quod Interpretes ponunt in* d. §. *eum qui apud hoſtes erat, pronepotis loco adoptatum fuiſſe.*
15. *Abſentem ſi modo conſentiat, emancipari, non verò adoptari poſſe.*
16. *An id quod apud hoſtes eſt legari, & poſtliminy iure conſiſtere poſſit?*
17. *Cur non valeat adoptio eius qui quum adoptatur apud hoſtes eſt.*

18 *Commenticium quoque esse quod dicit Accursius, adoptatum a testatore in locum pronepotis in* dict. § *non extraneum esse, sed naturalem pronepotem.*
19 *Verba illa* an istis casibus, *quomodo ab Accursio & alijs accepta sint?*
20 *Cuiacij ad ea verba interpretatio refutatur?*
21 *Posthumum nepotem in* d. § *alienum natum fuisse.*
22 *Emendatur in* d. § *verba illa,* isque viuo patre deinde auo nascatur, *& pro* viuo *legitur* mortuo.
23 *Nepotem in* d. § *non fuisse præteritum.*
24 *Quomodo ex posthumo alieno suus posthumus nascatur?*
25 *Sensus & vera lectio* § ergo & sic d. l. Gallus.
26 *Cuiacij ad eundem* § *emendatio & interpretatio.*
27 *Quis sit in* d. § *sensus horum verborum*, postea viuo filio.
28 *Tollendam esse è* d. § *vocem adoptatur?*

1 OBscuram † & difficilem huius loci explicationẽ fecit interpretibus non ipsa solùm quæstio per Scæuolam tractata per se alioquin satis intricata, sed verborum etiam contextus non vno loco mendosus. Quem etsi corruptum esse veteres quoque obseruarunt & recentiores multò audentiores & perspicaciores non negant, quomodo tamen suæ integritati restituendus sit non conueniunt, dum suam quisque coniecturam proponit, alij aliter emendant. Nemo tamen adhuc dixit, vt arbitror, quod oportuit, quò magis laborandum nobis erit vt noua & vera sint quæ
2 nos de nostro proferemus. † Facti speciem sic constituo. Qui habet filium & ex filio nurum prægnantem, filium heredem scripsit, & ex præscripto Galli Aquilij nepotem & pronepotem vt securius testaretur his verbis instituit, *si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi ex eo nepos aut ex nepote pronepos nascetur post mortem meam, heres esto.* Natus est ex filio instituto nepos non solùm viuo patre, sed etiam viuo auo testatore. Ex eodem nepote conceptus est pronepos, natus deinde mortuo primùm patre, eodemque testatoris nepote, mortuo subinde auo qui & filius erat testatoris, ipso etiam testatore proauo post nepotem & filium
3 iam defuncto. † Quærit Scæuola, An pronepos hic ritè sit institutus. Quæstio in eo est an institui potuerit. Nam si potuit vtique fatendum est vtiliter esse eum institutum. Dubitandi autem causa illa quam Scæuola exprimit: *quia pater ipsius*, idémque nepos testatoris,
4 *non rectè institutus esset.* † At hoc ipsum cur ita? An quia institutus in eũ casum quo post testatoris mortem nasceretur, viuo eo natus fuerat? Ita Goueanus, Cuiacius, cæterique recentiores ex *l. commodissimè.* 10. *hoc tit.* Non malè, sed nec tam benè quin meliùs aliquid dici possit. Quid enim si aut purè, aut in vtrumque casum institutus fuisset ex consilio Pomponij in *d. l. commodissimè, vt & l. si ita scriptum.* 47. § 1. *de hered. instit.* An in proposita specie rectè institutum diceremus? Nam & Scæuolæ verba interpretationem hanc admittunt cùm non exprimat quibus verbis concepta esset institutio, nec dubitandum sit quin post legem Velleam possit nepos hic nasciturus aut purè aut in vtrumque casum institui, quamuis Galli tempori-
5 bus solus mortis casus exprimi & posset & deberet. † Illa igitur ratio generalior & accommodatior est propter quam non fuerit nepos rectè institutus, quia non testamenti tempore duntaxat, sed etiam cùm natus est, alienus posthumus fuit non suus, quippe quem pater in testatoris potestate constitutus præcederet. Alieni porrò posthumi institutio iure ciuili prohibita est, lege autem Vellea non aliter permissa quàm si nascatur suus. Inde verò fieri videbatur vt nec valeret institutio pronepotis, vtpote qui testatori coniunctus esset per mediam nepotis personam quæ nec rectè instituta fuisset, nec vtiliter institui potuisset. Nam quemadmodum non aliter valet Aquiliani nepotis institutio quàm si filius primi gradus heres instituatur, adeò vt nec exheredatum eum esse sufficiat, § *in omnibus prox. seq.* ita & videri poterat necessariam esse nepotis institutionem, eámque vtilem, vt pronepos rectè & vtiliter institutus crederetur. Absurdum siquidem videtur plus iuris habere eum qui remotiore gradu sit quam qui proximiore. Et sicuti alia causa nõ est propter quam necesse fuerit induci nepotis Aquiliani institutionem nisi quòd verendum erat ne filio præmortuo nepos in eius locum succedendo suus agnasceretur, atque ita testamentum rumperet quasi subrogatus in partem locumque eius quem institui erat necesse. Eadem prorsus ratione videbatur necessitas instituendi pronepotis ex eo descẽdere quòd præmoriente nepote in eius locum successurus esset pronepos. Et consequenter quo casu eueniret nepotem institui non posse, adeóque præteritum non rumpere, frustrà de pronepotis institutione disputari, qui nec quicquam iuris habere possit nisi in nepotis locum succedat, nec rursus plus iuris consequi ex eo quòd succedat in locum illius qui ipse præteriri impunè potuerit. † Aliud tamen Scæuolæ iudicium est. Non 6
esse, inquit, expauescendum ne hic pronepos rumpat quasi perperam institutus cùm & suus heres & post mortem testatoris nascatur. Suus enim nascitur, quia ponimus nasci eum mortuis iam patre & auo à quibus tantùm poterat in causa successionis anteuerti. Nascitur etiam post mortem proaui testatoris, atque ita nihil impedit quo minus vtiliter institutus habeatur, sitque melioris condicionis quàm nepos qui nec suus natus sit, nec in sui heredis locum vnquam successerit, mortuus scilicet ante patrem, eundemque testatoris filium, qui & in familia, & in causa succedendi primum gradum obtinebat. Iungit autem Scæuola rationes duas vt probet non esse expauescendum ne hic pronepos rumpat. † Nempe quia & suus natus est, 7
& post mortem testatoris. Non sufficeret natum esse suum nisi & post proaui mortem natus esset si ponas eum institutum ex præscripto Aquilianæ formulæ, hoc est in illum casum quo post testatoris obitum nasceretur, quanquam si aut purè institutus fuisset neutro casu expresso aut in vtrumque casum, non eò magis rumperet quod viuo proauo natus esset. Rursus non sufficeret natum esse post mortem proaui testatoris nisi suus natus esset. Quid enim si viuo adhuc auo nasceretur? Vtique alienus esset posthumus, ac proinde talis qui nullo iure institui potuisset, si Prætorium tollas & Iustinianeum de quibus non loqui-
mur. † Porrò si quæramus an hic pronepos ex iure an- 8
tiquo admittatur, an ex lege Vellea, distinguendum erit quibus verbis concepta institutio proponatur. Nam si eo modo concepta sit qui Galli formula continetur, nihil prohibet quo minus ex iure antiquo succedat, si post mortem proaui & suus nascatur, sin viuo proauo licèt suus, omnimodo excludetur. Et hunc casum à Scæuola tractari verisimilius est, non solùm quòd Aquilianam formulam interpretetur vsque ad § nunc de lege, sed etiam quòd ea potissimum ratione moueatur vt defendat pronepotem hunc ritè institutũ, quia post testatoris mortem natus sit. Sed si poneres purè factam institutionem neutrius temporis habita mentione, aut vtroque casu expresso, legis Velleæ auxilium necessarium esset vt viuo testatore natus licèt suus, ex testamento admitteretur: Perinde tamen ex iure antiquo succederet si post mortem testatoris

9 statoris natus esset.† Quae quamquam ita sunt, illa ta-
men dubitatio superest quam ex ipso Scæuola propo-
suimus, quòd pronepotis huius pater non rectè insti-
tutus sit, nec institui potuerit tanquam posthumus a-
lienus. Et ob id nimirum necesse fuit Scæuolam dubi-
tationis huius tollendæ gratia subiicere quod in tex-
tu sequitur. Ergo & sic admitti pronepotem hunc qui
ex nepote natus sit viuo postea filio ac si ex ipso filio
natus esset. Vt quamuis nepos suus esse nunquam
cœperit, succedat tamen pronepos in eius locum non
vt tantundem iuris habeat, quantum nepos habuit
dum vixit (sic enim fieret vt nullum haberet) sed vt
id ipsum ius habeat quod haberet hodie nepos si vi-
ueret. Haberet autem hactenus vt mortuo postea fi-
lio viuo testatore in eius locum succederet, ac ita suus
nasceretur, & consequenter iure institui posset, quia
& si præteritus esset, testamentum rumperet. Ita fit
vt dici non possit pronepotis huius patrem rectè in-
stitutum non fuisse, cùm patrem habere intelligatur
quod ad proaui successionem attinet, non nepotem
ex quo reuera fuit conceptus (cuius nulla ratio ha-
betur, quoniam ante patrem suum mortuus est, nisi
hactenus vt pronepoti det locum in quem possit suc-
cedere ad hoc vt subintret postea in gradum sui he-
redis, sed eum ipsum quem habuit nepos in cuius lo-
cum successit, id est auum eúmque testatoris filium
qui institui non solùm potuit, sed etiam omnimodo
debuit, vtpote qui iam testamenti tempore & natus
& suus heres esset, ac cuius præteritione inutile futu-
10 rum erat testamentum.† Proinde nec illud dici quod
Castrensis pro notabili tradit, pronepotem hunc non
eò minùs rectè institui potuisse quòd natus esset ex
alieno posthumo, quasi prohibitio instituendi alieni
posthumi ad eum qui ex tali posthumo natus sit ex-
tendi non debeat. Nam imò verò si haberetur pro na-
to ex alieno posthumo non posset institui, quia nec
pater eius posset, cum vt suprà dixi necessitas insti-
tuendi pronepotis non nisi ex necessitate ipsius ne-
potis instituendi pendeat, ordine ipso naturæ id exi-
gente. Nec verò quisquam iudicio meo dixerit, auum
qui ex filio emancipato alienum posthumum nepotē
speret quem iure ciuili instituere nequeat, pronepo-
tem ex eo posthumo alieno nepote vtiliter institutū
fuisse. Nempe quia fieri non potest vt qui ex alieno
posthumo nascitur non sit itidem posthumus alienus,
nisi quoties talis casus contingit in quo videri possit
non tam ex alieno posthumo quàm ex suo herede
11 susceptus vt in specie huius §. † Quo demum casu
pronepotis institutio defenditur hac sola ratione quod
præmortuo nepote qui ita erat alienus vt tamen suus
nasci potuisset, (nimirum si post patris sui mortem e-
ditus fuisset) non tanquam nepotis, sed tanquam filij
primi gradus filius haberi debeat, qui scilicet in nepo-
tis præmortui locum successit, & proximus testatori
post sui heredis mortem natus est, in ipsius quoque
testatoris potestate futurus, si testator suo heredi su-
12 peruixisset. † Cùm verò hac sententia, vniuersa §.
quæstio & quæstionis decisio concludatur, ridiculi
sanè sunt nostri interpretes qui Accursij somnia secu-
ti mordicus defendunt duas alias hoc loco proponi
quæstiones. Vnam de pronepote, sic quidem, vt dixi-
mus instituto, sed nato apud hostes viuis omnibus,
reuerso autem in ciuitatem post mortem omnium vt
hic tractatus accommodari possit ad formulam A-
quilij. Alteram de eo qui cùm esset prorsus extraneus
& apud hostes, adoptatus sit in locum pronepotis ab
eo qui erat in ciuitate, quique sic adoptatus redierit,
postea in ciuitatem mortuis iam patre, auo & proauo

quos illi adoptio dederat. Quæ interpretatio cùm sit
prorsus commentitia seipsam refellit satis vel auctorū
suorum testimonio quos fateri veritas cogit non de-
fendi eam verbis Scæuolæ, sed hac tamen diuinatione
adiuuandū necessariò Scæuolam vt ipsius verbis con-
stare sensus aliquis possit. † Et sanè nihil Scæuola de 13
pronepote apud hostes nato aut ab hostibus reuerso,
nec de nepote ab hostibus capto, de quo si intellexis-
set multa alia supplenda essent, & distinguenda, de
quibus diximus in superioribus, cùm de postliminij
fictione disseruimus. Vt taceam non pertinere ad for-
mulam Galli Aquilij casum illum quo pronepos in
ciuitate conceptus & apud hostes natus sit, licèt post
testatoris mortem redierit, quoniam in ciuitate sem-
per mansisse retrofingitur. † Iam verò quàm absurdū 14
illud est, quòd illi ponunt adoptatum pronepotis lo-
co eum qui tum erat apud hostes? Quasi verò adopta-
ri possit non solùm qui absens est, quod iuris ratio nō
patitur. *l. neque absens. 24. cum l. sequen. §. vltim. D. de a-
dopt.* sed & qui in hostium est potestate. Is enim cùm
interim reuera sit seruus hostium quomodo potest eo
instanti particeps esse illorum quæ iuris ciuilis sunt?
in quorum numero vtique adoptio cōputatur. † Nec 15
obstat quod Bartolus, & post eum cæteri respondent
posse absentem quoque adoptari si id Princeps per-
mittat ex *l. subemus. 5. C. de emancip. liber.* Nam præter
id quod lex illa continet ius nouum ab Anastasio pri-
mùm introductum & à iuris veteris ratione alienum
vt apparet ex *l. liberas. 18. C. de collat. l. si ab eo. 11. C. de le-
git. hered.* illud etiam constat loqui eam de emancipa-
tione duntaxat quæ fauorabilior esse solet, non item
de adoptione quam minùs fauorabilem, illud facit
quod æquum non sit ignorantem quem redigi in pa-
triam potestatem. Etsi autem nostri more suo auden-
tiores trahunt ad legitimationem, quod in emancipa-
tione constitutum est, non eadem tamen ratio est tra-
hendi ad adoptionem, quoniam legitimatio fit in fa-
uorem eius solius qui legitimatur, vt proinde consen-
sum aut præsentiam eius requiri minimè necesse sit.
Quamquam nec ignorantem emancipari Anastasius
patitur, sed absentem duntaxat & ita demum si eman-
cipationi ipse quoque cōsentiat, vt ait constitutio. At
adoptio fit in fauorem vtriusque nec minùs commo-
do adoptātis vt suum heredem habeat, quàm adoptati
cui & bonorum suorum administratio, & testandi fa-
cultas, & ipsa denique quodammodo libertas eripi-
tur. Denique nihil Anastasius constituit in persona fi-
lij qui apud hostes est vt emancipari possit. Et verò
absurdum sit emancipari quem à patre eo tēpore quo
non in patris, sed in hostium potestate sit, seruus eorū
factus. Multò igitur minùs qui apud hostes est ado-
ptari poterit. † nec simile est quod Bartolus obiicit id 16
quod apud hostes est legari posse, & postliminij iure
consistere. *l. sed quod. 9. de leg. 1.* Id enim ad eas res perti-
net quæ testatoris fuerunt priusquam legarentur vt
vel ipsa postliminij dictio demonstrat. Nam quod a-
pud hostes est, si nostrum nunquam fuit non magis
legare aut vendere possumus quam cæteras res quas
in commercio non habemus. *l. seruus 98. eod. l. liber ho-
mo. 103. de verb. oblig.* quomodo accipi debet quod scri-
ptum est in *l. vlt. D. de act. empt.* At in adoptione non
de re aliqua agitur, sed de persona in quā nihil pror-
sus iuris antea habuerit adoptator. Deinde alienum
quoque rem & legare & emere possumus aut vende-
re si modò aliquo casu emi possit, vt de re hostium
nominatim Iulianus scribit in *l. ab omnib. 104. §. etiam
rem hostium. de leg. 1.* † Adoptare verò non possumus 17
nisi eum qui eo ipso instanti quo adoptatur sub po-

restate nostra fieri possit, quia cùm adoptio sit actus
legitimus nec diem recipit nec conditionem, *leg. actus
legitimi. 77. de reg. iur. iunct. l. quæ situm. 34. l. si paterfam.
15. §. vlt. cum seqq. de adopt.* sub nostra autem potestate
fieri qui reuera suus hostium sit non potest. Non igi-
tur valet adoptio eius qui cùm adoptaretur apud ho-
stes erat, nec si postliminio redierit, adoptio conua-
lescet, quia nec ab initio valuit, nec tempus à quo in-
18 ciperet vnquam habuit. † Quod si dicas adoptatum
à testatore in locum pronepotis non extraneum, sed
eum quem natura pronepotem fecerat, quæ Accursij
altera interpretatio est, magis ridiculus fueris, cùm
frustrà adoptetur in pronepotem is qui iam & prone-
pos, & in proaui potestate est, nisi cum Accursio diui-
nes nepotem quo tempore ex eo conceptus fuit pro-
nepos fuisse ab auo emancipatum, vt nec in proaui
potestate nasci pronepos potuerit. Sed id adeò com-
mentitium est & à Scæuolæ verbis alienum, vt operæ-
precium non sit ratione potiùs quàm silentio refelle-
re. Restat vt ipsa contextus verba quæ aut corrupta
aut obscuriora & perperam intellecta sunt, breuiter
19 explicemus. † Ait lex, *an istis casibus.* Accursius intelli-
git de sequentibus. Malè: nam & in toto hoc §. *& in
omnibus*, quæ sequuntur vsque ad tractatum de lege
Vellea nullus alius casus proponitur quàm qui à no-
bis hoc capite expositus est. Alij putant respicere Scæ-
uolam ad id quod monuerat in §. quid si is qui filium
non tantùm ex Galli formula institui posse nepotem
posthumum, sed etiam verbis generalibus, ita, *Quis mi-
hi post mortem meam suus nascetur heres esto*, vel ita,
Quicquid liberorum. Dubitare autem, Num istis casi-
bus, hoc est institutione nascituri heredis sic facta va-
leat institutio pronepotis qui aliquando nascetur ex
nepote, nato nepote post testamentum viuo patre suo.
Sed nos suprà monuimus locum illum Triboniani
esse potius quàm Scæuolæ, & iam ante docuerat Scæ-
uola in §. idem credendum & seqq. vsque ad §. *& quid
si tantùm*, quibus verbis commodè institui posset pro-
nepos, siue iam mortuo nepote viuo filio, (*nepote* enim,
non *pronepote*, legendum esse in §. sed etsi viuo filio,
ferè inter omnes conuenit & certissimum est,) siue v-
trisque viuis. Deinde quod ad huius §. quæstionem
attinet parum refert quibus verbis institutus sit pro-
nepos, dummodo filius quoque primum gradum te-
20 nens institutus sit. † Itaque magis probo interpreta-
tionem Cuiacij, vt his verbis nihil aliud Scæuola si-
gnificet quam casus iuris antiqui quibus nepotes aut
pronepotes posthumi instituuntur. Nam ad hunc vs-
que locum eos tantum casus proposuit qui ad Aqui-
lianam formulam pertinere videbatur, tametsi in de-
cidendis quæstionibus legis quoque Velleæ senten-
tiam interdum ad confirmandas institutiones neces-
sariam, & quasi in auxilium euocandam esse duxerit.
21 † Sequitur, *si nepos post testamentum nascatur viuo patre
suo, deinde ex eo concipiatur*, vt appareat tractari hic de
nepote qui natus sit posthumus alienus, quem scili-
cèt cùm & conceptus & natus est, pater adhuc viuus
& in gradu & in causa succedendi præcesserit. Inde
enim fit vt filio suo herede qui primum gradum te-
nebat rectè instituto nepos hic præteriri potuerit, nec
proinde curandum sit quod ad validitatem testaméti
pertinet, an rectè sit institutus necne. Quamuis hoc
ipsum necessariò quærendum videatur vt sciamus an
pronepos ex eo nepote conceptus rectè institutus sit
aut institui potuerit. Sequitur, *isque viuo patre deinde
22 auo nascatur.* † Eum intellige pronepotem ex nepote
conceptum. In sequentibus autem non *viuo*, vt Florē-
tiæ scriptum est, legendum, sed *mortuo*, quæ lectio
est ab interpretibus omnibus & antiquioribus, & re-
centioribus magis probata. Alioqui pronepotis huius
tanquam alieni posthumi institutio non valeret, nec
si confugeres ad nugas Accursij, qui vt eam quoque
lectionem tueatur, vult pronepotem hunc viuis pa-
tre, auo & proauo natum apud hostes, tum omnibus
in ciuitate mortuis reuersum. Sed & dictio illa, *deinde*,
quæ ordinis nota est id ipsum probat apertissimè. Nō
enim pater prior viuit, deinde auus, sed auus prior, de-
inde filius. Ex contrario pater prior mori potest, dein-
de auus, quomodo & in §. præcedenti idem Scæuola
dixerat, *mox ille post mortem patris atque aui redeat*.
Subiicit Scæuola, *an non potuerit heres institui*, scilicet
pronepos. Ponit ergo institutum, nec curat, an verbis
generalibus an specialibus, sed de illo tantum dubi-
tat vtrum institui potuerit. † Dubitandi rationem 23
subnectit, *quia pater ipsius non rectè esset institutus.* Qui-
bus verbis refellitur veterum interpretatio existimā-
tium in proposita specie nepotem hunc fuisse præte-
ritum, quem contrà Scæuola ponit institutum, sed nō
rectè. Quamquam non nego potuisse nepotem istum
præteriri vt dicemus in §. sequ. nec malè præteritum
dici posse eum qui non rectè sit institutus, *d. l. commo-
dissimè. 10. sup. hoc tit.* Cur autem minus rectè institu-
tus sit non ea solùm ratio est quam recentiores adfe-
runt quòd viuo testatore natus fuerit qui institutus
erat in eum casum, quo post mortem nasceretur, sed
illa etiam quā suprà attulimus, quòd viuo patre post
testamētum natus alienus posthumus esset non suus.
Nec video cur Salomonius locum hunc corruptum
esse suspicetur. Sequitur, *quod non est expauescendum*, id
est ne malè institutus pronepos videatur, *hic enim*, in-
quit, *& suus heres nascitur & post mortem nascitur.* Quo
demū casu valet institutio posthumi nepotis & pro-
nepotis ex iure antiquo. Bene est, sed nondum sublatā
video dubitandi rationem. Fateor potuisse iam olim
institui eum qui & suus heres & post testatoris mor-
tem nasceretur si aliud nihil impediret. † Sed in pro- 24
posito illud impedire videbatur, quòd pronepotis hu-
ius pater non rectè institutus fuerat, vt diximus, quo-
niam alienus erat posthumus. Quomodo enim fieri
possit vt qui nepotem instituere nec potuit nec de-
buit idem pronepotem ex eo nepote conceptum in-
stituere aut potuerit, aut debuerit? Aut si manis, (eō-
dem enim vtraque dubitatio recidit) quomodo fieri
potest vt posthumo alieno nascatur posthumus suus?
Itaque dubitationis tollendæ gratia necesse fuit sub-
iici quod in textu sequitur, † *Ergo & sic pronepos ad- 25
mittetur, qui natus erit ex nepote, postea viuo filio, atque si
ex eo natus esset.* Sic enim legendum esse non dubito.
Vt sensus sit, ei quod proximè dictum est, pronepotē
hunc suum nasci & vtiliter institutum intelligi, con-
sequens esse vt admittatur perinde atque si ex ipso
filio non ex nepote natus esset: alioqui non suus, sed
alienus posthumus nasceretur. Malè in Pandect. Flo-
rent. legitur, *si pronepos admittetur*, cum ex alijs codici-
bus legendum sit, *sic pronepos admittetur*, id est perin-
de vt mōstrant sequentia illa, *atque si*, primúmque hoc
mendum interuertendæ lectionis & sententiæ cau-
sam præbuit non tantum Accursio cæterisque vete-
ribus qui mutari hîc casum existimarunt, † sed etiam 26
Cuiacio qui locum corruptum existimans sic legen-
dum ait, *Ergo & si nepos omittetur*, addito hic sicilico,
*qui natus erit ex nepote postea viuo filio, atque si ex eo natus
esset adoptatur.* Hoc sensu, vt in specie proposita quam-
uis nepos omissus & pręteritus sit, post mortem nepo-
tis viuo filio, id est filio nepoti superuiuente pronepos
post omnium mortem ex nepote natus, quasi nepos
assu-

affumatur locúmque nepotis obtinet. Quasi verò monere necesse fuerit, eandem rationem esse nepotis præteriti & rectè instituti. De quo quis vel tacente Scæuola dubitare potuisset? Deinde quorsum hic de adoptione? Aut quis vnquam *adoptari* dixit, pro *assumi citra adoptionem*? Eandem igitur speciem Scæuola prosequitur de eodem pronepote quem institutum dixerat ex nepote non quidem præterito (quanquam si præteritus omnino fuisset idé vtique Scæuola respondisset) sed quod effectu idem est minus rectè instituto, huncque pronepotem admitti ait non secus ac si media nepotis persona non interueniente natus fuisset ex filio suo herede, vt nepotis persona quæ pronepotis institutioni obstare videri poterat, nullomodo consideretur. propterea quòd nepos hic ante patrem
27 suum, eundémque testatoris filium decesserat. † Id enim est quod ait Scæuola *postea viuo filio*, id est filio testatoris superuiuente nepoti, quia si præmoreretur filius nepos quem non rectè institutum diximus succedendo rumperet testamentum *§. idem credendum, versic. nam si & filius supr. Postea*, itaque intellige non vt Goueanus (qui nec feliciùs quàm cæteri locum hunc emendauit) *post testamentum*, sed omnino *post mortem nepotis*. Quod autem sequitur *ex eo* refer ad proximum, id est ad filium ac si scriptum esset apertiùs,
28 *atque si ex ipso filio natus esset*. † His verò verbis cùm tota §. sententia eleganter absoluatur & concludatur, quid reliquum est, nisi vt vocem illam sequentem *adoptatur*, quæ sola tot offudit tenebras & nouæ speciei ac quæstionis comminiscendæ materiam præbuit, deleamus? Nam & asterisco notata est tanquam suspecta & irreptitia & proculdubio non tantùm superuacuam esse apparet, sed etiam ineptè additam ab ineptiore interprete qui cùm in præcedentibus legeret *ergo etsi pronepos*, & verbum aliquod ad absoluendam Scæuolæ sententiam deesse videret, hoc subiecit, quo ineptius nullum aliud subiicere potuisset. Quid enim commune habet adptionis commentum cum proposita facti specie in qua agitur de pronepote in proaui familia & potestate concepto ac post mortem ipsius edito? Hinc verò etiam intelligi potest quam parum ad Scæuolæ disputationem faciant quæ hîc Bartolus post eum cæteri de legitimatione tractant & c[on]gerunt.

CAPVT X.

Ad §. in omnibus. l. Gallus.

SVMMARIA.

1 *In omnibus speciebus vsque ad hunc §. tractatur vt filius qui est in potestate ex aliqua parte [...] sit institutus, vt posthumi nepotis institutio va[leat].*
2 *Dictum filium qui in conditione duntaxat institutionis nepotis positus est, præteritum dici.*
3 *Contraria Bartoli sententia reiicitur.*
4 *Duæ pro eius sententia allatæ rationes refutantur.*
5 *Sæpenumero nepotis institutionem aliquando fieri, vt filij melior conditio sit quam si nepos institutus esset.*
6 *Filium frustra post captiuitatem, deportationem, & emancipationem fieri & post mortem exheredari quem posthumus nepos in aliquem eiusmodi filij casum instituatur.*
7 *Defunctum filium non magis præteriri quam exheredari posse.*
8 *Coheredem in specie dict. §. filio primi gradus datum esse.*
9 *Coheredes eos dici, quibus eodem gradu defertur hereditas.*
10 *Coheredem nepoti datum in specie d. §. facere non posse, vt exheredatio filij ante eius mortem valeat.*
11 *Coheredem nepoti datum eam filij exheredati mortem expectare debere quæ à nepote expectanda est, quæ scilicet viuo testatore contingat.*
12 *Quibus casibus valeat institutio extranei qui coheres nepoti datus est, & filij exheredatio?*
13 *Quo sensu dicatur, filio & nepote posthumo institutis duos esse gradus heredum?*
14 *Extraneum filio coheredem datum nepoti quoque eo casu datum intellige quo nepos succedere possit, & quid inde sequatur?*
15 *Filio ex asse instituto nepotem ex parte institui, in reliquo verò coheredem dari posse.*
16 *An in toto tractatu de Aquiliana formula ponendum sit coheredem filio datum esse?*
17 *Filium non rectè exheredari, si nepos simpliciter, & non expresso casu mortis filij sit institutus.*
18 *Aliam esse rationem nepotis superstitis, aliam posthumi quoad institutionem.*
19 *An & quando filius exheredatus nepoti non obstet, quominus nepos simpliciter institui possit?*
20 *An sicut nepote instituto filium ex aliqua parte institui necesse est, ita necessaria sit nepotis institutio filio instituto.*
21 *In quo differat filij & nepotis exheredati conditio.*
22 *An si nepoti instituto substitutus datus sit, ideò filij exheredatio validior fiat?*
23 *Verba illa*, vt filius duntaxat qui est in potestate *in* d. §. in omnibus, *non ad exclusionem emancipati, sed filij ab hostibus capti addita esse.*
24 *Item ad differentiam nepotis & aliorum deinceps descendentium.*
25 *Quis sit in* d. §. *sensus horum verborum*, quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus.

HIc † monet Scæuola, in omnibus speciebus tota hac lege ad hunc vsque locum propositis in quibus actum est de posthumi nepotis institutione ex iure antiquo, & formula Galli Aquilij, obseruandum esse vt filius qui est in potestate ex aliqua parte sit heres institutus. Nam ex iis solis verbis quæ Gallus in concipienda formula vsurpauit, *si filius meus viuo me morietur*, licet filij mentionem faciant adeò vt nec patiantur nepoté ex institutione admitti nisi post mortem filij, filius tamen non potest videri institutus, quoniam institutio non verbis condicionalibus, sed dispositiuis & ad exemplum legis quæ testandi facultatem dedit imperatiuis perficitur, *l. 1. §. vlt. ff. de hered. instit. l. 3. de liber. & posthum.* Cùm & in cæteris quoque omnibus dici soleat, conditionem non disponere, *l. si quis sub conditione 8. D. si quis omiss. caus. testam. l. . §. item si ita, l. in ratione, 30. § .. D. ad leg. falcid. l. cùm siue. 19. D. quand. dies legat. ced.* † Ideoque præteritus dicitur hic filius qui in conditione duntaxat institutionis nepotis positus est, *l. si quis cum. 16. in fin. inst. de vulg. & pupill. substitut.* & hac ipsa lege, *§. idem credendum, versic. nam & si filius*, vbi scriptum est, si auus filium & nepotem habens superstites pronepotis institutionem ita conceperit, *si vterque viuo me morietur, tunc qui mihi pronepos nascetur heres esto*, ita demum valere institutionem pronepotis si nepos primùm deinde filius decesserit: alioqui prædefuncto filio rumpi testamentum successione nepotis, nimirum quasi præteriti. Nec enim institutus rumperet post legem Velleam quæ institutum rumpere prohibuit, *§. secundo, & § ille casus inst.* Et in hoc perpetuus est error Bar-

toli passim scribentis eum qui positus sit in conditio-
ne institutionis, siue filius sit instituto nepote, siue ne-
pos instituto pronepote, tacitè institutum intelligi ex
coniectura voluntatis, hancque tacitam institutio-
nem sufficere vt testamentum sustineatur, propterea
quòd nec absoluta, nec iniuriosa videri possit præte-
ritio filij facta in eo testamento ex quo is qui institu-
tus est non aliter heres esse possit quàm si filius viuo
testatore decesserit: quamuis Accursius ad huius le-
gis principium contrà senserit. Cuius sententiam
cum ex hoc §. aliisque supradictis locis manifestissi-
mè probetur, miror ego à veteribus ferè omnibus
4 fuisse improbatam. † Quod enim Bartolus obiicit
ex *l. si quis ita. 82. de hered. institu.* si quis ita heres insti-
tuatur, *si legitimus heres vindicare nolit hereditatem*, de-
ficere condicionem illo vindicante, longè dissimile
est, nec ad rem vllomodo pertinet. Nam si legitimus
heres in ea specie vindicare hereditatem vellet, posset
quidem ex voluntate testatoris qui scriptum heredem
ei postposuit, sed non ideò fieret vt ex testamento
posset succedere quasi ipsa conditionis formula insti-
tutus: imò tanquam legitimus & ab intestato heredi-
tatem vindicaret. Eadem ergo ratione nec pro institu-
to haberi debet filius qui tantùm in condicione posi-
tus est, quamuis non nisi eo mortuo institutum ne-
potem admitti auus voluerit. Probabilius fortasse
moueri potuit Bartolus ex eo quod Iulianus scribit
in *l. cum in testamento 37. eodem tit. de hered. institu.* ne-
potis institutione sic concepta vti Gallo Aquilio pla-
cuit, duos esse gradus heredum. Quomodo enim duo
gradus esse possint quin vterque ad hereditatem vo-
catus sit? Sed supplendus est omnimodo locus ille ex
hoc §. & ita intelligendus vt filij primi gradus insti-
tutio nepotis institutionem præcesserit: quod vtique
Iulianus expressisset nisi de eo ius certum & explo-
ratum fuisset, nec prudentum duntaxat auctoritate,
sed etiam testatorum consuetudine inueteratum, *leg.
si ita scriptum. 47. §. 1 eodem.* Expressam igitur filij in-
stitutionem præcedere necesse est vt nepotis institu-
tio valeat, quia licèt nepos in eum casum instituatur
quo filius heres esse nec vnquam possit, nec vnquam
potuerit, id est quo moriatur viuo testatore, attamen
testamentum tale esse necesse est ex quo possit filius
heres esse si eum patri contingat esse superstitem. Cũ
alioqui testamentum quod ab initio nullum & iniu-
stum fuit propter sui heredis præteritionem non id-
circo cõualescat quod filius præteritus viuo testatore
decesserit, *d. §. idem credendum & si filius. 7. supr. hoc tit.*
Caius *instit. §. 2. in fin. de exhered. liber.* † Sed & obser-
5 uatione dignum illud est quod sequens nepotis insti-
tutio facit vt filij melior condicio sit quàm si nepos
nullus esset Facit enim vt omnimodo ex parte aliqua
hereditatis institui debeat, quem alioquin exhereda-
ri sufficeret *l. prox. infr. hoc tit.* Nam cùm filius qui in
potestate est necessariò instituendus sit vel exheredã-
dus, consequens est eum qui exheredari nequeat om-
nimodo institui debere. Hic autem ideò exhereda-
ri non potest, quia vt hîc Scæuola scribit post mor-
tem suam exheredatus videretur contra iuris regu-
lam de qua in *l. si ita scriptum. 13. §. vltim. supr. hoc titul.*
Nempe cùm exheredatio non aliter valeat quàm si
testamentum aditione aut alia hereditatis acquisi-
tione confirmatum sit *l. filium. 20. vers. sed cum exhere-
datio. D. de contr. tabul.* nepos autem heres institutus
sub ea nominatim condicione: *si filius viuo testatore
morietur*, non prius heres esse possit quàm filius de-
cesserit apparet si nepos hic primo gradu instituatur,
& filius exheredetur, filium non nisi post mortem
suam exheredatum intelligi. † Idem verò intellige, si 6
nepos non in casum mortis filij institutus, sed in ca-
sum deportationis aut captiuitatis. Frustrà enim post
deportationem aut captiuitatem sicut & post mor-
tem suam filius exheredabitur. An & post emancipa-
tionem suam? Dubitatio maior est ex eo quòd non
sit inutilis exheredatio post emancipationem cùm
excludat filium à bonorum possessione contra tabu-
las, *l. non putauit. 8. de contr. tabul.* Sed non facit ea res
quominus inutilis sit iure ciuili quo constat exhere-
dandum non esse filium qui sit emancipatus. Et con-
sequenter verum est hunc filium iure ciuili pro præ-
terito habendum, atque ideò nullum, & iniustum fa-
cere testamentum. Quo posito succedit iuris Prætorij
regula quæ nullomodo patitur valere tabulas quibus
præteritus sit suus heres, si ex iis bonorum possessio
peti nunquam potuerit, *l. si filius. 12. §. 1. quod vulgo. 19.
eodem tit.* de quarum sententia diximus *libr. 1. cap. 19.*
Atqui testamentum in quo præteritus est filius qui
viuo patre decesserit, tale est vt nunquam confirmari
possit filij approbatione aut conualescere, *dict. l. 7. sup.
hoc tit.* quomodo confirmari posset silentio aut expres-
sa voluntate filij superstitis, *l. filio. 17. de inoff. testa.* Igi-
tur nec iure Prætorio valebit testamentum hoc in
quo filius post emancipationem suam exheredatus
fuerit. Quanquam & illud verum est, quod tota
hac lege Scæuola disputat de testamenti validitate ad
ius ciuile non ad prætorium referendum esse. † Ridi- 7
culus verò hic est Bartolus, & post Bartolum Castrẽ-
sis, qui filium hunc primi gradus, quem exheredari
non posse vult Scæuola, præteriri tamen posse defen-
dit, eo prætextu quòd huiusmodi præteritio tacitæ
institutionis vim habere queat non item exhereda-
tio. Nam quis vnquam ex iuris prudentibus dixit
præteritionem etiam cùm permissa est haberi pro ta-
cita institutione? An non potius habenda est pro ex-
heredatione? vt de materna præteritione proditum
legimus. *§. vlt. Instit. de exhered. liber. l. filium. 19. C. de in-
off. testam.* Deinde an non Scæuola satis apertè requi-
ritexpressam institutionem hoc ipso quod non solùm
negat exheredari posse filium, sed etiam iubet vt ex
certa parte instituatur? Nam si ex aliqua hereditatis
parte extraneus scriptus sit qui si coheredem non ha-
beat ex toto asse scriptus intelligitur, quomodo filiũ
coheredem habere videbitur, si filius non fuit expres-
sè & nominatim institutus? † Quòd si cum eodẽ Ca- 8
strensi dicas locum hunc ita intelligi debere vt filio
coheres nullus datus sit, adhuc magis ridiculus fueris:
cùm Scæuola scribat debere filium ex aliqua parte
heredem institui. Neque enim fieri potest vt ex parte
tantùm ac non ex toto asse heres sit filius ex parte a-
liqua institutus si coheredem non habeat. Siquidem
vel ex fundo institutus nullo accepto coherede, per-
inde heres est ex asse, ac si fundi mentio detracta es-
set *l. 1. §. si ex fundo. l. quoties. 9. §. si duo cum l. seq. l. inter-
dum. 13. §. denique de hered. instit. l. si ita scriptum. 8. D. se-
cund. tabul.* Itaque debuisset Scæuola scribere in his o-
mnibus speciebus seruandum esse vt filius primi gra-
dus ex asse heres instituatur, non vt ait textus *ex parte
aliqua*. Fefellit Castrensem quòd cùm coheres nepoti
datus, filius autem exheredatus est, possit filij exhere-
datio confirmari adeunte coherede ideóque nec vi-
deatur filius hoc casu post mortem suam exheredatus
quando non cogatur coheres filij mortem expectare
quod & Goueanus in posterioribus ad hanc legem
commentariis scripsit. † Vterque malè. Nam coheres
nepoti datus nõ alio gradu scriptus videri debet quã
quo nepos ipse cui coheres adscriptus est. Sicut & si
nepo-

nepoti substitutus esset non in primum gradum, sed
in secundum, substitutus diceretur, ob idque filio pri-
mi gradus herede existente nunquam posset cum eo
talis substitutus concurrere, quamuis verum esset
nepotem heredem non esse, ideoque substitutionis
condicio existere videretur, *d. l. cum in testamento. 37. de
hered. inst.* qui locus etsi de substituto loquitur non de
coherede, eadem tamen hac parte coheredis quæ sub-
stituti ratio est non solum quod cohere in coheredis
portione, si deficiat pro substituto accipiatur, *l. si Titio,
& Maeuio. 61. §. Iulianus de legat. 2.* sed etiam quòd fie-
ri nequeat vt coheredes sint quibus non eodem gra-
10 du deferatur hereditas: † ac proinde quemadmodum
nepos institutus filio exheredato non potest heres es-
se nisi post mortem filij, nec consequenter facere quo
minus filius post mortem suam exheredatus videatur,
qui neque prius valere potest exheredatio quàm ne-
pos heres sit, ita nec coheres nepoti datus facere po-
terit vt exheredatio ante filij mortem valeat: quo-
niam nec adire potest antequam testator mortuus sit,
quem porrò filio superuixisse ponimus, *leg. qui superstitis.
94. de acquirend. heredit. l. 1. de hered. vel action. vend.*
Neque igitur fieri illud potest quod Castrensis, Go-
ueanus & cæteri volunt, vt non cogatur nepotis co-
heres mortem filij expectare, Nisi fortè quis dicat,
posse in eo diuersam constitui rationem nepotis &
coheredis quòd filio superuiuente testatori, inutilis
fiat institutio nepotis tanquam posthumi alieni, non
item coheredis extranei, quo demum adeunte confir-
mari possit exheredatio filij non expectata eius mor-
11 te. † Sed hoc multò minus dici potest, quia cùm
quærimus an coheres nepoti datus cogatur expecta-
re mortem filij, de ea morte loquimur, quam certum
sit à nepote expectandam esse. Nepos autem eam
demum filij mortem expectare cogitur quæ viuo te-
statore contingat, cùm nihil ei prodesse possit quòd
post mortem testatoris filius etiam exheredatus de-
cesserit. Quandoquidem non eò minus filij persona
ipsi obstaret vt quasi alienus posthumus institui non
potuisset, *leg. si quis filio. 6. infra titul.* 1. Deinde quam-
uis filij superuiuentia inutilem reddat posthumi ne-
potis institutionem non etiam extranei, prius ta-
men est vt ab initio valeat testamentum quam vt
coheres siue filio siue nepoti datus heres ex eo quan-
doque esse possit. Vt verò valeat necesse est filium
primi gradus vtiliter institutum esse vel exhereda-
tum. Porrò vtiliter exheredari non potest quoties-
cunque instituitur post eius mortem nepos, quia vt
diximus post mortem suam exheredatus tunc vide-
tur. Nec tantùm ratione ipsius nepotis, sed etiam
in necessariam consequentiam propter personam ne-
potis ratione coheredis extranei, quoniam cùm in eo-
dem gradu scripti sint non magis fieri potest vt filius
vtiliter exheredatus intelligatur respectu extranei,
& inutiliter respectu nepotis, quàm vt idem gradus
pro parte valeat & pro parte non valeat, quod nus-
quam receptum est. Debet enim exheredatio fieri à
toto gradu non à persona, *leg. 3. §. filius hoc titul. leg. non
putauit. 8. §. si ab vno de bonorum possession. contr. tabul.* †
12 Valebit igitur extranei institutio & filij exheredatio
eo demum casu quo nepos præteritus sit ac subinde
viuo patre suo eodémque testatoris filio natus. Non
item si coheres datus sit nepoti instituto licèt nepo-
tis institutio propter filij superuiuentiam irrita fa-
cta sit. Atqui, inquies, verum est nepoti datum
coheredem hunc primo gradu scriptum esse ante
quem scilicet nemo sit institutus. Cur non igitur
ex eius saltem persona confirmabitur exheredatio fi-
lij ac si solus ex asse scriptus esset præterito nepote.
Quid enim refert an per filij superuiuentiam nepos
exclusus sit an præteritus? Aut an extraneus solus &
in toto asse scriptus sit an nepoti coheres datus defi-
cientem eius portionem accrescendi iure consequa-
tur? Verùm respondeo longè inter se casus istos dif-
ferre. Nam cùm extraneus solus institutus est filio ex-
heredato, & nepote præterito, statim & ab initio va-
let exheredatio, & quidem à toto gradu, quippe qui
in vnius heredis persona consistat qui adire quando-
cunque post testatoris mortem poterit non expectata
filij morte, Nec quicquam est quod eam aditionem
impedire possit præterquam si rumpatur testamen-
tum agnatione sui heredis posthumi præmortuo filio
viuo testatore: quæ res tamen non facit vt testamenti
vires sint in pendenti. Interim namque valet quam-
uis in eo sit vt ex euentu rumpi possit. Cùm verò ne-
pos ex parte aliqua institutus est sub ea necessariò
condicione, Si filius viuo testatore moriatur, exhere-
datio statim non valet, nec quandiu filius viuit con-
ualescit, quia nec institutio vlla nepotis intelligitur
ante filij mortem. Exheredatio autem non prius va-
lere potest quàm institutio, adeò vt dubitatum olim
fuerit an fieri posset ante institutionem, licèt tan-
dem magis probatum sit, non tam scripturæ quàm
iuris ordinem spectandum esse ex Traiani primùm,
deinde Marci rescripto, *leg. 1. de hered. instit. leg. 3. §.
vnde etiam de iniust. rupt.* Porrò post mortem filij fe-
ta est exheredatio etiam quod ad coheredem pertinet
qui filij mortem expectare non cogebatur, quoniam
nec ab eius persona exheredari potuit filius qui à to-
to gradu non est ritè exheredatus, *dict. § filius, & d.
§. si ab vno.* Nec est contrarium quod suprà dixi-
mus nepotem in secundo gradu institutum videri, *d.
l. cum in testamento.* Ex quo inferre quis fortasse ve-
lit nepotis institutionem nihil commune habere cum
institutione extranei primo gradu scripti, nec im-
pedire posse quo minus ex persona ipsius exhereda-
tio filij saltem quod ad primum gradum confirme-
tur. † Etenim cùm dicimus filio & nepote posthu- 13
mo institutis duos esse gradus heredum, non sic in-
telligimus quasi primo loco deferatur hereditas filio,
deinde nepoti, sed id significamus quod Iulianus i-
pse explicat, nullo casu fieri posse vt filio & nepo-
ti simul aut etiam successiuè & ex ordine hereditas
deferatur. Nam vel soli filio defertur si patri super-
sit nepotémque alienum auo efficiat, vel soli nepo-
ti si filius præmoriatur, quoniam quandiu filius vi-
uit superstite adhuc testatore nec filio nec nepoti
hereditas viuentis deferri potest. Rursus cùm ne-
pos admittitur filio præmortuo, in primo gradu
scriptus intelligitur non in secundo, quia nulli alij
ante eum deferri potuit successio, siquidem graduum
distinctionem æstimamus ex hereditatis delatione
vt primus gradus ille sit cui primo loco defertur he-
reditas, secundus cui secundo loco: hereditas verò
non priùs deferri potest quàm sit hereditas, hoc
est quàm testator defunctus sit, *dict. lege 1. de he-
redit. vendit.* Quod ab interpretibus nostris non
obseruatum fecit vt nepotem Aquilianum passim
vocent substitutum quasi secundo gradu institu-
tum, quem tamen neque hîc Scæuola, neque a-
libi quisquam ex Iurisconsultis substitutum vn-
quam dixit, sed semper institutum. Verùm de
hoc latiùs *infrà capit. proxim.* † Hinc autem fit vt 14
si filio coheres datus sit extraneus, nepoti quoque
eo casu quo nepos succedere possit, datus intelli-
gatur, propterea quòd coheres primo gradu scriptus

ſit, nec quicquam eius referat vtrum filius an nepos
in eodem gradu concurrat. Ex quo illud etiam infero,
filium à poſthumi nepotis perſona malè, id eſt poſt
mortem ſuam exheredatum, non poſſe dici à toto
primo gradu exheredatum. Ergo nec ab extraneo, qui
in eodem gradu eſt. Sic euenit, vt & aui teſtamentum
non aliter valere poſſit quàm ſi filius ex parte aliqua
inſtitutus ſit & filio inſtituto non ex alia parte inſti-
15 tui queat nepos, quàm ex qua filius inſtitutus fuit. †
Filio tamen ex aſſe inſtituto nihil vetat nepotem ex
parte inſtitui, in reliquo autem dari coheredem. quã-
uis ex contrario non poſſit plus ad nepotem quàm ad
filium ex inſtitutione peruenire. Obſtante nimirum
perſona coheredis qui non ſicut nepoti datus intelli-
gitur cùm filio datus eſt, vt diximus, ita ex contrario
nepoti datus, ſic habendus eſt ac ſi filio datus eſſet.
quia nec ſicut nepos ſubintrat in locum filij præmor-
tui vtpote poſt eum inſtitutus, ita viciſſim filius ſuc-
cedens patri ſubintrare videri poteſt in locum nepo-
tis qui non niſi poſt eum & à natura, & ex teſtamen-
16 to: & à lege vocatur. † Dixi *filio ex aſſe inſtituto*, vt
alium & ſuperiori contrarium Baldi errorem refel-
lam exiſtimantis in toto iſto tractatu De Aquiliana
formula ponendum eſſe datum filio coheredem.
Cùm, inquit, ſolo filio & ex aſſe inſtituto fruſtrà pro-
uideas ne poſthumi nepotis agnatione teſtamentum
rumpatur quando & nullo nato poſthumo perinde
futurum ſit, vt inteſtati exitum faciat teſtator præ-
mortuo filio, & facta inſtitutione quaſi caduca. Nam
vt rectè iam olim Caſtrenſ. diſputauit, non id tantum
egit Gallus Aquilius, vt prouideret aduerſus pericu-
lum, quod imminebat ne filio præmortuo rumpere-
tur ſola poſthumi agnatione teſtamentum in quo
præter filium nemo inſtitutus eſſet, ſed illud potiſſi-
mum, qua ratione poſthumus nepos inſtitui poſſet,
vt eo quoque inſtituto teſtamentum non rumpere-
tur, & vt ſucceſſionis teſtamentariæ capax fieret ſi
auus mallet habere eum heredem teſtamentarium,
quàm legitimum. Perinde autem poteſt nepos hic
ex teſtamento ſuccedere, ſiue filius ex toto aſſe ſiue
ex parte fuerit inſtitutus, dummodo ante patrem
17 deceſſerit. † Sed & alius Goueani error nobis refu-
tandus eſt, qui ad hunc locum ſcribit ſi nepotem
ſimpliciter heredem teſtator ſcribat non ex formula
Galli, ſed hoc modo, *nepos qui poſt mortem meam naſce-
tur heres eſto*, rectè filium exheredari poſſe. Omni-
no malè. Quamuis enim ſimpliciter nepos inſtitu-
tus ſit non expreſſo caſu mortis filij, non valet ta-
men inſtitutio poſthumi nepotis niſi in eum ipſum
caſum, quem ideò neceſſe eſt poſſe ex verbis conci-
pi, vt ſcriptum eſt in *§ quidam rectè hac lege ſup.* Nam
cùm poſthumus Aquilianus teſtamenti tempore in-
ſpecto ſit alienus & ob id induci neceſſe fuerit, vt
ex eo demum tempore inſtitui poſſet quo fieret ſuus
viuo teſtatore, nec rurſum poſſit fieri ſuus niſi mor-
tuo patre, conſequens eſt, vt nullo caſu valeat ne-
potis huius inſtitutio niſi poſt mortem demum filij
primum gradum tenentis & poſthumi nepotis ſui-
tatem impedientis & conſequenter, vt filius à ne-
pote exheredatus non niſi poſt mortem ſuam exhe-
redatus videatur, tametſi præterea coheres nepoti
purè datus ſit, vt ſuprà probauimus. Nec ſimile eſt
quod Goueanus obiicit poſſe etiam nepotem ſuper-
ſtitem exheredato filio inſtitui, *l. qui in aliena. 6. §. in-*
18 *terdum de acquirend. heredit.* † Alia enim ratio eſt
ſuperſtitis, alia poſthumi nepotis. Superſtes nepos
omni iure inſtitui poteſt, ſaltem tanquam extraneus
cùm non ſuus eſt patre in gradu præcedente. Poſt-
humus verò nullomodo inſtitui poteſt, niſi & inſtitu-
tionis & mortis teſtatoris tempore ſit ſuus, qualis ta-
men nepos eſſe non poteſt viuo filio ſuo herede. Ita-
que ſuperſtite nepote inſtituto filij exheredatio ſta-
tim tenet, nec poſt mortem ſuam videtur exhereda-
tus quomodo contingit inſtituto poſthumo. † Quod 19
verò idem Goueanus ſubiicit filium exheredatum
non obſtare nepoti quominus nepos ſimpliciter in-
ſtitui poſſit, verum quidem eſt, ſeu ita demum ſi ex-
heredatio teneat: alioqui nec exheredatus videtur,
qui non ritè exheredatus eſt. Atquin exhereda-
tio non tenet inſtituto nepote poſthumo, vt dixi-
mus. Quod ſi nepos iam teſtamenti tempore ſu-
perſtes fuit non quidem obſtat filius exheredatus
inſtitutioni nepotis, ſed non quia ſit exheredatus,
at quia nec ſi eſſet inſtitutus obſtaret, cùm ſuperſtes
nepos eo caſu quo ſuus non eſt extranei iure cenſea-
tur & perinde ac extraneus quilibet non ſolum in-
ſtitui poſſit, ſed etiam patri ſuo eidémque teſtatoris
filio ex parte inſtituto coheres dari, non ſecus ac ſi
ab extraneo factum eſſet teſtamentum, *leg. ſi ego.
26. leg. ſi ex ſua. 36. de acquirend. hereditat.* quod & Cu-
iacius rectè defendit aduerſus Accurſium in *dict. §.
quidam rectè.* Sed quod addit Goueanus rationis
loco, *cum exheredatione ſuus eſſe deſinat*, prorſus fal-
ſum eſt, vt iam in ſuperioribus ſæpiùs monuimus,
& dicemus latiùs *inf. capit. vltim.* † Eorum quo- 20
que opinionem refellere operæ precium eſt, qui
vſque adeò parem filij & nepotis rationem conſti-
tuunt, vt quemadmodum nepote inſtituto filium
quoque ex aliqua parte inſtitui neceſſe eſt, ita ne-
ceſſariam putent nepotis inſtitutionem filio inſtitu-
to. Quidni enim nepotem etiam poſthumum ex-
heredare liceat? vetere ſaltem iure inſpecto, *leg. 3. de
muli. rapt. leg. ſi poſthumus hoc titul.* Nempe ſi filio
coheres datus ſit, qui teſtamentum ſuſtineat, vt a-
ditione hereditatis confirmetur exheredatio. A-
lioqui fateor filio præmortuo, & nullo coherede da-
to exheredationem nepotis valere non poſſe, nemi-
ne ex teſtamento adeunte. † In eo itaque diſpar 21
filij & nepotis conditio eſt, quod filij exheredatio
nec eò magis valet, quòd nepoti inſtituto coheres
datus ſit, vt iam probauimus. An autem filio inſti-
tuto & nepote exheredato ſufficiet datum fuiſſe fi-
lio ſubſtitutum? Ita plerique exiſtimant, quod non
minus à ſubſtituto quàm à coherede teſtamentum
ſuſtineatur, ſed in propoſito non ita eſt, quia cùm
exheredationem poſthumi nepotis in eum ipſum ca-
ſum fieri neceſſe ſit in quem fieri poſſet inſtitutio,
hoc eſt ſub ea demum conditione, Si filius viuo a-
uo morietur, & ſubſtitutus ille ſit cui ſecundo loco
deferatur hereditas apparet filium hunc cui ante te-
ſtatorem morienti nec delata ſit nec deferri vn-
quam potuerit in eum caſum patris ſucceſſio, ſub-
ſtitutum verè ac propriè habere non poſſe, ſed eum
qui poſt ipſius mortem ſcriptus ſit nepote exhere-
dato perinde inſtitutum dicendum eſſe atque inſti-
tus diceretur nepos ipſe ſi non eſſet exheredatus.
Adeò, vt ſi ſub nomine ſubſtituti ſcriptus ſit non
magis poſſit in inſtitutum euadere filio antè teſta-
torem mortuo, quam euaderet nepos ipſe ſi eſſet
inſtitutus. De quo ſequenti capite diſſeremus. Pla-
nè non nego poſſe teſtatorem ita ſcribere, *filius
meus heres eſto, ſi filius meus me viuo morietur, tunc
qui mihi poſt mortem meam naſcetur nepos exheres
eſto, Titius heres eſto.* Sed eo caſu Titius inſtitutus
dicendus erit, non ſubſtitutus. Nec ſanè perpe-
tuò verum eſt, ſuſtineri teſtamentum à ſubſtituto

vt

vt in eleganti illa & perdifficili specie *l. prox. in princip. supra hoc titul.* de cuius sententia & emendatione
22 scripsimus libro 5. capit. 15. † Planè si nepoti datus substitutus proponatur, nemo dixerit ideò validiorem fore filij exheredationem, quia cùm non nisi nepote repudiante aut mortuo adire possit, is qui nepoti substitutus fuit, semper verum est filij viuentis exheredationem non tenere, eúmque quandiu vixit, nec institutum fuisse nec exheredatum, ergo præteritum *dict. l. filius proxim. præcedent. hoc titulo.*

23 † Cæterùm illud quoq. obseruandũ est, quod Scæuola sic scribit, *vt filius duntaxat qui est in potestate.* An ad exclusionem emancipati, vt quidam putaut? Minimè, neque enim de emancipato hic tractari aut dubitari poterat, non solùm quod certum esset emancipatorum institutionem non esse iure ciuili necessariam, cùm eo iure sint prorsus incogniti & pro extraneis habeantur, sed etiam quia posthumus nepos ex filio emancipato alienus posthumus est, non suus *§. posthumo quoque, Institut. de legat.* ac proinde talis qui Galli temporibus & antiquo iure ciuili institui non potuit. Verius igitur est quod alij volunt dictionem hanc, *duntaxat*, additam ad exclusionem filij ab hostibus capti qui licèt filius sit non est tamen in patris potestate quandiu apud hostes & eorum seruus est, ob idque & impunè præteriri potest *l. pen. infr. hoc tit.* quasi pro iam mortuo habendus *leg. quod attinet. 32. de reg. iur.* quamuis si ab hostibus redeat, detur ei postliminium, & consequenter iniustum faciat testamentum ac si semper in ciuitate mansisset *l. si quis filio. 6. §. sed si pater. de iniust. rupto.*

24 † Item ad differentiã nepotis & aliorum deinceps descendentium, quos constat nec institui nec exheredari debere, sed præteriri posse quandiu parens eos præcedit siue pater ille sit siue auus, & sufficere vt eorum parentes qui primum gradum tenent in familia instituantur, itémque liberi eorum, id est pronepos ex præterito nepote, aut abnepos ex præterito pronepote ad hoc ne testamentum vel præteritione sui heredis iam nati iniustum sit vel agnatione posthumi heredis rumpatur. Sed hoc ita demùm si præteritus nepos ante filium moriatur, aut præteritus pronepos ante nepotem: alioqui præteritus nepos aut pronepos rumpet succedendo, nec prohibebitur per legem Velleam rumpere, qui nec fuit institutus nec exheredatus *§. idem credendum in fin. sup. hac leg.* Nam quod Vlpian. in fragm. *tit. 22. qui hered. inst. poss.* & Iustinianus tam in *Instit. tit. de exhered. lib. §. 2.* quam in *l. maximum vitium. 4. C. de lib. præter.* scribunt potuisse olim nepotes & cæteros deinceps per virilem sexum descendentes præter filium primi gradus impunè præteriti exemplo filiarum, sed ita tamen vt scriptis heredibus accrescerent, suis quidem in virilem, extraneis verò in dimidiam, ad eos tantùm nepotes pertinet qui iam testamenti tempore præmortuo filio primum locum tenebant in causa succedendi, vt diximus sup. *l. si qua pœna. 7. de his qui sunt sui vel alien. iur.* Imò dici potest plus iuris habere nepotem qui post testamentum succedit in locum filij, aut instituti aut exheredati quàm eum qui ante testamentum successit in locum filij instituendi aut exheredandi. Ille enim cum iam tum haberet iura sui heredis, non alia ratione præteritus videri potuit quam quia testator noluit. Hic verò ideo potius quod ei patris persona siue instituti siue exheredati noceret. Facit *l. 1. §. si pater in potestate cum seqq. D. de coniung. cum emancip. liber. eius l. illud. 4. §. si quis filium l. 6. de contr. tab.* ¶ Caue. nam Iust. in *l. si quis filium. 34. Codic. de inoff. testam.* scribit *nepotes ex filio exheredato*, nullam olim viam ad successionem aui esse potuisse. Itaque cogita an dici possit ius hoc accrescendi competiisse nepotibus ex filio præmortuo tantùm *dict. l. 1. §. si pater in potestate de coniung. cum emancip. lib. eius.* Ideoque instituendos fuisse huiusmodi nepotes vel exheredandos ne testamentum euerterent *l. 4. Cod. de libe. præt.* Facit quòd nullo iuris loco scriptum memini præterito nepote ex filio præmortuo testamentum esse inutile, sed rumpi duntaxat, vt & in *l. 9. § 2. vers. diuersum. hoc tit.* Caius tamen in *§ posthumorum de exhib. liber.* negat filiam natam & præteritam rumpere testamentum licet habeat ius accrescendi, vt sicuti liberorum ita & suorum heredum plures sint gradus: ij tamen magis propriè sui dicantur, qui primum suitatis gradum tenent. Quod significare videtur Iust. in *§. cæteri, Inst. de her. qual. & diff.* vbi ait extraneos heredes dici eos demùm qui non sunt in testatoris potestate, cùm tamen quisquis non est extraneus eum necesse sit aut suum esse & 25
necessarium, aut necessarium duntaxat. † Quod verò Scæuola scribit, *quoniam si liberi heredes instituantur institutionem nunquam exigemus*, pessimè sic vulgò accipiunt, in instituto filio aut nepote qui præcedit, non sit necesse institui nepotem aut pronepotem. Nam etsi non est necesse ad hoc vt testamentum valeat, est tamen necesse ad hoc ne posthumi nepotis agnatione rumpatur. Rectior igitur est secunda Accursij interpretatio, vt de liberis nepotis aut pronepotis præteriti Scæuola senserit, eiúsque sententia sit, Instituto filio primi gradus & pronepote posthumo posse præteriti nepotem qui viuo filio decesserit, nec verendum esse, vt eius præteritione aut iniustum aut ruptum fiat testamentum. Idemque dicẽdum si instituto filio & abnepote posthumo præteriti sint nepos & pronepos, idémque viuo testatoris filio mortui. In quo sanè deterior cõditio est nepotis quàm filij. Neque enim sufficit filij liberos, id est nepotes esse institutos vt filius ipse præteriri possit, nempe quia primum gradum tenet in familia, nõ etiam nepos quem testamenti tempore pater præcedit. Atqui si filius præmoreretur nepotes in eius locum succedentes si præteriti essent rumperẽt succedendo. Fateor, & ideò nimirum, vt in omnem casum securè testetur auus non minùs nepotem iam natum quàm filium & pronepotem posthumum instituere debet vel exheredare. Sed eum casum hic tractat Scæuola quo nepos, ante filium aut pronepos ante nepotem decesserit, ac proinde quo neuter succedendo rumpere potuerit. Vt appareat in eo differre nepotem aut pronepotem à filio, quòd filius præteritus semper facit iniustum testamentum quãuis viuo testatore decesserit *d. l. si filius. 7. supra hoc tit.* Et verò modus ille rumpendi per successionem pertinet ad tractatum legis Velleæ, non Aquilianæ formulæ de qua sola in hoc §. agit Scæuola, mox de lege Vellea dicturus. An verò hac parte alia erit ratio posthumorum nepotum alia superstitum? Ita Goueanus existimat quòd posthumorum præteritio testamentum vitiet quasi obliuione prætermissi videantur. Sed non ita est. Nam in eo casu quem tractamus, hoc est filio patri superstite instituto non minùs impunè præteriri potest nepos posthumus atque is qui iam testamenti tempore superstes fuit. Imò nec si auus vellet instituere illum posset aut exheredare, quia alienus est posthumus. Sanè filio ex-

heredato fuit olim melior causa nepotum posthumorum quam superstitum. Hi enim, vt diximus, præteriri potuerunt saluo iure accrescendi scriptis heredibus. (*Cante propter l.34. C. de inoff. test. de qua scripsi marg. pag. prec.*) Illi verò vel exheredandi nominatim fuerunt, vel si inter cæteros exheredabantur legatis iis necesse erat na obliuione præteriti viderentur, teste Vlp. in *d. tit. 21. §. nepotes & pronepotes*. Idque nimirum est quod fefellit Goueanum, qui & in eo errat quod scribit, si pronepoti datus esset coheres, certam portionem nepoti præterito olim accreuisse. Nepoti enim ante filium defuncto de quo agimus nulla portio potuit accrescere, ac multò minùs si ante testatorem decessisset. Nepoti autem superstiti ex filio præmortuo si præteritus esset non accrescendi ius dabatur siue suus heres alius, siue extraneus in totum aut ex parte scriptus esset, sed ius dicendi nullum testamentum, vtpote cùm primum in familia gradum tenere, & filij loco esse cœpisset, quemadmodum supra docuimus. Nam etsi posthumus nepos esset nascendo rumperet *l. si quis posthumus. 9. §. si filium. hoc tit.*

CAPVT XI.

Cur ad institutionem Aquiliani nepotis non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis.

SVMMARIA.

1 *Vulgarem substitutionem à lege duodecim Tabularum originem trahere.*
2 *Ratio dubitandi in proposita quæstione.*
3 *Cur nō pro vtiliter instituto haberi potuerit posthumus nepos, qui vulgariter substitutus fuisset? vbi tres à Goueano allatæ rationes examinantur.*
4 *Rationem à Cuiacio redditam propositæ dubitationi non satisfacere.*
5 *An ex aliorum sententia vulgaris substitutio in persona posthumi nepotis ob regulam Catonianam insufficiens fuerit?*
6 *Cur necesse fuerit Aquilianam formulam introducere, per quam ex die & conditione nepos posthumus institueretur?*
7 *Refellitur alia ratio à nonnullis allata.*
8 *Vera ratio redditur, cur omissa vulgari substitutione nouam formulam Aquilius inducere voluerit.*
9 *Respondetur obiectioni contra hanc rationem allatæ.*
10 *Quid per Aquilianam formulam cautum fuerit, quod vulgari substitutione caueri non potuit?*
11 *Bartoli error existimantis nepotem Aquilianum vulgariter substitutum esse: eiusq; erroris causa.*
12 *Posthumi nepotis institutionem, licèt secunda sit, non ideo substitutionem dici posse.*
13 *Non ideò nepotem in* l. cùm in testamento. de here. inst. *substitutum dici, quòd duo heredum gradus esse dicantur.*
14 *Casus quo nepos & pronepos Aquiliani simul admittuntur.*

APparet ex superioribus non fuisse sufficientem formulam vulgaris substitutionis ad posthumi nepotis institutionem. Nam si sufficiens fuisset, quid erat necesse Gallum Aquilium tantopere laborare in excogitanda & concipienda formula per quam
1 nepos ille institui posset? † Siquidem constat vulgarem substitutionem iam inde à primis post legem duodecim tabularum temporibus & longè ante Gallum Aquilium in vsu fuisse, & in omnium ferè testamentis frequentissimè solitam vsurpari, ob idque vulgarem dictam quòd & omnibus & ab omnibus fieri & posset & soleret. Cùmque nihil intersit inter vulgarem substitutum & secundum heredem, dubitandum non est quin lex duodecim tabularum quæ heredis instituendi potestatem dedit patrifamilias, de secundis heredibus æquè ac de primis senserit, indéque vulgaris substitutionis introductio emanauerit *l. Cicero. 39. D. de pæn. l. verbis legis. 120. de*
ver. sig. † Dubitandi autem causa ex eo nascitur quod 2
casus ille qui Galli Aquilij formula expressus est, *si filius meus me viuo morietur*, tacitè insit condicioni vulgaris substitutionis, *si filius meus heres non erit*, cùm patris heres esse nequeat filius qui viuo patre moritur. Quid igitur refert vtro modo institutus sit an substitutus? Præsertim cùm nec fieri possit vt nepos auo heres existat nisi decedente filio viuo auo, vel quod hac parte idem est deportato filio aut emancipato aut ab hostibus capto nec reuerso. Proinde quòd ad posthumi nepotis personam attinet, nō solùm casus Aquilianæ formulæ in vulgari substitutione comprehenditur, sed & eadem prorsus vis & potestas esse videtur Aquilianæ institutionis & vulgaris substitutionis. Quam ob causam non solùm veteres ferè omnes interpretes post Accurs. & Bart. ad *l. Gallus. §. quidam recte*, in ea fuerunt sententia vt dicerent potuisse ante Aquilium vulgarem substitutionem sufficere, sed etiam quod magis mirandum sit, nonnulli ex recentiorib. inter quos Ant. Goueanus in prioribus suis ad hanc legem Commentariis, cùm rationem nondū comperisset, quam postcà sibi visus est cōperisse, cur nō posset sufficere. Auget dubitationem quòd si quis dicat Aquilium de instituendo tantùm, non etiam de substituendo nepote tractasse, propterea quòd verendū non erat ne rumperetur testamentum aui posthumo nepote nō substituto, sed ne rumperetur eo non instituto si eum nasci contingeret, in prōptu cōtradictio est substitutum vulgarem euadere in institutum & substitutionem vulgarem reuocari ad intellectū institutionis quoties prior institutus cui substitutus datus est, viuo testatore moritur *l. cùm ex filio. 39. §. vlt. de vulgar. & pupil. substit.* aut alia ratione impeditur ne ex testamento heres esse possit, vt in specie *l. si is qui. 57. de*
hered. instit. † Cur non ergo pro vtiliter instituto ha- 3
beri potuit posthumus nepos qui vulgariter substitutus fuisset? Rationem ex veteribus nemo quæsiit. Ex recentioribus, perpauci, nemo tamen inuenit. Idem Goueanus in posteriore commentario triplicem adfert, sed ita vt ineptam potiùs quàm minùs sufficientem fuisse probet vulgarem substitutionem. Prima illa est, *quòd ipsa personarum qualitas substitutionis conditionem contineret*, quæ planè nil ad rem pertinet. Nam & perinde dici potest eandem personarū qualitatem continere condicionem Aquilianæ formulæ, cùm, vt diximus, non possit nepos posthumus heres esse auo, nisi mortuo patre, aut emancipato, aut deportato, aut denique capto ab hostibus. Secunda ratio est, *quia filio abstinente nihilo magis admitteretur substitutus, qui tamen casus facit locum extraneo substituto.* Æquè vana & extra rem. Nam nec Galli formula induxit vt isto casu nepos admittatur. Quærimus autem, Cur in eum saltem casum quo ex Galli formula nepos admittitur, & qui vi ipsa comprehenditur in vulgari substitutione, fuerit vulgaris substitutio non solùm inepta, sed etiam insufficiens, ita vt ad nepotis institutionem excogitari oportuerit nouam & peculiarem formulam.

lam. Addit, quæ tertia ratio est, *quia emancipato post testamentum filio nepos quasi præteritus agnascendo rumperet qui aliter admitti non posset quam si filius heres non esset, cum mutatione personæ non vitietur institutio. § vlt. dict. leg. Gallus. l. filio 23. § vlt. eod. l. si quis heres. 18. de iniust. rup.* Paulò, vt videtur, subtilius, sed non omnino accomodatè. Nam si ratio hæc genuina esset ac vera, debuerat Gallus in sua formula casum emancipationis aut solum aut saltem primo loco & principaliter exprimere, non casum mortis, cuius tamen solius meminit, vt ex eo appareat nec cogitasse quidem de casu emancipationis. Quãuis per prudentum interpretationem & ex eiusdem Galli verisimili sententia inductum sit vt quemadmodum institui potest nepos sub ea condicione, *si filius meus viuo me morietur*, ita & possit sub illa, *si filius viuo me emancipabitur.* Vt pluribus explicauimus ad *§. & quid si tantum*, iunctis iis qui dicemus ad *§. vltim. d. l. Gallus. infr.* Cæterum si auus in posthumi nepotis institutione casum solum mortis filij expresserit secutus verba Aquilianæ formolæ non magis faciet Aquiliana formula vtilem institutionem nepotis, quàm si is filio esset substitutus sub ea condicione, *si filius heres non esset.* quia sicuti emancipatio filij non facit quominùs heres ille sit, ita nec facere potest vt vocetur ex testamento nepos qui fuerat institutus in eum duntaxat casum quo filius meus moreretur. Alia igitur ratio quærenda est, cur minùs apta & sufficiens visa sit vulgaris substitutio ad posthumi nepotis institutionem, quàm Aquilij formula in solum casum mortis filij concepta.
4 † Iacobus Cuiacius tract. 2. ad African. in explicatione *leg. si mater. 33. § 1. de vulg. & pupill. subst.* eandem proponens quæstionem, cur satis non habuerit Gallus nepotem posthumum filio vulgariter substituere: rationem illam reddit quòd in casum vulgaris substitutionis quo scilicet priori filio deferretur hæreditas nullus subsit rumpendi testamenti metus, (quia per delationem filio factam perinde confirmatur testamentum atque in extraneis confirmatur per aditionem) in eum verò casum quo metus subest caueri, non possit nisi institutione nepotis. Verùm quamuis ita esse fatear, nondum tamen propositæ dubitationi satisfactum est. Id enim dumtaxat ratio hæc concludit, Nepotem posthumum vulgariter substitui necesse non fuisse cùm in casum delatæ filio hereditatis, qui vulgaris substitutionis casus est non possit rumpere. Institui autem necessariò debuisse ne rumperet eo casu quo ipsi primùm & antè omnes deferretur hereditas. Denique non posse admitti tanquam substitutum. Nos autem de illo quærimus, Cur enim vulgariter substiturus est non admittatur tanquam institutus præmortuo filio, quandoquidem facta institutione in causa caduci regulare est vt euadat substitutus in institutum *dict. leg. cum ex filio. §. vltim. de vulg. subst.* Quomodò enim rumperet quasi præteritus qui moriente auo post filium reperiret se in primo gradu substitutum.
5 † Sunt qui putent non potuisse valere substitutionem vulgarem in persona posthumi nepotis propter regulam Catonianam, quia si testamenti tempore auus decederet, ea nepotis substitutio viuo filio facta non valeret. *leg. 1. de regul. Caton.* Quæ ratio ab aliis ideò reprehenditur, quòd regola Catoniana ad conditionales institutiones non pertineat *leg. penultim. eod.* substitutio autem quælibet, conditionalis sit institutio. Mihi verò nec ratio placet nec reprehensio. Non reprehensio, quia quod ad regulam Catonianam spectat, nihil differt pura institutio à conditionali, vt docebimus infr. Non ratio ipsa quia verum est, quod generaliter Papin. scribit in *l. 3. ell. tit.* Catonianam regulam non pertinere ad hereditates. Illud sanè verum est ex antiqui iuris regula institutionem siue puram, siue conditionalem quæ ab initio non valuit ex post facto non conualescere *l. penult. de regul. iur. antiq.* Sed ea regula non magis impedit, ne posthumus nepos vulgariter substitui possit, quàm ne possit institui. Cum nec valeret ipsius institutio, si auus eo tempore quo filium instituit moreretur. Alienus enim posthumus contra iuris ciuilis regulas videretur institutus. † Et ob 6
id nimirum necesse fuit excogitare formulam per quam ex die & conditione instituereretur, vt cùm non priùs institutus dici posset quàm dies & conditio euenisset (vtraque in id tempus collata quo suus nasceretur) nihil prohiberet quominus ab initio institutio tanquam sui posthumi consisteret. Id verò Gallus assecutus est inserta formulæ particula *tunc*, quæ institutioni nepotis principium daret, & conditionem quandocunque euenientem posthomo nascente suo, impediret retrotrahi ad tempus testamenti quo alienus fuisset, quemadmodum latiùs à nobis suprà tractatum est. Atqui poterat eadem particula *tunc*, inseri quoque vulgari substitutioni, eratque longè faciliùs inducere, vt vulgaris substitutio sic conciperetur, *si filius meus heres non erit tunc qui mihi nascetur ex eo nepos heres esto*, quam formulam integram procedere, quæ minùs generalis esset, ac in casum vnum mortis filij concepta. Illa igitur semper manet dubitatio, cur noua formula potiùs quàm vulgari substitutione in eam rem vti Aquilius voluerit. † Scio alios etiam esse qui putent 7
idcirco necessariam fuisse Galli formulam, quòd cũ aliter nepos institui non posset quàm in casum mortis filij. hic tamen casus in vulgari substitutione non exprimatur. Sed ratio hæc non tãtùm aliena, verùm etiam falsa est, casus enim mortis filij adeoque viuo etiam testatore licèt in vulgari substitutione specialiter non exprimatur, perinde tamen atque si expressurus esset vi ipsa comprehenditur sub verbis illis generalibus, *si heres non erit*, nec tantùm casus mortis, sed & deportationis, emancipationis, captiuitatis, & generaliter cæteri omnes quibus contingat filium heredem non esse siue quia noluerit, siue quia non potuerit: & siue viuo siue mortuo testatore posse defierit. Qua ratione si aliud nihil obstaret, defendi posset longè aptiorem fuisse formulam volgaris substitutionis ad omnes casus comprehendendos, quam Aquilianam, quæ si à testatore vsurpetur solo mortis casu expresso manca est, nisi ex legis Velleę sentẽtia suppleatur *d. 6. & quid si tantum.* Deinde falsum est posthumum nepotem non nisi in casum mortis filij institui posse. Potest enim, vt dixi, institui in casum etiam deportationis & captiuitatis, adeoque emancipationis filij, quæ cùm institutionem filij non faciat irritam morti similis hac parte videri non potest. Etsi verò mortis duntaxat casũ Gallus expressit ęquè tamen ad eius formulã cæteri etiã casus pertinent non vt vllo modo pro expressis habeantur solo mortis casu expresso, sed vt perinde ac casus ipse mortis exprimi possint. † Vera itaq. & vnica tã obscuritatis ratio hęc est, quod cùm posthumus hic nepos te- 8
stamenti tẽpore inspecto verè sit alienus, ac proinde talis qui tunc nec institui potuerit, nec consequẽter substitui (omnis namque substitutio secũda institutio est, vt Caius diffinit in Instit.) necesse fuerit ipsius institutionem ex die & ex conditione concipi, vt ex

eo tantum tempore suus posthumus esse inciperet,
quo scriptus intelligitur. Adiecta nimirum particu-
la *tunc* vt suprà dixi. Ac si vulgaris substitutionis for-
mulam sic conciperes, *Si filius meus heres non erit, tūc,*
qui mihi ex eo post mortem meam nascetur nepos heres esto,
tantum abesset vt posthumus hic alienus ex eo de-
mum tempore videretur institutus quo posthumus
suus esse inciperet. Vt ex contrario dici potiùs pos-
set collatum institutionis initium in id tempus quo
adhuc alienus esset. Illa enim verba, *si filius meus he-*
res non erit, ex sui natura casum delatæ filio heredi-
tatis demonstrant, qui propriè vulgaris substitutio-
nis casus est, (cùm ante delatam hereditatem nemo
heres esse possit, priuatio autem vt vulgò dici solet
præsupponat habitum) & conditionem exprimunt
quæ defuncto tantùm testatore potest existere ac
proinde ex cuius euentu non possit institutio initiũ
capere, si quidem iam mortuus heredem instituere
tunc non potest. Nisi dicas retrotrahi ad tempus te-
stamenti sublato vitio temporis, quo casu æquè eue-
niet vt alienus posthumus substitutus videatur, cùm
testamenti tempore suus esse non possit quem tunc
pater præcedit. At posthumus alienus sicut institui
iure antiquo nõ potuit ita neque substitui, quia sub-
stitutio quælibet institutio est, secunda quidem, sed
9 tamen vera institutio. † Nec obstat quòd instituto
ante testatorem mortuo, cui proinde nunquam de-
lata sit hereditas, vulgaris tamen substitutus ex sub-
stitutione admittitur. Nam imò vero tanquam insti-
tutus admittitur non tanquam substitutus, euaditq.
in institutum, quia ei primo non secundo loco de-
fertur hereditas, & ob id cũ cæteris institutis in defi-
ciente coheredis portione concurrit ac si esset insti-
tutus *d. §. vlt. l. cum ex filio. 39. de vulg.* Atqui si nepos
ex eo tempore instituatur, quo iam delata sit heredi-
tas filio nõ solum instituitur in eum casum quo pe-
riculum amplius nullum sit ne testamentum rum-
patur, vt ait Cuiacius, sed in illum etiam quo alienus
erit posthumus: fieri enim non potest, vt non sit alie-
nus qui à patre anteuertitur in causa successionis.
Cui consequens est, vt non possit valere substitutio
ex eo tempore facta, quia nec institutio valeret, iám-
que ab initio perinde nulla esset & inutilis, atque ex
contrario validam & vtilem esse dicimus eam quam
Gallus induxit fieri ex eo tempore quo posthumus
fit suus: atque ita succederet supradicta iuris antiqui
regula, quæ institutionem ab initio inualidam post-
eà conualescere non patitur. Ne quidem in eum ca-
sum quo posthumus hic suus reperiatur præmortuo
filio, quia in alium nominatim casum substitutus
fuit quo substitui non potuit, id est quo esset alienus
cùm ex diuerso ne purè quidem institui potuisset, at
in eum nominatim casum institui debuisset quo ex
alieno suus fieret. Et verò absurdissimum sit substitu-
tionem vulgarem, quæ in suo casu, id est, tanquam
substitutio valere nunquam potuerit, euadere in in-
stitutionem. Prius namque est, vt substitutio aliqua
sit & subsistat, quàm vt euadat in institutionem. A-
lioqui sicut ex nihilo nihil fit, ita ex nulla substitu-
tione (nulla autem est, quæ substitutionis iure vale-
re nunquam potest) nemo dixerit confici posse vti-
lem institutionem *arg. l. Stichus. 39. D. de manum. te-*
stam. iti postremis illis verbis, *quia nullum casum vti-*
10 *lem habet l. pater filio. 54. D. de here. inst.* † Denique, vt
valeret posthumi nepotis institutio non solum ca-
uendum fuit, ne in eum nominatim casum confer-
retur quo alienus posthumus maneret, sed etiam
prouidendum vt iis verbis conciperetur, quæ omnẽ

omnino delatæ filio hereditatis casum, posthumi-
que alieni personam omnimodo excluderẽt, vt nul-
lo prorsus casu nulloque tempore alienus posthu-
mus institutus videri posset. Quod ipsum non per
vulgarem substitutionem fieri potuit (quæ licèt cõ-
tingente casu non delatæ hereditatis instituto præ-
morienti reuocetur ad intellectum institutionis, iu-
re tamen substitutionis non nisi casum delatæ here-
ditatis complectitur) sed ita demum si & in eum no-
minatim casum & ex eo nominatim tempore nepos
institueretur, quo posthumus suus esse inciperet, hoc
est, non sub ea tantùm conditione, sed ex ea condi-
tione, *si filius viuo auo moreretur*, aut deportaretur, aut
emanciparetur, aut ab hostibus caperetur. Quid au-
tem intersit an sub conditione, an ex conditione in-
stitutio fiat, & cur hic locum non habeat, quod dici
solet institutionem à pagano ex conditione nõ ma-
gis quàm ex die fieri posse tam latè explicauimus
suprà, vt repetere nil sit necesse. † Ex his verò intel- 11
ligimus, quàm grauiter erret Bartolus existumãs ne-
potem hunc Aquilianum vulgariter substitutum es-
se, & ipsius institutionem ex Galli formula nihil a-
liud esse quàm vulgarem substitutionem. Fefellit
Bartolum & eius sequaces quod nepotis institutio
semper secunda sit, cùm necesse sit præcedere insti-
tutionem filij primi gradus *d. l. Gallus. §. in omnibus,*
secunda autem institutio substitutio sit. Item quod
scriptum est in *l. cùm in testamento. 37. de her. inst.* filio
instituto itémque nepote ex consilio Galli duos es-
se heredum gradus, quasi fieri nequeat vt duo sint
gradus quin is qui in secundo gradu est substitutus
dici debeat. † Sed iam proximo capite superiore mo-
nuimus, instituendum quidem filium primi gradus,
deinde nepotem, at nepotis institutionem licèt se-
cunda sit non ideò substitutionem dici posse, ne
quidem si verba sola institutionis cõsideres (in quo
lapsus est Cuiacius ad principium *l. Gallus*) propter-
eà quod fiat in eum nominatim casum quo nepoti
deferatur primo loco hereditas, ipso scil. filio præ-
mortuo, aut aliter suitatis iure excluso. Substitutio
autem, econtrario in eum casum fieri debeat, quo
non nisi secundo loco deferatur hereditas substitu-
to. † Nec quòd duo heredum gradus esse dicantur 12
in *d. l. cùm in testamento*, idcircò nepotem substitutum
esse dicẽdum est. Duos siquidẽ gradus esse Iulianus
scripsit non alia ratione quàm quia simul admitti
non possint ad aui hereditatem, licèt ambo sint pri-
mo gradu instituti si gradus metiaris ex sola heredi-
tatis delatione. Tantum enim abest, vt vtrique simul
hereditas testatoris deferri possit, vt nec alteri post
alterum deferatur. Nam si filius patri superstes sit ei
soli defertur, non itẽ nepoti qui eo casu alienus po-
sthumus reperitur. Quòd si filius præmortuus est ne-
poti soli defertur, quia nec filio deferri vnquam po-
tuit. In quo obseruari potest, tantò minùs nepotem
hunc substitutum dici posse, cùm in vulgari substitu-
tione regulare sit vt vtrique tam instituto quàm sub-
stituto successiuè tamen hereditas deferatur. Eaque
potissimùm dubitandi ratio erat apud Iulianum in
dict. l. cùm in testamento, nam substitutus nepoti eo
mortuo postulabat admitti simul cum patre. Quasi
nepos vnà cum patre institutus esset, quo nullo co-
lore petere potuisset, nepote non instituto, sed sub-
stituto. Idem apud Africanum tractari potest in *l. si*
mater. 33. §. 1. de vulg. & pupil. subst. † Sed & ex contra- 13
rio euenit eo casu vt nepos & pronepos Aquilia-
nus simul admittantur, puta si nepos emancipatus
sit, & testator superuixerit. Cùm enim non fiat ir-
tita

rita institutio per emancipationem,& tamen pronepos qui post emancipationem nascitur suus heres fit auo.fatendum est vtrumque hoc casu in aui hereditate concurrere, quod non similiter euenire posset si pronepos substiturus esset Nunquam enim substitutus cum instituto concurrit. De quo dicemus fusiùs *infr. ad §.vlt.d.l.Gallus.* Nec est qood quispro Bartoli sententia proferat, quod Scæuola scribit in *§.quidam rectè.d.l.Gallus*,etiamsi testator nihil exprimat de morte filij,sed nepotem simpliciter instituat nihilominùs valere nepotis institutionem eo casu qui ex verbis concipi possit. Alia enim longéque diuersa illius loci sententia est,de qua breuiter proximo capite dissetemus.

Capvt XII.

Ad §.quidam rectè.l.Gallus.

SVMMARIA.

1 *Posthumum nepotem Aquilianum iure antiquo institui potuisse,institutionis autem formam ante Aquilium ignoratam fuisse.*

2 *Posthumi Aquiliani institutionem etiam simpliciter & casu mortis filij non expresso factam, post introductam Galli Aquilij formulam valere.*

3 *Non qualibet verba instituendo posthumo nepoti idonea esse,sed ea tantùm quibus concipi possit casus Aquiliana formula expressus.*

4 *Quibus circumstantijs ille casus contineatur?*

5 *Eum demum nepotem posthumum instituendum qui post mortem aui testatoris suus natus erit.*

6 *Necesse non esse in Aquiliani nepotis institutione filij mortem exprimi.*

7 *Exemplum institutionis nepotis simpliciter conceptæ, ab Accursio allatum improbatur.*

8 *Quid in formula Aquiliana operentur verba illa,* post mortem meam.

9 *Alterum exemplum ab Accursio allatum à Scæuola sententia alienum esse.*

10 *Eatenus admitti à Scæuola posthumi nepotis institutionem,quatenus ex verbis,posthumum suum,non alienum,institui eum fuisse,concipi possit.*

11 *Cur non minùs post quàm ante repertam Aquilianam formulam inutilis sit in posthumo nepote vulgaris substitutio.*

12 *Bartoli & aliorum distinctio inter substitutionem quæ fit in hereditate,& eam quæ fit in fustate.*

13 *Non amplius necessariam esse Aquilij formulam,postquàm ex Iustiniani constitutione posthumus alienus perinde ac suus institui potest.*

14 *Nepotem nasciturum etiam non expresso casu mortis filij,cum filio posse institui, & vtrumque simul vocatum intelligi.*

15 *Aliquando tamen nepotis partem patri acquiri, aliquando verò ipsi nepoti.*

16 *Testatore præcipiente fundum in familia relinqui,non omnes qui sunt in familia diuersorum graduum, simul, sed successiuè ad eum fundum vocatos videri.*

17 *Institutum heredem non ab alio quàm à seipso hereditatem capere.*

18 *Casus quo institutus dicitur qui non nisi post alium admittitur.*

1 DOcuimus † in superioribus posthumũ nepotem Aquilianum quoniam verè suus est non alienus iure ciuili & ante Gallum Aquilium instituti potuisse,ideoque in *§.si eius hac leg.* sic loqui Scæuolam,vt dicat ex iure antiquo succedere nepotém qui ex institutione concepta per Aquilianam formulam succedit. Et ad ius antiquum aptandos esse casus illos,qui ad Galli formulam pertinent. Neque enim ius nouum fecit Aquilius,quia nec facere potuit.Sed tamen quia prorsus ignorabatur qua ratione posset hic nepos institui cùm testamenti tempore esset alienus & institutionem sic concipi oporteret, vt ab initio consisteret, perinde fuit necessaria Galli formula atque si nepos institui anteà non potuisset. Quid enim intererat vtrum institui nullo modò posset, an posset quidem, sed tamen quomodo nesciretur? Eoque pertinet quod huius legis initio Scæuola præfatur Gallum induxisse non vt nepos institui posset, sed vt sic institui posset, *si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi post mortem meam ex eo in decem mensib.proximis quibus filius meus morietur natus erit,heres est.* † Posteà verò quàm subtilitate 2
potiùs quàm auctoritate,quæ tamen maxima & præcipua fuit,inuenta ratio est instituendi nepotis, cœperunt Iureconsulti sequentes inducere vt valeret institutio quæ simpliciter facta esset etiam casu mortis filij non expresso,dummodò casus vtilis ex verbis concipi posset, nec testator adcò Galli formulæ obstrictus videretur,vt eius verba præcisè sequi necesse haberet. Nam cùm iam sciatur non solùm institui posse nepotẽ hunc posthumum,sed etiam qua ratione & quibus verbis & in quem casum possit institui credendus est testator qui simpliciter instituit,in eũ casum instituisse quo potuit, non in eum quo nũ potuit.Quod non similiter dici poterat cum ignorabatur quænam in eam rem formula sufficiẽs & idonea videri posset. Ita fit vt quæ olim & ante Gallum inepta fuisset, eadem prorsus nullo addito vel detracto aptissima iudicetur,idque est quod Scæuola hoc loco monet,non ita reprehendens Aquilium de superfluitate,vt vulgo aiunt (neque enim potuit Aquilius vel alijs paucioribus verbis formulam concipere) sed potiùs Aquilij factum laudans cuius subtilitate factum sit tam certum & exploratam institui posse nepotem posthumum, vt vel simplex institutio sufficere hodie possit, cùm olim nulla satis exacta & idonea ad hoc formula sufficere crederetur.† In quo 3
tamen cauendum est ne cum Accursio, Bartolo, & cæteris antiquioribus interpretibus decepti existimemus tam generaliter & indistinctè loqui Scæuolam, vt quamlibet nepotis institutionem sufficere putauerit: nam quod ille subijcit, *vt in eum casum valeat qui ex verbis concipi possit,* ostendit satis non quælibet verba instituendo posthumo nepoti esse idonea,sed ea demum ex quibus cõmodè possit concipi casus ille qui Aquiliana formula pluribus & disertis verbis expressus est. † Ille autem casus duobus 4
potissimùm circunstantijs continetur, quarũ prima & potissima illa est, vt ne alienus posthumus institutus videatur. Altera ne is quisque qui viuo testatore nascetur. Constat enim Galli temporibus & ante leg. Velleain. nullo iure institui potuisse posthumũ qui viuo testatore nasceretur, *§.ille casus infr. hac leg.* sicut ne eum qui alienus posthumus esset, quamuis posteà ad beneficium bonorum possessionis secundùm tabulas admissus sit à prætoribus iuris asperitatem temperantibus.† Itaque institutionem sic concipi 5
necessariò oportet, vt casus mortis testatoris exprimatur & is demùm nepos instituatur, qui post aui mortem natus erit, & qui non patri suo,sed auo natus erit, vt suus duntaxat non etiam alienus posthu-

mus natus intelligatur. Ob idque Scæuola ita scribens, *etiamsi non exprimat de morte fily*, non addit, quod interpretes de suo supplent, *nec de morte aui*, vt doceat illa tantum verba, *si filius meus me viuo morietur*, non etiam quæ sequuntur in formula posse de nepotia institutione detrahi. Et in *§. quod si quis filium, vers. melius ergo est infr. hac leg.* vbi docetur quibus verbis, quàm breuissimè & generaliter instituti nepos possit (siue eum versiculum Scæuolæ cum interpretibus, siue Triboniano mecum adscribere velis) illud tamen omninò requiritur, vt auus instituat nepotem qui sibi post mortem suam nascetur, aut etiam generaliter, *quicquid sibi liberorum natum erit post mor-*
6 *tem*.† Denique verba illa, *post mortem*, quæ ipsius aui testatoria non filij mortem demonstrant semper adiici necesse est, quamuis de filij morte exprimi nil necesse sit, propterea quòd casus ille, *si filius meus me viuo morietur*, satis concipi possit ex illis sequentibus, *qui mihi post mortem nascetur*. Neque enim potest mihi suus nasci nepos, nisi qui mortuo iam filio meo nascetur: mortuo inquam, ante me, alioqui patri suo
7 non mihi suus nasceretur. † Proinde non est accómodatum exemplum illud quod Accursius profert institutionis sic conceptæ *instituo filium & nepotem ex eo*, vel sic, *filium instituo & nepotem substituo*, quandoquidem in his verbis nihil est ex quo possit concipi eum demùm posthumum institutum, qui & post aui mortem & suus heres auo nasceretur. Perinde enim designant personam nepotis, qui & viuo auo & viuo patre nascatur, & consequenter qui nullo iure institui potuit. Nec facit pro Accursio quod Scæuola simplicem nepotis institutionem valere dicat. Simplicem enim eam intelligit, quæ non sit generalis & indistincta ad quemcunque posthumum pertinens siue suum, siue alienum, siue viuo, siue mortuo auo nasciturum, sed quæ nec ex tempore fiat, nec ex conditione ad differentiam illius quæ fit per Aquilianam formulam adiectis iis verbis, *si filius meus me viuo morietur, tunc*. Cæterum fieri nō potest, vt posthumus vllus instituatur, quin conditio aliqua tacita insit, vel illa saltem, *si nascetur L. 1. §. vlt. de cond.*
8 *& demonstrat.* † Ea autem verba, quæ adiicienda dicimus, *post mortem meam*, non tam nouam conditionem faciunt, quàm eiùs posthumi qui instituitur, personam & qualitatem demonstrant, vt appareat non fuisse cogitatum de instituendo eo, qui viuo te-
9 statore nascatur. † Aliud verò exemplum, quod affert idem Accurs. de nepote vulgariter substituto his verbis *si filius meus heres non erit nepos heres esto*, longè magis à Scæuolę sententia alienum est. Nam præter id, quod non potest videri simplex institutio, quę expressam illam conditionem habet, *si filius heres non erit*, illud etiam constat, quod superiore capite monuimus, vulgarem substitutionem fieri in casum delatæ alteri hereditatis, ita, vt præmortuo instituto priusquam deferri potuerit hereditas, hoc est viuo testatore, non succedat substitutus iure substituti, sed quasi institutus reuocata scilicet substitutione ad intellectum institutionis *L. cùm ex filio. 39. §. vlt. de vulg. & pupill. substit.* vnde fit, vt nepos vulgariter substitutus in eum casum substitutus intelligatur, quo
10 erit alienus, ac proinde inutiliter. † Eatenus namque admittit Scæuola nepotis institutionem valere quatenus possit ex verbis concipi posthumum suum institutum fuisse. Non igitur ex contrario quatenus ex verbis appareat, non solùm alienum posthumum institutum, sed etiam in eum nominatim casum quo alienus maneat. Non moueor contra Accursium tatione illa quam plerique adferunt, quòd si posthumus nepos institui posset per substitutionem vulgarē frustrà Gallus formulam conscripsisset. Iam enim frustrà dixi posse hodie plerasque instituendi nepotis formulas admitti, quæ ante Gallum non poterāt:
†sed illud contendo. Etiam post repertam à Gallo 11
viam qua posthumus hic nepos rectè institueretur fuisse tamen æquè ineptam ac anteà vulgarem substitutionem, propterea quòd fiat nominatim, siue verba, siue naturam substitutionis cōsideres, in casum delatæ filio hereditatis, & consequenter in eū
casum quo nepos esset, & maneret alienus. † Et som- 12
nium est Bartoli, Castr. & aliorum quòd aiunt, duplicem esse vulgarem substitutionem. Vnam quæ fiat in suitate, aliam quæ in hereditate. Nam quæ fit in suitate ea non à testatore fit, sed à lege quæ vult vt prædefuncto filio qui suus heres patri erat succedens nepos in eius locum fiat suus, & quidem etiam inuito auo, adeoque viuēte, quo tempore testamentum ipsius vires nullas habet. Sed neque video qua ratione verba illa, *si filius heres non erit*, eam interpretationem recipere possint, *si filius suus heres esse desierit*, non solùm quòd non aliter possit qui suus heres esse desineret quàm si priùs talis fuerit (vt proinde tam ridiculum faciat testatorem hæc interpretatio quàm si scripsisset, *si filius heres erit, & non erit*,) sed etiam quia si ponas filium emancipatum fuisse post testamentum, atque ita desiisse suum esse heredem: non eò magis tamen videbitur extitisse conditio illius substitutionis, *si filius heres non erit*, quia nihilominùs filius heres erit, tametsi suus esse desierit. *§. vltim. infr. hac leg.* Si sequare nostrorum sententiam vulgò existimantium filij instituti emancipatione non rumpi testamentum, quam tamen nos infrà re-
fellemus. † Sanè non inficior hodie nullum ampliùs 13
his subtilitatibus locum esse postquàm iure ciuili, hoc est ex Iustiniani Constitutione inductum est, vt alienus quoque posthumus perinde ac suus possit institui. Itaque non tantùm vulgaris substitutionis formula, sed & alia quælibet sufficere poterit ad vtilem nepotis institutionem. Nec tamen quæuis sufficiet, vt nepos successiuè & ex ordine post patrem in-
stitutus videatur. † Nam quemadmodum si filium & 14
nepotem ex eo iam natum auus heredes instituisset temporibus Aquilij & Scæuolæ ambo simul ad hereditatem admissi fuissent vt rectè Cuiacius hic cōtra Accursium disputat, quia nepotis superstitis institutio omnimodo valebat. Sicut &, si filius cum nepote institutus fuisset, quod nec Bartolus ipse quantumuis Accursius negat, ita & eo posito, posse hodie nepotem nasciturum æquè ac iam natum heredem institui: dico vtroque instituto his verbis, *filium & ex eo nepotem instituo*, siue addas cætera quæ sequuntur in formula Galli: *qui post mortem meam nascetur*, siue prętermittas, vtrumque simul vocatum intelligi, neque aut charitatis ordinem aut necessitatis rationē facere quominus cum filio concurrat nepos, quandoquidem extraneus quoque coheres datus concur-
reret. † Planè si auo moriente nepos recidat in pote- 15
statem patris, fateor futurū vt tota hereditas aui acquiratur patri, pars quidem vna ex propria eius persona, pars alia ex persona filij, sicut & si iam natus simul cum patre institutus esset siue ab auo, siue ab extraneo, vt generaliter scriptum est in *l. si ego. 26. & l. si ex sua. 36. de acquir. hered.* Sed potest institutio nepotis habere vtilitatem si fortè post testamentum emancipetur, cum nepotis emancipatio non faciat irritam institutionem. *d. §. vlt. 1. huc leg.* aut si iam te-

stamen-

ſtamenti tempore nepos ex filio inſtituto, idémque
inſtitutus erat emancipatus vt in *l. Lucius. 88. alias l.*
16 *codicillis §. inſtituto de legat.2.* † Neque ſimile eſt quod
in contrarium Accurſius obiicit. Si teſtator fundum
in familia relinqui præceperit omnes quidem vo-
catos videri qui ſunt in familia, ſed ita tamen vt ſi
non ſint eiuſdem gradus proximus quiſque primo
loco inuitatus cenſeatur, & poſt eum cæteri *l. omnia.*
32. alias l. cùm ita. §. in fideicommiſſo. l. peto. 69. §. fratre. l.
cum pater. 77. §. pen. de legat. 2. l. vlt. C. de verb. ſign. Alia
enim fideicommiſſi ratio eſt, alia inſtitutionis. Vo-
luntas enim teſtatoris fundum in familia per fidei-
commiſſum relinqui præcipientis non aliter ſerua-
ri poteſt quàm ſi fundus in familia maneat, quam-
diu vel vnus de familia ſupererit, ideoque & qui
nondum nati ſunt, ſi poſteà in familia naſcantur ad
fideicommiſſum veniunt, & conſequenter ſucceſſi-
uè, quia nec ſimul venire poſſunt & cum natis con-
currere qui nondum ſunt in rerum natura, neque a-
nimo comprehendi poteſt vt fideicommiſſum ali-
quod ſit perpetuum quin ſit graduale, & temporis
ſimul ac perſonarum ſucceſſione perpetuandum,
quod & ipſa fideicommiſſi natura facilè admittit,
quia per plurium perſonas ambulare poteſt cùm per
heredis & alterius cuiuſcunque poſſeſſoris, ad quem
bona ex teſtamento aut ab inteſtato peruenerint,
17 manus prætandum ſit. † At inſtitutio ſcriptum he-
redem immediatè coniungit teſtatori, nec patitur
vt ab alio quam à ſeipſo hereditatem inſtitutus ca-
piat, alioqui non inſtitutus ſed ſubſtitutus dicendus
eſſet qui poſt alium ad hereditatem vocaretur, nec
ſubſtitutus ſed fideicommiſſarius, ſi per manus here-
dis aut quod idem eſt poſt acquiſitam & aditam ab
herede hereditatem aditus illi eſſet ad ſucceſſionem
l. tutores. 39. §. heres. D. de admin. tut. Poſt aditam enim
hereditatem vulgares ſubſtitutiones expirant *vulg. l.*
18 *poſt aditam. C. de impub. & aliis ſubſt.* † Vnúſque tan-
tùm caſus eſt quo inſtitutus dicitur qui non niſi poſt
alium admittitur: nempe cùm ex præſcripto Aqui-
lianæ formulæ auus filium & nepotem inſtituit. Sed
hoc ideò vt ſuperiore capite diximus, quia ſic voca-
tur nepos poſt filium vt tamen ei primo loco non e-
tiam poſt filium hereditas deferatur. Inſtituto ſcili-
cet in eum caſum quo filio nunquam poſſit defer-
ri hereditas, hoc eſt quo filius viuo auo moriatur.
Tantúmque abeſt vt ea ratione nepos cum filio nõ
concurrat quòd ex neceſſitate, vt Bartolus loquitur,
inſtitutus ſit, vt ex contrario ea ſola ratio concurſum
impediat, quòd nec cum filio nec viuo eo inſtitui
potuerit, vtpote quem filius præcedens alienum po-
ſthumum efficiat, ac proinde tale qui inſtitui ne-
queat. Quod ſi teſtator ita ſcripſerit, *Filium inſtituo,*
Nepotem ſubſtituo, nepos quidem poſt filium admit-
tetur, ſed tanquam ſubſtitutus ſi filius ſuperuixerit,
aut tanquam inſtitutus ſi filius prædeceſſerit, quia
verbum ipſum *ſubſtituo*, deſignat ſecundam inſtitu-
tionem, cùm ſubſtitutio quælibet ſit ſecunda inſti-
tutio, ideoque licèt poſſit euadere in primam, nun-
quàm tamen cum prima, cuius reſpectu ſecunda di-
citur, poteſt concurrere, id eſt ſubſtitutus cum inſti-
tuto cui ſubſtitutus eſt, licèt poſſit cum inſtituti co-
heredibus *d. l. cum ex filio. §. vlt. de vulg. & pup.* Sunt
qui pro tuenda Accurſij & Bartoli ſententia quam
refutauimus, obiiciunt nepotis iam nati inſtitutio-
nem eſſe ex lege Vellea quæ tamen non aliter inſti-
tui nepotem voluerit quàm ſi is in locum ſui ſucce-
deret *§. nunc de lege inf.* Sed hoc quoque nos in eius
loci interpretatione refellemus.

CAPVT XIII.

Ad §. idem credendum eiuſd. leg.

SVMMARIA.

1 *Aquilianam formulã ad pronepotis inſtitutionem pri-
mo gradu vacuo vſurpari poſſe & debere.*
2 *In poſthumo pronepote ex Aquilij formula inſtituendò,
opus non eſſe vt nepotis inſtitutio præcedat.*
3 *Differentia inter filium & nepotem ac filiam quoad
inſtitutionis neceſſitatem.*
4 *Ius adcreſcendi, quod nepotibus & filiabus præteritis o-
lim competebat, minus propriè teſtamenti euerſio-
nem dici.*
5 *Quibus rationibus motus autor aliquando exiſtimaue-
rit, poſthumum nepotem ex filio ſuperſtite, aut inſti-
tui aut exheredari debere?*
6 *Emendatur* §. ſi quis filio. l. 3. ff. de bonor. poſſeſſ.
contr. tab.
7 *Rationes afferuntur, cur nepos ex filio ſuperſtite ad aui
bona nec vocetur, nec vocandus ſit.*
8 *Ius adcreſcendi quod nepotibus præteritis olim compe-
tebat, iis tantum nepotibus competiiſſe, qui iam teſta-
menti tempore in locum parentum ſucceſſiſſent.*
9 *Non ideò iniuſtum fieri teſtamentum, quod nepos præ-
teritus in filij præmortui locum ſuccedat.*
10 *Interpolatum eſſe à Triboniano principium* l. 3. ff. de
iniuſt. rupt. teſt.
11 *Differentia inter nepotem qui iam teſtamenti aui
tempore, & eum qui poſt teſtamentum in filij locum
ſucceſſit*
12 *Nepotem etiam ab auo inſtitutum ante legem Velleam
ſuccedendo rupiſſe teſtamentum, quaſi præteritus
fuiſſet.*
13 *Secundus caſus, quo pronepos ex Galli Aquilij formulâ
inſtitui poteſt.*
14 *An tertio caſu, quo teſtator ex filio viuo nepotem ſu-
perſtitem habens, ex pronuru grauida pronepotem
ſperat, nepos inſtitui vel ſaltem in conditione poni
debeat.*
15 *An valeat pronepotis inſtitutio ſi nulla mortis nepotis
mentio facta ſit?*
16 *An, ſi filio inſtituto & nepote præterito pronepos inſti-
tutus ſit, nepotem præmori neceſſe ſit vt inſtitutio
valeat?*
17 *Quò referenda ſit Scæuolæ ratio his verbis concepta,*
ne ſucceſſione teſtamentum rumpatur?

QVæ † à Gallo excogitata eſt formula vt nepos 1
ex filio tempore teſtamenti ſuperſtite vtiliter in-
ſtitueretur, eadem ſicuti neceſſaria eſt ad pronepo-
tis inſtitutionem, ſi filium & nepotem viuo teſtato-
re mori contingat, ne alioqui pronepos cùm naſce-
tur ſuus heres primo gradu vacuo rumpat teſtamẽ-
tum, ita & commodè vſurpari poteſt, & quidem tri-
bus caſibus. Primus eſt ſi teſtator ex nepote ſuperſti-
te pronepotem ſperet filio iam mortuo, ſic enim cõ-
cipere inſtitutionem poterit, *Si nepos me viuo morietur*
tunc qui mihi ex eo pronepos poſt mortem meam in decem
menſibus proximis quibus nepos moreretur natus erit, he-
res eſto. † Non pono præcedere nepotis inſtitutio- 2
nem, quia non ſicuti cùm ex filio nepos inſtituitur
filium ipſum inſtitui neceſſe eſt *§. in omnibus inf. hac*
l. Ita cùm iam præmortuo filio nepos primum locũ
tenere cœpit requiritur ad confirmandam prone-
potis inſtitutionem vt ipſe quoque nepos inſtitua-
tur. † Hæc ſiquidem differentia olim fuit inter filium 3
& nepotẽ, quòd filiusfamilias omnimodo inſtituen-

dus erat aut nominatim exheredandus, alioqui iniu-
stum & nullius momenti erat testamentum: nepos
verò sicut & filia impunè præteriri poterat, nisi quod
præteriti habebant ius adcrescẽdi, hoc est accresce-
bant scriptis heredibus, suis quidem in partem viri-
lem, extraneis verò in dimidiam vt Vlpia scribit in
fragmentis *tit.* 2 *qui hered. insti. poss.* & Iustinianus tã
in Instit. *tit. de exhered. liber.* §. 2 *quam in l. maximum*
4 *vitium.* 4. *C. de liber. prater.* † vbi quod ait ius hoc ac-
crescendi euersionem quandam fuisse testamenti,
minùs propriè dictum accipi debet. Cùm Caius in
Instit. *tit. de exhered. liber.* §. 1. disertè scribat filiã præ-
teritam non rumpere testamentum, sed inter fratres
suos legitimo stante testamẽto, suam sicut alios fra-
tres consequi portionem. Si verò extranei heredes
scripti sint filiam stante etiam testamento heredita-
tis medietatem acquirere. Ideoque & legatis pro
parte sua onerabatur, vt Iustinianus refert in *d. l. ma-
ximum*, quia testamentum non rumpebat. Idémque
ius erat nepotis quod filiæ, tametsi præmortuo filio
verum esset nepotem non solùm ius sui heredis ha-
bere, sed etiam in filij locum successisse, nec tantum
præmortuo filio, sed etiam capite minuto *l. si qua pœ-
5 na.* 7. *de his qui sunt sui vel alien. iur.* † Quam ob caussam
putabam aliquando cum Accursio ad *d. l. si qua pœna*,
nepotem hunc qui in filij locum successerit perin-
de ac filium institui debere aut exheredari, ne alio-
qui videatur dici non posse in locum filij successis-
se, si non eodem prorsus quo filius iure censeatur.
Mouebat me, illud quoque quod videbam Prætorẽ
his nepotibus dare bonorum possessionem contra
tabulas & quidem pro ea parte quam ab intestato
habituri fuissent ex capite. Vnde liberi, nec solum
iis qui in aui potestate mansissent, sed & emancipa-
tis aut ex emancipato susceptis, qui si emancipatio
nulla interuenisset sui heredes futuri erant non alia
ratione quàm quòd in suorum locum successissent
*l. 1. §. filium. l. 3. §. si quis filio. D. de contr. tabul. l. 1. § si pa-
ter in potestate.* 6. *cum § seq. in fin. de coniung. cum eman-
6 cip. liber. eius.* † (ex quo §. *si pater*, obserua in *d. § si quis
filio*, legendum esse: *quia in eius est familia, qui & ipse*,
& non vt vulgò legitur, *qua & ipse*) Denique nõ po-
teram intelligere, quo iure nepotes isti succedendo
post testamentum in locum suorum heredum viuo
testatore testamentum rumperent, vt hic scriptum
est, & apertiùs in §. *sequenti parte infr. hac leg. & in l.
posthumorum.* 13 *infr. ti prox.* ita ius erat vt qui iam an-
te testamentum in locum suorum heredum succes-
serant, præteriri impune possent. Cur enim permit-
tatur iis rumpere nisi quia præteriti sint cùm institui
deberent vel exheredari? Aut cur potentius esse di-
camus ius nepotis qui post testamentum viuo auo
in locum sui heredis succedit, quàm illius qui iam
ante testamentum in patris sui locum successerat?
An non magis imputari potest auo cur non institue-
rit aut exheredauerit nepotem ex præmortuo filio
iam tum sui heredis iura habentem, quam cur præ-
terierit eum, cuius nulla tum ratio habenda erat, vt-
pote qui licet in potestate esset ideoque sui here-
dis nomen haberet, iura tamen sui heredis habere
non poterat quæ in solius filij persona consistebant,
vt Caius tractat in *d. l. posthumorum*? Quis porrò dixe-
rit faciliùs euertendum testamentum aui cui minùs
quàm cui magis imputari possit? Atque ita, vt dixi, a-
liquando ratiocinabar. † Sed me nunc in contrariam
7 sententiam illud vocat, quod video passim scriptũ
nepotem ex filio superstite, siue instituto, siue exhe-
redato, siue in potestate manentem, siue emancipa-
tum, ad aui bona nullo iure vocari, nec vocandum
esse *l. illud notandum.* 4 §. 1. *D. de bon. poss. contr. tabul.
d. l. 1. § si pater in potestate de coniung. cum emancip. liber.
eius.* Et verò instituto filio in potestate, quomodo po-
tuisset nepos patri suo accrescere, cui omnia ipsum
acquirere oportebat? *l. placet.* 79. *de acquir. hered. l. 1. in
princip. D. si a parent. quis manum.* Exheredato autem
filio quid commodi nepos habere poterat ex iure
illo accrescendi, cùm exhæredatio facere non po-
tuisset quominus aui hereditas filio exheredato per
nepotem acquireretur, adeò vt nepos ab auo institu-
tus patrem exheredatum facturus esset etiam aditio-
ne heredem necessarium *l. qui in aliena.* 6. §. *interdum.
D. de acquir. hered.* † Illud igitur vnum superest, vt ius 8
illud accrescendi de quo Vlp. Caius & Iustin. tra-
ctant iis tantùm nepotibus competierit qui iam te-
stamenti tempore in parentum locum successissent,
siue parentes essent præmortui, siue præmortuorum
loco habendi fortè deportati aut ab hostibus capti.
Qua in sententia illud quoque me confirmat quod
nullo iuris loco legere memini præteritione nepo-
tis iniustum & nullius momenti esse testamentum,
sed præteritione dumtaxat filij in potestate constitu-
ti vt in *l. si filius.* 7 *l. inter cætera.* 30. *& pass. hoc tit.* Pri-
musque Iustinianus fuit qui in *d. l.* maximum vitium
induxit vt ad exemplum filij tam filia quàm nepos
institui debeat aut nominatim exheredari, adeò vt
neque iure Prætorio haberent bonorum possessio-
nem contra tabulas nisi in quantum ius accrescen-
di iis competebat, præsertim post Antonini consti-
tutionem quam ibidem Iustinianus refert. † Nec 9
quod præmortuo filio nepos in ipsius locum succe-
dat facere potest vt perinde testamentum iniustum
faciat si prætereatur. Nam & in eo diuersa est huius
nepotis & filij ratio, quòd cùm filius non nisi sub
condicione potestatiua institui possit, nepos tamen
sub omni condicione institui potest, etiamsi rediga-
tur ad filij condicionem *l. suus quoque.* 4. *l. sed si condi-
cioni.* 6. § *nepotes. D. de hered. instit.* vbi nominatim tra-
ctat Vlpian. de nepotibus, & deinceps cæteris qui
ex lege Vellea instituti non rumpunt testamentum:
vt appareat nepoti qui in locum filij præmortui suc-
cedit hactenus tantùm faueri vt si post testamentum
succedat & præteritum se reperiat, rumpat, non et-
iam vt in cæteris filij loco haberi debeat quod ad
solennitatem institutionis aut exheredationis † (vn- 10
de & viro doctissimo Iacobo Cuiacio libentissimè
assentior, existimanti quod in *l.* 3. *de iniust.
rupt.* scriptum est *posthumos per virilem sexum descen-
tes ad similitudinem filiorum nominatim exheredandos es-
se*, à Triboniano sic immutatum fuisse cùm Vlpia-
nus scripsisset *posthumi virilis sexus*, ad exclusionem
filiarum & nepotum ex filiis, quos constat Vlpiani
temporibus potuisse inter cæteros quoque exhere-
dari, dummodò cùm adiectione legati vt idem Vlp.
testis est in fragm. *tit.* 22. §. 12. & 22. Et sanè tota illa
lex de filio posthumo est non de nepote.) † Cuius 11
diuersitatis ratio, vt superioribus obiectionibus satis-
faciamus, quamquam sanè perobscura, illa tamen,
iudicio meo, non inelegans afferri potest, quòd ne-
pos qui iam testamenti tempore in locum filij suc-
cessit, cùm præteritus fuit ab auo, non alia ratione
præteritus videri potest, quàm quia sic auus voluit, iu-
re suo vsus, quippe qui nepotem instituere aut ex-
heredare non cogebatur. Cùm verò post testamen-
tum succedit nepos in locum filij non solùm insti-
tuendi vel exheredandi, sed etiam instituti vel ex-
heredari, alia coniectura voluntatis aui capi potest,

adeóque capienda est, vt præteritus videatur ab a-
uo oepos per obliuionem exemplo posthumi, nam
& loco posthumi esse dicitur *l. posthumorum. 13. de in-
iust. rupt.* Aut quòd ei si patris siue instituti siue exhe-
redati persona obstaret, cui perinde acquisiturus e-
rat nepos iure potestatis, potiùs quàm quod præteri-
tum illum & à sua hereditate exclusum auus volue-
rit. Sic enim de parentum erga liberos voluntate be-
nignè semper quantum fieri potest suspicẽdum est.
& ideò sicut in filij locum successit, ita filij iure cẽ-
seri illum æquum est, cùm aui voluntas non refra-
12 gatur. † Atqui, inquies, Etiam cùm institutus erat ab
auo, nihilominùs ante legem Velleam rumpebat
succedendo, & quidem tanquam præteritus. & sanè
præteritus per obliuionem, aut propter obstantem
patris personem videri noo poterat qui ipse erat in-
stitutus. Cedo, sed hoc ipso magis rumpebat, quòd
pro præterito haberetur quem auus non præteritum
sed iostitutum voluerat, quod cuiusmodi & quam
sententiam aut rationem habeat quoniam obscuris-
13 simum est, explicabimus ad *§. sequenti parte infra.* † Se-
cundus casus quo de pronepotis institutione tracta-
ri potest, ille est, si iam testamenti tempore defun-
ctus fuerit nepos, superstit autem filius pronuru gra-
uida. Hnc verò casu præcedere filij institutionẽ ne-
cesse est, vt deinde pronepos vtiliter his verbis insti-
tuatur, *si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi pro-
nepos nascetur, &c. heres esto.* Neque vllam hic casus re-
14 cepit dubitatiooem. † Tertius est si habens ex viuo
filio nepotem superstitem ex pronuru grauida pro-
nepotem speret, atque ita scribit, *Si vterque viuo me
morietur tunc qui mihi post mortem meam nascetur pro-
nepos, heres esto.* In qua specie sicut & in superiore, fi-
lij quidem institutionem præcedere oportet. Sed de
nepote dubitatio est non solùm an institui debeat,
sed etiam verum in condicione saltem ponẽdus sit:
quibusdam id negãtibus propterea quòd cùm pro-
nepotis institutio non aliter teneat quàm si nepos
hic præmoriatur, nec institui oepotem necesse sit
quandiu in filij locum & primum gradum non suc-
cessit, frustrà eius mentio fieri videatur. Ego verò et-
si fateor institutionem nepotis non esse necessariam
& ad validitatem testamenti, præmortuo posteà ne-
pote, sufficere vt filius instituatur ac post eum qui
ex nepote pronepos suus heres suo defuncto natus
erit *§. in omnibus infr. hac leg.* nepotis tamen facien-
dam mentionem existimo hactenus vt in condicio-
ne ponatur, idque necessarium esse siue iostitutus
sit, siue præteritus. Nam & Scæuola hoc ipsum satis
exprimit cùm ait sic condicionem concipi debere,
vtrisque mortuis viuo se. & ratio quam nemo tradit, illa
est, quia si mors nepotis in condicione non ponatur
& qui ex eo nascetur pronepos instituatur, in eum
sanè casum quo alienus posthumus erit institutus vi-
debitur qui ex contrario institui debuit in eum ca-
sum & ex eo tempore quo esset suus. Neque enim
fieri potest vt præmortuo etiam filiu pronepos suus
heres auo nascatur, quin oepos quoque prædefunct⁹
15 sit. † Planè quemadmodum in *§.* præcedenti Scæuola
scripsit non malè à quibusdam admissum esse, vt et-
iamsi nihil expressum sit de morte filij valeat tamen
institutio nepotis simpliciter coocepta. Ita & reci-
piendum est valere posse institutionem pronepotis
licèt nulla de morte filij & nepotis mentio facta sit,
sed cum illa tamen adiectione quæ ponitur in dict.
§. quidam rectè. & quam nos suprà explicanimus, *vt in
eum casum valeat qui ex verbis concipi possit.* Necesse e-
nim est sic concipi institutionem siue nepotis siue
pronepotis, vt ex verbis constare possit in eũm de-
mùm casum factam institutionem quo nepos aut
pronepos suus heres futurus sit cùm nascetur, ne vl-
lo casu alienus posthumus contra iuris regulam in-
stitutus videatur, sed ea interpretatio ab huius §. sen-
tentia aliena est, quia non vt in *d. §. quidam*, rectè tra-
ctat hic Scæuola quibus verbis possit hodie conci-
pi institutio pronepotis, sed quibus concipi eã posse
Gallus existimauerit quem vtiquè credendum est
idem de pronepote quod de nepote sensisse. Atqui
nepotis institutionem sic concipiendam credidit vt
mors filij in condicione poneretur, his verbis. *si filius
meus me viuo morietur.* Idem ergo & de pronepotis
iostitutione existimasse eum credendum est, vt in-
stituatur ex hac condicione, *si nepos meus me viuo mo-
rietur*, nisi iam testamenti tempore mortuus nepos
proponatur. † At illud adhuc difficilius est quòd idẽ 16
Scæuola subiungit, Instituto filio & præterito nepo-
te tum instituto quoque pronepote ex præscripto
Aquilianæ formulæ eo quem diximus modo, ita de-
mum vtilem fore pronepotis institutionem si priùs
nepos deinde filius decedat, *ne*, inquit, *successione te-
stamentum rumpatur*. Sunt enim qui putent ideò ne-
cesse omoino esse præmori oepotem quod Galli tẽ-
poribus nullomodo institui posset: ne quidem in cũ
casum quo mortuo filio in eius locum succederet,
nódùm scilicet lata lege Vellea ex qua nepotis hu-
ius institutionem descendere arbitrantur, in quo ta-
men errant euidẽtissimè. Non enim sic Scæuola scri-
bit vt dicat omnino & omni casu necesse esse vt ne-
pos præmoriatur, sed in illo tantùm casu quem tra-
ctat, hoc est cùm nepos præteritus est quem constat
impunè præteriri posse siue viuo, siue iam mortuo
patre tempore testamenti dummodò non in filij lo-
cum posteà succedat, vt iam docuimus. Cæterum si
nepotem instituere auus velit nihil prohibet, eo et-
iam iure inspecto quod Galli temporibus obtine-
bat. Nam hactenus duntaxat diuersa fuit hac parte
filij & nepotis ratio quòd filij institutionem semper
exigemus vt valeat pronepotis institutio: oepotis ve-
rò oon item, quia potest præteriri vt idem Scæuola
tradit in dict. *§. in omnibus*, vbi quod ait, *quorum si li-
beri heredes instituantur institutionem nunquam exigẽ-
mus quia possunt præteriri*, esset ridicolum, si oec à vo-
lente testatore iostitui possent. Nec verò dubitandũ
est etiam ante legem Velleam & omni iure institui
potuisse nepotem istum iam testamẽti tempore na-
tum, vt dicemus ad *§. nunc de lege infr.* Illud sanè non
inficiut aote legem Velleam ita ius fuisse vt nepos
quantumuis post filium institutus in filij locum po-
steà succedendo testamentum rumperet, in eamque
rem necessarium fuisse secũdum caput legis Velleę,
sed id ad rem non pertinet, † cum quod ait Scæuola, 17
ne successione testamentum rumpatur, non ad ius anti-
quum quod Galli temporibus obtinebat referẽdum
sit, sed ad id quod Scæuola viuente & scribente iam
inductum erat, ac proinde iam lata lege Vellea cu-
ius in sequentibus ferè omnibus quæstionibus me-
minit, vt doceat non quid antiqui iuris ratio postula-
ret, sed quonam hodie iure vtamur. Verùm hic alie
rursum inciderit hæsitatio. Nam & eo casu quo ne-
pos præteritus sit patríque suo eidémque filio testa-
toris superuixerit videtur à prætore conseruari te-
stamentum, quod per nepotis in locum filij succes-
sionem iure ciuili ruptum fuerat, nempe fauore in-
stituti pronepotis qui vtique rem habiturus esset ab
intestato, ex *l. posthumus. 12. inf. tit. prox.* his verbis, *Idem
& circa iniustum & irritum testamentum erit dicendum*

si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit. Atque ita plerique sentiunt, quorum sententia nobis refellenda est: sed priusquàm eò deueniamus dicendum est breuiter de sententia *l. filio praeterito.17.de iniust.rupt.* sine qua tractatus hic benè intelligi non potest.

CAPVT XIIII.

Noua interpretatio l.filio præterito.17.C.de iniust.rupt.& irrit.fact.test.

SVMMARIA.

1 *Receptissima Interpretum in huius legis interpretatione sententia.*
2 *Testamentum ab initio iniustum ob filij iam nati praeteritionem ex aequitate ciuili nō conualescere quantumuis filius praeteritus iudicia patris adprobet.*
3 *Iuris rigorem hac parte cum aequitate non pugnare.*
4 *An ideo magis ex aequitate conualescere debeat testamentum, quod filius praeteritus viuo adhuc patre decesserit?*
5 *An & praeterito posthumo, eodemq́ ante patrem vita functo testamentum posthumi agnatione ruptum, conualescat?*
6 *Fauorabilius esse testamentum quod viuo adhuc testatore impugnari posse desinit, quam quod moriente eo tale est vt à filio impugnari aut adprobari possit.*
7 *An in dicta legis specie testamentum filij praeteritione iniustum eo etiam casu conualescat, quo filius praeteritus iudicia patris tacitè adprobauit?*
8 *Filium praeteritum non posse eo casu fauori suo renuntiare, & sua adprobatione patris testamentum confirmare.*
9 *Solennitatibus iuris filium renuntiare non posse.*
10 *An supradictum testamentum iure Praetorio conualescat filio praeterito patris iudicia adprobante.*
11 *Aequitatem Praetoriam, a iure Praetorio non differre.*
12 *Differentia inter aequitatem Praetoriam, & ciuilem.*
13 *An testamentum ob filij praeteritionem iniustum, iure Praetorio ideò cōualescat, quod Praetor & secundum, & contra eas tabulas septem testium signis signatas bonorum possessionem det?*
14 *Bonorum possessio sine re quomodo definienda?*
15 *Bonorum possessionem contra tabulas a Praetore interdum ideo dari, vt appareat eas pro bonis a Praetore non haberi.*
16 *An ideò quod filio praeterito contra tabulas bonorum possessio detur, tabulas praecedere & subsistere necesse sit?*
17 *Bonorum possessionem quam Praetor dat heredi scripto secundum tabulas in quibus filius praeteritus est, sine re & inutilem esse.*
18 *Cur filio emancipato praeterito testamentum & Ciuili & Praetorio iure valeat, nec tamen heres scriptus bonorum possessionem secundum tabulas cum re accipere possit?*
19 *An filius emancipatus praeteritus, à beneficio bonorum possessionis contra tabulas exclusus, admittatur ab intestato, vnde liberi.*
20 *Alijs rationibus probatur testamentum filij praeteritione nullum per abstentionem filij nec Ciuili nec Praetorio iure conualescere.*
21 *An in dicta legis specie tacita abstentio filij sufficiat?*
22 *A qua successione filiusfam in* d.l. *abstinere possit?*
23 *Quid in* d.l.filio, *significent verba illa*, attamen voluntas testatoris ex bono & aequo tuebitur.
24 *Authenticam* ex causa.C.de lib.praeter. *de materna non de paterna praeteritione accipiendam esse.*
25 *Absurdum non esse ab intestato conseruari legata & caetera quae testamento ob filij praeteritionem iniusto relicta sunt.*
26 *Quaenam aequitatis ratio suadeat in* d.l. *vt ex testamento quod filius praeteritus adprobauit, legata & libertates praestentur?*
27 *Bonorum possessionem contra tabulas ad testatis causam pertinere, & bonorum possessioni secundum tabulas contrariam esse.*
28 *Differentia inter suum heredem & emancipatum praeteritos quod ad legatorum praestationem.*
29 *Differentia inter suum heredem institutum, cuius frater emancipatus praeteritus, & eum cuius frater praeteritus in potestate fuit.*
30 *Quibus casibus in* d.l.filio. *legata à fratribus institutis praestanda sint.*
31 *An quod de fratribus institutis Papinianus in* d.l filio. *loquitur ad extraneos quoque heredes pertineat?*
32 *An Papiniani sententia in* d. l. *pertineat ad agnatos proximos, qui excluso filio hereditatem ab intestato obtinere possint?*

VEreor † ne ante hunc diem minùs rectè perceperim Papiniani sententiam in eleganti celebrique illo responso quod erat in *l.filio praeterito.17.de iniust.rupt.& irrit.fact.testam.* Secutos inueteratum & receptissimum errorem nostrorum existimantium, filio praeterito qui erat in patris potestate, si postea is abstinuerit & tacita aut expressa voluntate patris iudicia approbauerit, licèt subtilitas iuris refragari videatur, ex aequitate tamen Praetoria sustineri testamentum vt ex eo detur bonorum possessio secundū tabulas & quidem cum re & effectu siue fratres aut alij ab intestato venientes, siue extranei heredes eo testamento instituti proponantur, perindéque legata & libertates praestentur ex testamento acsi testamentum iure ciuili subsisteret. Sic.n. scripsimus lib.1. Coniect.ca 19. Cùm tamen Papinianus neque Praetoriae aequitatis aut iurisdictionis, neque bonorum possessionis secundùm tabulas eo loco meminerit. Eius nàmque verba haec sunt, *Filio praeterito qui fuit in potestate patris, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritis fratribus partem hereditatis auocauit. Quod si bonis se patris abstinuit, licèt subtilitas iuris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono & aequo tuebitur.* Sed neque iuris ciuilis aut Praetoris ratio vllomodo patitur vt testamentum huiusmodi ab initio iniustum & nullius momenti ob filij iam nati praeteritionem, ex aequitate siue ciuili siue Praetoria conualescat quantumuis filius praeteritus iudicia patris adprobet. † Et quidem quod ad iuris ciuilis aequitatem attinet, omnes consentiunt. Iuris enim antiqui regula est institutionem quae ab initio fuit inutilis ex post facto conualescere nunquam posse *l.penult.de reg.iuris.* & testamenti validitas quae ex eo potissimùm tempore aestimanda est, quo testamentum fit, & quo testator moritur, in eum vsque diem quo filius praeteritus post mortem patri se abstinuerit suspensa manere non potest, sicut neque ex filij praeteriti arbitrio pendēre *l.illa institutio.32. de hered. instit.* vbi quod lex ait, *nam satis constanter veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere non ex alieno arbitrio pendere.* ostendit satis iura testamenti non magis à lege, quàm à testatore in alienum arbitrium conferri posse, in eoque ridiculam

esse

esse Bartoli distinctionem & subtilitatam eùm lex i-
psa sit quæ testamentorum iura ex alieno arbitrio
pendêre prohibet. † Nec existimandus est hac parte,
3 vt aliàs sæpè, iuris rigorem cum æquitate pugnare, a-
lioqui facilè subuertentur iura omnia quæ de testa-
mentis condendis prodita sunt, si id admittamus vt
vnicuique liceat contrariæ æquitatis commento le-
gum potestatem eludere. Quasi verò cùm tot locis
Iureconsulti scripserunt testamentum nullius mo-
menti & iniustum esse in quo filius in potestate præ-
teritus est, ad iuris subtilitatem duntaxat, non etiam
4 ad æquitatem, & rei effectum respexerint. † Et verò
si quo casu dici posset huiusmodi testamentum ex æ-
quitate conualescere debere, eo sanè casu diceretur
quo filius præteritus viuo adhuc patre decessisset.
Nam cùm morte demum testatoris testamentum
confirmetur, non paruus æquitatis color subest ad
testamentum defendendum cùm mortis tempore,
sublata de medio est ea persona quæ faciebat, vt in-
iustum esset, ac nullius momenti: præsertim si alium
Bartoli errorem sequàre, existimantis solo filij fauore
inductum fuisse vt eius præteritione testamentum
sit nullum, ideoque nullum huic suo fauori pro arbi-
trio renunciare posse. Et tamen constat non idcirco
magis testamentum iure ciuili conualescere, quòd
filius præteritus viuo patre decesserit, vt Iustin. in In-
stit. scribit. *tit. de exher. liber.* post Paulum in *l. si filius.
6. de liber. & posthum.* & Caium libro 2. Instit. *tit. de ex-
hered. liber. §. 1.* Nempe propter regulam dictæ *l. pe-
nultim. & l. quod initio 29. de regulis iuris.* † Sed & quod
5 magis est præterito posthumo eodémque ante pa-
trem vita functo licèt testamentum quod agnatione
posthumi ruptum est ab initio valuerit, nec mortis
patris tempore superſit ea persona, quæ ruperat, ni-
hilomagis tamen conualescit testamentum. Adeò vt
nec bonorum possessionem secundùm tabulas cum
re accipere scriptus heres possit siue ciuilis, siue
Prætorij iuris æquitatem inspicias, fueritque in hanc
rem necessaria constitutio Hadriani, tametsi maxima
& euidentissima æquitas subesset quæ testamentum
defendi suaderet, vt apertè scriptum est in *leg. post-
6 humus. 12. Digest. hoc titul.* † Nec dici potest quod ali-
quando existimabam, euidentiori æquitate niti te-
stamentum quod post patris mortem à filio præteri-
to expressa voluntate approbatum est, & eo tempo-
re qui improbare potuit iuréque suo vti voluisset,
quàm quod nec approbatum est nec improbatum
filio præterito ante patrem defuncto. Nam imò ve-
rò longè fauorabilius videtur ad citiùs conualescen-
dum, quod viuo adhuc testatore impugnari posse
desinit, quàm quod eo moriente tale est, vt pro filij
præteriti voluntate aut impugnari possit aut adpro-
bari. † Deinde non illo solùm casu admittunt nostri
7 conualescere testamentum quod filij præteritione
iniustum & nullum fuerat, quo filius præteritus pa-
tris iudicia expressè adprobauerit, sed illo etiam
quo tacitè, hoc est quo tacuerit, nec aut ab intestato
hereditariam portionem vindicauerit, aut à Prætore
bonorum possessionem contra tabulas, vel Vnde li-
beri (vtramque enim habere potest) acceperit. Nemo
autem dicere possit, solo filij silentio faciliùs confir-
mari debere testamentum patris, quàm si ante patrẽ
decesserit, eique non annuum, sed perpetuum silen-
tium mors ipsa indixerit. Maioris enim momenti
& potestatis silentium illud esse debet quod necessa-
rium, quàm quod voluntarium est, & quod perpe-
tuum, quàm quod annuum. Denique cùm tracte-
mus de præteritione filij præteriti qui iure ciuili nõ
tantùm suus heres est, sed etiam necessarius, ita vt
non sit sine herede qui suum heredem habet, quam-
uis se abstinentem *l. cùm quasi. 30. §. sed et si suus de fi-
deicommiss. libert.* quia beneficium abstentionis non
ex iure ciuili est, sed ex Prætorio *l. necessarius. 57. de ac-
quiren. hered.* non video qua ratione dici possit testa-
mentum quod propter sui heredis præteritionẽ iu-
re ciuili nullum est, eiusdẽ iuris ciuilis æquitate con-
ualescere ob filij abstentionem quam ius ciuile non
agnoscit. † Vnde & illud quoque fieri necesse est, vt 8
quamuis fauore sui heredis legislator ciuilis consti-
tuerit, nullum & iniustum esse testamentum in quo
suus heres præteritus sit, non possit tamen suus he-
res, quantumlibet fauori suo renunciare velit, effice-
re vt testamentum ex rigore aut æquitate ciuili con-
ualescat, quia nec facere iure ciuili potest quin sit
heres necessarius. Itaque ad conualidandum huius-
modi testamentum non magis proderit quòd suus
heres præteritus, cui iniuria facta est, vltrò eam re-
mittat, quàm si diceret placere sibi valere testamen-
tum quod quinque tantùm aut sex testium subscri-
ptiones & signa haberet. Perinde enim ad testamẽti
leges & solennitates pertinet vt suus heres institua-
tur, vel exheredetur, atque vt septem testes in eo ad-
hibeantur. † Quin & principale hoc ius testamento- 9
rum De liberis instituendis vel exheredandis vt ait
lex *inter cætera. 30. de liber. & posthum.* ob idque filio
præterito iniustum dicimus testamentum *leg. 3. § ex
his appares hoc titulo*, sicut & cùm cætera iuris solen-
nia defuerunt leg. prima eodem. Proin succedit iuris
regula, quam & Bartolus ipse admittit, solennitati-
bus iuris renunciare filium non posse, quia non eius
fauore, sed bono publico introductæ sint. † Restat i- 13
gitur vt qui testamentum in quo suus heres præte-
ritus est, ex æquitate defendere volet, ad æquitatis
Prætoriæ auxilium confugiat, quod & Bartolus & a-
lij interpretes omnes fecerunt. At ne hoc quidem
fieri meo iudicio potest. Nam testamentum in quo
filiusfamilias præteritus est non solùm iure ciuili in-
iustum, inutile, nullius momenti est, sed etiam iure
Prætorio, vt ex eo constat, quod non tantùm ipsi fi-
lio præterito, sed etiam fratri eius emancipato licèt
instituto perinde dat Prætor bonorum possessionem
ab intestato si petat ex capite Vnde liberi, atque si
nullas tabulas pater reliquisset *l. prima, §. vltimo. D. si
tabul. testament. null. ex tab. vnd. liber.* quod non faceret,
si testamentum iure ciuili aut Prætorio valeret, puta
emancipato præterito. Nam siue heres institutus
hereditatem adierit, siue repudiauerit, siue bono-
rum possessionem secundùm tabulas petierit, siue
omiserit, non tamen admittit emancipatum Prætoe
ex capite Vnde liberi, solùmque ei relinquit benefi-
cium bonorum possessionis contra tabulas, quam si
accipere nolit, culpa sua paternam amittit heredi-
tatem, inquit eleganter Iulianus in *l. secunda, eodem.*
Contra tabulas autem illi dat etiam si nullus heres
sit, quoniam ea possessio non contra heredem da-
tur, sed contra signum si modò aliquo casu adiri po-
tuerit hereditas, aut bonorum possessio peti secun-
dùm tabulas quamuis neutrum posteà secutum sit
vel sequi potuerit *l. quod vulgò. 19. de bonorum possession.
contra tabul.* Porrò quandiu tabulæ subsistunt non
defertur ab intestato bonorum possessio Vnde li-
beri, vt titulus ipse probat. *si tabul. testament. null. ex
tab. vnd. liber.* † Hoc autem si ita est, vt tabulæ in 11
quibus præteritus est filius qui erat in patris pote-
state iure Prætorio non magis valeant, quàm ci-
uili, consequens est vt neque ex æquitate Prætoria

defendantur. Nibil enim differt æquitas Prætoria à iure Prætorio quod ipsum nihil aliud est quàm ç-quitas temperás & cutrigens asperitatem iuris ciuilis, *l. ius autem. 7. §. primo de iustitia & iur.* præsertim in ea parte Edicti, quæ est de bonorum possessionibus
12 *titul. de bonor. possession.* apud Iustinianum in Institut. † In eoque nimirum perelegans differentia est inter æquitatem Prætoriam & ciuilem: nam ciuilis æquitas prorsus discrepat à iure ciuili, id est à iuris ciuilis ratione *l. secunda §. item Varus in fin. D. de aqua & aqua pluuia arcenda l. prima C. de legibus l. placuit, C. de*
13 *iudiciis.* † Non sum nescius vulgò creditum esse testamentum in quo suus quoque hæres præteritus est iure Prætorio valere si modò septem testium signis tabulæ signatæ sint, quòd & secundum & contra eas tabulas bonorum possessionem det Prætor qui vtique neutram daret si tabulas pro nullis & inualidis haberet. Sed sicuti propositio illa, ita ratio vtraque qua nititur falsa est. Nam quod contra huiusmodi tabulas possessionem dat Prætor non illam rationem habet quia tabulas valere velit, sed quia quoties tabulæ proferantur septem testium signis signatæ licèt alioqui nec iure ciuili valeant nec Prætorio, solet tamen Prætor secundùm eas bonorum possessionem dare, dummodò & testamenti & mortis tempore testamenti factionem testatus habuerit, nec aliud prætereà quicquam exigit, cùm nec requirat vt aperiantur *l. 1. §. sufficit & §. exigit. l. cum tabula. 7. & pass. D. de bonor. possess. secund. tabul.* Cæterum ea possessio sine re est quoties adest persona quæ ab intestato hereditatem euincere possit, quemadmodum Vlpianus in Titulis scribit *tit. 23. quemadm. testam. rumpunt. §. si septem, & titul. 28. de possess. dand. §. vlt.* Neque enim fieri potest vt bonorum possessio secundùm tabulas cum re detur eo casu quo ab intestato competere potest Vnde liberi, aut Vnde legitimi. Sicut nec iuris ciuilis ratio patitur vt quæ hereditas iam ab intestatu delata est, eadem ex testamento quoque deferatur, quia numquam potest successio testati cum successione intestati in eadem hereditate concurrere: subsequi verò causam intestati multò minùs præterquam in singulari illa specie *l. si*
14 *quis ita. 82. D. de hered. instit.* † Quam ob causam Vlpianus supradictis locis cùm distinguit bonorum possessionem secundùm tabulas in eam quæ sit sine re, & eam quæ cum re, explicans quænam illa sit quæ sine re est, sic loquitur vt dicat, Sine se esse non quoties suus aut legitimus heres ab intestato hereditatem euincit, sed quoties euincere potest, id est quoties nihil prohibet quominus iure suo vtatur si velit, tametsi fortè posteà nec vtatus nec vti velit. Cùm enim non priùs vti possit iure suo & hereditatem ab intestato vindicare, quàm ab intestatu delata ei sit hereditas *l. delata. 151. de verb. signif.* hereditatis autem delatio fiat sola legis potestate non solum insciu sed etiam inuito eo cui successio defertur, quáuis acquisitio extra causam suorum & necessariorũ heredũ, non nisi accedente heredis voluntate fiat, consequés est nil exquisendã esse sui aut legitimi heredis voluntatem ad hoc vt sciatur an bonorum possessio secundum tabulas aut cum re, aut sine re esse debeat, sed vel inuitu eo qui ab intestatu iure ciuili aut Prætorio succedere potest, quisquis ille sit siue suus, siue legitimus, hoc est quãuis iure suo vti nolit, ac testamentum valere malit, bonorum possessionem secundùm tabulas omnimodo fore sine re, cum re autem eo solo casu quo nemo sit qui rem ab intestatu auferre possit, vt bonorum possessio secundùm tabulas quæ cum re est cõparetur aditioni hereditatis ex testamento irreuocabiliter acquirendæ, cui certum est locum nullũ esse postea quàm delata est ab intestatu hereditas. Ea verò quæ sine re est nihil aliud sit quam declaratio quædam voluntatis heredis, in adprehendenda possessione hereditatis, ad retinendam illam & acquirendam eo iure quo acquiri & retineri poterit, ita vt interdum quoque accidat habere rem ab intestatu eum qui secũdùm tabulas possessionem acceperat, si forte is sit qui ab intestato possit succedere, nec habeat voluntatẽ testatoris, putà, quòd testator intestatum velle se decedere dixerit *l. 1. §. penult. Digest. si tabul. testam. null. extab. vnd. liber. leg. vlt. Digest. de his quæ in testam. delent.* In summa, qui bonorum possessionem sine re habet is neque interdicto Quorum bonorum aut alio vllo, neque actione aliqua hereditaria experiri potest, sed is demùm qui possessionem cum re & effectu obti-
nuit *l. 1. & 2. C. quor. bonor.* † Itaque vt ad propositum 15
redeamus non est recta consecutio si quis dicat, Prętor dat filiofamilias præterito bonorũ possessionem contra tabulas patris, ergo eas tabulas pro bonis & validis habet. Nam licèt interdum ea bonorum possessio sit necessaria ad rescindendas tabulas quæ alioqui valerent, & ex quibus adiri hereditas iure ciuili posset, quomodo contingit emancipato præterito, *dict. l. 2. vnd. liber.* interdum tamen ob hoc ipsum datur vt appareat eas tabulas à Prætore pro bonis non haberi, vt euenit cùm datur filio in potestate præterito, quòd nihil interesse Prætor existimet, an ad bonorum paternorum possessionem filiusfa-
milias vocetur per contra tabulas, an Vnde liberi. 16
† Atqui, inquies, Tabulas aliquas subsistere, & præcedere necesse est vt contra tabulas detur: alioqui si tabulæ tales sint ex quibus nec adiri hereditas nec possessio secundum tabulas peti vnquam potuerit contra tabulas petere inane est quæ sine effectu futura sit *dict. leg. quod vulgo. 19. de bonorum possess. contr. tabul.* Et hoc nimirum est quod fefellit Bartolum in commentariis ad hanc *leg. & ad le. x. C. de bonor. um poss. contr. tabul.* existimantem non alia de causa dari contra tabulas filiofamilias præterito, quàm quia hoc ipso quod petit cõtra tabulas cũ iure suo ab intestato posset succedere, testamentum adprobari videatur, vt proinde non sit ille ad beneficium Prætoris admittendus si protestetur nolle se patris testamentum vllumodo valere. Quod prorsus ridiculum est. Quid enim tam contrarium approbationi tabularum, quàm contra tabulas petere? Respondendum igitur est quod animaduertere Bartolus debuit, ad dandam bonorum possessionem contra tabulas non illud omnino requiri vt subsint tabulę quæ ciuili aut Prętorio iure valeãt, sed sufficere vt tales sint ex quibus dari possit bonorũ possessio secundùm tabulas, siue cum re, siue sine ea re futura sit. Frustrà enim sequitas vt sit cum re, dominiúmque rerum hereditariarum possessori tribuat, siquidem illa quę contra tabulas datur, nõ contra heredem sed contra lignum dari dicitur, nec eò minùs competit quòd necdum hereditas adita aut bonorum possessio secundùm tabulas petita sit, tametsi nec posteà hereditas adiri nec possessio peti queat, dummodò aliquo casu ab
initio alterutrum fieri potuerit *d. l. quod vulgò.* † Mi- 17
nùs quoque secta erit consecutio si ex eo quod Prætus dat heredi scripto bonorum possessionem secũdùm tabulas quibus filiusfamilias pręteritus est, inferre velis, Valere igitur eas iure Pręrorio. Illa enim possessio sine re est & inutilis, adeò vt nec impedat

quominùs

quominus possessioni ab intestato locus sit, & in ipsam quoque intestati possessionem conuertatur si heres scriptus idem ab intestato succedere possit *d.l.1.§. penult. & vltim. si tabul. test. null. extab. vnd. liber.* At si testamentum iure Prætorio sustineretur, vtique daret Prætor bonorum possessionem cum re secundum eas tabulas, illo saltem casu quo contra tabulas dari
18 amplius non posset. † Hoc enim addendum est vt iis occurramus, qui fortasse obiecturi sint, Præterito emancipato testamentum non solùm iure ciuili valere sed etiam Prætorio vt supra probauimus, nec tamen heredem scriptum posse bonorum possessionem secundùm tabulas cum re accipere. Id enim fit quia quamdiu emancipato preterito saluum est ius petendæ possessionis contra tabulas per quam auferre heredi scripto posit commodum hereditatis, perinde impeditur datio bonorum possessionis secundum tabulas cum re, ac si iam alteri ab intestato delata esset hereditas aut possessio. Quæ res etiam facit vt beneficio fratris præteriti edictum committentis frater quoque institutus posit contra tabulas petere, quia propter personam fratris præteriti impeditur ne secundùm tabulas cum re petere possit. Neutram verò petere eum posse iniquum esset. Sicut & vocari eum ad contra tabulas si secundum tabulas cum re petere posset *l.3. § si quis ex liberis de bonor. poss. contr. tab.* qui locus proculdubio de ea bonorum possessione secundùm tabulas quæ cum re sit, accipi debet, sicut & quod scriptum est in §. sequentibus. Nam quid, obsecro, interest, vtrum heredi scripto euincere bona hereditaria quis possit, per contra tabulas, an ab intestato? Siquidem, vt præmonuimus, fieri nunquam potest vt bonorum possessio secundùm tabulas cum re, concurrat cum bonorum possessione con-
19 tra tabulas aut ex causa intestati. † Sed finge emancipatum exclusum à beneficio possessionis contra tabulas, quod variis ex causis potest contingere, an admittetur ab intestato Vnde liberi? Minimè: quia subest testamentum idque validum quod impedit successionem intestati *d l.2. vnd. liber.* Ergo bonorum possessionem secundùm tabulas cum re eo casu heres habebit qui scriptus est. Ex eóque nimirum apparet testamentum iure Prætorio subsistere. Ex contrario igitur intelligere licet testamentum in quo filiusfamilias præteritus est iure Prætorio non valere, tametsi secundùm eas tabulas si septem testium signis signatæ sint possessionem det Prætor: quia si poneres repudiatum à filiofamilias beneficium possessionis contra tabulas, non eò magis daret heredi scripto bonorum possessionem secundùm tabulas cum re, subsistente semper illa ratione quòd filiofamilias præterito delata esset possessio Vnde liberi, quæ tamen deferri non posset quandiu testamentum valeret, sed eo demum tempore quo desertum destitutúmque es-
20 set. † His ita constitutis vt iam ad propositum redeamus, dico testamentum in quo filiusfamilias præteritus est cùm ab initio inutile sit nullius momenti non minus Prætorio iure quàm ciuili non posse conualescere ex æquitate Prætoria, ob id solùm quòd filius præteritus bonis patris se abstinuerit. Etenim quamuis filium qui se abstinuit Prætor non habeat heredis loco *d.l. necessariis 57 de acquir. hered. l. si filius 12. D. de interrog. act.* perinde tamen Prætor ac ciuilis legislator absurdum putat vt ex filij præteriti arbitrio ius tabularum pendeat, nec minus requirit quàm ius ciuile vt vtroque tempore testamenti & mortis valeat tabulæ *d.l 1. § exigit. de bon. poss. secund. tabul.* Nec sanè video quomodo testamentum hoc inutile & nullius momenti dici posset si tale esset quod ex æquitate aliqua siue ciuili, siue prętoria vllo casu sustineri oporteret *d. leg. inter cætera 30. l. si ita scriptum 13. § vlt. de liber. & posthum.* Tum verò fatentur nostri, & Papiniani verba cogunt fateri, ita demùm hoc testamentum conualescere si filius qui hereditariam portionẽ fratribus auocare potuit, bonis paternis se abstinuerit. † 21
Quamquam in eo errant, meo iudicio, quòd abstentionem tacitã sufficere arbitrantur si fortè filius præteritus per annum tacuerit, cùm tamen expressa abstentio necessaria sit propter ius suitatis quæ facit vt filius quandiu non abstinuit licèt nec se immiscuerit, non solùm heres sit, sed etiam pro herede habendus *l.1. § qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testa. leg. in*
suis 14. de suis 14. de suis & legit. † Rogo autem, à qua 22
successione abstinere filiusfamilias præteritus potest? An à successione testati? Minimè, cùm non fuerit institutus, sed preteritus. Ergo à successione intestati. At non potest abstinere quis à successione intestati, nisi postquàm ea delata est. Abstentio enim loco repudiationis est. Prius autem est vt hereditas deferatur quã vt per repudiationem aut abstentionem omittatur. Igitur fatendum est eam Papiniani esse sententiam vt in specie illa quam tractat, filiofamilias præterito delata sit ab intestato hereditas, quia & ab intestato dũtaxat partem hereditatis fratribus auocare potuisset. Atqui delata semel successione ab intestato nunquã fieri potest regressus ad causam testati. Absurdum ergo est, implicátque contradictionem, vt ob hoc solũ quod filiusfamilias præteritus ab intestati patris hereditate abstinuit, testamentum conualescat: nec insulsius quicquam aut improbabilius dici posse arbi-
tror. † Quid igitur sibi vult Papinianus noster iis ver- 23
bis *attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur.* (Cætera enim facilia sunt & aperta.) Illud nimirum, meo iudicio, vt cùm bonis patris filius præteritus se abstinuit, nec portionem fratribus ab intestato auocauit, libertates eo testamento datæ competant & legata præstentur ex bono & æquo ac si testamenũ valeret: idque tamen non ex testamento quod nullum
est, sed ab intestato. Primus enim Iustinianus fuit qui 24
contra manifestissimam iuris rationem induxit ex eo testamento quod per præteritionẽ vel exheredationẽ ruptum est, legata nihilominus & fideicommissa, cæteráque omnia præter institutiones conseruentur. Quanquam verius est eam constitutionem nõ de iniusto testamento tractare, sed de eo dũtaxat quod ruptum vel irritum factum sit, & consequenter non de præteritione paterna sed de materna quæ pro exheredatione est, vt alio loco scribemus contra Bartolum & alios Irnerij verbis deceptos in Auth. *ex causa C. de*
liber præter. † Ab intestato autem conseruari legata 25
& cætera quæ testamento relicta fuerant nouũ quidem, sed non absurdum est, non solum si ab intestati successoribus sint repetita, sed & si repetita non sint: & quidem duplici iure, Pretorio, aut Ciuili. Prętorio, si omissa causa testamenti ab intestato possideatur hereditas in fraudem legatorum & fideicommissorum *l.1. & tot. tit. si quis omiss. causa testam.* Ciuili quoties id æquitatis ciuilis ratio suadet, siue fauore legatarij aut eius rei quæ relicta est vt in specie *l in testam. 38. D. de fideicommiss. liber.* Siue quòd heres à quo legata aut fideicommissa data sunt tantumdem ab intestato consequatur nil obstante persona fratris præteriti, quantum si solus ex testamento heres esset, vt in hac lege in qua apertissimum est ex eo solo moueri Papinianũ vt libertates & legata ex æquitate tueatur quòd filius præteritus qui iniustum faciebat testamentum.

bonis patris se abstinuerat, sicque tota hereditas pe-
nes institutos fratres manserat non secus ac si testa-
26 mentum valuisset. † Huius autem iuris non tam ra-
tio stricta quàm æquitas illa est, quòd absurdum sit
occasionem fratris præteriti qui iure suo non vtatur
lucro afficere institutos, vt in specie non prorsus dis-
simili Vlpianus respondit *in l. nonnunquam.14. de lega.
præst.* videantúrque instituti ex occasione iuris ciuilis
captare lucrum contra naturalem æquitatem, quæ
res exceptionem doli mali inducere solet *l.1.D.de dol.
except.* Et quemadmodum in specie *d.l.nonnunquam*,
hoc est cùm heres institutus fuit emancipatus filius,
alius emancipatus præteritus, & præteritus accepit
contra tabulas possessionem, institutus verò omisit,
euenit vt bonorum possessionem contra tabulas præ-
teritus habeat iure secundùm tabulas bonorum pos-
sessionis vt Vlp. ait, ita ex pluribus suis heredibus v-
no præterito, aliis institutis si præteritus abstineat, si-
militer dici potest institutos habere successionem in-
testati quodammodo iure successionis testati, hacte-
nus saltem vt perinde libertates, legata, & fideicom-
27 missa omnia valeant. † Quamuis enim bonorũ pos-
sessio contra tabulas ad testati non intestati causam
pertineat, non minus tamen distat à possessione se-
cundum tabulas cui scilicet ex diametro cõtraria est,
quàm successio intestati à successione testati, nec mi-
nus mirum est censeri eam iure possessionis secun-
dum tabulas quàm successionem ab intestato censeri
hoc casu iure successionis testamentariæ. Et verò cũ
suis quoque præteritis adeóque institutis ex persona
præteriti det Pretor possessionem contra tabulas per-
inde ac emancipatis, quid hac parte interest vtrum
sui, an emancipati liberi proponantur? aut, an petita
bonorum possessione contra tabulas, an ab intestato
succedant instituti? *argum. l.is qui in potestate.15. in prin-
cip. de legat. præst.* An non etsi iuris ciuilis æquitas de-
ficeret, occurreret potestas edicti *si quis omiss. caus.
testam.*? Constat enim id etiam locum habere cùm
ab intestato hereditatem possidet is, qui contra tabu-
las petere potuit, quique eam petendo legatorũ præ-
stationi obstrictus fuisset, *l. qua autem.6. § penultim. D.
si quis omiss. caus. testament.* ac multò magis cùm ab in-
testato succedit is qui non solum contrà tabulas pe-
tere poterat ex persona fratris emancipati præteriti
contra tabulas petentis, sed etiam ex testamento adi-
re, *dict. l. is qui potestate, vers. vbi verò scriptus est. de leg.
præst. l. si filius 23. D. si quis omiss. caus. testamen. leg. 3. D. de
28 dot. collat.* † Fateor suum heredem in hoc differre ab
emancipato cum præteritus est quòd etiamsi petat
contra tabulas nulla legata debet, quia & non petita
ea hereditatem intestati sine onere legatorum obti-
neret, *dict. l. is qui in princ.* (emancipatus autem exce-
ptis personis debet, quia ab intestato & vnde liberi
succedere non potest extantibus tabulis *d. l. 2. D. vnd.
29 liber.*) † Sed nego idem iuris esse in suo herede insti-
tuto qui non nisi ex persona fratris præteriti edictum
committentis contra tabulas petere potuit. Hic enim
legata omnia debet etiamsi omiserit bonorum posses-
sionem, si frater præteritus qui contra tabulas pete-
re potuit emancipatus fuit *dict. l. si filius*, idque siue
emancipatus contra tabulas petierit, siue non: quia
& petita per emancipatum contra tabulas possessio-
ne Prætor institutum siue suum, siue emancipatum
tuetur ad eam vsque portionem quam per contra ta-
bulas petere potuisset, dummodò non ex minore par-
te sit institutus, *l. si duobus 14. de bon. poss. contr. tabul. l. fi-
lium.5. § sed etsi portio l. nam secundum.7. cum sequent.
dict. l. is qui.15. §. ita autem de leg. præst.* Quòd si frater
præteritus in potestate etiam fuit, quoniam omni iu-
re testamentum inutile est, legata nullo iure deberi
possunt sicut nec ex testamento hereditas possideri.
Itaque nihil hac parte intererit an fratres ambo pe-
tierint contra tabulas an ab intestato successerint.
† Sed tamen intererit an frater præteritus iure suo 30
vti voluerit necne, hoc est an fratri instituto partem
hereditatis auocauerit per bonorum possessioně con-
tra tabulas aut successionem intestati, an ab ea absti-
nuerit. Priore casu locum habet quod diximus nulla
legata deberi, ne pro ea quidem parte quæ penes in-
stitutum remanet. Posteriore verò in eadem quidem
iuris ratio facit vt legatorum actio competere ne-
queat aduersus eum qui mero iure intestati heres est.
l. filium 20. § penultim. de contr. tabul. Sed æquitas con-
trà suadet vt legata & fideicommissa defendantur, &
quidem omnia & in solidum *dict. l. filio præterito, de in-
iust. rupt.* sicut & æquitate Prætoria defenderetur si
præterito fratre emancipato omittente contra tabu-
las alius emancipatus institutus solus etiam contra
tabulas possessionem agnosceret *dict. l. nonnunquam.*
Legata igitur & fideicommissa ab intestato petenda
erunt: & si heres excipiat non valere testamentum
replicabitur aduersus eum de dolo malo, quòd nihil
ipsius intersit an testamentum valeat necne, cum to-
tius hereditatis lucrum & compendium æquè reti-
neat. Esse autem hoc casu locum exceptioni doli mali
non obscurè colligi potest ex eo quod Paulus scribit
in *dict. l. is qui*, exceptionem doli mali non nocere fi-
lio in potestate præterito qui petita bonorum posses-
sione contra tabulas legata soluere recuset, vt appa-
reat interdum exceptioně locum habere posse quod
vno illo casu contingit, si suus institutus à quo legata
relicta sunt totam hereditatě ab intestato possideat.
Cui conuenit quod Iulianus scribit in *l. si pater 47. de
fideicomm. liber.* Si pater duos heredes instituerit & a-
gnatione posthumi ruptum testamentum fuerit, nec
legata, nec fideicommissa deberi quamuis hereditas
pro duabus partibus ad eos pertineat. Nam quod ait,
pro duabus partibus, ostendit posthumum qui agnatio-
ne testamentum ruperat, partem hereditatis tertiam
à fratribus auocasse. Aliud ergo respondisset Iulia-
nus si abstinente posthumo tota hereditas ad institu-
tos liberos peruenisset. Alioqui quid attinebat verba
illa addere? *pro duabus partibus.* † Ex eo autem intelli- 31
gimus cur Papinianus de fratribus loquatur, & quã
ridicula sit eorum dubitatio qui disputant, an Papi-
niani sententia generalis sit, & ad extraneos quoque
institutos protrahenda. In quo & nos quoque cũ cæ-
teris inepti fuimus *lib. 1. Coniect. c. 19.* Nam de fratribus
institutis loqui Papinianum necesse fuit, quoniã cum
extraneus institutus est in eo testamento in quo suus
præteritus fuit, fieri non potest vt heres sit ab intesta-
to, nec proinde quæstioni locus superest, an ab inte-
stato legata ex æquitate debeat. † Probabilius igitur 32
fortasse quis putet de eo quæri posse, An ea Papinia-
ni sententia non tantum in fratribus præteriti insti-
tutis locum habeat, sed etiam agnatis proximis qui
excluso filio hereditatě ab intestato obtinere possint.
Sed neque hæc ad Papinianum accõmodata quæstio
est, nempe cuius temporibus nec in suis, nec in agna-
tis erat successio. *l. 1. § secundũ de suis & legit. § placebat.
Inst. de legit. agna. succ.* itaque filio præterito abstiněte,
instituti heredes quantũuis agnati proximi non ma-
gis heredes ab intestato esse poterãt quàm si fuissent
prorsus extranei. Hodie autem postquã placuit Iusti-
niano vt & in suis & in agnatis sit successio, & quæ-
stioni locus esse poterit & Papiniani sententiæ si pro-
pono

ponas institutos agnatos proximiores, & abstinentem filium in potestate qui præteritus fuerat. Sed in extraneis heredibus scriptis nihil tale tractari potest.

CAPVT XV.

Explicatio l. posthumus 12. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. test. & ad l. 3. C. de inoff. testam.

SVMMARIA.

1 *Heredem ex testamento in quo præteritus est posthumus qui ante patrem decessit, bonorum possessionem secundum tabulas, si septem testium signis signata sint, petere posse.*

2 *An illa bonorum possessio sine re sit, an verò cum re?*

3 *Rationes afferuntur cur in* d. l. posthumus *subueniatur heredi scripto in eo testamento quod posthumi præteriti & ante patrem mortui agnatione ruptum sit.*

4 *Constitutione Imperatoris in eam rem opus fuisse; & quid ea constitutione inductum sit?*

5 *An ex* d. l. posthumus. *petendum sit exemplum eius bonorum possessionis quam ex legibus, SC. aut constitutionibus dare Prætor iubetur?*

6 *Heredem scriptum, cui dicta constitutione subuentum est, omnia legata & fideicommissa præstare debere.*

7 *Dictum heredem perinde bonorum possessionem secundum tabulas cum re habere, ac si testamentum iure Prætorio valeret, cum tamen non valeat.*

8 *Cur in* l. 3. C de inoff. test. *filius præteritus à matre in puerperio defuncta, ad virilem portionem admittatur, & an quasi institutus?*

9 *An odio querelæ inofficiosi, an verò fauore testamenti, an vero filij præteriti nitatur,* d. l. 3.

10 *An IC. citra Imperatorum constitutionem respondere potuissent vt in* dict. l. 3. *ab Imperatoribus responsum est.*

1 EX † iis quæ superiore capite diximus, facillimè legis huius sententia intelligetur. Posthumus præ-
teritus viuo patre natus ante patrem quoque decesse-
rat. Si iuris scrupulositatem & subtilitatem inspicias,
ruptum est testamentum agnatione posthumi, nec
quòd posthumus viuo patre decesserit eo magis cō-
ualescet, quia sicut quod ab initio non valuit, ita quod
semel ruptum est numquam ex postfacto conualescit.
Igitur hereditas legitimo iure ad intestati successores
pertinebit. Neque tamen ideò prohibebitur heres
scriptus petere bonorum possessionem secundùm ta-
bulas si modò septem testium signis signatæ sint &
defunctus tam testamenti quàm mortis tempore, te-
stamenti faciendi ius habuerit: nihil enim aliud Præ-
tor requirit siue iniustum, siue ruptum, aut irritum
factum fuerit testamentum, vt proximè docuimus ex
Vlpiani Fragmentis, *titul. 23. quemadm. testam rumpunt. §. si septem, & tit. 28. de possession. dand. §. vltim. iuncta leg. 2. § sufficit & §. exigit. D. de bonorum possess. secund. tabul.*
2 † Sed illa bonorum possessio secundùm tabulas ex eo
testamento petita quod ruptum fuit, erit sine re, non
alio quàm Prætoris auxilio defendatur, quia heredi-
tatem ab intestato euincere suo iure legitimus heres
potest, quemadmodum Vlpiani supradictis locis scri-
bit. Fieri enim nequeat vt bonorum possessionem
cum re det Prætor secundùm tabulas quin legitimi
heredis ius perimat, quod non magis facere potest,
quàm ius ipsum ciuile tollere ex quo legitimarum
hereditatum iura proficiscuntur. Et tamen æquissi-
mum est mortuo ante patrem posthumo, succurri scri-
pto heredi & patris voluntatem defendi, sublata iam
de medio persona per quam & cuius fauore testamen-
3 tum ruptum fuerat. † An quia per agnationē posthu-
mi præteriti testamentum effectu ipso non rumpatur
nisi patre mortuo? ita putat Cuiac. ad *l. si filius. 7. de lib. & posthum. ex l. Gallus §. sequenti eod. titul.* Sed non
ita est. Constat enim agnatione ipsa posthumi sicut
& successione nepotis in locum filij, testamentum
omnino rumpi viuo etiam patre *l. si pater filium. 26. de vulg & pup. substit.* Et quod in d. §. sequenti scriptum
est, *ne succedens pronepos auo mortuo rumpat*, non de auo
testatore intelligendum est, sed de testatoris filio eo-
demque auo pronepotis. Quod vir doctissimus non
ignorasset nisi sibi persuasisset legendum eo loco *ne-pos* non *pronepos*: cum tamen vel hac vna ratione per-
suaderi potius debuisset nihil de recepta lectione
immutandum. Illa igitur ratio est quæ suadeat sub-
ueniendum heredi scripto in eo testamento quod
posthumi præteriti subindéque præmortui agnatio-
ne ruptum sit, non solum quod ab initio valuerit (nā
si hoc sufficeret, æquè subueniendū esset heredi scri-
pto in eo testamento quod per successionem nepotis
posteà prædefuncti ruptum esset, quod tamen nus-
quam proditum est) sed potissimum, quia minùs o-
diosa est præteritio posthumi, quàm iam nati, quippe
quæ per obliuionem potiùs quàm mala mente facta
videri debeat. Item quia minorem posthumi rationē
haberi deceat quamdiu in hominum natura non est
quam eius qui iam & in hominum natura & in testa-
toris familia sit, licet primum gradum nondum te-
neat. † In eam rem nimirum facta est constitutio Ha- 4
driani & ea inductum ex summa æquitate, non vt te-
stamentum conualescat, ita vt ex eo iure ciuili adiri
possit hereditas (neque enim tam apertè iurisprudē-
tiæ fundamenta labefactare potuit aut debuit Prin-
ceps iuris religiosissimus) nec rursum vt ex eo testa-
mento peti possit bonorum possessio secundum ta-
bulas (nam & citra constitutionem dare eam Prætor
poterat pro sua iurisdictione, iamque dederat ipsis
Edicti perpetui verbis, non solum si antè, sed etiam si
post patrem posthumus decessisset.) Sed vt ea bono-
rum possessio à Prætore data, sit cū re, quæ alioquin
heredi scripto inutilis & sine re futura erat. Idq. est
quod Vlpianus ait, *rémque obtinebit vt & Diuus Hadrianus, & imperator noster rescripserunt.* Et consequen-
ter ius legitimi heredis, qui hereditatem ab intestato
vindicare poterat, Hadrianus sustulit, non ita vti ei
ab intestato hereditas ei deferatur (nam ne hoc qui-
dē salua iuris religione facere potuit) sed ita vt legiti-
mus heres ius suū contra scriptū heredē exequi prohi-
beatur: potiorq. causa sit scripti heredis siue extraneus
sit, siue remotior agnat⁹, quā legitimi licèt hic summa
veráq. iuris ciuilis ratione nitatur, ille verò sola iuris
Prætorij non tā ratione, quā occasione. † Hinc verò in- 5
telligimus quā grauiter errent ij qui existimant petē-
dū ex hac lege exemplū eius bonorū possessionis quā
ex legib. aut Senatusconsultis aut Constitutionib. da-
re Prætor iubetur, de qua in *tit. D. vt ex legib. Senatusconsult. bon. poss. det.* Quasi verò citra eam Hadriani con-
stitutionem non potuerit dare Prætor bonorum pos-
sessionem secundū tabulas, quàm vtique dare poterat
non solum rupto, sed etiam iniusto aut irrito facto te-
stamento, licèt omnibus istis casib. futuram sine re vt
diximus, aut quasi ea bonorum possessio cum re quæ
hodie competit, specie vel numero differat ab illa quę
iam olim ex eodem Prætoris edicto, sed sine re futura
competebat: quo sanè stultius dici nihil potest. Eadem
enim & specie & numero bonorū possessio est, quam-
uis alium atque aliū effectum habeat. Hodie siquidem
cum re est quæ olim sine re erat. Illud sanè verum est
quod vulgò nostri tradunt post Bart. etiam hodie ne-

cessariam esse in hac specie bonorum possessionem secundùm tabulas, quia cùm testamentum non conualescat, adiri ex eo hereditatis iure ciuili nullomodo
6 potest. Ex eo autem quod Hadrianus constituit vt scriptus heres non solùm possessionem secundùm tabulas inanem & vanam petere possit vt antea, sed etiam rem obtineat, hoc est vt ea possessio sit omnimodo cum re & effectu, infert Vlpianus, *Idcircoque legatarij & fideicommissarij habebunt ea quæ sibi relicta sunt securi.* Nam quemadmodum qui accipit possessionem secundùm tabulas sine re nulla legata debet, nec aliud quicquam ex testamẽto, ne onus hereditatis sentiat qui commodum non habet, ita ex contrario si ea possessio sit cum re iuris ratio facit, vt legata & fideicommissa omnia conseruari debeant, nec tantùm tuitione Prætoria, sed etiam iure ciuili, hoc est ea ipsa Imperatoris constitutione qua legitimi heredes iure suo aduersus heredem scriptum vti prohibentur. Quid enim interest quod ad rei effectum attinet an testamẽtum iure ciuili valeat, ex eoque adiri possit hereditas, an verò bonorum duntaxat possessio secundùm tabulas cum re peti possit? Legata igitur & fideicommissa perinde vtroque casu salua esse conuenit: cùm & eo casu conseruentur quo hereditas iure intestati possideatur à scriptis heredibus, filio qui præteritus fuerat & testamentum iniustum fecerat abstinente *leg. filio præterito. 17. hoc tit.* quod tamẽ longè difficilius admit-
7 ti potuit. † Etsi enim eo quoque casu quem tractamus testamentum nec iure ciuili valet nec Prætorio, attamen ex Hadriani rescripto fit vt perinde bonorum possessionem secundùm tabulas cum re rescriptus heres habeat ac si testamentum iure Prætorio valeret, nec intestati successio effectu locũ sibi vindicet, quòd sufficit vt legata & fideicommissa debeantur. Nam & cùm bonorum possessio secundùm tabulas petita talis est de qua dubitetur an cum re aut sine re futura sit, qualis illa est quæ scripto heredi competit, filio emancipato præterito deliberante an contra tabulas petere debeat, necne, quanquam interea legatorum petitio summoueri potest exceptione illa, *si non in ea causa sint tabulæ testamenti vt contra eas bonorum possessio dari possit*, filio tamen omittente possessionem contra tabulas constat legata deberi quòd ab eo tempore certum sit eam quæ secundum tabulas agnita fuerat cum re futuram, *l. 2. D. de except. rei iudic. l. qui cum herede. 15. de oblig. & action.* Multò igitur magis in proposita specie, hoc est petita secundùm tabulas possessione quæ propter Hadriani constitutionem nonnisi cũ re esse possit, legatorum præstationi iam inde ab initio scriptus heres obligabitur. Neque ea res difficultatem
8 habere videtur. † Non omnino simile est quod ab Impp. nouo iure constitutum legimus in *l. 3. C. de inoff. testam.* filium prætermitum à matre in puerperio defunctã ad virilem portionem admittendum. Ea namque Imperatorum sententia est vt admittatur ex testamẽto quasi pro instituto haberi debeat, quem ex coniectura maternæ pietatis credibile est à matre institutum iri si mutare testamentum ei licuisset. Proinde dubitari minus potest quin legata & fideicommissa omnia testamento relicta pro sua parte debeat qui ex
9 testamento succedit. † An verò solo fauore testamenti, aut odio querelæ inofficiosi testamenti ea constitutio nititur? Minimè, vt ex eo apparet quod lex ait, si eo testamento instituti sint extranei posse testamẽtum per inofficiosi querelam rumpi, an fauore fratrum institutorum? ne hoc quidem. Eorum enim potius interesset rumpi testamentum cùm ab intestato æquè virilem portionem habituri essent, sine onere legatorum. Ergo fauore ipsius filij præteriti cui commodius est haberi pro instituto cùm tantundem ex testamento consequi potest quantum ab intestato consequeretur, haberi autem pro præterito & exheredato cùm institutus est extraneus à quo vniuersam hæreditatem auferre possit, rupto per querelam testamento, quia nec virilem eo casu dare filio posses, nisi virilis appellatione, quod effectu idem esset, totam hereditatem intelligeres vt in *l. virilis. 145. de verbor. signific.* Nam & id coniecturæ pietatis maternæ congruit vt nec extraneum filio præferre, nec meliorem ipsius quàm aliorum filiorum conditionem aut deteriorem facere voluisse credatur. Ex coniectura autem illa maternæ pietatis æquissimum sanè est eius filij præteriti ius æstimari, cùm neque mala mente, neque certo & deliberato matris iudicio, sed tantùm repentini casus iniquitate, vt lex ait, præteritus sit. † Quam- 10
uis citra Imperatorum constitutionem non ita respõdere Iureconsulti potuissent, sed omnimodo, hoc est institutis quoque fratribus perinde ac extraneis scriptis querelæ remedium filio præterito accommodassent. Nouum ea constitutione ius fieri ostendunt verba illa, *perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset.* Ideò autem non succeditur in illa specie ab intestato, quia filius à matre præteritus cùm pro exheredato habeatur non potest intestatam facere matrem, nisi proposita querela quam porrò hîc proponi iniquum esset, cum nihil imputari possit matri & aliter filio præterito subueniri queat institutis scilicet fratribus, non item institutis extraneis.

Caput XVI.

Ad versic. *Idem & circa*, eiusdem legis.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris Interpretum ad dictum versiculum interpretatio reijcitur.*
2 *Iniustum testamentum quodnam in* dict. vers. *dicatur?*
3 *Quænam sit Vlpiani in* dict. vers. *sententia? vbi Bartoli ad hunc locum distinctio examinatur.*
4 *Fauorem proximiorum in testamento iniusto & nullo institutorum, efficere non posse vt illud testamentum, siue ciuili siue Prætorio iure conualescat.*
5 *Delata semel ab intestato hereditate bonorum possessionem secundùm tabulas cum re dari nec posse.*
6 *Plus esse, bonorum possessionem secundùm tabulas cum re accepisse, quàm hereditatem ex testamento iure ciuili adijsse.*
7 *Testamentum iniustum non ideò magis iure ciuili conualescere, quod filius præteritus viuo patre decesserit, & is institutus sit qui ab intestato solus succedere debeat.*
8 *Fauorabilius esse testamentum quod posthumi agnatione ruptum est, quàm quod successione filij iam testamenti tempore superstitis.*
9 *Reijcitur vulgata Doctorum interpretatio ad §.* idem credendum. l. Gallus. de lib. & posthum.
10 *Filiofam. ante patrem defuncto, scriptum heredem bonorum quidem possessionem secundùm tabulas, sed sine re accipere.*
11 *Accursij ad* d. vers. idẽ & circa *interpretatio refellitur*
12 *Filiofam. præterito patri superuiuente fieri non posse vt scriptus heres ab intestato rem auferat.*
13 *Respondetur rationi pro Accursij sententia allatæ.*
14 *Refelluntur rationes pro Bartoli sententia allatæ.*
15 *Quo iure portionem ex qua scriptus est retineat filius suus vel emancipatus, qui institutus est, alio emancipato præterito & edictum committente?*
16 *Noua coniectura ad versiculum* idem & circa.
17 *Cur in* dict. versic. *adiecta sint illa verba*, si bonorum

rum possessio data fuerit.

18 *Cur in eod. versic. nulla agnita secundùm tabulas bonorum possessionis ratio habeatur?*

19 *Cur in specie d. versic. non fuerit necessarium constitutionis Hadriani auxilium, in priore verò specie illud interuenire necesse fuerit?*

Illud longè difficilius est quod apud Vlpianum sequitur, *Idem & circa iniustum & irritum testamentum erit dicendum si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit.* Hic enim versiculus est, cuius explicandi gratia superiora duo capita interserere, & ab inchoata legis, Gallus; interpretatione digredi nos necesse fuit.
1 † Nostri vulgò sic intelligunt, vt testamentum quod propter sui heredis preteritionem iure ciuili nullum est, conualescat iure Prætorio, posśitque ex eo peti possessio secundùm tabulas, si modò is heres scriptus sit, qui ab intestato hereditatem obtinere possit. Quam sententiam & interpretationem non malè Alciat. *lib. 3. paradox. cap. 8.* refellit ratione illa, quòd testamentum huiusmodi in quo filius in potestate præteritus est nullius omnino sit momenti *l. 1. hoc tit. l. si ita scriptum 13. §. vlt. sup. tit. prox.* id est, vt in superioribus probauimus, tam Prætorio iure quàm ciuili, & siue vtriusque iuris rigorem, siue æquitatem consideres.
2 † Sed ipse errat longè absurdiùs in eo quod existimat Vlpianum hîc de eo testamento tractare non in quo filius sit præteritus, quod nullius momēti esse dicimus, sed quod magis propriè iniustum dici debeat, id est, inquit ille, in quo desint iuris solennitates. Quasi verò non & propriè iniustum dicatur testamentum in quo superstes filius præteritus est *leg. 3. §. ex his apparet hoc tit.* quod & inutile appellatur in *l. inter cætera 30. sup. tit. prox.* Aut quasi valere possit iure Prætorio, non magis quàm ciuili testamentum quod vel septem testium signa, vel quam aliam extrinsecam solennitatem non habeat *leg. 1. de bonor. poss. secund. tab.*
3 † An igitur eam Vlpiani sententiam esse fatendum erit vt testamentum iniustū in quo filiusfamilias præteritus fuit conualescat iure Prætorio, eo saltem casu quo filius hic viuo patre decesserit? Ita putat Bartolus, improbans Accursium qui scripserit loqui Vlpianum de filio præterito patri superstite, & iniustum testamentum per expressam abstentionem adprobante. De quo & Papinianus tractat in *l. filio præterito 17. hoc tit.* Mouetur autem Bartolus ex illis verbis, *Idem & circa iniustum.* Nam in præcedentibus palam est agi de posthumo præterito qui viuo testatore natus testamentum ruperat, ac subinde eodem testatore viuo decesserat. Distinguit verò, an in eo testamento in quo filius præteritus est instituti sint proximiores ab intestato venientes an extranei; vt institutis proximioribus conualescat testamentum iure Prætorio arg. *l. hac consultissima 21. §. si quis autem Codic. de testam.* Institutis verò extraneis non conualescat, sicque accipi debeat. quod scriptum est in *l. si filius 7. supra titul. proxim. de liber. & posthum.* Mihi neque Accursius, neque Bartolus Vlpiani sententiam assecuti videntur,
4 † Etenim, vt à Bartolo incipiam, fauor proximiorum in testamento iniusto & nullo institutorum facere quidem potest vt prius testamentum rumpatur *l. 2. hoc titul. l. si duobus 12. §. 1. de bonor. poss. cont. tabul.* & vt sustineatur vltima defuncti voluntas iure intestati vt Iustinian. constituit in *d. §. si quis autem*: sed vt testamentum conualescat, siue ciuili, siue Prætorio iure, possitque ex eo vel adiri hereditas, vel peti bonorum possessio secundùm tabulas cùm re & effectu facere nullomodo potest. Nam vt in superioribus fusè disputauimus, cùm testamentum nullum & iniustum est, necessariò euenit vt deficiente causa testati succedat potestas legis quæ ab intestato hereditatem proximiori agnato defert. nec solùm ignoranti, sed etiam inuito quamuis non sit inuitus futurus heres si non sit suus.
† Delata autem semel hereditate ab intestato, nec ad causam testati regressus fieri potest, nec proinde bonorum possessio secūdùm tabulas cum re dari. quoniam hæc maximè ad causam testati pertinet, nec tãtum ad causam testati, sed etiam, quod præcipuè obseruandū est, ad causam hereditatis ex testamento cum effectu acquirendæ, & ita vt ne commodum eius heredi scripto eripere quisquam alius possit. Ideò enim fit vt in proponendo iure de bonorum possessionibus ad testamenta pertinentibus, Prætor prius de bonorum possessione contra tabulas quàm secundùm tabulas edixerit. Item vt beneficio fratris præteriti edictū committentis, possit frater etiam institutus petere contra tab. licèt præteritus nondum petierit, *leg. si post mortem 10. §. vlt. de bon. poss. cont. tab.* (dummodò tamen præteritus nondum sit ab ea petenda exclusus, sic enim is locus intelligi, meo iudicio, debet) quia secundum tabulas cum re dari non potest quandiu contra tabulas competit *l. 2. D. de cept. rei iudic. l. 2. C. de bon. possess. contra tab.* Adeò vt nec bonorum possessor nec legatorum aut æris alieni debitor esse videatur is qui secundùm tabulas possessionem accepit, quandiu deliberante filio præterito aut edictum committente dubitatur an ea cum re futura sit, an sine re, vt eleganter Iulianus scribit in *l. qui cum herede 15. de oblig. & action.* vbi quod magis est non de nudo possessore secundùm tabulas loquitur, quem nihil iuris in hereditate habere mirum non est, sed de herede, hoc est qui iure ciuili hereditatem adierit. Huic enim æquè ac nudo possessori commodum hereditatis aufert is qui petit contra tabulas *l. filium 20. D. de bonorum poss. contr. tabul.* semperque hæc possessio contra tabulas cum re est, numquam sine re. 6
† Vt proinde longè plus sit possessionem secundùm tabulas cum re accepisse, quàm hereditatem iure ciuili adiisse ex testamento. Si quidem nunquam possessionis commodum eripi Prætor patitur ei cui semel secundùm tabulas cum re dedit, alioqui eadem possessio, & cum re esset, & sine re, quod quàm absurdum sit nemo non videt. Igitur si delatio sola hereditatis ab intestato impedit ne quis ex testamento heres esse possit, multò magis impediet ne bonorum possessionem secundùm tabulas cum re possit ex eo testamento scriptus heres agnoscere. Et consequenter non ex eo solo quod filiusfamilias præteritus, viuo patre decesserit, potest iure Prætorio conualescere testamētum vt bonorum possessio secundùm tabulas cum re, heredi scripto vllo modo competat. Cúmque Prætoris non tanta sit potestas vt dilationem quæ fit proximo agnato per legem duodecim tabularum prohibere possit, ineptè faciunt qui separant hac parte ius Prætorium à ciuili, eo prætextu quia Prætorium sic benignius: quod verum quidem est, sed tamen ad id de quo agimus nil prorsus attinens. 7
† Porrò iure ciuili testamētum quod aut iniustum fuit aut ruptum non idcirco conualescere, quòd præteritus viuo testatore decesserit, quamuis institutus sit is qui ab intestato solus succedere debeat, apertè Scæuola scribit in *leg. Gallus. §. idem credendum in fin. supr. tit. prox.* vbi ait institutis filio & pronepote, præterito autem nepote ita demum valere testamentū si prius nepos, deinde filius decedat, ne alioqui filio præmortuo nepos succedendo rupat, atque ita impediat ne ex institutione Aquiliana pro-

nepos heres esse possit, qui tamen non nisi sub ea cõ-
dicione institutus erat si filius & nepos viuo testatore
8 morerentur. † In quo obseruare licet vt hoc etiam o-
biter adnotemus, fauorabilius esse testamẽtum quod
posthumi agnatione ruptum est, quàm quod succes-
sione filij iam testamenti tempore superstitis. Hic e-
nim si viuo testatore moriatur, non impedit quomi-
nus bonorum possessio secundùm tabulas septem te-
stium signis signatas ex Prætoris edicto competens
iure ordinario, fit cum re & effectu propter Hadria-
ni constitutionem, *d. l. posthumus.* Hic verò etsi non
impedit quominus bonorum possessio secundùm ta-
bulas detur, impedit tamen ne ea cum re & effectu
esse possit, quoniam Hadriani constitutio casum hunc
complexa non est, neque ex rationis similitudine cõ-
plecti debuit. Quamquam enim vtrumque testamen-
tum ab initio valet quamdiu agnatione aut successio-
ne ruptum non est, attamen, vt superiore capite iam
attigimus, multò magis imputari potest ei qui iam na-
tum nepotem licèt nondum in primo gradu constitu-
tum præterit, quàm qui posthumum quem fortasse
nunquam nasci continget, quique per obliuionem
potius quàm per impietatem à patre præteritus cre-
dendus sit, vt de parentum erga liberos voluntate piè
semper & humaniter quantum fieri potest suspice-
9 mur. † Itaque non possum non mirari tot interpretũ
& antiquiorum & recentiorum ingenia, scribentium
Scæuolam in *d. l. § idem credendum,* de iuris ciuilis ra-
tione tantùm, non etiam de vi & effectu testamenti
disputare, neq. negare quin rupto per nepotis succes-
sionem testamento, ipsoque nepote deinde præmor-
tuo dari debeat bonorum possessio secundùm tabu-
las cum re pronepoti instituto. Quasi verò existiman-
dum sit Scæuolam ea omnia admisisse quæ disertis
verbis non negauerit. Quòd si Hadriani constitutio
quæ de testamento per agnationem posthumi rupto
locuta est, ad eum casum extendi nequit quo per ne-
potis successionem testamentum ruptum sit, multò
minus extendi poterit ad testamentum iniustum in
quo filius iam natus iámque primum suitatis, vt ita
dicam gradum occupans præteritus fuerit, tametsi i-
dem postea à viuo patre decesserit, siue institutus sit
agnatus proximus, siue extraneus. Idque ita esse vel
ex eo maximè constat quod Hadriani constitutio po-
tiorem eam facit heredis scripti quantumlibet extra-
nei, quam legitimi, quisquis ille sit, successoris. Barto-
lus verò in eo casu de quo disputamus, hoc est filio
iam nato præterito deinde ante patrem mortuo, non
aliter scriptum heredem tuetur accommodata illi bo-
norum possessione secundùm tabulas cum re, quàm si
idem ille sit ab intestato successurus. Ita admittens
quod & verum est longè minus fauorabile esse testa-
mẽtum in quo filiusfamilias iam natus quàm in quo
posthumus præteritus est, nõ illa solùm ratione quòd
hoc ab initio valuerit, illud ab initio nullum fuerit,
sed etiam quia filius iam natus non nisi per impieta-
tem præteriri potuerit, posthumus verò, vt dixi, inter-
10 dum quoque per obliuionem. † Fateor filiofamilias
præterito ante patrem defuncto, posse scriptum here-
dem petere bonorum possessionem secundùm tabu-
las si modò septem testium signis signatæ sint, quan-
doquidem & si patri filius superuixisset idem admit-
tendum esset, nec tantùm fauore legitimi heredis in-
stituti: sed etsi extraneus scriptus proponeretur, vt su-
pra ex Vlpiano docuimus, *titul. 23. quemadm. testamen.
rump. § si septem.* Sed nego eam bonorum possessionẽ
vllo casu futuram cum re, imo erit sine re, vt idem Vl-
pianus supradicto loco scribit, & *tit. 28. de possess. dand.*
§. vlt. Nos verò de ea possessione secundum tabulas
quæ cum re & effectu sit, disputamus. † Ex quo Ac- 11
cursij quoque sententia, & interpretatio refellitur.
Nam cùm filius præteritus patri superuixit, quãtum-
cunque postea abstineat, facere tamẽ non potest quo-
minus ipso iure statim ab intestato heres sit: sicuti si
scriptus fuisset statim heres esset ex testamento, quã-
uis perinde postea abstinere, si vellet, posset, *leg. 1. § qui
sunt in potestate. D si quis omiss. caus. testam. l. in suis. D. de
suis & legit. l. cùm quasi. 30. § sed etsi suus. D. de fideic. li-
bert.* Neque igitur fieri illud potest vt propter absten-
tionem ab intestato factam testamentum conuales-
cat, siue ciuili iure, siue prætorio. Multò minus autem
vt bonorum possessio secundum tabulas cum re de-
tur ei cui lex duodecim tabularum partem duntaxat
hereditatis ab intestato iam detulerit, aliam partem
mox iure accrescendi delatura si alius frater præteri-
tus abstinuerit. Planéque alia Papiniani sententia est
in *l. filio præterito. 17. hoc tit.* qua bonus Accursius in o-
pinionis suæ confirmationem abutitur: cum nec de
iure Prætorio, nec de bonorum possessione, secun-
dum tabulas verbum vllum sit apud Papinianum, qui
proculdubio non de testamento iniusto conualidan-
do, sed de tuendis tantum libertatibus & legatis in-
tellexit, & quidem ab intestato per oppositam doli
replicationem, vt pluribus docuimus suprà. † Et verò 12
cùm filius præteritus patri superstes fuit, fieri ne-
queat vt scriptus heres ab intestato rem auferre pos-
sit. Nam ab intestato primæ semper partes filij præ-
teriti, vel in assem si fratres non habeat, vel in partem
si alij fratres concurrant. Adeò vt eo quoque remoto
si fratres nulli sint, nihilomagis agnatus proximus
admittatur iure vetere inspecto, sed fiant bona vacan-
tia, quia nec in suis, nec in agnatis erat succ. *l. 1. §. scien-
dum de suis & legit. § placebat. Instit. de legit. agnat. suc-
cession.* Fratribus autem existentibus accrescit quidem
præteriti portio si abstineat, sed non nisi ab intestato,
quoniam abstinenti delata fuerat ab intestato, vt ap-
pareat ab intestato quoque proprias eos portiones
habuisse, alioqui inter eos ex diuerso iure succedentes
ius accrescendi locum non haberet *l. sed cum patrono. 6.
D. de bonor. possess.* Ideoque nimirum Papinianus in *d. l.
filio.* de fratribus institutis loquitur, non de extraneis
aliisve proximioribus agnatis. † Atqui, dicat aliquis,
quantumuis filio præterito lex deferat hereditatem 13
ab intestato, verumtamen est quod & nos confessi su-
mus posse scriptum heredem petere possessionem se-
cundum tabulas si septem testium signis signatæ sint.
Quid ergo est quod prohibeat quominus ea possessio
quæ sine re futura erat si præteritus iure suo vti vo-
luisset, euadat in bonorum possessionem secũdum ta-
bulas cum re, filio ipso abstinẽte & iudicia patris ad-
probante? Ego verò iam satisfeci cum dixi filij appro-
bationem & voluntatem facere non posse quin ipse
ab intestato heres sit ipso iure proportione heredita-
ria, & consequenter implicare contradictionem vt
postea abstinente eo ab intestato testamentum conua-
lescat. Lex igitur ipsa est quæ scripto heredi & here-
ditatis & possessionis commodum aufert vt legitimo
heredi idipsum deferat, atque ita impedit omnino ne
bonorum possessio secundum tabulas petita cum re
esse possit. Et hoc quidem ad Accursij sententiam cõ-
uincendam satis est. † Sed si pro Bartolo pertinacius 14
pugnare velis, adhuc instare ex eo possis, quod cum fi-
lius præteritus viuo patre decessit, numquam ei ab
intestato deferri potuerit patris hereditas, quæ scili-
cet post mortem tantùm defertur, videatúrque hic
casus illi simillimus de quo Hadrianus rescripsit. Ve-
rùm

ruum respondeo, paternam quidem hereditatem ab in-
testato deferri non posse filio qui ante patrem mor-
tuus sit. sed nõ eò minus ab intestato deferri aliis fra-
tribus etiã institutis, etiam inuitis, adeóque si fratres
non sint, proximioribus agnatis, ob idque acquirendę
aut retinendę ex testamento siue hereditatis siue pos-
sessionis rationem nullam superesse. Dices idem quo-
que in Hadriani specie tractari posse, nec enim Ha-
drianum fecisse aut facere potuisse quominus rupto
per agnationem posthumi testamento legitima he-
reditas agnato proximo deferatur, & tamen non ob-
stante eo constituisse Hadrianum vt scriptus heres
quilibet, etiam extraneus, petita secundum tabulas
possessione rem obtineret. Fateor: sed si in eam rem
necessariam fuisse vides Hadriani constitutionem
quæ de posthumo tantùm locuta est, cur idem sine
ylla constitutione admittis filio iam nato præterito
licèt prædefuncto? Præsertim cùm duplicem illam
diuersitatis causam animaduertas & quia filij iam na-
ti præteritio sit odiosior. & quia testamentum ipsum
vel hoc solo minus fauorabile quòd ab initio non va-
luerit. Aut si ad hunc quoque casum Hadriani consti-
tutionem protrahere audes, cur non illud etiam ad-
mittis, vt illa bonorum possessio secundum tabulas,
cum re detur cuicunq. scripto heredi licèt extraneo?
Cur meliorem facis hac parte condicionem legitimi
heredis quàm extranei contrà quàm Hadrianus fece-
rit? At iterum fortasse obiicias (video enim te subti-
lem agere) in scripti heredis extranei persona neces-
sariam fuisse constitutionem, vt legitimi heredis ius
reprimeretur qui alioquin hereditatem scripto heredi
ab intestato ablaturus erat, & ita impediturus ne bo-
norum possessio secundum tabulas ab eo agnita cum
re & effectu esse posset. In persona verò legitimi he-
redis eiusdémque instituti qui secundùm tabulas pe-
tierit non fuisse necessarium constitutionis auxilium,
quia sibi ipsi hereditatem ille euincere nequeat. Imò,
verò, inquam, sibi ipsi euincit ille, etiam inuitus &
ignorans, quia & inuito & ignoranti lex defert he-
reditatem ab intestato quo instanti paterfamilias
moritur cuius testamentum aut iniustum, aut ru-
ptum, aut irritum fuit. Igitur non minus hoc quàm
illo casu necessaria fuit constitutio ad inducendum
vt legitimus heres iniusto testamento scriptus peti-
tam bonorum possessionem secundùm tabulas cum
re habere possit, quia prorsus ista repugnant, vt iure
bonorum possessionis secundùm tabulas heres rem
obtineat, & vt idem ille ab intestato heres sit. Adhuc
vrgebis, & obiicies negari non posse quin hereditate
quoque ab intestato delata peti nihilominus possit
bonorum possessio secundùm tabulas dummodò se-
ptem testium signis signatæ sint, idque verum est.
Cur non ergo erit cum re si nemo sit qui rem ab in-
testato auferre possit? Respondeo quod iam dixi quia
ille ipse sibi euincit, remque aufert ab intestato, &, vt
te doceam apertiùs, possessio illa quæ secundùm ta-
bulas petita fuerat, transit in possessionem intestati,
non secus acsi hic bonorum possessor testatoris vo-
luntatem non haberet, vel quia incisæ essent tabulæ
vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione voluntatem
testator mutasset, vt eleganter idem Vlpian. noster
tractat in *l. 1. §. penult. D. si tabul. testam. null. extab.*
Quoties enim possessio secundùm tabulas cum re
dari non potest, nec tamen illi qui eam petiit res au-
ferri potest, amittit pristinum nomen possessio, & quæ
secundum tabulas erat, alio iure & nomine censeri
15 incipit. † Sic dicimus, vno ex liberis siue suo, siue e-
mancipato instituto, alio verò emancipato præterito

& edictum committente, si possessio secundùm tabu-
las petita sit per institutum, posteà verò contrà tabu-
las per præteritum tuendum à Prætore eum qui se-
cundùm tabulas petierat, ad eam vsque partem ex
qua fuit institutus, si tamen non eam excedat quam
per contra tabulas beneficio fratris præteriti petere
potuisset. An vt iure possessionis secundùm tabulas
eam portionem retineat? Minimè. Petita enim con-
tra tabulas possessione quæ tabulas rescindit & quã-
tùm Prætoris imperio fieri potest, irritas facit, fieri
non potest vt supersit ius petendæ aut retinendæ se-
cundùm tabulas possessionis. Sed quoniam rescissis ta-
bulis per contra tabulas Prætor tuetur legata quæ li-
beris parentibúsque relicta fuerant ex edicto de le-
gatis præstandis, eodem iure tuetur portiones heredi-
tario titulo relictas, id est exemplo legatorum à qui-
bus nec alia in re differunt in proposito, nisi quòd
cùm æquè honesto titulo deferantur, pleniore tamen
honore tribuuntur *l. filium 5. § sed etsi portio de legat.*
præstand. l. Salinus. 6. cum seqq. l. is qui. 15. § sed si vnus
in fin. & §. ita ante ead. tit. † Sic itaque refutatis Ac- 16
cursij & Bartoli interpretationibus, superest vt con-
iecturam nostram breuiter aperiamus. Arbitramur
autem quod Vlpianus scribit, idem & circa iniustum
& irritum testamentum dicendum esse si bonorum
possessio data sit ei qui rem ab intestato auferre pos-
sit, non sic accipi debere quomodo plerique omnes
putant, vt his casibus bonorum possessio cum re de-
tur scripto heredi qui idem sit legitimus, sed ita vt
perinde ac si ex testamento succederetur. legata & fi-
deicommissa omnia debeantur, de quibus proximo
illo versiculo dixerat, *Idcircoque legatarij & fideicom-*
missarij habebunt ea quæ sibi relicta sunt securi. Id enim
conueniens est Papiniani sententiæ in *d. l. filio præteri-*
to, vbi eam speciem tractans quæ difficilior videbatur
de suo herede præterito patri superstite & ab intesta-
ti successione abstinente, nihilominus fratres ab inte-
stato hereditatem totam possidentes legata ex æqui-
tate debere ait. Multò igitur magis deberi ea æquum
est si filius præteritus viuo patre decesserit, totaque
hereditas ab initio & vnica delatione aliis fratribus
institutis aut agnatis proximis delata est. Nihil enim
inter hos casus interest nisi quod filio patri superui-
uente nullus agnatis proximis locus esse potest, etiam
si filius præteritus abstineat, fiuntque bona vacantia,
quia, vt sæpius dictum est, in suis & agnatis non est
successio. Quam ob causam Papinianum in *d. l. filio*, de
fratribus tractare monuimus, non quòd ita species ex
facto incidisset, sed quia in aliis quàm fratrum perso-
nis quæstioni locus esse non poterat: filio autem præ-
defuncto nullis fratribus relictis, locus sit agnatis ex
ordine succedendi ab intestato *l. 1. 2. & pass. de suis &*
legit. Vlpian. verò noster hoc loco vt casus omnes cõ-
prehenderet, sic generaliter locutus est, *si bonorum pos-*
sessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit, nul-
li liberorum aut agnatorum mentione facta, ne alio-
qui si aut de liberis tantùm aut de agnatis quoque lo-
cutus fuisset eum solum casum comprehendisse vide-
retur, quo filius præteritus aut ante aut post patrem
decessisset. Illud ergo duntaxat requirit ad obligan-
dum ex æquitate legatis præstandis heredem scriptum
qui ab intestato hereditatem possideret, vt rem ab inte-
stato habeat, id est totam hæreditatem quam ex testa-
mento si valeret, erat habiturus. † Videtur quidem 17
prioribus illis verbis, *si bonorum possessio data fuerit*, il-
lud etiam requirere vt bonorum possessio petita sit,
& quidem secundum tabulas (nam petita possessio-
sione contra tabulas constat itam nisi exceptis perso-

sonis legata deberi tuitione Prætoria, petita verò viride liberi nulla prorsus deberi) sed credendum est ea verba non tam ex necessitate & pro conditione adiecta esse quàm per occasionẽ vt versiculus hic speciei priore loco propositæ magis conueniret in qua mentio facta erat bonorum possessionis secundum tabulas petitæ. Cæterum præter id quod Papinianus in *d.l. filio*, hac vna ratione mouetur vt fratres ab intestató succedentes legatorum præstationi obliget, quòd totã
28 hereditatem possideant. † Illud etiam constat nullam hic agnitæ secundum tabulas possessionis rationem haberi posse, cùm eam sine re esse & in possessionem
29 intestati conuerti necesse sit, *d.l.1. §.pen.vnd.lib.* † Quæ ratio etiam facit vt non fuerit hoc casu necessarium auxilium constitutionis Hadriani ad tuendum heredem scriptum aduersus seipsum, cùm idem sit & scriptus, & legitimus heres. Nec rursus ad confirmandam possessionem secundùm tabulas vt fieret cum re quæ sine re erat, cùm nihil intersit scripti heredis, an ea sit cum re, an sine re, quando ab intestato hereditatem totam retinet. In priore specie hoc est rupto per agnationem posthumi testamento in quo extraneus scriptus fuerat, necessarium fuit auxilium constitutionis non vt daretur heredi scripto possessio secundum tabulas, sed vt ea possessio esset cum re, ne legitimus heres alioqui iure suo vsus hereditatem scripto heredi euinceret. Itaque valde nouus & singularis ille casus est in quo bonorum possessio secundùm tabulas cum re datur ex testamento rupto in præiudicium legitimi heredis cui lex ab intestato detulerit successionem. Quòd si fingeres in eadem specie non extraneum, sed legitimum heredem scriptum fuisse, dicerem non fore locum constitutioni. Quid enim necesse erat vt legitimus heres petita secundum tabulas ruptas possessione rem obtineret, quam vtique suo iure ab intestato obtinere possit? Sanè quod ad legata & fideicommissa tuenda pertinet, clarissimum est nihil Hadrianum constituisse. Fateor citra eam constitutionem futurum fuisse vt extraneo scripto herede legata intercidissent, quia neque à scriptu herede peti potuissent cuius possessio sine re fuisset, neque à legitimo herede qui iure suo & contra defuncti voluntatem hereditatem obtinuisset. Sed ita constituto iure vt bonorum possessio secundum tabulas ab extraneo instituto agnita cum re esset, illud etiam consequens fuit vt idem ille ad legatorum præstationem obligaretur. Nã & idem est, Perinde legata & fideicommissa debentur si bonorum possessio secundùm tabulas petita sit sine re, dummodo ab eo petita qui hereditatem ab intestato habere possit. Quidni verò? Cùm & si nulla prorsus possessio petita sit, sed merè ab intestato succedatur, legata nihilominus debeantur ab eo qui cùm in testamento, non dicam rupto, sed quod magis est iniusto & inutili scriptus esset tantumdem ab intestato consecutus est quantum si testamentum valuisset, *d.l. filio.* sicut & cum beneficio fratris præteriti institutus, bonorum possessionem contra tabulas accepit quam præteritus ipse omisit, *leg. nonnunquam 14. de leg. præst.* Sicque locum hunc sanè perobscurum explicandum existimamus. Quem ita intellectum vt intelligi volumus apertissimum est nil pugnare, imò prorsus conuenire cum eo quod scribit Scæuola in *§. idem credendum*, legis, Gallus, Ad cuius reliquam interpretationem redeamus.

Capvt XVII.

Ad §. nunc de lege. l. Gallus.

Svmmaria.

1. *Duo legis Velleæ fuisse capita.*
2. *De primo legis Velleæ capite.*
3. *Aquilianæ formulæ introducendæ occasio.*
4. *Cui incommodo lex Vellea primo capite prouiderit?*
5. *An aliquam formulam Velleius præscripserit instituendi posthumi viuo testatore nascituri.*
6. *Duplex ius nouum primo legis Velleæ capite introductum esse.*
7. *Emendatur textus* d. §. nunc de lege.
8. *Lege Vellea sufficere si posthumus institutus, licet testamenti tempore alienus, suus tamen nascatur.*
9. *Tolluntur è primo capite legis Velleæ verba illa, etiamsi* viuo parente nascitur?
10. *Primum legis Velleæ caput non tantùm ad nepotes, sed etiam ad primi gradus posthumos pertinere.*
11. *Non solùm filii aut nepotis, sed etiam filiæ & nepotis institutionem dicta lege Vellea prouisum esse.*
12. *Verba illa* virilis sexus, *cur in primo legis Velleæ capite adiecta sint?*

1 Expositis † iis omnibus quæ ad Aquilianam formulam posthumique nepotis ex iure antiquo institutionem pertinent, transit Scæuola ad tractatum legis Velleæ, cuius duo fuerunt capita. Vnum quod permisit institui nondum natos, id est posthumos etiam alienos dummodo sui nascerentur licet viuo testatore. Alterum, quo prohibuit nepotes in sui heredis locum succedentes testamentum rumpere in quo vel instituti essent, vel exheredati. De primo capite tractat Scæuola hoc *§. de secundo mox insequenti dicturus.*
† Ac quoniam de primo nos quoque iam satis multa 2
diximus in superioribus, erimus hîc breuiores. Posthumum tanquam incertam personam aut, vt Theophilus loquitur, incertæ personæ similem ex lege duodecim tabularum institui non potuisse docuimus, postea verò ex prudentum interpretatione receptum esse fauore testamentorum, quæ sui heredis præteriti agnatione rumpi necesse erat, vt institui is demum posset qui & suus, hoc est, si testamenti tempore nasceretur, inter suos heredes futurus, & testamentum in quo præteritus fuisset omnimodo rupturus esset, prohibita dũtaxat alieni posthumi institutione, itémque posthumi sui qui viuo testatore nasci contingeret. Neutrius enim institutio necessaria videbatur ob idque nec permittendi, vt à iuris veteris ratione quam minimum fieri posset recederetur. Siquidem alienus posthumus testamentum nunquam rumpit; suus autẽ viuo testatore natus, etsi nõ eò minus rumpit quòd viuo testatore natus sit, rumpit tamen eo tẽpore quo necessitas nulla est subueniendi testamento, viuo scilicet testatore, qui aliud testamentum facere potest, sibique & suis rebus ne intestatus decedat,
prospicere. † Hinc illa primum nata dubitatio, qua 3
ratione institui posset Aquilianus posthumus, vtpote qui testamẽti & ipsius institutionis tẽpore quod præcipuè inspiciendum est, alienus videbatur non suus. In eámque rem necessaria fuit subtilis illa Galli formula quæ induxit vt tantum in id tempus conferretur posthumi illius nepotis institutio, quo esset suus, sed vt ex eo quoque tẽpore dũtaxat institutus videre-
tur. † Inde rursus alia difficultas, qua ratione fieri pos- 4
set vt testamentorum securitati prouideretur ne rumpi possent agnatione posthumi viuo testatore nati, si forte contingeret. quod plerunque eueniebat, ne testamentum mutari possit, testatore fortassis peregrè agente & posthumi natiuitatem ignorante, aut ciuium Romanorum copia non habente vt solenni testium nu-

mero quos & ciues Romanos & masculos puberes esse oportebat, testari posset. Huic verò incommodo cùm sine lege prouideri non posset, manca scilicet Iurisprudentum omnium subtilitate & auctoritate, necessarium fuit ferri legem Velleam cuius primo capite constitutum est, vt non eo minus institutio posthumi siue filij siue nepotis valeat, quòd eum postea viuo adhuc testatore nasci contigerit. † Nulla tamen in
5 eam rem prescripta formula, quoniam lex quę nouum hoc ius inducebat, perinde inducere poterat, imò verò lõgè facilius, vt eius posthumi qui testamenti tempore alienus esset institutio valeret, præsertim cum ea adiectione, *si modo suus nasceretur*. In eóque multos errare video existimantes, exemplo Galli Aquilij Velleum quoque qui hanc legem rogauit certam formulam præscripsisse instituendi posthumi viuo testatore nascituri. Tantum enim abest vt id fecerit, faceréne debuerit, vt potius Aquilianæ formulæ vsum qui antea necessarius erat, ferè abrogauerit. Nam cùm ante legem Velleam necesse esset quoties posthumus instituebatur mortis mentionem fieri, ne is quoque institutus videretur, quem viuo testatore nasci contingeret, mortis autem casu expresso is omnino excluderetur quo posthumus viuo testatore natus esset, necesse fuit, post legem Velleam à formulæ Aquilianæ præscripto hactenus recedi, vt vel purè posthumus institueretur neutrius casus, vitæ vel mortis habita mentione, vel vterque casus exprimeretur, ne alterutro tãtùm expresso posthumus in contrarium casum natus quasi præteritus testamentum rumperet, *l. commodissime. 9. sup. hoc tit.* Aquilio necessarium fuerat formulam conscribere, quia non id egerat vt ius nouum faceret, quod nec facere potuisset, sed tantùm vt doceret quomodo id quod erat in iure vetere vsurpari & ad vsum
6 accõmodari posset, quod ante eum ignorabatur. † Duplex igitur ius nouum fecit Velleus primo legis capite. Vnum illud, vt institui possit posthumus suus viuo testatore natus. Alterum, vt etiam purè institui possit is posthumus qui testamenti tempore sit alienus dummodo suus nascatur. Idque est quod ait Scæuola: *voluit viuis nobis natos similiter non rumpere testamentum.* Nẽpe si vel in casum vitæ instituti sint, vel neutro expresso, ne obstet *d. l. commodissime.* Subiicit autem, *& videatur primo capite eos spectare, qui cùm nascerentur sui heredes futuri essent*, Id est, Vt viuo testatore natus posthumus vtiliter institui possit nec rumpat testamentum, id duntaxat requirit, vt suus nascatur, non etiam vt suus sit eo tempore quo instituitur. † Nam & verba
7 legis id sonant, quæ vt est in fine *§. talia fuerint. Qui testamentum faciet is omnis virilis sexus qui ei suus hæres futurus erit*, &c *etiamsi viuo parente nascatur.* Ex quo infert Scæuola, *Ergo*, ita enim malo legere quàm vt vulgò, *& rogo, si filium habeas & nepotem nondum natum tamen ex eo heredem instituas filius decedat mox viuo te nascatur, ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum: vt non solum illud primo capite notaueris, si nepos eo tempore instituatur quo filius non sit, verùm & si viuo patre.* Sic námque legendum esse iam inter doctos ferè omnes conuenit, sublata dictione illa quæ statim sequitur, *nascatur*, qua retenta sensus esset, valere ex lege Vellea posthumi institutionem qui non tantùm testamenti, sed etiam natiuitatis tempore alienus esset, quod tamẽ & præcedentibus & sequentibus repugnat. † Nam quemadmodum testamenti tempus inspici lex Vellea noluit, ita de eo posthumo instituendo nominatim locuta est, qui suus nasceretur: Quod & apertius docet Scæuola iis verbis sequẽtibus: *quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici? cùm satis sit obseruari id tempus quo nascatur.* Quæ tamen verba malè quidam sic intelligunt, vt quoties de suo posthumo quærimus nõ testamenti, sed natiuitatis tempus respicere debeamus. Quod si verè diceretur, frustrà lex Vellea primo capite notasset solius natiuitatis habendam rationem. Et verò constat ex iis quæ diximus cùm de Aquiliano posthumo tractaremus, quoties de suo posthumo instituendo agitur, suum dici eum qui si testamẽti tempore non tantùm conceptus esset, verùm etiam natus & editus inter suos heredes futurus esset, non quia eò minus nasci possit suus quod testamenti tempore fuerit alienus, sed quia cùm alieni posthumi institutio iure ciuili non haberet, prorsus consequens sit vt perinde institui nequeat qui testamenti tempore suus non est, atque si nunquam inter suos futurus esset. Id enim conueniens est iuris regulæ quæ habet testamenti cuiuslibet validitatem ex eo potissimùm tempore quo factum sit, æstimandum esse, & eo quoque potissimũ tempore testamenti factionem cum herede scripto esse debere. Alioqui frustrà etiam Gallus laborasset in excogitanda formula, per quam posthumus nepos institui posset in eum casum quo filius viuo testatore moreretur. Siquidem nemo dubitabat quin Aquilianus ille nepos suus nasceretur, totáque dubitandi ratio ex eo sumebatur, quòd testamenti tempore patre eum præcedente, suus auo dici non posset, & consequenter alienus illi esset. Velleus autem non in eo iuri ciuili derogare voluisse credendus est, vt cùm de institutionis iure disputatur, institutionis & testamenti tempus inspici non oporteat. (Id enim nimis apertè veteris & noui iuris regulam totúmque ius testamẽtorum subuerteret.) sed vt institui hodie possit posthumus quilibet, siue testamenti tempore suus sit, siue alienus, dummodo suus nascatur, quia & quod ad periculum rumpendi testamenti attinet, nihil interest, an testamenti tempore posthumus fuerit suus an alienus, dummodo nascatur suus, cùm in eo qui agnatione rumpit testamẽtum solius agnationis tempus spectetur: Quo iure sic constituto, dici nunc potest valere talem posthumi institutionẽ, siue testamenti siue mortis testatoris aut natiuitatis posthumi tempus obserues, quoniam vt antea non valeret, illud tantùm faciebat, quòd talis posthumos institui non posset. Neque verò Scæuola comparat tempus faciendi testamenti cum tempore mortis testatoris, sed cum tempore natiuitatis posthumi, vt appareat non id illum agere, vt doceat spectandum non esse tempus testamenti de cuius viribus quæratur, sed tunc tantùm inspiciendũ non esse testamenti tempus cùm quæritur an posthomus sit suus quod ad hoc vt institui hodie possit. Nam alienum quoque posthumum hodie institui posse dũmodo suus nascatur. † Sequũtur apud Scæuolam verba primi capitis legis Velleæ quæ iam nos supra retulimus, secundùm eam lectionem quæ ab Accursio iam olim magis probata, à Cuiacio verò & recentioribus omnibus prorsus recepta est, retentis verbis illis, *etiãsi viuo parente nascetur*, quæ vulgò sic ante legebantur vt sequentis §. initium facerent: decepto fortassis librario ob interiectam notam illam &c. quam tamen breuitatis & compendij causa interiectam esse volunt recentiores, ne longior esset Scæuola in referendis verbis legis ad eam rem de qua tractabat nihil pertinentibus Nam & idem ab eo factum esse in *§. videndum, hac ead.* Mihi tamen probabilius est adiectionem esse superuacuam quæ ex imperiti alicuius interpretis glossa in textum irrepserit, vt sequenti capite probabimus. Cætera autem legis verba Goueanus in prioribus ad hanc legem commentariis pro arbitrio sup-

plet post Alciatum nec improbabiliter, hoc vno tantùm reprehendendus quod in posterioribus adiecit primũ caput legis Velleæ non ad primi gradus posthumos, sed tantùm ad nepotes pertinere. Nam cùm verba illa legis sint generalia, *qui ei suus heres futurus erit*, maiórque fuerit ratio prouidendi ne posthumus primi gradus quàm ne nepos viuo testatore natus testamentum rumperet, cur non & filios æquè ac nepotes lege Vellea comprehendi admittamus? Idque apertè scriptum est in *l. 3. §. 1. de iniust. rupt. & irrit. testament.* aliisque locis omnibus quibus agitur de filio posthumo instituto vel purè, hoc est non expresso casu mortis vel in vtrumque casum siue viuo siue mortuo patre nasceretur, *dict. leg. commodissimè. l. si ita scriptum. 47. §. 1. de heredit. instit.* Neutrum enim ante legem Velleam licebat. Fefellit Goueanum quòd ab Vlpiano scriptum vidit in *leg. sed si conditioni. 6. §. 1. de heredib. instituend. nepotes & deinceps cæteri qui ex lege Vellea instituti non rumpunt testamenta.* Sed animaduertere debuit locum illum non nisi ad secundum caput legis Velleæ pertinere, quo sanè de solis nepotibus & pronepotibus non etiam de filiis actum est, quia filij primi gradus non possunt rumpere succedendo cùm in primo gradu constituti nec habeant cui succedant.
11 † Illud sanè rectius Goueanus quàm Cuiacius, legis verba sic legenda esse, *is omnis virilis sexus*, non *ii omnes*. Neque enim de filiæ aut neptis minus quàm de filij nepotisve institutione ea lege prouisum est, vt apparet ex *dict. leg. si ita scriptum 47. § 1. de heredib. institution.* Et quamuis verum sit quod Cuiacius ait differentiam olim fuisse inter posthumos & posthumas, quòd posthumi nominatim exheredandi erant, posthumæ verò inter cæteros quoque exheredari poterant dummodo cum adiectione legati §. posthumi quoque *Inst. de exhered. lib. l. vltim. § vltim. Cod. de liber. præter.* Attamen quòd ad institutionem instituendique aut exheredandi necessitatem nulla erat differentia. Lex autem Vellea de institutione potissimùm tractauit. Non inficior tractasse etiam per occasionem de exheredatione vt Vlpianus non obscurè significat in *dict. leg. 3. §. 1. de iniust. rupt.* Sed non iis verbis quæ Scæuola in hoc §. interpretatur, in quo tractat de nepote instituto. Nihilque vetat pluribus verbis conscriptam legem, & aliter locutam cùm de institutione egit, aliter cùm de exheredatione. Certè illa quæ sequuntur *qui ei suus heres futurus erit*, ostendunt manifestissimè præcedentia quoque in singulari non in plurali numero legenda esse. Nisi malis cum Cuiacio sic emendare vt legas in plurali *qui ei sui heredes futuri erunt*, quod tamen minus probabile est.
12 † Igitur verba illa *virilis sexus*, non aliam ob causam adiecta videri debent, quàm ad exclusionem posthumorum ex fœminis viua matre natorum, qui licèt præteriti sint non tamen rumpunt matris testamentum, propterea quòd eorum præteritio pro exheredatione habeatur. Ideóque nec ad legem Velleam pertinent, quæ de eorum duntaxat posthumorum institutione aut exheredatione locuta est qui præteriti rumperent. Vt mirer virum doctissimum Iacobum Cuiacium scripsisse fœminam Velleanum posthumum habere posse. Quasi verò Velleanus posthumus dici debeat quisquis viuo parente nascitur, ac non is demum qui & suus nascitur, & viuo parente. Fœminæ autem suos heredes non habent, *leg. illud. 4. §. ad testamenta. D. de bonorum possess. contr. tabul. l. nulla fœmina. 13. de suis & legit.*

CAPVT XVIII.

Quid noui inductum sit secundo capite legis Velleæ.

SVMMARIA.

1 *Quid secundo legis Velleæ capite inductum sit?*
2 *Non lege Vellea primùm, sed iure vetere inductum fuisse vt nepotes aut pronepotes iam nati testamenti tempore institui possent.*
3 *An secundo legis Velleæ capite inductum fuerit vt nepotes & pronepotes necessario institui deberent?*
4 *An, vt iidem posthumi nepotes & pronepotes præmortuis parentibus in locum eorum succedunt, vel succedendo rumpant, si præteriti sint?*
5 *An ante legem Velleam, Galli temporibus ita ius fuerit, vt nullo casu nepos aui testamentum rumperet, nec si viuo auo pater prædecessisset?*
6 *An quæ Scæuola in* d l. Gallus, *de testamento per posthumi nepotis præteritionem rumpendo tractat, ad legem Velleam, an vero ad ius antiquum referenda sint?*
7 *Posthumi institutionem eatenus tantùm prudentium interpretatione inductam, quatenus testamentorum fauor & necessitas postularet.*
8 *Posthumum nepotem iam Galli Aquilij temporibus & suum & necessarium heredem auo ab intestato futurum fuisse.*
9 *Quis sit huius sanitatis effectus?*
10 *Confirmandorum testamentorum gratia latam esse legem Velleam, non vt successione aut agnatione posthumi nepotis rumpantur?*
11 *Explicantur verba illa,* l. si quis filium. 34. C. de inoffic. test. ex lege Vellea.
12 *Quatenus videri possit ex secundo legis Velleæ capite rumpi testamentum, si posthumus nepos sit præteritus.*
13 *Tolluntur e* §. videndum. d. l. Gallus, *verba illa legis Velleæ,* in locum suorum sui heredes succedunt.
14 *Reiicitur aliorum ad hæc verba interpretatio.*
15 *Refellitur alius error Interpretum quorundam in explicatione secundi capitis legis Velleæ.*
16 *Goueani opinio de dispositione secundi capitis legis Velleæ.*

SEquitur alterum caput legis Velleæ longè pluribus & maioribus difficultatibus intricatum. Illud enim primùm obscurissimum est needum ab vllo interprete, iudicio meo, intellectum. Quidnam hoc capite lex Vellea induxerit, deinde cur eius prouisio ad testamentorũ validitatẽ necessaria fuerit. † Quanquã 1
enim huius §. initio Scæuola apertè scribit, sequenti parte legis Velleæ inductum esse vt succedentes nepotes aut pronepotes in locũ liberorum non rumpant testamentum, dubitatio tamen ex eo nascitur, quod in *§. ille casus hac ead. leg.* idem Scæuola monet, non aliter legi Velleæ hac parte locũ esse quã si is qui in filij locũ succedit vtiliter sit institutus. Præcedere n. debere vtilem institutionem. Quæ porrò præcedẽte quid necesse erat constitui aut prohiberi ne vtiliter institutus nepos succedendo in locũ filij testamentũ aui rumperet? An alij rũpere solent quã qui sunt præteriti? Rursus quis præteritũ dicat eum, qui sit institutus & quidem vtiliter? hoc est eo modo quo fieri institutionem ius præcipit, nominatim scilicet, ac prima testamenti parte. † Itaque non possis illud primũ dicere quod ni- 2
mis imperitè quidam putãt, inductum esse per legem Velleam vt nepotes aut pronepotes iam nati testamenti tempore (de his siquidem solis non etiam de posthumis aut de liberis primi gradus secundo capite

pite agitur) instituti possent. Id enim iam olim liceabat, & generale erat vt quisquis iam natus esset instituti heres posset, si modò cum eo testamenti factio esset: cum nepotibus autem & pronepotibus auum testamenti factionem habuisse vel ex eo constat, quòd si præteriti essent rumpebant succedendo, ob idque prouidendum fuit ne rumperent. Idque disertis verbis Scæuola noster testatur in *d. §. ille casus. Posteriore* inquit, *capite non permittit institui sed vetat rumpi*, differentiam ostendens inter duo illa legis Velleæ capita, quorum priore inductum fuisse apparet vt institui possent posthumi siue liberi siue nepotes qui viuo testatore nascerentur, quos antea nullo iure institui potuisse diximus in superioribus, & Scæuola quoque notat in *dict. § ille casus*, iis verbis, *quod nullo iure poterat,*
3 *qui nondum natus erat.* † Sed neque illud dici potest posteriore legis capite inductum esse vt nepotes isti aut pronepotes institui necessariò deberent. Etenim si sint præteriti, non tamen faciunt iniustum testamentum, non solùm quòd non sint sui quamdiu à patre anteuertuntur, verùm etiam quia si iuris veteris rationem inspicias, tametsi testamenti tempore primum gradum teneant in familia patre iam mortuo, nihilomagis instituendi sunt aut exheredandi ne vel iniustum faciant vel rumpant, sed habent tantùm ius accrescendi exemplo filiarum, quod nos pluribus comprobauimus & explicauimus suprà. Quòd si cùm eos pater testamenti tempore præcederet, postea viuo auo pater decesserit, atque ita in parentis eiusdémque sui heredis locum successerint, rumpunt quidem succedendo etiam hodie si sint præteriti. Verùm & iam olim ante legem Velleam rumpebant tametsi fuissent instituti, vt mox dicemus. Porrò quo iure rumpebant, nisi quia institui eos necessariò vel exheredari oportebat? Denique non iubet lex Vellea eos institui ne rumpant, sed prohibet rumpere si sint instituti, supponens quasi in necessarium antecedens vtilem præce-
4 dere ipsorum institutionem. † An igitur induxit vt nepotes præmortuis parentibus in eorum locum succedant? Ita putat vir doctissimus Iacobus Cuiacius, secutus errorem Alciati *lib. 3. paradox. cap. 19.* Vterque deceptus verbis legis quæ sic expressa sunt in §. *videndum infr. si quis ex suis heredibus suus esse desierit, liberi eius, &c. in locum suorum sui heredes succedunto.* Plus putant eadem lege inductum esse vt nepotes isti non tantùm in præmortuorum parentum locum succederent, sed etiam succedendo rumperent si præteriti essent. Quam in sententiam mouetur præcipuè Alciatus ex Iustiniani constitutione in *l. si quis filium. 34. C. de inoffic. testam.* illis verbis, *vt neque ex lege Vellea posset in locum patris sui succedere, & rescindere testamentum.* Ego verò nihil improbabilius dici posse existimo. Cōstat enim iam ante legem Velleam ita ius fuisse vt præmortuis liberis primi gradus, nepotes in eorū locū succederent, idque non tam iuris quàm naturæ potestate, & naturali quodam ordine, qui nec legis auxilio indigebat vt induceretur, nec vllius legis auctoritate impediri poterat ne fieret. Quid enim tam naturale quàm præmortuo filio qui primum gradum tenebat succedere nepotem in eius locum eundémque gradum occupare? *l. 1. §. si filius de suis & legit.* Et ob eam nimirum causam rumpebant nepotes isti aui testamentum, adeò vt ne in posterum rumperent, fuerit necessarium legis Velleæ auxilium, non sufficiente prudentum autoritate ad iuris ciuilis asperitatē quantacumque æquitate suadēte temperandam. Illud verò quàm absurdum est dicere, inductum hac lege vt successione nepotis in locum sui heredis rumpatur te-
stamentum, † præsertim verò, si, quod adhuc ineptius 5
est, cum eodem Alciato putes ante legem Velleam & Galli Aquilij temporibus ita ius fuisse vt nullo casu nepos aui testamentum rumperet, nec si viuo auo pater prædecessisset. Quasi verò legis propositum fuerit, vulnus inferre, ac non potius id quod iuris veteris ratio & scrupulositas intulerat curare. Alioqui nonne consultius fuisset & testamentis fauorabilius nullam ea de re legem referri? Aut quid fauore testamentorum inductum videri potest per legem Velleam hoc solo quòd prohibuit ne instituti nepotes succedendo rumpant si eadem lex constituit vt succedant & succedendo rumpant præteriti, qui antea nec succedebant, nec præteriti quoque succedendo rumpebant? An non si ita esset, comparare oporteret legem hanc Peliadi hastæ? de qua sic Poëta quodam loco,

Vulnus Achilleo quod quondam fecerat hosti
Vulneris auxilium Pelias hasta tulit.

Enimuerò si ante Velleam nepos in præmortui parentis locum non succedebat, nec succedendo rumpat, quid obsecro necessaria fuit subtilitas Galli Aquilij ad excogitandam dictandámque formulam per quam posthumus nepos vtiliter institueretur? Admitto equidē Gallum Aquilium tractasse de cōcipienda institutione nepotis qui si præteritus esset agnascendo non succedendo testamentum rupturus erat, quia cùm non posset succedere eo ipso instanti quo pater decederet, vtpote qui nondum eo tempore natus esset, priusque nasci eum quàm in parentis locum succedere oporteret, agnationi sui heredis potius quàm successioni imputandum erat quòd aui testamentum rumperet. Cæterùm nec illa ratione rumpebat agnascendo quàm quia suus heres esset, neque rursus alio intuitu suus heres dici poterat quàm quod in sui heredis præmortui locum successisset, primúmque in familia gradum natiuitatis suæ tempore vacuum reperisset, ideóque & interdum succedendo rumpere dicitur, qui rumpit agnascendo, *leg. si quis filio. 6. §. sed si pater. de iniust. rupt. dict. leg. 1. § si filius. D. de suis & legit.* Iunct. §. *interdum eiusdem legis.* & ex contrario quoque qui succedit quasi nunc primùm agnascatur posthumi loco esse dicitur in *l. posthumorum. 14. de iniust. rupt.* † nec admitti potest quod Alciatus ait, ea 6
quæ circa Galli formulam tractat Scæuola de testamento per nepotis posthumi præteritionem rumpendo non ad ius antiquum quod Galli temporibus obtinebat, sed ad legem Velleam referri debere. Nam imò verò multos casus tractat Scæuola quos negat ad legem Velleam pertinere, & in quibus tamen fatetur ruptum iri testamentum præteritione nepotis posthumi, nisi vel ex sententia legis Velleæ, vel qua alia ratione & interpretatione defendatur, vt in §. *& quod si tantùm.* & §. *quod si quis filium.* Et apertiùs in §. *si eius,* an nō quærit Scæuola, vtrum casus quem eo loco tractat ad legem Velleam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit, id est ad illud quod ante legem Velleam obtinebat, & Galli temporibus: itémque an possit vel ex iure antiquo vel ex lege Vellea institutus nepos non rumpere? Quorsum verò iuris antiqui meminisse debuit, & subiicere nihil referre an ex iure antiquo, an ex lege Vellea nepos excludatur, si ita ius erat ante legem Velleam, vt testamentum rumpere etiā præteritus nō posset? Aut quid attinebat disputare an inspecto iure antiquo vtiliter institutus esset nepos si præteriti impunè poterat. Quod autem idē Alciatus addit, nō alia de causa Gallū prodidisse formulam de instituendo posthumo nepote quàm quòd absurdū & iniquū putaret, excludi eum

ab aui heredicatè, nonne plusquam ridiculum est? Si
quidem Galli formula non minùs ad exheredandum,
quàm instituendum nepotem posthumum pertinet,
cùm æquè posthumus ac filius iam natus exheredari
possit siue viuo siue mortuo testatore nascatur *l. 3. in
princip. & §. sed etsi sit & §. nominatim. D. de iniust. rup.*
Quòd si posthumus filius, cur non & posthumus ne-
7 pos? † Deinde quis nesciat quod iam nos in superio-
ribus tam sæpe inculcauimus posthumi institutioné
iure vetere & duodecim tabularum permissam non
fuisse, posteà verò ex prudentum interpretatione ea-
tenus duntaxat inductam, quatenus testamentorum
fauor & necessitas postularet, id est ratione posthumi
sui, cuius præteritione periculum erat ne si nascere-
tur rumperet testamentum? Proinde si cum Alciato
defendas posthumum nepotem Galli temporibus, &
antè legem Velleam, nec in locum parentis sui præ-
mortui succedere, nec testamentum rumpere potuis-
se, illud quoque fateri te necesse erit, nõ potuisse Gal-
lum inducere vt posthumus hic nepos institui posset,
non magis quàm vt alieni posthumi institutio vale-
ret, aut sui qui viuo testatore nasceretur: nec minùs
illo casu, quàm istis necessarium fuisset auxilium le-
gis Velleæ aut alterius ad constituendum vt cũ po-
8 sthumo nepote testamenti factio esse inciperet. † Po-
stremò non possis negare, quin iam ipsius Galli tem-
poribus posthumus hic nepos, quem Aquilianum di-
cimus, & suus & necessarius heres auo ab intestato
futurus esset: nam & alienos quoque posthumos le-
gitimos heredes fieri non posse ex eiusdem Galli sen-
tentia obtinuerat *l. penult. de legat. 1.* Debuit ergo iam
tum necessariò institui vel exheredari, ne testamen-
tum rumperet. Fuit enim perpetua illa veteris iuris
regula, Suum heredem aut instituendum esse aut ex-
heredandum, alioqui testamentum vel ipso iure nul-
lum esse si suus heres iam natus sit, vel rumpi agna-
9 tione si posteà nascatur. † Eámque regulam condicio
ipsa suitatis, vt ita dicam, euincit: cùm quisquis suus
heres est idem viuo & defuncto patrefamilias sit do-
minus tametsi non sit institutus, nisi per exheredatio-
nem id illi dominium ablatum sit *l. in suis 11. D. de li-
ber. & posthum.* Atqui fieri non potest vt eo domino, id
est herede existente, alius quoque qui testamẽto scri-
ptus fuit, heres sit & dominus: alioqui eodem tempo-
re duo eiusdem successionis heredes & domini in so-
lidum essent, quod iuris ratio non patitur, *l. si vt certo
5. § si duobus vehiculum. D. commod. l. quod contra 141. §.
vns duo de reg. iur.* Alterutrum igitur euenire necesse
est, vt vel ius suitatis rumpat vim testamenti, vel te-
testamentum extinguat ius suitatis. Posterius dici nõ
potest, quia ius suitatis vt antiquius, & naturali quo-
que ratione ac æquitate subnixum, ita & potentius
est, adeò vt neque per exheredationem prorsus extin-
guatur quemadmodum infrà docebimus. Prius ergo
euenire, hoc est testamentum rumpi prorsus conse-
10 quens est. † Ac sanè tantum abest vt lex Vellea suc-
cessione aut agnatione posthumi nepotis testamen-
tum rumpi induxerit, vt ex contrario non ad alium
finem lata sit quàm confirmandorum testamentorum
gratia, *l. si hereditas 10. §. qui filium. D. de test. tut.* Cõ-
firmat enim hoc ipso quod vetat rumpi, vt Scæuola
loquitur in hoc §. & *d. §. ille casus.* Exemplo, vt & Cu-
iacius fatetur, legis Corneliæ, quæ non alio sensu te-
stamenta eorum qui in hostium potestate decesserũt
confirmare dicitur, quàm quia impedit ne fiant irrita
per superuenientem captiuitatem *l. lex Cornelia 28. de
vulg. & pupill. subst. l. lege Cornelia 12. D. qui testam. fa-
cer. poss.* Quid autem tam contrarium confirmationi
testamentorum, quàm si lege Vellea inductum sit vt
successione rumpantur, quæ antea non rumpebãtur?
Estque in hanc rem textus non minùs elegans quàm
apertus in *l. 2. §. 1. d. vulg. & pup. subst.* in illis verbis *iura
enim post legem Velleam succedendo non rumpunt testa-
mentum*, scilicet, vt præcedentia demonstrant, si vel in-
stituti sint vel exheredati. An non enim probat is lo-
cus manifestissimè ante legem Velleam ita ius fuisse
vt nepotes isti succedendo rumperent, quamuis vel
instituti essent vel exheredati? Planè, quia non aliter
testamenta rumpi lex Vellea prohibuit quàm si ne-
potes instituti vel exheredati proponerentur, nõ ma-
lè, licèt minùs propriè possis dicere lege Vellea suc-
cedere, & succedendo testamentum rumpere nepotẽ,
qui nec institutus sit nec exheredatus. † Quomodò 11
Iustinianus aut Tribonianus potiùs more suo parum
attendens ad verborum proprietatem sermonisque
elegantiam locutus est in *d. l. si quis filium 34. C. de inof.
test.* vbi verba illa *ex lege Vellea* quæ Alciatum fefel-
lerunt sic proculdubio accipienda esse constat ac si
pluribus scriptũ esset *permittente lege Vellea*, aut si ma-
uis apertiùs, *sine impedimento legis Velleæ*, vt in *l. 2. C. de
liber. præter.* quo loco mirum est abuti etiam Alciatum
vt errorem suum muniat, cùm vel ex illo solo, si alius
nullus esset, concludere potius debuerit lege Vellea
allatum impedimentum ne testamenta successione
rumperentur, non vt ille putat inductam rumpendi
facilitatem facultatémque. Sic ex contrario si de pri-
mo legis Velleæ capite agatur quo permissa est post-
humi viuo testatore nascituri institutio, possit quis
non malè id ipsum vsurpare, quod de secundo capite
Scæuola scribit, prohibere legem ne testamentũ rum-
patur. Neque enim facit lex vt ab initio valeat insti-
tutio posthumi præsertim filij quem suum nasci pror-
sus necesse sit, quíque fortassis post mortem patris sit
nasciturus. Sed si viuo testatore eum contingat, ideó-
que talem apparere qui institui non potuerit, facit
lex vt institutio quæ initio inspecto in eo erat vt va-
lere posset, nempe si posthumus ille mortuo patre na-
tus fuisset, omnimodo valeat neque ex euentu inuti-
lis fiat, &, vt ita dixerim, rumpatur, ob id solum quod
posteà viuo testatore nasci posthumum cõtigerit. Sed
hoc ipsum ideò quia permittit eius quoque posthumi
institutionem qui viuo testatore nascatur, cùm antea
permissa non esset. † Ergo & similiter quamuis eadẽ 12
lex secundo capite non permiserit aut iusserit insti-
tui nepotem qui in parentis locum succedere possit,
sed tantùm prohibuerit ne rumperet, si esset institu-
tus vel exheredatus, possit quis tamen non omninò
ineptè, licèt minus propriè, cum Tribon. dicere ex le-
ge Vellea rumpi testamentum si nepos hic sit præte-
ritus. Quasi hoc ipso quod prohibuit eum rumpere si
esset institutus vel exheredatus à cõtrario sensu per-
miserit rumpere secundum id ius quod iam anteà ob-
tinebat si esset preteritus. Iam ergo nihil est quod pro
viris doctissimis afferri possit, præter verba illa legis
Velleæ quæ proponuntur in § videndum, *in locũ suo-
rum sui heredes succedunto.* † Sed responderi duobus 13
modis potest. Primùm ita vt dicamus, quod ego veris-
simum arbitror, non esse verba hæc aut legis Velleæ
aut Scæuolæ, sed inepti interpretis de suo supplentis
pro arbitrio quod Scæuola in referenda lege ex pro-
posito tacuerat, adiecta hac breuitatis nota *&c.* Mo-
uet me quòd vix est vt ea nota in mediam clausulam
conferatur, sed in finem dumtaxat, cùm cætera quæ
dici possent ad id de quo agitur nil pertinent. Scæ-
uola verò in *d. §. videndum*, nõ de successione aut suc-
cessionis in locum sui heredis iure disputat, sed tan-
tùm

cùm de interpretatione priorum verborum legis. *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*, vt ad eum §. docebimus. Nec possis obiicere, in §. præcedente, notam illam, *&c.* in media quoque clausula additam fuisse. Nam imò verò quæ sequuntur, *etiamsi parente viuo nascantur*, æquè puto esse inepti interpretis, cùm nec præcedentibus conueniant quæ in singulari numero scripta sunt, nec ad propositam eo loco quæstionem pertineant, quæ non de illo erat, an viuo parente nasci oporteret liberos vt primo legis capite comprehenderentur, sed de illo dumtaxat, vtrum natiuitatis tantùm, an verò testamenti quoque tempus verbis legis demonstratum esset in designanda sui heredis persona. Quare necdum inter vulgares interpretes conuenit an adiectio illa huic an illi §. *adscribenda sit*, quia nullibi aut necessaria est aut accommodata: si quidem Scæuolæ satis erat priora legis verba expressisse: *Qui testamentũ faciet is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit*, &c. vt natiuitatis non testamenti tempus inspiciendum esse ostenderet. Mouet me secundò quòd hic quoque versiculus de quo disputauimus, *in locum suorum sui heredes succeduntο*, superioribus verbis legis nil conuenit. In quibus cùm scriptum sit, *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit liberi eius*, &c. sequi debebat, *in locum ipsius succeduntο*. Cætera enim non solùm sunt superflua, sed etiam incongrua vt nemo non videt. Tertiò moueor, quia defendi nullomodò potest successionem nepotis in locum sui heredis, qui suus heres esse desierit, lege Vellea inductam esse, vt à nobis luce meridiana clarius probatum est. Denique quod ex hoc. §. & §. *ille casus infr.* aliisq; locis suprà citatis apparet legis verba non affirmatiuè, sed negatiuè & per prohibitionem concepta fuisse, cùm præcipuè id egerit hoc capite vt vetaret rumpi testamentum per sui heredis successionem. Ergo vel quæ proponuntur *d. §. videndum* post notã illam, *&c.* sunt irreptitia, quod apud me tam certum est quàm quod maxime, vel si vera esse voles, fatere saltem manca esse, & mutila nisi addas quod præcipuum est, *succedentes rumpunto*. Hincque altera ad superiorem obiectionem responsio sumi potest. Nam, vt maxime legis fuisse concedam verba illa, nõ eo minus supplebo cætera quæ ex Scæuola aliisque Iureconsultis supplenda esse appareat. Quamquam interpretis esse non legis facilè admittet qui tam multa alia, tota præsertim hac lege ex interpretum glossis ineptè in textum translata esse anim-
14 aduertet. † Scio posse etiam dici, nec prorsus improbabiliter, eorum verborum, *in locum suorum heredum sui heredes succeduntο*, hanc esse sententiam, vt lex iubeat nepotes subintrare in locum liberorum, non tam quasi suos vt rumpant, quàm quasi heredes & quidem scriptos, id est testamentarios ne rumpant. Nam cùm lex Vellea prohibuerit ne succedendo rũpant, illud quoque ab ea constitutum necesse est vt instituti succedere possint ex testamento, qui cessante lege ex testamento non succedebant. Sed emendatio nostra probabilior est, vel eo maximè nomine, quod lex Vellea non tantùm de instituto nepote locuta est, sed etiam de exheredato quem & prohibuit rumpere. *l. 2. §. 1. de vulg. & pupill. subst.* nec tamen fecit aut facere potuit vt exheredatus ex testamento heres esset, quamuis non eò minus in patris præmortui locum succedat nepos quòd sit exheredatus propter quam causam & ante legem Velleam exhere-
15 datus æquè ac institutus rumpebat. † Refellendi quoque nobis sunt ij qui scribunt Velleam legẽ hoc secundo capite nihil nisi consilium dedisse instituendorum aut exheredandorum nepotum ne in locum suorum heredum succedendo rumperent: quo nihil dici potest ineptius. Legis enim est præcipere, iubere & prohibere, non consilium dare. Tum verò consilium dare parum non fuisset, cùm nihil prodesset testatori nepotem instituisse vel exheredasse quominus is succedendo rumperet, vt probauimus. Prohibendus igitur fuit nepos institutus aut exheredatus, non ne succederet, quod prohiberi non poterat, sed ne succe-
dendo rumperet. † Non valdè dissimilis Goueani er- 16
ror est existimantis nihil aliud hac legis parte caueri quàm quemadmodum nepotes iam nati quos patres præcedunt mortis tempore ab auis institui possint, quòd iis prior gradus obstare videretur. Quasi verò ad legis maiestatem pertineat formulam & cautionẽ præscribere ne id fiat quod si fieri lex nolit, prohibere rectè possit. An non enim erat Velleo legem roganti facilius prohibere ne institutus aut exheredatus nepos succedendo rumperet, quàm præscribere quomodo institui posset? Deinde quid proderat præscribere quomodo & quibus verbis ea institutio conciperetur, si iuris ratio obstabat quominùs ob vtilem institutionem sustineri testamentum posset? Id enim ex iis quæ proximo capite dicemus verissimum esse apparebit. Neque verò credendum est verba illa: *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*, esse verba formulæ à testatore vt securè testetur vsurpãda, quod imperiti plerique autumant. Sunt enim verba legis prohibentis rumpi testamentum ab eo qui in sui heredis locum succedat. Concludamus igitur legẽ hanc secundo capite hoc vnum induxisse quod prohibuit ne institutus aut exheredatus nepos succedendo in sui heredis locum rumpat aui testamentum qui anteà rumpebat: eámque esse sententiam, *l. posthumorum. 13 de iniust. rup. & irrit. testament.* Quoniam autem hoc ipsum adhuc obscurius est, qui fieri posset antè legem Velleam vt nepos vtiliter institutus aut exheredatus ab auo, nihilominus testamentum ipsius succedendo rumperet, de eo separatim & accuratè sequenti capite nobis tractandum est.

Capvt XIX.

Cur fuerit necessarium secundum caput legis Velleæ.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris interpretum ratio reprobatur.*
2 *Eum qui tanquam extraneus vtiliter institutus est, non ideo rumpere testamentum, quòd postea fiat suus.*
3 *Cur legis Velleæ auxilio opus sit ad tuendam eius nepotis institutionem, qui cùm institutionis tempore non suus esset, postea suus esse cœpit?*
4 *In lege Vellea posthumum nepotem non coniunctim cum patre, sed successiuè fuisse institutum.*
5 *Posthumum nepotem ante legem Velleam institutum vel exheredatum quum in præmortui parentis locum viuo auo succedebat, non ideò minùs præteritum dictum fuisse.*
6 *Huic malo secundo legis Velleæ capite prouisum esse.*
7 *Cur is qui tanquam extraneus vtiliter institutus est, non ideo rumpat testamentum quod postea fiat suus, per adrogationem vel adoptionem in locum nepotis vel filij?*
8 *Extraneo exheredato, eodemque postea in locum filij vel nepotis adrogato, vel adoptato, testamentum agnatione, vel successione rumpi.*
9 *Filio exheredato, nepote vero instituto, nepotem qui in*

locum filij viuo auo defuncti succedit, non rumpere testamentum.

30 *Nepotes institutos vel exheredatos ex secundo legis velleæ capite succedendo testamentum non rumpere eo casu, quo instituti sunt liberi primi gradus, non quo exheredati.*

31 *Non esse necessarium legis Velleæ auxilium, si filio & posthumo nepote exheredatis, nepos in filij locum succedat, & aliquis institutus sit quo adeunte vtraque exheredatio vires accipiat.*

12 *An si filius exheredatus sit, institutus autem, non nepos, sed extraneus, filio ante auum mortuo, superstite extraneo instituto, nepos succedendo rumpat?*

13 *An si nepos iste exheredatus sit, post legem Velleã rũpat?*

14 *Respondetur ad §.* filiusfamilias l. filius à patre 28. ff. h. t.

15 *Ratio secundi capitis legis velleæ ab alijs reddita reijcitur?*

16 *Summarium secundi capitis legis Velleæ.*

1 RAtio † illa vulgò ab interpretibus nostris redditur, quæ mihi quoque aliquando placebat, quòd nepos ab auo qui filium testamenti tempore superstitem habebat, nominatim institutus vel exheredatus, non possit videri institutus aut exheredatus tanquã suus, sed potius tanquam extraneus. Suus enim heres est non quisquis in familia & potestate est, quanquã hoc quoque maximè & necessariò requiritur, sed qui primum in familia gradum locúmque obtinet quòd ad causam hereditatis & successionis. *l. si quis posthumos. 9. §. 1. l. filius a patre 28. §. 1. h. t. de liber. & posthum. l. si quis filio. 9. de inius. rupt. l. si filiusfamilias 23. §. sed si filiusfamilias de testam. milit. l. scripto. 7. D. vnd liber l. 1. §. si filius § interdum & §. sciendum. D. de suis & legitim.* Multum autem interest an quis institutus sit, vel exheredatus tanquam extraneus, an tanquam suus, *l. si posthumus. 14. §. vlt cum l. seq. hoc tit.* cùm longe diuerso iure deferatur suis & extraneis hereditas, planéque alia sint extraneorum, alia suorũ heredum iura. Proinde non videbatur ante legem Velleam satisfactum iuris necessitati quæ sui heredis institutionem vel exheredationem requirebat, si tanquam extraneus institutus esset aut exheredatus, qui ob hoc ipsum necessario instituendus erat, vel exheredandus quod iam esset aut fieri posset suus. Speciosa sane ratio, sed quæ propius intuenti mihi satisfacere non potest.
2 † Video enim eum qui tanquam extraneus vtiliter institutus sit non ideo rumpere testamentum, quòd posteà fiat suus, siue à testatore adrogatus sit vt filius. *l. si qui heres. 18. de iniust. rupt.* siue in locum nepotis adoptatus *l. filio. 23. §. si Titius de liber. & posthum.* vbi disertis verbis Papin. scribit extraneum hæredem institutũ ac deinde loco nepotis adoptatum defuncto postea filio qui pater videbatur, non rumpere successione testamentum, cùm heres inueniatur. Sed & cùm nepos nondum natus ab auo institutus est tanquam in familia nasciturus, & qui suus heres esse possit, si postea viuo patre natus deinde emancipatus sit, placet non vitiari institutionem licèt fiat omnino extraneus qui institutionis tempore suus fore sperabatur, hac nostra lege *§. vlt.* neque in eam rem aut lege Vel-
3 lea aut alia vlla opus fuit. † Cùr ergo diuersum admittamus in secundo legis Velleæ capite: hoc est, Cur legis auxilium requirimus ad tuendam institutionem nepotis ob hoc solum, quod cum institutionis tempore esset non suus posteà suus esse cœperit? Alia igitur, & verior & subtilior ratio quærenda est, Illa nimirum, si quid mei iudicij est, quòd nepos quem testamenti tempore pater præcedit si posteà in præmortui parentis locum succedat viuo auo, quantumuis institutus sit aut exheredatus inuenit tamen se præteritum eo instanti quo succedit. Nempe quia quandiu pater vixit non possit videri aut institutus
fuisse aut exheredatus. † Ponimus enim non con- 4
iunctim cum patre fuisse institutum (quanquam & hoc fieri potest cum nihil vetet patri filium coheredem dari siue ab auo siue ab extraneo, *l. si ego. 26. l. si ex sua 36. de acquir. hered.*) sed successiuè post patrem, & eo ordine vt duo institutionis gradus facti sint. Nam & verbis legis Velleæ hic vnus casus expressus est, *si quis,* inquit, *ex suis heredibus suus heres esse desierit,* & hac parte nepos Velleanus similis est Aquiliano quod cum patre nunquam possit concurrere, simúlque admitti ad hereditatem. *l. cum in testamento. 57. D. de here. inst. iunct. l. posthumorum. 14. quæ sic omnino intelligenda est de iniust. rupt.* Prius ergo est vt primus gradus vacet & perimatur subducta scilicet de medio persona filij, quàm vt nepos institutus videatur.
† Atqui statim atq; filius mortuus est, qui primum te- 5
nebat gradũ, subintrat in eius locum nepos, & quidẽ ita támque subitò, vt nullum instans medium sit quo primus gradus vacet. Fit enim ea successio, vt superiore capite dicebamus, sola naturæ iurísque potestate, & vt cum philosophis loquar, per modum priuationis potiùs quàm positionis, nec vllum in eam rem hominis factum intercedit. Itaque sicut instans mortis filij vitæ eius computatur, *l. qui duos. 18. §. 1. l. vlt. de fideicom. libert.* ita proximo quod statim & immediatè sequitur, instanti successionem fieri necesse est nepotis in locum demortui aut deportati parentis. Porrò eo instanti non reperit se institutum, quia prius est vt instituatur quàm vt institutum se pariat: cùmque ipsius institutio hoc demum primo instãti incipiat, quo pater iam mortuus sit, nec amplius obstet, &, vt vtar verbis legis Velleæ, quo pater suus heres esse desierit, neque aut retrotrahi nepotis institutio possit ad tempus testamenti (ne cum patre institutus videatur qui non nisi post eum & ex ordine fuit institutus) aut in momento facta intelligi, quoniam nihil prorsus instanti fit in quo vel naturæ vel hominis factum interuenire oporteat: omnino consequens est vt nepos hic Velleanus non solum non reperiat se institutum, sed neque institui se videat eo primo instanti quo succedit. Sera igitur institutio est posteaquàm successit, nec eò minùs dicere potest se præteritum qui priùs factus est suus quàm institutus. Idque est, ni fallor, quod ait Scæuola in *d. § ille casus, Posteriore capite non permittit institui sed vetat rumpi, nécne ob eam rem minus ratum esset quòd succedit. Porrò præcedere* (sic enim lego non vt vulgo, *procedere*) *debet vt vtiliter sit institutus.* Nam si institutio nepotis non impedit quominus is succedendo rumpat quemadmodum Scæuolæ verba præ se ferunt: ergo nec impedit quominùs præteritus dici debeat. Neque enim alij rumpunt quàm qui præteritos se inueniunt, cum agnascuntur aut succedũt, si tales sint qui vel institui vel exheredari debuerint.
† Ita fiebat ante legem Velleam, vt præteritionis pœ- 6
nam pateretur auus qui nepotem non præterierat, sed quantùm in se fuisset instituerat: quod etsi iniquum Iurisprudentibus omnibus videri debebat argumen. *l. vlt. in fin. C. de posthum. hered. inst.* nullo tamen nisi nouæ alicuius legis remedio corrigi poterat: lex autem eò minùs necessaria videbatur, quòd cum viuo testatore ea successio, testamentíque ruptio contingeret, in ipsius testatoris potestate esset aliud testamentum facere, atque ita aduersus iuris iniquitatem sibi

consu-

consulere, sicut & cum prius legis caput interpretaremur, diximus, permissam olim non fuisse institutionẽ sui posthumi qui viuo testatore nasceretur, quod quamuis agnascendo rumperet, non tamen faceret patrem necessario intestatũ, quippe cui liceret aliud posteà testamentum facere & hunc ipsum qui prius ruperat vel instituere vel exheredare. Sed quemadmodum tandem apparuit necessarium fuisse auxiliũ legis vt talis quoque posthumi siue sui siue alieni institutio permitteretur, propterea quod multa possent accidere quibus impediretur testator ne nouũ testamentum faceret: in eámque rem primum legis Velleę caput latum est, ita necessarium quoque visum est posteriore eiusdem legis capite prouideri, ne successione testamentum rumperetur, quod alioqui tam facilè refici non posset, præsertim cum in secundo testamento si refici posset ille ipse instituendus esset aut exheredandus, qui in priore iam institutus erat, aut
7 exheredatus. † Nec simile est quod diximus ex *dict. l. quis heres, 18. de inius. rupt.* si is qui heres institutus est, à testatore adoptetur posse dici satis ei factum. Ratio enim illa statim redditur, *quia & antequàm adoptetur institutio vt in extraneo locum habebit.* Sensus est hunc fuisse institutum inde ab initio, & priusquàm adoptaretur: ideóque nec posse videri præteritum, quia nihil erat quod impediret ne ante adrogationem institutus videretur tanquam extraneus, cùm non solum primo gradu institutus esset, quod sufficere poterat, sed etiam solus. Quò etiam pertinet elegans illa & concisa Papiniani sententia in *§. si Titius d. l. filio hoc tit. nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo qui heres inuenitur.* Tractat enim de eo qui priusquam loco nepotis adoptaretur institutus fuerat, & consequẽter filio qui primum gradum tenebat exheredato, aut si etiam voles, nihil enim hic interest coherede dato: vt proinde eius institutioni obstare non posset quòd filius primi gradus testamenti tempore in medio fuisset. Cæterùm illud apertè Papinianus significat successione rumpi testamentum quoties heres non inuenitur nepos qui succedit & quo instãti succedit, quod ipsum contingit quoties non priùs heres institutus est quàm succedat, cùm, vt diximus, fieri nequeat vt eodem instanti succedat quis & instituatur aut institutum se reperiat, sed omnino necesse sit vt iam antè
8 quam succederet fuerit institutus. † Vnde fit vt si ponas exheredatum extraneum (non idem est si filium qui fuerat emancipatus *d. l. filio in princi.* aut qui nullo facto patris intercedente, sed quodam tantum naturali ordine & fuerit extra potestatem & itidem reciderit in potestatem vt in specie illa pereleganti quã Triphoninus tractat in *l. proxim. §. 1. supr. hoc tit.*) eundémq; postea adoptatum vel adrogatum siue filij siue nepotis loco, testamentum omnimodo rumpatur. Priore casu agnatione sui heredis, posteriore verò, successione in sui heredis locum, quia exheredatio ab initio non valuit, & quo tempore fit suus nec vtiliter exheredatum se reperit nec institutum, sed pręteritũ qui tamen si fuisset institutus non rumperet, quia institutum se reperiret, nimirum quia non sicut institutio ita exheredatio extranei valet *l. non putauit, 8. §. si quis emancipatum versic. sed extraneo. D. de bon. poss. cont. tabul. const. d. l. filio in princ.* si quidem absurdum est exheredati extraneum, cùm exheredatio præsupponat habendæ hereditatis spem ac quasi præsentem acquisitionem, quæ in extraneo præsertim non instituto nulla est, *l. quidam cùm filium, 32. de verbor. obliga.* sed tantum in suo herede, *l. in suis, 11. hoc titul.* aut in emancipato qui licèt iure ciuili, neque suus sit neque cognitus, à Prætore tamen inter suos heredes connumeratur hactenus, vt petere possit bonorum possessionem contra tabulas nisi sit exheredatus, quia & ab intestato petere posset. Vnde liberi, vt vel hoc ipso vtilis sit emancipari exheredatio, quod eum excludit à beneficio bonorum possessionis contra tabulas, *dict. l. non putauit in princip. de contr. tab. l. vltim. D. hoc titul. Iunct. §. sunt autem Institut. de bonor. possess.* Et quemadmodum suprà diximus fieri non posse vt nepos ex ordine post patrem institutus, eo instanti quo fit suus succedendo in locum patris præmortui reperiat se institutum ideóque fieri vt rumpat, ita nec fieri potest vt qui ab initio inutiliter exheredatus est reperiat se exheredatum cum succedit, quandoquidem inutilis exheredatio pro non exheredatione est,
dict. l. non putauit. § non quamis de contr. tabul. † Ex contrario finge filium qui primum gradum tenebat exheredatum fuisse; nepotem verò institutum (neque enim sicut Aquiliani ita & Velleani nepotis institutio requirit præcedentem filij institutionem, cum verendum non sit ne filius à Velleano nepote exheredatus post mortem suam exheredatus videatur) sine dubio defuncto filio viuo auo nepos in locum præmortui parentis succedens non rumpet testamentum, quia reperiet se institutum, nec perinde institutioni eius obstiterit exheredatio patris atque institutio obstitisset: quamuis non magis exheredatio filij faciat nepotem suum heredem auo quandiu auus vixit quàm si idem filius institutus esset. Semper enim patris etiam exheredati persona nocet nepoti ne suus heres sit auo, id est ne tanquam suum instituti eum necessariò vel exheredari oporteat, *dict. l. si quis filio 6. de inius. rupt.* Id enim est quod dici solet exheredationem non tollere ius suitatis, de quo proximo capite dicemus. † Ergo quod lex Vellea secundo i- 10
sto capite constituit vt nepotes nati tempore testamenti si vel instituti, vel exheredati sint non rumpant succedendo ad eum casum coarctandum est, quo liberi primi gradus instituti sint, non quo exheredati. Iis namque exheredatis & nepotibus institutis fieri non potest vt nullo casu nepotes rumpant licèt exheredatus pater viuo auo decedat, quia quo instanti succedunt eo ipso iam institutos se reperiunt, nec patris exheredatio id impedit, quę potius facit vt tanto magis institutio nepotum valere debeat. arg. *d.
l. filio. §. 1. hoc tit. & d. l. si quis heres de inius. rupt.* † Quod 11
si vtrique sint exheredati, negari etiam non potest quin nepos succedendo reperiat se exheredatum, ideóque nec possit rumpere. Ponimus enim alium institutum quo adeunte vtraque exheredatio vires accipere possit. Proinde nec fuit hoc casu necessarium legis auxilium vt prohiberetur testamentum rumpi, sed eo demum quo filius sit institutus: institutio enim filij, vt diximus, facit ne quandiu is viuit, nepos qui ex ordine, & successiuè institutus est, vllomodo institutus videatur, atque ita vt proximo statim instanti quo succedit in locum parentis præmortui non reperiat se institutum. Et diuersitatis ratio est, quia institutio ponit aliquid, & tribuit, exheredatio autem
nihil, sed tantum priuat & adimit. † Quid verò si fi- 12
lius sit exheredatus, institutus autem non nepos, sed extraneus? Mortuo filio ante auum superstite extraneo instituto, nepos succedendo rumpet tanquam pręteritus, quia quòd ad ipsum pertinet nihil eius interest an pater institutus sit an extraneus, cùm vtriusque effectus ille sit vt eo instanti quo nepos succedit in locum sui heredis, nec institutus sit, nec exheredatus. Defuncto autem ante filium extraneo herede

scripto, quæstioni locus esse non potest, propterea quod irritum fiat testamentum ex quo amplius hereditas adiri nequeat. *l. 2. de inoff. rupt.* Semel verò factum irritum posteà rumpi non possit, sicut nec subsistere quòd ad filij exheredationem, *l. filium 20. D. de bonor. poss. ff. contr. tabul.* Quid rursum si nepos ipse sit exheredatus? † Perinde rumpebat testamentum
13 ante legem Velleam atque cùm erat institutus, hodie post legem non rumpet, *l. 2 §. 1. D. de vulgar. & pupill. substitut.* In eóque durior est condicio nepotis quàm extranei, quòd nepotis exheredatio facta viuo filio ei nocet quandocunque facto suo heredi, non item exheredatio extranei, extraneo, scilicet propter spem suitatis, & quia sine vllo hominis facto ac solo naturæ ordine nepos fit suus auo argum. *dict. l. filium à patre. 28. §. filiusfamilias in fin. hoc titul.* Nam & vicissim nepos in eo melioris conditionis est quàm extraneus propter spem suitatis, quod si non exhere-
14 detur institui debet non etiam extraneus. † Non obstat superioribus quod in *dict. §. filiusfamilias* scriptum est si heres sit institutus filius vel exheredatus qui posteà suus esse cœperit non rumpere testamentum quoties nullo nouo facto hominis, sed naturali tantùm quodam ordine id contigerit. Est enim locus ille de filio primi gradus cuius institutionem nihil remorabitur. Nos autem de nepote agimus post filium & per successionis ordinem instituto, qui licèt institutus sit habendus tamen est pro non instituto quandiu filius viuit, quia non nisi post eum admitti possit. Quod autem eadem lex ait, *si heres institutus sit vel exheredatus*, non eò pertinet quasi aliàs nihil intersit ad testamenti validitatem an institutus sit vel exheredatus is qui viuo testatori suus heres factus est cùm testamenti tempore non esset (iam enim monuimus institutum non rumpere etiamsi facto hominis suus fiat, puta per adoptionem aut adrogationem, *dict. l. filio. 23. §. 1. eod. dict. l. si quis heres 18. de inoff. rupt.* exheredatum verò rumpere si exheredationis tempore fuit prorsus extraneus, *dict. l. non putauit. 8. §. si quis emancipatum de contr. tabul.* Sed quia in illius §. specie nihil interest an institutus vel exheredatus fuerit filius militis filijfamiliàs de castrensi peculio testati, cùm neutro casu rumpat testamentum,
15 quippe qui præteritus non fuerit. † Scio esse qui putent caput hoc secundum legis Velleæ ideò tantùm fuisse necessarium quòd licèt iure antiquo & lege 12. tabularum iam natorum hominum institutio generaliter esset permissa, nepotum tamen quandiu filius superstes esset inutilis institutio videbatur: quasi quorum ratio nulla haberi deberet viuo filio, Velleum tamen animaduertisse, moriente filio nepotem in sui heredis locum succedere, ob idque lege sua cautum voluisse vt nepotis institutio valeret quæ in suitatis futuræ casum collata esset. Verùm si, vt isti fateotur, ita ius erat vt institui nepos iam natus posset siue purè, siue in eum casum quo suus heres futurus esset, quid fuit obsecro necesse Velleum constituere vt ius instituti valeret? Rursum si nulla huius nepotis ratio habenda erat viuo filio, cur ei permissum erat rumpere succedendo tametsi institutus esset vtiliter, ni Velleus prohibuisset? Præsertim cum non eò minùs rumperet quòd in casum suitatis futuræ institutus fuisset. Hic enim casus est in quo prohibuit Velleus eum rumpere, constat autem prohibuisse rũpere eo ipso casu quo aptè rumpebat. Denique tantùm abest vt nepotis Velleani viuo patre ratio nulla habenda esset, vt ex contrario maior tum ratio eius haberetur, quàm si iam testamenti tempore defuncto patre primum ille in familia gradum locúmque occupasset, & quidem præmortuo filio impunè nepos præteriri poterat saluo tantùm iure accrescendi: cum verò pater eum testamenti tempore præcedebat si postea in ipsius locum succedere nepotem contingeret etiam, institutus rumpebat succedendo quasi præteritus, vt docuimus pluribus suprà ad §. idem credendum, vbi dissimilitudinis quoque rationem attulimus, quam hîc repetere nil est necesse. Laudo ego Salomoniom, licèt non laudem commentarios quos ille in hanc legem amplissimos conscripsit, qui ingenuè & ex bona fide profitetur rationem se ignorare eius iuris quod posteriore hoc capite legis Velleæ inductum fuit, id est cur necesse fuerit lege prohiberi ne succedendo testamentum rumperet nepos qui vtiliter esset institutus. Nec sanè si per mille annos te exerceas aliam rationem inuenire possis quàm quæ à nobis excogitata & tradita est. † Apparet igitur quod scriptum est in *dict. l. posthumorum, 13. in fin. & in §. posthumorum. Iustit. de exhered. liber. idque lege Iulia Vellea prouisum est*, non sic accipi debere vt lex Vellea permiserit institui aut exheredari nepotem iam natum tempore testamenti, non item vt misserit, aut vt præterito nepote testamentum successione rũpi voluerit (hæc enim omnia iam ante legem Velleam obtinebant) sed vt instituto eo vel exheredato prohibuerit successione rumpi testamentum, eo nimirum casu quo filius præmortuus esset institutus. Nam si erat exheredatus nil se interposuit lex Vellea, quia nec necesse fuit. 16

Capvt XX.

Exheredatione non perimi ius suitatis, Ad l. 1. §. si pater in potestate, de coniung. cum emancip. liber. eius, & Ad l. qui in aliena. 6. §. interdum de acquir. hered.

Svmmaria.

1 *Variæ rationes congeruntur, quibus probatur ius suitatis exheredatione non perimi.*
2 *Non tantùm iure ciuili, sed etiam Prætorio exheredatum filium nepoti obstare, quominus nepos præteritus contra tabulas bonorum possessionem petere possit.*
3 *Filium licèt exheredatum, primum tamen gradum tenere etiam in causa succedendi moriente testatore.*
4 *Respondetur ad nõnullos iuris locos quibus probari videtur ius suitatis exheredatione perimi.*
5 *Quomodo intelligendus sit Vlpianus in l. 1. § sed & si patruus. ff. de coniung. cum emancip. lib.*
6 *Cur filius exheredatus in d. § pro mortuo habeatur.*
7 *Quid in Edicto de coniungendis cum emancipato liberis, faciat vt exheredatus pro mortuo habeatur.*
8 *Extra casum illum Edicti exheredatum filium pro mortuo habendum non esse.*
9 *Respondetur ad l. qui in aliena. § interdum. ff. de acquir. hered.*
10 *Euenire aliquando vt filius sit patri heres necessarius quamuis nec suus sit, nec in patris morientis potestate.*
11 *Quomodo in d. § interdum. fiat, vt eo ipso instanti quo nepos fit necessarius heres auo, fiat etiam suus.*

PRoximo capite obiter diximus, per exheredationem non tolli ius suitatis, quod an verum sit, & quomodo accipiendum, quia controuerti & ignorari video à viris doctissimis, operæ precium erit inuestigare. † Non tolli ius suitatis per exheredationẽ ex eo 1
intelli-

intelligimus, quod exheredati filij persona obstat nepoti quominus suus heres sit auo, adeò vt non solum impunè præteriri possit nepos si exheredatus filius & patri & aditæ patris hereditati superuixerit: sed etiam defuncto exheredato ante aditam ab extraneo hereditatem non possit rumpere quasi præteritus qui post exheredati patris mortem natus est, *l. si quis filio 6. de iniust. rupt.* vbi elegans ratio redditur, *cum nec exheredato huiusmodi nepos deberet ab auo quem pater præcedebat:* Et paulo post, *nam agnascendo quidem is rumpit quem nemo præcedebat mortis tempore.* Cui conuenit quod paulò obscurius licet elegantius circa eandem speciem Papin. tractat in *l. scripto 7. D. si tabul. testam. null. extab. vnd. liber.* maximè in postremis illis verbis, *quare qui non obstat iure intestati, iure testati videbitur obstitisse.* Nam si per exheredationem perimeretur ius suitatis, perinde agnascendo aut in sui heredis locum succedendò nepos præteritus rumperet, siue posthumus, siue iam natus, atque rumpit is cuius pater aut mortuus aut deportatus est, *l. 1. § pen. D. de bonor. poss. contr. tab. l. si necem 4. § si deportatus de bon. libert.* Sed neque posset pater filio exheredato pupillariter substituere, sicut nec emancipatò potest, nec mortuo, si filius exheredatus pro non suo aut mortuo haberetur. Et tamen exheredato quoque non minus quàm instituto pupillariter substituere pater potest, *l. 2. l. sed si plures. 10 §. ad substitutos de vulgar. & pupill. substitut.*

2 † Nec tantùm iure ciuili, sed etiam Prætorio exheredatus filius obstat nepoti, ne scilicet præteritus nepos contra tabulas petere possit aut ab intestato Vnde liberi, quod vtrumque posset si pater in medio nõ esset, aut ex eorum numero esse desijsset quos Prætor inter suos heredes connumerat, eodémque iure censet, vt Iustin. loquitur in §. *fuit autem* Institut. *de bonor. possess.* Facit *l. qui duos 3. de coniung. cum emancip. liber. eius.* illo loco, *exheredatus enim obstat filiis suis.* Nã quod sequitur *post emancipationem susceptis* irreptitiũ est, vt docebimus in eius legis interpretatione. Huius autem iuris ratio euidens illa est, quia exheredatio filij siue sui, siue emancipati vires nullas habet quandiu testator viuit, sed ab eo duntaxat tempore quo heredi instituto acquisita est hereditas. *l. filium. 20. vers. sed cum exheredato. D. de bonor possess. contr. tabu. l. si patronus testamento. 12. §. ex testamento. D. bonor. libert.* Hereditas autem non nisi post mortem testatoris acquiri potest, quia nec antè vllá esse intelligitur. *l. 1. de hered. vel act. vend. leg. qui superstites. 94. de acquir. hered.* siue de suo herede agatur, siue de extraneo. *l. in suis 14. de suis & legit. l. in suis 11. de liber. & posthum.* Porro suus heres ille est qui eo potissimùm tẽpore quo paterfamilias moritur primum in familia locum obtinet. *dict. l. si quis filio, & dict. l. scripto. l. filius. 28. §. 1. de lib. & posthum. l. si filiusfamilias. 53. §. 1. de testam. milit.*

3 † Nec ad rem pertinet si obiicias ius suitatis non ex eo tantùm æstimari quòd quis primum gradum in testatoris familia teneat, sed illud maximè requiri vt primum gradum teneat in causa hereditatis & successionis. *dict. l. in suis de liber. & posthum.* quæ res vix est vt conueniat exheredato quem exheredatio excludit non tantum à successione, sed etiam à spe successionis. Nam respondeo quod iam dixi, exheredationem nullius esse momenti quandiu pater viuit, sicut nec cætera quæ testamento continentur: ob idque nec facere posse quominus filius exheredatus sit auo morienti suus heres, qui & hac de causa exheredandus est si non instituatur ne præteritus iniustum faciat patris testamentum. Itaque negari non potest quin filius licèt exheredatus primum gradum teneat etiam in causa succedendi moriente testatore, quia necdum exheredatus videtur, & consequenter suus est, quamuis exheredatione postea confirmata per testamenti confirmationem, hereditate scilicet ex testamento acquisita, verum sit dicere exheredatum suum heredem non extitisse. *l. 1. §. post suos. D. de suis & legit.* Quod videtur Paulus innuere voluisse in *d. l. in suis*, iis verbis, *nec obstat quod licet eos exheredare quos & occidere licebat.*

† Non tamen desunt quidam iuris loci quibus contra probari videatur exheredatione perimi ius suitatis. 4

Ac primùm possit quis moueri ex eo quod scriptum est in *l. si quis posthumus. 9. §. 1. de liber. & posthum.* multum referre an filius exheredatus sit, an captus ab hostibus: filij captiui ius pendere, aut exheredati prorsus abscissum esse. Verum longè alia planéque contraria illius loci sententia est, vt dicemus infrà. Secundò vrgere illud maximè videtur quod scriptum est in *l. prima. §. si pater emancipatus versicul. sed & si patruus de coniung. cum emancip. liber. eius*, nepotes, quorum pater emancipatus exheredatus fuerit admitti posse ad bonorum possessionem aui cum patruo in potestate præterito, ratione illa, vt lex ait, quòd exheredatus pater eorum pro mortuo habeatur. Sed nemo non videt falsam esse rationem si generaliter intelligatur, eique prorsus contrarium quam supra retulimus ex Marcello in *dict. l. qui duos. 3. eod. titul. exheredatus enim.* inquit ille, *obstat filijs suis.* Quomodo enim obstaret si pro mortuo haberetur?

† Ergo sic Vlpianus intelligendus est vt quod pertinet ad Edictum *de coniung. cum emancip. liber.* de quo ille tractat, perinde admittantur nepotes ex filio exheredato eodémque emancipato siue soli cum patruus nullus est, siue cum patruo si patruus supersit acsi pater non esset, nempe quoniam ita posito iure vt ex nouo Edicto aut quod idem est ex noua Iuliani clausula, vt Marcellus loquitur in *dict. l. qui duos*, nepos in familia retentus iungatur patri præterito emancipato; absurdum sit fieri deteriorem nepotis condicionem, vt ad bona aui admitti nequeat ob id solum quod pater eius sit exheredatus, vt paulo antè Vlpian. scribit in versic. *absurdum*, & apertiùs Marcellus in *dict. l. qui duos.* Et tamen fieri non potest vt ei emancipatus iungatur ex edicto, pater qui exheredatus est. Neque enim putauit Prætor exheredatos ad bonorum possessionem contra tabulas admittendos, sicut nec iure ciuili testamenta parentum turbant, id est iniusta faciunt, vt non valere patiantur, solúmque iis superest remedium querelæ inofficiosi testamenti, si immerentes sint exheredati, *l. non putauit. 8. l. si post mortem. 10. §. exheredati de bon. poss. contr. tab.* Quo proposito si obtineant & rumpant, tum demũ iunguntur nepotib. nõ ex edicto de *coniung. cum emanc. lib. ei.* vt vulgo creditur (Neq; enim edictũ illud pertinet ad eũ casum quo proposita sit querela inofficiosi testamenti, cũ ea non rescindat totũ testamentũ, ac pro illa parte duntaxat, pro qua possit ab intestato succedere is qui egit. *l. mater decedens. 19. l. circa 24. de inoff. testa.*) sed hactenus vt simul pater exheredatus cũ filio eodémque testatoris nepote hereditatẽ obtineat, vt Paulus loquitur in *l. si ponas 23. eod. tit.* id est nepos partem hereditatis ex testamento, filius verò aliam partem petita possessione Vnde liberi, quæ scilicet pro ea parte ab intestato competit posteaquàm ruptum est testamentum. Est enim ea bonorum possessio post victoriam necessaria emancipato qui iure ciuili succedere ab intestato non potest, sicut & priusquàm queri possit necesse est vt aliam possessionem petat litis ordinandæ gratia de

qua in *l. posthumus. 6. §. ult. & l. Papinianum. 8. in princ.*
6 *eod. tit.* † Verum cum Vlpianus in *d. §.* si pater loquatur
de filio iuste exheredato, qui proinde aut queri aut si
queratur obtinere non possit, quique ob eam causam
nepoti iungi nequeat in hereditate, sicut nec in bene-
ficio edicti consequens est vt pro mortuo habeatur
quod ad illud Edictum attinet, neque impediat quo-
minus nepos in potestate retentus & præteritus bo-
norum possessionem contra tabulas solus petat, si so-
lus sit, sin cum patruo concurrat, dimidiam bonorum
partem consequatur, qui non nisi quartam consequi
deberet, si pater exheredatus non esset, *l. vltim. eod. tit.*
7 *de coniung. cum emancip.* † Et vt dicam apertius, Si quid
sit quod faciat ne exheredatus pro mortuo haberi de-
beat, illud vnum est quod nepoti in aui successione
obstat, cui sanè non obstaret si mortuus esset. Atqui ex
Edicto nouo *de coniungen. cum emancipat. liber.* factum
est ne obstare possit non solùm si exheredatus sit, sed
nec si præteritus, adeóque nec si institutus. Prope igi-
tur est vt ex edicto illo filius non solùm exheredatus,
sed etiam institutus aut præteritus pro mortuo haberi
debeat. Et verò ita esset si nullo modo nepoti obsta-
ret. Sed tamen quia pro parte obstat quando aut insti-
tutus est aut præteritus cùm iungatur nepoti, simúl-
que cum eo admittatur, non possis verè & absolutè
dicere habendum eum pro mortuo, vno illo casu, quo
est exheredatus. Tunc enim, quia neque obstat nepoti
propter edictum, neque cum eo in partem admitti-
tur, propter propriam exheredationem, quæ repellit à
beneficio bonorum possessionis contra tabulas, *l. non
putauit. 8. de contr. tab. ul. supereſt*, vt omnino pro mortuo
8 habeatur, etiam iure Prætorio. † Cæterùm extra cau-
sam illius edicti exheredatum pro mortuo habendum
non esse, vel ex eo maximè constat quod statim apud
Vlpianum sequitur, Si pater in potestate manens vel
exheredatus vel institutus sit nepotem ex eo siue in
potestate manentem siue emancipatum ad bona aui
neque vocari neque vocandum esse. Obstante scilicet
illi persona patris exheredati, perinde ac instituti, quæ
non obstaret si pater mortuus esset. Nam cùm pater
in potestate mansit non esse locum edicto Vlpian. do-
cet, ratione illa quæ sequitur: *Toties enim nepoti consu-
lendum est quoties in potestate retentus est patre emancipa-
to.* Atque ita locus hic intelligi debet, non quomodo
Bartolus intelligit suo more per ambages distinguens,
9 sed de eo latius infrà. † Postrema aduersus senten-
tiam nostram obiectio fieri potest ex *l. qui in aliena. 6.
§. interdum de acquirend. heredit.* vbi idem Vlpianus
scribit interdum & filiumfamilias sine aditione ac-
quirere hereditatem ei in cuius est potestate, vt puta,
inquit, si nepos ex filio exheredato heres institutus
sit. Patrem enim suum, sine aditione faciet heredem,
& quidem necessarium. Nam si ita est, consequens vi-
detur vt patris exheredati persona non obstet nepoti
quominus auo & suus heres sit, & necessarius: alioqui,
vt in *§. seq.* subiicitur, quomodo necessarius quis heres
esse posset per eum qui ipse non esset extaturus? Re-
spondeo personam patris exheredati obstare nepoti
quominus nepos sit suus auo nisi eo solo casu quo ne-
potem auus heredem instituerit. Nam cùm nepos he-
res institutus est, necessarius quoque heres est, licèt
antea suus non esset, cùm fuerit in aui morientis po-
testate, quod sufficit vt sit ei necessarius, *§. sed si quis*
10 *heres eod. leg.* † Imò & interdum euenit, vt filius sit
patri heres necessarius quamuis nec suus sit, nec in pa-
tris morientis potestate, vt contingit cum pater ab ho-
stibus captus est & apud eos defunctus, relicto in ci-
uitate filio, *l. lege Cornelia. 22. in fin. D. qui test. facer. poss.*

Et quemadmodum exheredatio filij nō impedit quò
minus nepos heres institui possit ab auo qui extraneū
quemlibet instituere potuisset, ita nec impediri potest
quominus idem nepos auo sit heres necessarius, id est,
vt ipsum necessarij nomen significat, statim & ipso iu-
re, ita vt nulla aditione opus sit. Id enim commune ius
est necessariorum omnium heredum etiamsi non sint
sui, vt puta seruorum æquè ac liberorum. Inde verò fit
vt cum isti nepoti tanquā necessario heredi statim &
ipso iure post mortem aui confirmetur exheredatio fi-
lij, sicut & per aditionem hereditatis ab extraneo he-
rede factam confirmaretur, *d. l. filium. 20. de contr. tabu.*
Alioqui plus posset aditio in extraneo, quā iuris pote-
stas in herede necessario, quod absurdū esset. † Porrò 11
confirmata exheredatione, atque ita summoto filio eo
ipso instanti quo auus mortuus est, illud quoque eue-
nire necesse est, vt eodē ipso instanti quo nepos fit ne-
cessarius heres auo fiat etiā suus, quia licèt proximum
gradū nunquā tenuerit obstante illi persona patris ex-
heredati, verū tamen est & fuisse eū in potestate, nec à
patre vnquā in hac successione præuentū. Quippe cū
nec viuo auo quicquā iuris in ipsius hereditate habere
pater potuerit, nec eo mortuo necessariū heredē præ-
uenire: quā in rem textus est elegātissimus in *d. l. scri-
pto. 7. vn. liber. d. l. si quis filio. 6. de iniust. rupt.* Neque ve-
rò absurdū videri debet quod dicimus nepotem hunc
& ob hoc fieri suū heredē auo quòd sit necessarius, &
eodem nihilominus instanti quo necessarius fit suum
quoque fieri. Cùm. n. vtrunque fiat sola iuris potesta-
te, nihil prohibet fieri etiā vtrumque eodē instanti, &
si vlla temporis discretione, quam interuenire necesse
est quoties de causa & effectu agimus in re quæ vel
hominis vel naturæ factum requirat. Siquidem & na-
tura & homo non nisi in tempore operantur, ius verò
in instanti. Intestato decedente auo aliud est, quia non
potest fieri nepos heres auo necessarius, quam prius he-
res fiat: heres autem fieri multò minus ab intestato
quandiu pater eum præcedit licèt exheredatus fuerit,
cùm testatore exitum intestati faciente exheredatio
quoque fiat irrita *d. l. filium de contr. tab. l. si patronus. 12.
§. ex testamento de bon. liber.* præterquam in singulari &
pereleganti illa specie quam Papin. & Vlp. tractant in
d. l. scripto. & d. l. si quis filio; hoc est cum instituto ex-
traneo deliberante de adeunda hereditate exheréda-
tus filius moritur, deinde repudiante scripto herede
testamentum deseritur. Tunc enim cùm mortuo de-
mum exheredato intestati successio deferatur, de-
serto scilicet destitutóque per repudiationem testa-
mento, exheredati persona facere non potest quo-
minus nepos sit suus auo, *leg. 1. §. secundum de suis
& legit. leg. vltim. in fine de condict. institut. §. cum autem
dubitat, de heredit. quæ ab intestat. defer.* † Itaque fal- 12
luntur egregiè, meo iudicio, qui ad *dict. §. interdum*
generaliter notant nepotem ex filio exheredato &
suum heredem esse auo & necessarium. Nec re-
ctius Cynus eum anomalum heredem vocat, quòd
cùm sit necessarius, non tamen sit suus. Nam imò
verò cùm institutus est & suus est & necessarius, fa-
citque exheredatum patrem auo heredem, non qui-
dem suum, neque enim suus heres per alium quis
fieri potest, sed necessarium. Sic enim intelligi de-
bet & constitui quod lex ait, *patrem enim suum sine
aditione faciet heredem*, vt dictio illa *suum* non ad *here-
dem*, sed ad *patrem* referatur. Cùm verò non est insti-
tutus nepos nec suus est, nec necessarius, nec insti-
tuendus, nec exheredandus, nec iniustum facit testa-
mentum nec rumpit, licèt ab intestato sit suus eo vno
casu quo testamentum destitutum sit omnia post ex-
here-

heredi[tat]i mortem ab extraneo instituto hereditate. Anomalus potius heres dicendus est pater exheredatus, qui per nepotem instituitum ita fit necessarius heres patri, vt tamen non fiat suus. Ex eoque apparet euidentius verum esse quod diximus, in instanti fieri quicquid fit nuda iuris potestate. Quandoquidem eodem protinus instanti & nepos fit auo heres necessarius, & patrem suum facit heredem necessarium, adeò vt non idcirco tamẽ duo sint heredes necessarij eiusdem testatoris, sed vnus tantùm, nempe pater, vt non obscurè Vlpianus significat in §. *seq.* sic scribens, *nam per eum quis existere necessarius non potest qui ipse non esset extaturus.* Nõ sic scribit, *qui ipse necessarius non extitit*, sed sic, *qui ipse non esset extaturus*, vt intelligas necessarium amplius non esse eum, qui iam alium necessarium fecerat.

ANTONII FABRI SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber Decimus.

CAPVT I.

Cur non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis ad impediendum ne succedendo nepos Velleanus rumperet.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter Velleanum & Aquilianum nepotem.*
2 *Cur Velleanus posthumus vulgariter substitui non possit?*
3 *Reycitur ratio à Goueano allata.*
4 *Quid lege Vellea inductum sit?*
5 *Goueani ratio, cur relicta vulgaris substitutionis formula secundum legis Velleæ caput necessarium fuerit, ne succedendo nepos Velleanus aui testamentum rumperet.*
6 *Vera huius iuris ratio redditur.*

VIdimus in superioribus cur non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis ad Aquiliani nepotis institutionem, & cur nouam ac ante Gallum incognitã in eam rem formulam excogitari oportuerit. Alia planéque differens quæstio est quam nunc proponimus, & ad
1 quam non eadem responsio accommodari possit. † Nã Aquilianus nepos posthumus est, & quidem si eum quasi posthumum duntaxat consideres, alienus testamenti tempore, qui proinde nec institui poterat, nec vulgariter substitui: cùm vulgaris substitutio nominatim fiat in casum delatæ alteri hereditatis, & consequenter in eum casum quo substitutus sit non suus. Is enim suus est ante quem non est alij delata hereditas, *l. si quis filio. 6. de iniust. rupt. leg. scripto. 7. D. vnd. liber. l. 1. § scendum de suis & legit.* Itaq; inueniri rationẽ necesse fuit per quam hic nepos institueretur non tãtùm in eum casum quo esset suus (neque enim hoc sufficeret, cùm institutionis potissimùm tempus spectari oporteat) sed etiam ex eo demum tempore quo suus factus esset. Id verò Gallus subtilissimè assecutus est, vt pluribus docuimus. At Velleanus nepos iam testamenti tempore natus institui omni iure potuit, tametsi nondum esset suus heres institutionis tempore. Quidni enim cùm & extraneus quilibet institui posset? Illa namque distinctio an suus heres sit an alienus qui instituitur, vt sciatur vtrum institutio valeat, necne, in posthumos tantùm cadit non in iam natos.
2 † Quod cùm ita sit, cur non & vulgariter substitui potuit? Cùm & condicio illa verbis legis Velleæ expressa, *si quis ex suis heredibus, suus heres esse desierit*, etiam viuo testatore, vi ipsa contineatur in vulgari substitutione, quippe quę eo casu quo scriptus heres viuo testatore decedat, euadere soleat in institutionem & ad institutionis intellectum reuocetur, *l. cùm ex filio. 39. § quidam de vulg. & pupill. substit.* † Non reperio ex 3
nostris interpretibus qui quæstionem proponat præter Antonium Goueanum in posterioribus ad *dict. l. Gallus commentarijs*, vbi scribit posse dici non inelegãter, ineptam propterea visam esse substitutionis formam, quia qualitas ipsa personarum eam contineret conditionem, neque continuò nepotem heredem esse posse ex substitutione non adita à filio hereditate. Nã abstinentem filium nepoti substituto locum non facere cùm in suis non sit successio, *d. leg. 1. § scundum de suis & legit.* Ego verò nihil inelegantius (pace viri doctissimi & elegantissimi dixerim) afferri potuisse existimo. Nam quod ait qualitatem ipsam personarũ continere vulgaris substitutionis conditionem, licèt subobscurè, eo tamen sensu dictum puto, quòd ex ipsis filij nepotisque personis satis constet filio herede non existente heredem fore nepotem. Atqui id falsum est nisi vno eo casu quo auus intestatus moritur, & filius ante auum. Nos verò eum casum tractamus quo testamentum factum sit. Id enim legi Velleæ propositum fuit vt testamentum confirmaret, *l. si heredas. 10. § qui filium de test. tutel.* Cur non ergo sufficere potuit vulgaris substitutio, vt filio præmortuo nepos nõ ab intestato, sed ex testamento heres auo fieret? Deinde si ob solam personarum qualitatem inepta visa est vulgaris substitutio, quidni æquè ineptam dicas legẽ Velleam quæ eandem conditionem iisdem verbis expressit? *si fili⁹ suus heres esse desierit, liberi eius*, &c. Quod verò adijcit non continuò nepotem heredẽ esse posse ex substitutione non adita à filio hereditate, quoniam abstẽtio filij non faciat locum substituto, minus quoque ad rem pertinet. Nam præter id quod nuda sui heredis abstinentis existentia non impedit vulgarem substitutionem, quia testator iis verbis, *si filius heres nõ erit*, non tam ad nudum nomen heredis respicit quàm

demum tempore, ita & pronepos in casum mortis filij & nepotis et eo demum tempore quo ambo decesserint institui possit. Velleus verò non nepotis aut pronepotis nomen vsurpauit, *sed descendentium*, quorũ appellatione constat non minus pronepotes & abnepotes, caeterósque deinceps quàm nepotes contineri. Ea etiam distinctio adhibenda est, quam & in tractatu de Aquiliano nepote instituendo adhibuimus, an instituto pronepote, nepos quoque institutus sit an praeteritus. Nam si vterque institutus sit securè testatorauus & siue patri superuiuat nepos siue praemoriatur succedendo rumpere numquam potest. Sed si praeteritus fuit non eò minus rumpet quod & filius & pronepos sint instituti si ipse patri superuixerit: *d. §. idem credendum in fine.* Neque enim alium lex Vellea rumpere prohibet quàm qui sit institutus aut exheredatus. Quod & in hoc §. Scaeuola monet postremis illis verbis, *dummodo heres institutus sit aut exheredatus.* Subiicit Scaeuola, *Et benè verba se habent*, Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, *ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus.*
3 † Sensus est, aptioribus verbis conscriptam legem quàm Galli Aquilij formulam non solum quod ad personas attinet, vt proximè dixim⁹, sed etiã quod ad casus in quibus necessaria sit nepotis aut pronepotis institutio. Gallus enim solum mortis casum expressit; vnde tot dubitationes, Quòd si filius non morte, sed deportatione aut captiuitate, nepos verò ex filio etiam emancipatione suus heres esse desiisset, an institutio facta in casum mortis his quoque casibus defendi posset, aut potius, an sicut in casum mortis, ita in hos quoque institui nepos aut pronepos posset? De quibus omnibus diximus ad *§. & quid si tantum*, ac alios sequentes. Velleus verò hic quoque & in praecedenti clausula generalib. verbis vsus est ad comprehẽdendos casus omnes quibus possit filius aut nepos desinere suus heres esse siue morte, siue deportatione, siue emancipatione, siue captiuitate. Sic enim legem concepit, *si quis ex suis heredibus suus esse desierit.* Itaque nil necesse est suppleri legem, quomodo supplendam diximus Aquilij sententiam. Obseruãdum autem est quod Scaeuola sic loquitur, *quos supplendos in Galli Aquilij formula diximus.* Nam scripsit in Galli Aquilij formula, quia si ponas Aquilianam formulam sic à testatore vsurpatam vt solus mortis casus expressus sit, alius autem casus eueniat, puta deportationis aut captiuitatis, non possis formulam supplere vt valeat institutio in eum casum qui expressus non est, licèt sit expresso simillimus: quoniam institutionum conditiones in forma, vt aiunt, specifica impleri oportet, & qui in vnum casum expressum & specialem institutus est, in alium omissus intelligi debet, *l. commodissimè. 9. supr. docuit.*
4 † Suppletio igitur facienda est ad sententiam non ad formulam Galli Aquilij, vt quemadmodum induxit posse institui nepotem in casum mortis filij, ita senserit perinde institui eum posse in casum deportationis aut captiuitatis, id est perinde licere testatori casus istos exprimere ac casum mortis, & quem ex iis velit, nisi malis omnes, vt securius testetur, quẽadmodum plurib. explicauimus ad *d. §. & quid si tantum.*
5 † Sequitur apud Scaeuolam, *nec solum si nepos viuo patre decesserit, nec succedens pronepos auo mortuo rumpat, sed etsi superuixerit patri.* Hic verò versiculus est quem & Goueanus & Cuiacius, clarissima Iurisprudentiae lumina, corruptum esse crediderunt, existimantes non *nec pronepos* legendum esse, sed *ne nepos*, aut, quod maluit Goueanus, *patri nepos*. Vt sensus sit, pronepote instituto nepotem ante patrem decedere oportere, ne successione rumpat testamentum. Mouentur viri doctissimi ex verbis illis *auo mortuo*, referri ea putantes ad nepotem non ad pronepotem, quod Scaeuola in hoc tractatu huiusmodi appellationibus sine flagitio abuti non potuerit. Mihi videtur Florentinam receptámque lectionem non solùm probabilem esse, sed neque istam emendationem vllomodo admittere. Nã cùm praemortuo filio nepos successione rumpi testamentum aui ob id quod in eo praeteritus sit, nõ rumpit auo mortuo, sed auo viuo, cùm & rũpat succedendo, & succedat, viuo auo, cui & quasi agnasci dicitur, *l. posthumorum. 13. de iniust. rupt.* Quemadmodum ergò posthumus viuo testatore natus rumpit agnascendo, & adeò rumpit viuo patre, etiamsi postea eodem viuo mori illum contingat testamentum tamen iure ciuili non conualescat, *l. posthumus. 12. l. qui vxorem. 15. de iniust. rupt.* Ita & nepos Velleanus qui posthumi loco esse dicitur in *d. l.* posthumorum quasi agnascendo, id est succedendo in locum sui heredis viuo auo, eodem
viuo vt rumpat necesse est. † Quo fit vt magis mirer, 6
quod idem Cuiacius ex hoc §. probari ait tam posthuhumum quàm qui posthumi loco sit cum praeteritus est non nisi post mortem testatoris effectu ipso testamentum rumpere. Nam vt id ex hoc §. probes, prius probare te oportet legendum hîc *nepos* non vt legitur *pronepos*. Atqui falsum est, quod admissa emendatione sequeretur, testamentum non rumpi successione nisi post mortem testatoris. Ergo vel ex hoc ipso etiamsi illud nihil esset inferre potius debeas, nihil de recepta lectione immutandum. Neque mouere viros acutissimos debuit quòd auus dicitur ex comparatione nepotis non pronepotis. Nam vt ita sit, negari tamen non potest quin pronepos qui testatorem proauum habet idem filium testatoris, cuius nepos est non pronepos, auum habeat: nec verò Scaeuolae imputari potest cur in hoc tractatu his appellationibus abutatur, & auum dicat eum quem filium testatoris dicere debuerat. Cùm enim de pronepote tractaret, quod alio quàm aui nomine filium testatoris exprimere potuisset? Deinde verba illa *auo mortuo*, quae iuris ratio, vt ostendimus, non patitur ad testatoris personam referri, an non satis totam dubitationis & ambiguitatis cau-
sam perimunt? † Id igitur Scaeuola sibi vult, ita inter- 7
pretandam secundam hanc legis partem vt si & filium & nepotem, & pronepotem habeas, pronepos institutus, succedens in locum sui heredis non rumpat, siue nepos viuo patre suo eodemque pronepotis auo decedat, eodem auo postea ante testatorem mortuo, siue nepos ille patri suo superuixerit; dummodo institutus sit vel exheredatus. Nepote ante patrem suum eundémque testatoris filium moriente, non quaerimus an institutus sit vel exheredatus vel praeteritus, quia cùm verum sit nec suum eum vnquam fuisse, nec esse vnquam posse, neque iniustum facere testamentum potest neque rumpere succedendo, quia nec succedit, aut succedere amplius potest. Nepote autem patri superuiuente illud omnino exigimus vt institutus sit vel exheredatus, ne alioqui successione rumpat, vt diximus ad *d. §. idem credendum.* Ita fit vt nepote qui superuixit praeterito pronepos quidem qui institutus est non rumpat, sed tamen eius institutio fiat irrita, nepote ipso qui eum in gradu praecedit, testamẽtum rum-
pente. † Ex quo etiam apparet quàm parum subtili- 8
ter faciant qui postrema illa huius §. verba, *dummodo institutus sit vel exheredat⁹*, ineptitiae & imperiti interpretis esse arbitrantur. Sic enim virum quendam doctissimum quem in ore & oculis semper fero, publicè docuisse audio, motum praecipuè ex eo quòd ita con-

desiisse filium qui apud hostes decesserit, nimirum
propter fictionem legis Corneliæ, quæ facit vt ciuis
Romanus apud hostes decedens prima captiuitatis
hora mortuus retrofingatur idque in omnibus iuris
partibus, vt Vlpianus loquitur in *leg. in omnibus. 18. de
captiu. & postlim.* Quod aiunt nepotem hunc & in sui
heredis locum succedere, & succedendo non rumpere
verissimum sanè est, mihique in eo cum illis conuenit
sicut & in eo quod volunt successionem hanc
nepotis in locum sui heredis factam intelligi viuo testatore,
licèt nonnisi post ipsius mortem captiuus filius
apud hostes decesserit. Alioqui certè non pertineret
casus hic ad legem Velleam, cuius secundo capite
id cautum diximus vt succedens viuo testatore
nepos aut pronepos in locum sui heredis dummodo
vtiliter institutus esset aut exheredatus, testamentum
2 non rumperet. † Sed quod rationis loco subiiciunt,
propter fictionem legis Corneliæ, id verò probare nullo
modo possum. Nam si ad fictionem legis Corneliæ respicias
non tantùm viuo testatore & post testamentum,
sed iam inde ab ipso instanti captiuitatis & antequam
testamentum fieret, retrofingendus erit filius
in ciuitate decessisse, atque ita eueniet vt casus hic
nec ad verba nec ad sententiam legis Velleæ accommodari
possit, quæ non nisi de ea successione locuta
est quam & viuo testatore & post testamentum fieri
contingat. Nempe quia nec necesse erat prouideri in
eum casum quo nepos aut pronepos ante testamentũ
in sui heredis locum successisset, cùm ne quidem præteritus
rumperet, sed tantùm ius accrescendi haberet,
vt diximus ad §. idem credendum, multò minus autem
rumpere posset si aut institutus esset aut exheredatus.
3 † Porrò non est ex interpretibus qui non fateatur
Scæuolam in hoc §. quæstionem proponere de
filio qui testamenti tempore fuerit in hostium potestate:
nam & Scæuolæ verba sic habent, *si filium apud
hostes habens, nepotem ex eo heredem instituas.* Quanquã
nec aliud iuris esse existimandum est, quòd ad nepotem
aut pronepotem attinet, si filius post testamentũ
ab hostibus captus sit, nisi quod iniustum faceret testamentum
si in eo præteritus esset, cùm si iam testamenti
tempore captus fuisset impunè præteriri potuisset,
§. *in omnibus sup.* Sed & me illud non parum
mouet quod Scæuola, postquam scripsit, posse, licèt
audenter, dici nepotem hunc de quo tractat, viuo patre
suo heredem suum esse desiisse, non illam rationẽ
adfert quam nostri comminiscuntur, & quam si recta
esset æquè obuiam habere poteras: *quia per fictionem
legis Corneliæ pro mortuo habeatur pater*, sed aliam longè
diuersam, adeóque contrariam. *quia nec rediit pater nec
redire potest*, quæ sanè inepta sit si patrem pro mortuo
4 habendum Scæuola existimauit. † Quid enim necesse
erat monere eum qui in ciuitate mortuus esset aut
esse fingeretur antequam ab hostibus caperetur in ciuitatem
vel rediisse vel redire nunquam posse? Deinde
quætam obsecro audacia illa est, dicere, filium ab
hostibus captum desiisse suum heredem esse viuo patre
si ex fictione legis Corneliæ iam inde à prima captiuitatis
hora mortuus retrofingatur? Nisi fortè audax
ille est, qui negat suum heredem esse qui iam
mortuus sit vel pro mortuo habendus, aut quisquis
fictionem legis Corneliæ inducit vt pro mortuo ha-
5 bendum esse dicat eum, qui re vera viuit. † Rursum,
ex contrario difficile est dicere fictionem legis Corneliæ
hîc locum non habere, cùm generaliter proditum
sit, præsertim ab Vlpiano in *d. l. omnibus*, in omnibus
partibus iuris eum qui reuersus non est ab hosti-
6 bus quasi tunc decessisse videri cùm captus est. † Sed
& eo admisso vt legi Corneliæ hîc locus non sit,
longè difficilius est: qua ratione fieri possit vt suus
heres esse desinat viuo testatore filius qui quandiu pater
viuit ab hostibus redire potest, & postliminij iure
ciuitatẽ repetere eadémque iura omnia quæ haberet
si semper in ciuitate mansisset. Nam si ad nittas nepotem
in proposita specie succedere in locum sui heredis
viuo auo, an non euenire necesse erit vt filio in
ciuitatem redeunte viuo auo, sicque pristinum suitatis
ius recuperante duo sint eodem tempore sui heredes
testatori, aut quod erit longè absurdius, vt nepos
qui in locum sui heredis succedendo suus heres factus
fuerat, rursus suus heres esse desinat, eiúsque institutio
quæ iam sibi locum vindicauerat, quasi priore
gradu vacuo, iterum recurrat in secũdum gradum
priore nunc denuò per eum qui antea exclusus fuerat
occupato? Et verò non frueretur pleno iure postliminij
filius in ciuitatem reuersus si in iure suitatis cum
nepote concurreret ob hoc solùm quòd medio tempore
& tantisper dum filius ipse ab hostibus retineretur,
nepos primùm locum occupasset. Si enim semper
mansisset in ciuitate, quomodo mansisse retrofingitur,
solus ille suus heres esset patri nec nepotem ex se
susceptum in eo iure socium admittere cogeretur: quẽ
sanè nec iuris ratio admitti patitur, cùm fieri nequeat
vt in iure suitatis nepos cum patre concurrat, non magis
quàm vt æquè proximo gradu sint, qui in diuerso
gradu sunt. Ideóque verum est patrem quandiu apud
hostes est obstare tamẽ liberis suis propter spem post-
liminij, *l. si necem. 4. §. si deportatus de bon. libert.* † Quòd 7
si mortuo demum testatore dicas filium qui ab hostibus
captus fuerat, desiisse suum heredem esse quòd ab
eo saltem tempore certum sit eum nec in ciuitatem
rediisse nec redire posse viuo testatore, facies necessariò
vt casus hic ad legem Velleam non pertineat, quę,
vt diximus, de iis tantùm nepotibus & pronepotibus
locuta est qui viuo testatore succedentes in locum sui
heredis testamentum rumpebant, *l. posthumorum. 13. de
iniust. rupt.* † Possis quoque, si voles, etiam ad eos qui 8
post mortem aui aut proaui in locum sui heredis successerunt
legem extẽdere per interpretationem, quoniam
verba patiuntur quæ sunt generalia, *si quis ex
suis heredibus suus heres esse desierit.* Neque enim expressit
an viuo tãtùm testatore, an eo etiam mortuo suum
heredem esse desinere oporteat eum in cuius locum
succeditur vt legi locus sit. (Idque est quod ait Scæuola,
nihil enim addidit quo significaret tempus) Sed si ita
legem interpretêre, facies contra cæterorum prudentum
omnium sententias, quibus visum est posterius
hoc legis caput non nisi ad eos nepotes aut pronepotes
pertinere qui viuo testatore succedant, *d. l. posthumorum.
13. de iniust. rupt. l. 2. §. 1. de vulg. & pupill. substit.
l. si hereditas. 10. §. qui filium de testam. tutel. l. sed si conditionis.
6. §. 1. de hered. inst. l. si quis filium. 34. C. de inoff. testam.
l. 2. C. de liber. præter.* Facies etiam contra ipsius
Scæuolæ sensum qui nec in proposita specie, nec proinde
alio vllo casu necessarium esse putat inducere
hanc interpretationem, cùm defendi possit, licèt audenter,
filium istum de quo quærimus, viuo patre eodémque
testatore desiisse suum heredem esse, quamuis
post eius mortem decesserit. Nodos istos non est
ex interpretibus qui vel supremis digitis attingat, qui
autem dissoluat, multò minus. Omnium error vnus
ille est, in quo etiam nos aliquando versati fumus,
quod putant fictionem legis Corneliæ hîc locum
habere, ex eáque fieri vt filius ab hostibus captus
iam inde ab ipso vltimo libertatis momento defunctus
retrofingatur. Quod tamen falsissimum & à

heres, tum durante patris captiuitate decessisset, ni-
hilominus retrofingeretur suus heres fuisse patri,
quod tamen falsum est, quia lex Cornelia non defert
hereditatem nisi ei qui tunc suus aut proximus agna-
tus est cum captiuus moritur, *l.3. Cod. de postlim. reuers.*
non autem mortuo arg. *l. quidam 14. de iur. codicill.* De
quo latius dicturi sumus infrà † Ex quo intelligimus
17 quod Vlpianus scripsit in *dict. l. in omnibus 18. de ca-
ptiu. & postlimin.* in omnibus partibus iuris eum qui
reuersus non est ab hostibus quasi tunc decessisse vi-
deri cùm ab hostibus captus est, non tam generaliter
intelligendum esse vt quod ad omnia, & quod ad o-
mnes personas fictio legis Corneliæ semper locum
habeat, sed ita potiùs vt quo casu & in qua persona
locum habet, sic in persona eius qui ante captiuitatẽ
paterfamilias fuit, & in causa hereditatis ipsius con-
firmandæ eadem nec durior sit conditio defuncti a-
pud hostes, & quidem in omnibus iuris partibus,
quæ esset si in ciuitate decessisset. Aliud enim est di-
cere simpliciter, *in omnibus*, illud *in omnibus partibus
18 iuris.* † Hæc verò si ita sunt, vt lex Cornelia ad fi-
liumfamilias nil spectet etiam cùm de patris heredi-
tate agitur quæ per eam ipsam legem confirmatur,
quia non nisi de patrefamilias locuta est; nec de fi-
liofamilias loqui potuit, quòd nulla ipsius hereditas
sit quæ confirmatione indigeat, omnino sequitur, vt
iam ad Scæuolam veniamus, filiumfamilias ab hosti-
bus captum & apud eos mortuum non retrofingi in
ciuitate decessisse, ideóque etiamsi priùs captus sit
quam testaretur auus, qui posteà nepotem ex eo fi-
lio instituit, non posse tamen videri nepotem in lo-
cum sui heredis quasi præmortui iam antè testamen-
tum successisse. In quo sanè errant misere qui existi-
mantes legis Corneliæ fictionem in filij quoque fa-
milias persona locum habere, nec tamen eo posito
obiectionem effugere valentes, coguntur admittere
quod est longè ineptius, legis Corneliæ fictionem hîc
non integram sed tantùm dimidiatam accipi, vt ef-
ficiant viri ingeniosi & subtiles, si dijs placet, ne ab
ipso captiuitatis initio fingatur in ciuitate mortuus
filius, sed ab eo demum tempore quo auus testatus
sit. Quo quid, obsecro, absurdius dici potest? Aut
quis fictæ huius & monstruosæ fictionis dimidiatæ
19 vnquam meminit? † Quod autem subiiciunt posse
hîc dimidiatam fictionem sufficere, quia non de he-
reditatis confirmatione agatur quæ totam, inquiunt,
fictionem requireret, sed tantùm de testamento
confirmando & ne filius apud hostes mortuus ei ob-
sit cui obesset si vel tota vel nulla fictio legis Corne-
liæ vsurparetur, æquè ineptum est. Nam si totam &
integram fictionem vsurpares, quid aliud inde fie-
ret nisi quòd iam ante testamentum factum mortuus
filius, in eiúsque locum nepos successisse crederé-
tur? Ex hoc verò quid inferri posset nisi tanto ma-
gis testamentum valere in quo nepos primum gra-
dum tenens esset institutus aut exheredatus? Atqui,
inquiunt, lex Vellea testamentum hoc non confir-
maret, quia ad eum tantùm casum pertinet quo ne-
pos in sui heredis locum post testamentum factum
succedat. Fateor, sed neque legis Velleæ auxilio
testamentum indigeret quod proprijs viribus solá-
que iuris ratione ita subsistere vt nec successione nec
alio vllo casu rumpi vnquam posset. Quomodo e-
nim rumperetur per nepotem institutum, aut ex-
heredatum, quia etiamsi præteritus esset non ta-
men rumpere, sed, vt sæpiùs diximus, rato manen-
20 te testamento scriptis heredibus accresceret? † A-
lia rursum ex parte si admitteres quod nos volumus,
nullam prorsus legis Corneliæ fictionem hîc locum
habere, quid, rogo, inferri ex eo posset, quo magis
testamentum rumperetur? Illud, inquies, quod filio
apud hostes post mortem defuncto, nepos in sui he-
redis locum non nisi auo mortuo succedere videre-
tur, atque ita succedendo rumperet, si verum est
quod suprà docuimus prudentes omnes sic legem
Velleam interpretatos vt ad alios nepotes aut pro-
nepotes non pertineret, quàm qui viuo testatore in
sui heredis locum succederent. Nego consequutio-
nem. Nam, vt mox dicam, non eo minùs verum e-
rit filium qui apud hostes post mortem patris defun-
ctus est, desisse viuo auo suum heredem esse, atque
ita locum fecisse nepoti, tametsi legis Corneliæ fi-
ctio nulla inducatur. Sed quamquam ita esset, dico
longè tolerabilius fore si lex Vellea per interpreta-
tionem ad eos quoque extendatur qui post mortem
testatoris sui heredes esse desierint, cùm legis verba
non repugnent, imò patiantur, quia sunt generalia,
quàm si inducamus vt lex Cornelia quæ de solo pa-
trefamilias locuta est, ad filiumfamilias contra iu-
ris, adeóque ipsius fictionis inducendæ rationem
porrigatur. † Verum enimuerò iam tempus est, vt 21
ostendamus qua ratione dici possit filium qui ab ho-
stibus viuo patre captus est ante testamentum, & post
patris demum mortem in captiuitate decessit, desis-
se suum heredem esse viuo patre, iam tamen vt non
nisi post testamentum suus esse desierit. Hoc enim
est quod præcipuam habet difficultatem. Difficul-
tas autem ex eo potissimùm nascitur, quòd alteru-
trum in proposito fieri necesse est, vt vel ex rei ve-
ritate vel ex fictione, non quidem Corneliana quam
iam sustulimus, sed postliminij rem æstimemus. † Si 22
ex sola rei veritate, apertissimum est eum qui ab ho-
stibus capitur fieri seruum hostium, *dict. l. tertia, in fin.
de verbor. significatione. l. tertia, §. sed & eius. D. de bonor.
possess.* & consequenter suitatis sicut & cætera liber-
tatis & ciuitatis iura omnia ex ipso captiuitatis in-
stanti amittere. Secundùm quod dicendum esset in
ea specie de qua disputamus iam inde ab eo tempo-
re quo hic filius ab hostibus captus sit desisse suum
heredem esse, locúmque nepoti fecisse, priusquam
auus testaretur. Proinde verendum non esset ne
successione testamentum rumperetur per nepotem,
qui iam ante testamentum in sui heredis locum suc-
cessisset. † Sed ne id dici possit obstat fictio postli- 23
minij quam Papinianus pereleganter in *lege penul-
tim. de suis & legitim.* vocat suspensi iuris constitu-
tionem, quæ licèt non faciat quominus is qui ab
hostibus captus est interea sit seruus hostium (hoc i-
pso enim necessaria illi est postliminij fictio, quòd
reuera & libertatem & rerum suarum dominium a-
miserit, cùm qui hæc retinent licèt in alia prouin-
cia & extra patriam morentur, postliminio non
indigeant, *lege non dubito 7.* vbi est textus elegans
de captiu. & postlimin.) facit tamen ne pro mortuo
haberi debeat, quandiu redire potest, quoniam ei
quandocunque reuerso pristina iura omnia restituit
quæ retinuisset si semper in ciuitate mansisset, fin-
gitque nunquam fuisse captum qui reuera captus
est. Inde fit vt quamuis filiusfamilias in hostium
potestate constitutus impunè præteriri possit à pa-
tre, quia verum sit non esse eum tunc temporis
suum heredem qui re ipsa seruus hostium est, quan-
documque tamen reuersus intestatum faciat patrem,
vtpote quem ex postfacto appareat non magis
præteriri potuisse quàm si in ciuitate mansisset red-
dito ei propter postliminium iure suitatis quod ca-

ptiuitas abstulerat §. *in omnibus supr. hac leg. lege pe-
nultima, infra hoc titul. vnic. lege si quis filio, sexta.§.*
24 *sed si pater de iniust. rupt.* † Ideò quandiu pendet ac
incertum est an ab hostibus rediturus sit necne, il-
lud quoque admitti necesse est, vt obstet liberis suis
ne sui heredes auo fiant, disertè Paulus scribit in
*lege si necem quarta: paragrapho, si de deportatus de bon.
libert.* Nam cùm status liberorum eius qui ab
hostibus detinetur in pendenti sit quandiu capti-
uus redire potest. *lege in bello, duodecima, paragrapho
primo, lege bona, vigesima secunda, paragrapho de captiu.
& postlimin. paragrapho si ab hostibus bibitur. qui-
bus mod. ius patr. potest. soluit.* fieri certè nequit vt ne-
pos perinde fiat suus heres auo acsi pater iam deces-
sisset, non solùm quòd si semel factus esset suus he-
res postea desineret non posset ob id tantùm quòd
reuersus esset pater ab hostibus, quia semel quæsi-
tum ius sui heredis non nisi certis modis iure ciuili
amittitur, inter quos ille non est si ab hostibus re-
dierit is qui anteà suus fuerat: sed etiam quòd spe-
randum potiùs sit reuersurum in ciuitatem eum qui
nunc apud hostes est, quàm non reuersurum. Es-
set siquidem pessimi ominis pro mortuo nec vn-
quam reuersuro haberi eum, qui apud hostes ad-
huc viueret, argument. *lege cùm tale septuagesimase-
25 cunda. in princi. de condict. & demonstrat.* † Nam &
ob eam causam receptum videmus vt res quæ apud
hostes est veniat in familiæ erciscundæ iudicium pro-
pter spem postliminij, *lege item Labeo vigesimasecun-
da, paragrapho vltim. cum lege sequen. D. famil. ercis-
cund.* non quia spes ista pro veritate habeatur (cùm
ex contrario intereà seruus hostium sit & habeatur
qui ab iis captus est, *lege si seruus decimasexta de in-
terrog. in iur. fac.*) At quoniam spes illa sit è Rei-
publicæ dignitate & vtilitate fore vt aliquando vi-
ctrix Respubl. euadat, & quæ omnia bello amisit
bello etiam recipiat. Hinc igitur apparet nihil esse
propter quod filiusfamilias ab hostibus captus non
desinat statim suus heres esse, nisi quod postliminio
redire possit, atque ita pristinum locum quem in pa-
tris familia tenebat recuperare. Ea res facit vt quan-
diu pater in ciuitate viuit, filius autem apud hostes
non desinat filius esse suus heres, quia tandiu fieri
potest vt viuo patre redeat. At cùm pater in ciuita-
te moritur, eo demum instanti, non quo mortuus
est, sed quo moritur, certum esse incipit filium qui
adhuc apud hostes sit, necdum in ciuitatem rediis-
26 se, nec viuo patre redire vnquam posse. † Ergo
saltem ex eo instanti dici potest filium desinere suum
heredem esse: & quidem viuo patre, quoniam in-
stans illud quo pater moritur vitæ patris computa-
tur, vt sæpissimè diximus ex *lege qui duos decima o-
ctaua, paragrapho primo, lege vltima, de fideicommiss. li-
bert. lege vltima de condiction. institut.* Vt proinde nil
sit necesse legem Velleam extendere ad eum casum
quo liberi post parentum mortem sui heredes esse
desierint, nec rursus inducere legis Corneliæ fictio-
nem, vt viuo patre ius illud suitatis amissum esse in-
telligatur. Eàque procul dubio Scæuolæ hoc loco
sententia est, itémque Vlpian. in *dicta lege si quis
filio sexta, paragrapho primo, de iniust. rupt.* in illis ver-
bis, *nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cùm in
eadem causa decedat*: quæ non sic accipi debent vt re-
trofingatur iam olim mortuus, qui numquam ab
hostibus rediit: sed vt cessante postliminij fictione
proptereà quod apud hostes decesserit exinde pro
nullo habeatur ex quo hostium potitus, id est eo-
rum seruus factus est, non ex retrofictione vlla, sed ex
iuris ciuilis veritate, quia quod ad ius ciuile attinet
serui etiam Romanorum pro nullis & mortuis ha-
bentur, *lege quod attinet trigesimasecunda, lege serui-
tutem, 209. de regulis iuris. lege tertia in fin. de stat. ho-
min. lege prima, de iur. delib.* multò magis serui ho-
stium. † Itaque si quis obiiciat, quod vnum di- 27
luendum superest, fieri posse vt mortuo quoque pa-
tre filius in ciuitatem redeat, sicque postliminij iu-
re ea omnia recuperet quæ per captiuitatem amise-
rat. In promptu responsio est, nos cum Scæuola
eum casum tractare, quo filius apud hostes decesse-
rit patre iam in ciuitate defuncto, non quo redierit,
consequenter in quo postliminij fictio locum habere
non possit. Alioqui certum est captum ab hostibus
filium patre mortuo, medio tempore posteà reuer-
sum si in potestate patris tempore quo capiebatur
fuit, suum fieri heredem, *paragrapho interdum. Inst.
de heredit. quæ ab intest. defer. lege captum nona, Co-
dic. de postlimin. reuers.* vbi tamen obseruandum est,
quod & iam monuimus ad *paragraphum sicuti sup.* di-
ctionem *Corneliæ* esse irrepititiam. † Neque enim 28
id fit ex lege Cornelia sed ex iure postliminij, *lege
ius postliminij decimaquarta eodem.* quod moribus &
legibus constitutum esse Paolus scribit in *lege postli-
minium, decimanona, D. eodem.* In eóque plenior est fi-
ctio postliminij, quàm legis Corneliæ quæ ad solam,
vt diximus, hereditatum confirmandarum causam
restricta est: fictio enim postliminij ad omnia capti-
ui iura pertinet quæ habiturus erat si in ciuitate
mansisset, ita vt de ipsius bonis & iuribus nihil prius
decernendum sit, quàm captum apud hostes mor-
tuum esse cognoscatur, *lege nec nos. quarta, Codic. eo-
dem.* † In hoc paragrapho illud quoque meminisse 29
oportet quod probauimus supr. interpretis non legis
esse verba illa, *in locum suorum sui heredes succedunto*,
sed quod Goueanus existimat in sequentibus illis, *ni-
si quod licet audenter possis dicere* verbum *licet* aut ver-
bum *possis* abundare, nimis leue est. Si enim *licet*
non pro verbo, sed pro aduerbio accipias quomodo
accipi debet, sensus est longè elegantior vtraque di-
ctione retenta. *Possis dicere*, inquit Scæuola, quam-
uis audenter, viuo patre, hunc suum heredem esse
desiisse. Cur verò audenter? Nimirum, quoniam
infringitur quodammodo ius postliminij cum ei qui
apud hostes est aliquid adimitur irreuocabiliter
quandiu redire potest ac priusquam certum sit re-
dire eum ampliùs non posse. Cùm, vt proximè di-
xi, filius hic tandem ab hostibus rediret, etiam post
mortem patris, suus ille heres fuisse videretur, *lege
prima, dicta lege captum nona, Codic. de postlimin. reuers.*
Et generale est vt iure postliminij omnia iura ciuita-
tis in persona captiui in suspenso retineantur, non
abrumpantur, *lege illa institutio trigesima secunda. pa-
ragrapho primo. D. de heredit. institut.* Porrò inter ci-
uitatis iura, id est quæ captiuus haberet si in ciuita-
te esset, suitatis ius numerari quis negauerit? † Sed 30
Scæuolam illud mouet quòd captiuo tandem apud
hostes mortuo ex euentu appareat fictionem postli-
minij locum non habere, quo secuto verum est iam
inde ab eo instanti quo pater decessit, sicque viuo
patre, desiisse filium eo viuo redire posse qui nun-
quam rediit, & in consequentias, suitatis ius amisisse
quod propter filij seruitutem re ipsa extinctum, sola
postliminij spe iurisque potestate in suspenso retine-
batur. Simile quiddam est in *l. huius scriptura 25. §. 1. ad
leg. Aquil.* in illis verbis, *quia verum est eum à te oc-
cisum tunc cùm vulnerabas, quod mortuo eo demùm ap-
paruit.*

CA-

Capvt IV.

An substitutio pupillaris lege Cornelia confirmetur, ad l. pater 10. in princip. D. de captiu. & postlim.

SVMMARIA.

1 *De vi & effectu legis Corneliæ quod ad hereditates eorum, qui in hostium potestate decesserunt.*

2 *An substitutio pupillaris confirmetur, licet pater in hostium potestate decesserit filio relicto impubere, qui intra tempus pubertatis defunctus sit?*

3 *Substitutum, non autem legitimum heredem in dicta specie admitti.*

4 *Filium in specie* dictæ legis pater. *patre captiuo superstitem impuberem de patris viui potestate exisse.*

5 *Cur in* d.l.pater in princ. *I.C. de filio impubere instituto nominatim tractet.*

6 *Multum in ea specie interesse an impubes filius institutus sit, an exheredatus.*

7 *Hanc differentiam a Papiniano in dicta lege indicari.*

8 *Reijcitur Cuiacij sententia vtrumque casum confundentis.*

9 *Refellitur argumentum pro Cuiacij sententia allatum.*

10 *Iulianum in* l. lex Cornelia, vigesima octaua de vulgar. & pupill. substitut. *de filio instituto agere.*

INtelligentur melius quæ de legis Corneliæ fictio-
ne proxime diximus contra veterem interpretum
omnium errorem, si quæstionem hanc quæ tres no-
bilissimos iuris authores dissentientes ha[bu]it, longè
aliter quàm vulgo ab interpretibus factum sit expli-
cemus, & quantum in nobis erit diligenter enarre-
mus. De qua etsi iam satis multa scripsimus *lib. 3. ca-
pitul. 9.* iterum tamen tractare eam & retractare nec
pudet, nec piget, vt ea emendemus in quibus tum
errasse nos, quatenus præsertim aliorum vestigiis in-
hærere voluimus, ingenue nunc & ex bona fide, vt
par est, agnoscimus. Quæstio est de pupillari substi-
tutione: an & quibus casibus ex lege Cornelia con-
1 firmetur. † Illud primum certissimi & indubitati
iuris est, legem Corneliam quæ testamenta eorum
confirmat, qui in hostium potestate decesserunt, non
solùm ad hereditatem ipsorum qui testamenta fece-
rint pertinere, sed ad omnes hereditates quæ ad
quemque ex eorum testamento pertinere potuissent
si in hostium potestatem non peruenissent, vt Iulia-
nus præfatur in *l. lex Cornelia. 28. De vulgar. & pupill.
substitut.* Vnde fit quod ibidem Iulianus subiicit, vt
si pater in hostiũ potestate decesserit filio in ciuitate
relicto impubere, & is intra tempus pubertatis in
ciuitate defunctus sit, hereditas ad substitutum pu-
pillarem pertineat perinde ac si pater ab hostibus
2 nunquam captus fuisset. † Neque hic casus dubi-
tationem vllam admittere prima facie videtur, quia
cùm patris & filij vnum sit testamentum licet sint
duæ hereditates *l. 2. §. prius autem eodem titul. l. pater-
familias 28. de rebus autor. iudic. possid. l. alias 13. de priui-
leg. credi.* fieri sanè non potest vt à lege Cornelia con-
firmationem pro parte accipiat, id est quod ad here-
ditatem patris, quin pupillaris quoque substitutio
confirmetur. Aut si quis dicere velit duo esse testa-
menta ex *l. in ratione. 11. § quod vulgo. D. ad legem falcid.
l. 1. §. 1. D. si cui plusquam per leg. falcid. §. 2. Institut. de pu-
pill substitut.* illud vtique constat duo illa testamen-
ta pro vno haberi tam ciuili iure quàm Prætorio. *l.
patris 20. de vulgar. & pupill. substitut.* & secundas, id
est pupillares tabulas principalium tabularum par-
tem obtinere videri. *l. penult. D. testament. quemadm. a-
per.* denique patris testamentum pro principali ha-
bendum esse, pupillare autem pro accessorio *l. ex pu-
pillari. 44. de vulgar. l. quidem. 5. § vltim. Co. de necess. he-
red. instit.* Principali verò confirmato, accessorium
quoque confirmari eodémque legis beneficio gaude-
re necesse est. † Non tamen defuerunt qui in pro- 3
posita specie legitimum heredem admitti dicerent
excluso substituto, ratione illa quod secundæ tabu-
læ locum habere non possent in persona eius qui vi-
uo patre sui iuris effectus fuisset, cùm is qui in ho-
stium potestatem peruenit desierit habere filium in
potestate nil obstante legis Corneliæ fictione, vt pro-
ximo capite diximus ex *l. lege Cornelia 12. D. qui testa.
facer. poss.* Verùm huic sententiæ manifestissima iuris
ratio refragatur, quoniam si pater qui non [re]diit iam
tunc decessisse intelligitur ex quo captus est propter
fictionem legis Corneliæ, illud omnino consequens
est vt substitutio suas vires necessario teneat, quem-
admodum Papinianus disputat in *l. pater. 10. in prin-
cip. de captiu. & postlimin.* Iuliani sententiam in hoc, vt
videtur, secutus. Sed indiget hæc Papiniani ratio lu-
ce aliqua vt clarior & elegantior fiat. Habet enim,
iudicio meo, nescio quid latentis & obscurioris sub-
tilitatis, quo intellecto apparebit fortasse non idem
prorsus Papiniani & Iuliani hac parte iudicium fuis-
se. † Nam ita esto vt Papinianus vult: Patrem qui 4
non rediit iam tunc decessisse intelligi ex quo captus
est, & quidem propter fictionem legis Corneliæ, ne-
gabo tamen rectã esse consecutionem illã, Ergo sub-
stitutio vires suas necessariò tenet. Illa enim semper
ratio obstat quia mouebãtur ij contra quos Papinia-
nus disputat, quòd verũ sit filium cui pupillatis sub-
stitutus datus viuo patre exisse de potestate, quo ad-
misso, aut probato fatendum necessariò est pupilla-
rem substitutionem corruere, vel eodem Papin teste
in *l. coheredi. 41. §. cùm filia de vulg. & pupill. substit.* Ita
autem esse vt quamuis per fictionem legis Corneliæ
fingatur pater retromortuus à proximo ante capti-
uitatem instanti, nihilominus exierit filius impubes
de patris viui potestate. Probo, quia licèt lex Corne-
lia faciat vt pater videatur ex eo tempore decessisse
quo captus est, ac proinde quo habebat filium in po-
testate, non tamen proinde ex contrario facit vt vi-
deatur filius eo tempore fuisse in potestate quo pa-
ter mortuus est, aut esse retrofingitur: diuersa nãque
fictio hæc est, ad solius heredis personam spectat de
quo lex Cornelia nec locuta est nec cogitauit, quia
nec heredibus prouidere voluit sed captiuis duntaxat,
id est eorũ testamentis & hereditatibus, vt supe-
riore capite probauimus ex aperto illo & eleganti
textu qui contradictionem non patitur in *l. lege Cor-
nelia. 12. D. qui testam. facer poss.* Cùm itaque, vt ibi Iu-
lianus scribit, non retrofingatur filius fuisse in pa-
tris morientis potestate, ideoque nec ei suus heres
fit nec necessarius, licèt inuitus hereditati obli-
getur, an non perpetuò verum est filium patre ca-
ptiuo superstitem primum, deinde mortuum exisse
de patris viui potestate? Cessante siquidem fictione
quid superest, nisi vt rem totam ex veritate æstime-
mus? Quid autem verius, quàm patrem qui seruus

hostium factus sit, desiisse habere in potestate filium? Ergo vt Papiniani ratio concludat, supplendum aliquid est quod Papinianus tam certi & indubitati iuris esse sciuerit, vt exprimendum non putauerit, verbis apertioribus, cùm ex specie proposita ci-
5 tra diuinationem conijci alioqui posset. † Cur enim credamus Papinianum tractare nominatim de filio impubere *instituto*, nec adiecisse, *vel exheredato*, quomodo in §. *sequen.* adiecit ita scribens, *si mortuo patre capiatur impubes institutus vel exheredatus:* nisi quòd in ea specie quam tractamus multum interest an impubes filius institutus sit an exheredatus, in sequenti autem nihil omnino intersit?
6 † Differentia autem illa perelegans est, nec ab vllo, quòd sciam, interprete obseruata, inter filium institutum, & exheredatum, quòd cùm filius institutus est & post patris captiui mortem decedit, licèt non retrofingatur fuisse in patris morientis potestate sicut nec si exheredatus esset, retrofingitur tamen heres fuisse & quidem inuitus quanquam non necessarius ab eo instanti quo pater decessisse intelligitur, id est quo captus fuit *d. l. lege Cornelia.* Neque enim lex Cornelia retrofingere potest mortuum eo instanti testatorem, iungendo morti tẽpora captiuitatis, vt scriptum est in *l. penult. in fin. de vsucap.* nec inducere hereditatem vt Tryphoninus loquitur in *l. in bello 12. §. 1. de captiu. & postlim.* quin eodem ipso instanti inducat heredem, cui hereditatem deferre possit, siue testamentarium, si tunc superstes sit cùm testator moritur, siue legitimum, hoc est filiũ aut agnatum qui eo tempore proximior reperiatur, *l. nec nos præterit. 3. C. de postlim. reuers.* Porrò non potest filius impubes institutus retrofingi heres patris ab eo tempore quo pater ab hostibus captus est quin ab eo quoque tempore patrem pro mortuo habere cogatur. Alioqui viuentis heres fuisse retrofingeretur, quòd cùm perabsurdum sit non magis per fictionem fieri potest quàm ipsa rei veritate. Nec igitur de viui patris potestate propter patris infortunium exisse videri debet, qui patris heres fuisse intelligitur priusquàm pater ab hostibus caperetur. Proinde filio instituto concludit optimè & necessariò Papiniani ratio, substitutionem pupillarem vires suas tenere, proptereà quod pater qui non redit iam tunc decessisse intelligatur: dummodo suppleas, quod ex filij institutione omnino sequitur, *Et filius ab eodem tempore patris heres fuisse videatur etiã inuitus, dict. l. lege Cornelia 12. qui test. facer. poss. adeoque ignorans, l. apud hostes. 8 Codic. de suis & legit.* At filio impubere exheredato aliud est, quia fictio legis Corneliæ nullomodo eum afficit, quippe qui nec captiuus fuerit, nec captiui heres. Exclusa autem fictionis potestate, relinquitur ex veritate rei, vt filius viuo patre in potestate esse desierit ex quo tempore pater ab hostibus captus fuit, atque ita pupillarem substitutionem quæ initio inspecto non minus exheredato quàm instituto filio fieri potuerat
7 euanescere necesse est. † Háncque differentiam non obscurè, vt dixi, Papinianus innuit cùm ponit filium institutum. Nam cùm ea lex sit ex Quæstionum, non Responsorum libris, non possis dicere loqui eum de instituto quòd ita ex facto incidisset. Estque probabile fuisse eum dictionem illam *instituto*, prætermissurum, aut æquè additurum *vel exheredato*, si institutum ab exheredato nihil hac parte distare credidisset. Exemplo eius quod in §. *seqq.* tractans de impubere capto post mortem patris, tam de exheredato quàm de instituto locutus est, quia nimirum eo casu nihil interest an institutus sit filius an exheredatus. Ad eum siquidẽ patremfamilias factum & captiuum lex Cornelia pertinet vt propriam ipsius hereditatem confirmet quam in ciuitate reliquisset licèt exheredatus, si
in ciuitate decessisset. † In cóque primus lapsus est 8
viri doctissimi Iacobi Cuiacij qui lib. 15. Obser. cap. 17. nihil interesse existimat an instituto an exheredato impuberi datus sit substitutus: & vtroque casu substitutionem pupillarem valere, confirmatis scilicet per legem Corneliam secundis tabulis. Decepit eum, ni fallor, quod Iulianus in *dict. l. lex Cornelia. vigesima octaua de vulgar.* nil distinguit an institutus sit filius an exheredatus, sed generaliter scribit mortuo impubere in ciuitate post patrem apud hostes defunctum pupilli hereditatem ad substitu-
tum pertinere. † Verùm nihil vetat Iuliani senten- 9
tiam ex necessaria iuris ratione ad eum casum restringere quo solo defendi possit, eúmque ex Papiniano interpretari ne vltrò dissentientes eos faciamus quos conciliare commodè liceat: præsertim cùm & quoties de substitutione impuberi facta tractantes Iureconsultos legimus, filium institutum ponere debeamus. Cur non enim id præsumamus cùm & filius in potestate cui soli substitui pupillariter potest, ipso iure heres sit siue ex testamento siue ab intestato, nisi cùm est exheredatus? *lege prima, §. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testament.* Sic in *lege iam hoc iure, quarta, eodem titulo de vulgar. & pupill. substitut.* generaliter scriptum est substitutionem pupillarem factam in vnum casum trahi ex constitutione Marci ad alterum: cùm tamen si proponas factam exheredato fieri nequeat vt vel expressè vel tacitè casum illum contineat, *si heres filius non erit*, qui est exheredatus. Sic in *lege, verbis ciuilibus, septim. eodem*, negat Papinianus substitutione verbis ciuilibus post decimum quartum annum frustrà facta debere admitti vt coheredem qui tanquam substitutus admitti non potest, *ne*, inquit, *fiat contra voluntatem si filius non habebat totum interim quod pater ei testamento dedit.* Quæ ratio accommodari non potest ad substitutionem exheredato factam, quamuis verba præcedentia sint generalia & indistincta. Denique passim occurrunt innumeri iuris
loci quibus id ipsum probari posiit. † Quin & in 10
ea Iuliani lege de qua agimus apparet satis tractare eum de filio instituto qui paternam hereditatem sperare potuerit, cùm in postremis verbis ita scribit, *patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filij ex lege Cornelia ad agnatum proximum pertinet.* Id enim significat, paterna bona illo casu acquiri agnato proximo tanquam paterna non tanquam ea quæ iam à patre in filium peruenerint. Quomodo autem peruenire potuissent si filius exheredatus fuisset? Atque hæc quidem de prima Papiniani quæstione dixisse sufficiat, de qua superioribus libris nihil scripseramus, quòd nondum loci elegantiam & sententiam compertam haberemus.

Capvt V.

Iuliani à Scæuola & Papiniani ab vtroque in eadem quæstione dissensio. Ad §. vlt. dict. l. pater de capt. & postlim.

Svmmaria.

1 *An pupillaris substitutio confirmetur, si impubes, siue insti-*

institutus siue exheredatus sit, patre in ciuitate iam mortuo ab hostibus captus sit & apud eos decesserit?

2 *Scæuolam cum Papiniano in hac quæstione conuenire, & Iuliani sententiæ contrarium videri.*

3 *Ratio Scæuolæ & Papiniani in dicta quæstione.*

4 *Ratio pro Iuliani sententia, & ad eam responsio.*

5 *Diuersam esse testamentariæ, & legitimæ successionis rationem, quum de legis Corneliæ fictione agitur.*

6 *Quomodo Iulianus legem Corneliam interpretatus sit in* l. lex Cornelia?

7 *Iuliani sententiam ex æquitate fauorabiliorem esse.*

8 *Media Papiniani sententia, eiusque fundamentum.*

9 *Alia interpretatio sententiæ Papiniani in* d. §. vlt. l. pater.

10 *An ex Cuiacij sententia in* d. §. vltim. *substituto actiones vtiles à Prætore dentur ex mente legis Corneliæ?*

11 *Quis in* d. l. lex Cornelia. *sensus sit horum verborum,* ex ea lege?

12 *Cur in fin.* d. l. pater. *Papinianus dicat vtiles actiones substituto dandas & quænam sint illæ vtiles actiones?*

13 *Cur non in heredem, sed in hereditatem dari debere dicat?*

14 *Quomodo Prætor in* d. l. *succurrat pupillari substituto, priusquàm proximus agnatus factus sit possessor hereditatis, vel postea?*

1 SEquitur † apud Iulianum & Papinianum in *dict. l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill. substit. & in d. l. pater. 10. §. vltim. de captiu. & postlimin.* alius casus longè dubitabilior, Si patre in ciuitate iam mortuo filius impubes siue institutus siue exheredatus cui pupillaris substitutus datus fuerat, ab hostibus captus sit, & apud eos decesserit, An pupillaris substitutio ex lege Cornelia confirmetur? Iulianus putat non incommodè dici (sic enim legendum est non vt in Florentin. *non commode* vt sequentia ostendunt) hereditatem pupilli ex ea lege, videlicet Cornelia, ad substitutos pertinere. Papinianus contrà, *In promptu est,* inquit, *dicere legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutam eius duntaxat personam demonstrasse qui testamenti factionem habuisses.* 2 † Quæ & Scæuolæ sententia fuisse videtur. Is namque in *lege si pater captus 29. de vulg.* tractans speciem longè minus dubiam, de patre capto ab hostibus mox filio & ibi ambobus defunctis, licèt priore patre, negat legem Corneliam ad pupilli substitutionem pertinere. *nisi,* inquit, *reuersus in ciuitate impubes decedat,* (quod tamen contingere non potest vtrisque iam apud hostes mortuis) nam si eo casu quo pater quoque ab hostibus captus est, & quo necessaria sit potestas legis Corneliæ ad paterni testamenti confirmationem, non putat tamen Scæuola pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari posse, haud dubiè multo minus ille admiserit confirmari posse eo casu de quo agimus, hoc est quo patre in ciuitate mortuo, testamentum ipsius nulla confirmatione indigeat, & solius impuberis fauore legis fictionem cum Iuliano inducere quis velit. Rectámque consecutionem esse vel ex eo maximè apparet quod Papinianus qui solo impubere post patris mortem capto non patitur ex lege Cornelia confirmari pupillares tabulas, idem tamen admittit vtroque ab hostibus capto, & apud hostes, sed patre priore mortuo, legem Corneliam substituto sufficere in *l. quòd si filius. 11. §. vltim. eod. titul. de captiu. & postlimin.* in eo nimirum apertissimè, vt posteà probabimus, dissentiens à Scæuola: nisi eam emendationem admittas quam nos ad Scæuolam proponemus infrà. Nunc enim sic disputamus acsi nihil emendandum esset, quia & cum iis contendimus qui receptæ lectionis mendum non agnouerunt. Ergo nec dubitandum est, quin Scæuola qui quod facilius erat non admisit, multò magis Iuliano contradicturus fuerit, id quòd difficilius erat inducere volenti. † Et sanè vix 3 est vt ad illam Papiniani rationem quam Scæuolæ quoque fuisse necesse est, pro Iuliano rectè respondere quisquam possit. Si enim verum est legem Corneliam non solùm de secundis tabulis nil locutam esse, sed etiam eius duntaxat & specialiter personam demonstrasse qui testamenti factionem habuisset, qua obsecro, ratione fieri possit vt ex ea lege pupilli hereditas ad substitutos pertineat? Nam & hoc casis cessat ratio illa qua Iulianus in præcedentibus mouebatur, quòd lex Cornelia non tantùm testamenta & hereditates captiuorum confirmet, sed etiam hereditates omnes quæ ad quemque ex eorum testamento peruenire potuissent, cum in proposito patris qui captiuus numquam fuit testamentum nulla egeat confirmatione, nec proinde agatur hîc de secundis tabulis quasi accessoriis in consequentiam paterni testamenti confirmandis, sed de illo potiùs, An solæ confirmari possint per legem quæ de iis nec locuta est, nec per interpretationem intelligi commode potest, quandoquidem expressa verbis legis & demonstrata persona eius qui testamenti factionem habeat, hoc ipso exclusa est persona impuberis, quem constat testamenti factionem non habere. † Nisi 4 fortè pro Iuliano dicas quod mouisse illum videtur mentem legis potiùs quàm verba spectanda esse, parùmque referre an testamenti quis factionem habeat necne, dummodò possit cum testamento decedere, quod in pupillo euenit cui testamentum à patre factum est *dict. l. 2. de vulgar. & pupill. substitut. l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. Codic. de inoff. testament.* Cur non ergo impuberis quoque testamentaria hereditas per legem Corneliam confirmabitur, maximè cum legitima confirmetur? † Sed ego pro 5 Scæuola & Papiniano respondebo, longè diuersam esse hac parte successionis testamentariæ & legitimæ rationem: legitimam hereditatem eius quoque hominis dici qui testamenti factionem non habeat: nam & intestatum esse eum qui testamentum non fecerit cùm facere posset, multò magis cùm non posset, *l. 1. de suis & legitim. l. intestatus. 64. de verbor. sign.* ideóque legem Corneliam qua parte egit de confirmandis legitimis hereditatibus non demonstrasse personam eius qui testamenti factionem habuisset: testamentariam verò hereditatem licèt eius sit qui cum testamento decesserit, siue testamenti factionem ipse habuerit siue non, eo tamen solo casu à lege Cornelia disertis verbis confirmatam, quo testamenti factionem defunctus habuisset: proinde non posse solo interpretationis auxilio nisi aliud potentius accedat, ad impuberem extendi, verbis scilicet repugnantibus. argument. *l. talem. 15. in fin. de hereda. institut.* Non quod lex Cornelia expressè prohibuerit ne pupillares tabulæ solæ confirmari possint primis confirmatione non indigentibus. Sed quod absurda prorsus futura sit illa interpretatio, si quod lex ait, *si testamenti factionem paterfamilias habuit,* tu sic intelligas & interpretere, *id est siue testamenti factionem habuerit, siue*

non. Ista enim additio & suppletio esset, non interpretatio. Iuriscōsulti autem est, vt sæpiùs monuimus, interpretari, non supplere. Ac quemadmodum ex eo, quòd constitutiones dant heredem filiofamilias militi si de peculio castrensi testatus sit, non possis inferre, habiturum ergo eum heredem ab intestato, quia imò verò peculium castrense iure peculij non hereditatis ad patrem tunc pertinet *l.1.& 2.de castr. pecu.* ita & in proposito non possis dicere lege Cornelia confirmari pupillarē substitutionem, aut fingi impuberem cui pater testamentum fecit decessisse in ciuitate, ob id solùm quod legitima pupilli hereditas per eam legem confirmetur. Præsertim cùm tantò difficilius sit confirmari testamentariam here-
6 ditatem quàm legitimam, quantò difficiliùs est testatum dicere quàm intestatum. † Et tamen sic Iulianus legem interpretatus videtur in dict. l. lex Cornelia acsi lex solius patrisfamilias non etiam testamenti factionem habētis personam demonstrasset. Nam & in *l.bona eorum.22.de capt.& postlimin.* quæ eiusdem Iuliani est ex eodem, sexagesimo secundo scilicet Digestorum libro, generaliter scriptum legimus bona eorum qui in hostium potestatem peruenerint, atque ibi decesserint, siue testamenti factionem habuerint, siue nō habuerint ad eos pertinere ad quos pertinerent si in potestatem hostium non peruenissent quo tamen loco palàm est de lege Cornelia tractari generaliter, id est tam in causa testati quàm in-
7 testati. † Enimuerò si æquitatem amamus longè fauorabilior est hæc Iuliani sententia quæ pupillare testamentum tuetur, cùm pupilli intersit testamentarium potiùs quàm legitimum habere successorem *l.Iulianus.42.alias l.si pupillus de acq.her.* Cur enim cætera testamenta omnia lege Cornelia confirmentur, solùm pupillare, quod omnium fauorabilissimum est non confirmetur? Vix enim est, vt in alterius quàm impuberis persona vnquam eueniat cum testamento decedere eum qui ipse testamenti factionem nō habeat nisi quòd Iustin. in *l.humanitatis.9 C.de impuber.& aliis substit.* constituit ad exemplum pupilli, vt iam mente capto filio testamentum facere, & heredem dare pater possit. Vt dubitari nō oporteat, quin lex Cornelia cùm eius personam demonstrauit qui testamenti factionem habuisset, de impubere tum non cogitasse videatur, sed id egisse potius ne omnia omnium testamenta confirmare crederetur, at illa tantùm quæ valeant testatore in ciuitate moriēte, hoc est quæ ab iis facta essent, qui testamenti fa-
8 ctionem habuissent. † Itaque Papinianus nec legis verba prætextu æquitatis tam facilè & audacter violanda esse ratus, nec ipsis quoque tam pertinaciter hærendum, vt contra manifestissimam æquitatis rationem quicquam decernatur, mediam sententiam induxit, vt in proposita specie pupillaris quidem substitutio per legem Corneliam non confirmetur, in eo Scęuolæ consentiēs qui stricti iuris religiosior semper fuit, sed tamen vtiles actiones hereditariæ substituto dentur per Prętorem ad cuius officiū pertineat, non minùs subsequi patria quàm legis voluntatem, id est, non minorem rationem habere substituti pupillaria qui expressa patris voluntate nitatur, quàm habiturus esset si per eam legem pupillaris substitutio confirmaretur. Atqui si lex Cornelia pupillarem substitutionem confirmaret non denegaret Prætor actiones quales dare potest, id est vtiles (directas enim non dat nisi lex ipsa quæ heredem facit) ei quem lex Cornelia heredem fecisset: nam & legum quoque tuendarum causa bonorum possessionem dare Prætor solet, *leg. sed cum patrono.6.§.penult. de bonor. possess.* Quidni ergo tueatur Prætor substitutum pupillarem datis illi vtilibus actionibus? cū in eo nihil facturus sit contra legem, sed tantùm præter legem: sufficiat autem nihil eum contra legem facere, licèt quod facit nec ex verbis nec ex mente legis faciat, vt scripsimus suprà ex *l.nec non 28.§. quoad eius. D.ex quibus caus.maior.* † Quanquam non repugnabo 9
si voles etiam Papinianum sic intelligere, vt Prætor dando vtiles actiones pupillari substituto, & patria voluntatem subsequatur & legis patris quidem expressam, legis verò non tacitam, quæ ex verbis expressis colligi possit, sed subintellectam, hoc est, quam dubitandum non sit legem expressuram fuisse si de pupillo cogitasset, cùm quod ad legitimam pupilli hereditatem attinet certum sit eam lege Cornelia confirmari. Huic enim interpretationi conuenire illud videtur, quod posteaquam ita Papinianus scripsit, *Placet captiui etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri, quoniam verum est ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse.* subiicit statim, *& ideo non est alienum Prætorem subsequi non minùs patris quam legis voluntatem, & vtiles actiones in hereditatem substituto dare.* Nisi malis, quod fortasse probabilius fuerit, hunc Papiniani sensum esse, vt non minus fiuere debeat Prætor voluntati patria cùm is filio impuberi testamentum fecit, quàm voluntati legis Corneliæ cùm pupillus intestatus decessit. Atqui legitimo pupilli heredi daret Prætor vtiles actiones, sicut & alij cuilibet quem lex duodecim tabularum heredem fecisset, quia eo casu pupillus ex lege Cornelia in ciuitate decessisse retrofingeretur. Ergo & testamentario heredi dare debet, eadem scilicet fictione ad tuendam patris voluntatem inducta. † Illud sa- 10
nè nunquam admittam quòd Cuiacius ait dari à Prætore vtiles actiones substituto pupillari ex mente legis Corneliæ. Nam si ea mens legis esset, quomodo eam esse Iulianus putabat, dicendum esset hereditatem pupilli ex illa lege ad substitutum pertinere, vt Iulianus loquitur, nec esset necessarium Prætoris auxilium, quod tamen Papinianus omnimodo requirit, vtpote deficiente legis potestate. Quemadmodum enim in fraudem legis facere dicitur, qui saluis verbis legis sententiam eius circumuenit, *l.contra.29. cum sequ. D. de leg.* ita in contrarium ex lege fieri dicendum est quicquid fit ex legis vi & potestate licet ex eius verbis non fiat, *l.ferre leges.17.eod.* † Vnde illud nunc 11
admittere non possum quod alias existimabam cum omnibus interpretibus verba illa Iuliani, *ex ea lege,* sic accipi debere vt pupillaris substitutus admittatur ex legis Corneliæ fictione per Prætorem ampliata non autem ex ipsius legis potestate. Nam præter id quod Iulianus Prætoris auxilium nullomodo implorat, vt substituto faueat, apparet satis sic eum loqui, vt solius legis non etiam Prætoris iurisdictionis potestatem intelligat. Ait enim, *hereditatem eius ex ea lege ad substitutos pertinere.* Hereditas autem nulla esse potest captiui impuberis nisi quam lex Cornelia faciat, quæ & hereditatem inducit & heredem, *leg.filiusfamil.18.ad leg.Falcid. l.in bello.12.§.1. de captiu. & postlim.* siquidem Prætor heredem facere non potest *§.quos autem Instit.de bonorum possess.* Ergo neque hereditatem. † Quare nec Papinianus sic loquitur, vt dicat Prætorem debere testamentariam pupilli hereditatem cōfirmare, quę sanè nulla est cessante legis Corneliæ potestate, quę sola eam facere poterat: aut substituto accommodare vtilem petitionem hereditatis ex testamento (nam ne hoc quidem Prætor facere potest

test, cùm nulla sit ex testamento hereditas) sed tantùm *vtiles actiones in hereditatem substituto dare*. Nempe quoniam impuberis aliqua hereditas est, nimirum legitima quæ per ipsam legem Corneliam constituitur: in eam igitur hereditatem dabit prætor substituto vtiles actiones, id est, dabit ei bonorum possessionem secundùm tabulas cum re quæ legitimi heredis per eandem legem constituti ius inane reddat & inutile. Côcurrente enim fauore testamentarij heredis & legitimi, testamentario fauere potius debet Prætor quã legitimo, vt non minus patris quam legis voluntatem
13 subsequatur. † Non ait Papin. Prætorem debere vtiles actiones dare substituto *in heredê, sed in hereditatê*, quia licèt lex Cornelia facere non possit hereditatem pupillo legitimam quin eodem instanti faciat etiam legitimum heredem, amplicaret tamen contradictionem, vt Prætor præferret heredem testamentarium & legitimum nihilominus agnoscere: neque enim legitimus heres esse quisquam potest quandiu testamentarij ratio aliqua habetur: nec qui agit tanquam heres agere potest contra heredem, sed contra possessorem qui pro herede aut pro possessore possideat, *l. regulariter 9. l. pro herede. 11. de petit. hered.*
14 † Itaque pupillaris hic substitutus vel petet à Prætore bonorum possessionem secundùm tabulas pupillares priusquam agnatus proximus factus sit possessor hereditatis, vel postea: si antè non patietur Prætor molestiam ei fieri ab agnato proximo quẽ nec pro legitimo herede habebit: si pòst, iubebit vtiles esse actiones quas substitutus hic exercebit siue contra possessorem hereditatis agat, siue contra debitores hereditarios, quemadmodum euenit cùm filio emancipato præterito aut ab intestato Prætor dat bonorum possessionem contra tabulas in necem heredis instituti, aut Vnde liberi ad exclusionem legitimi heredis: item cùm ex constitutione Hadriani tuetur heredem scriptum in eo testamẽto, quod agnatione posthumi ante patrem defuncti ruptum fuerat, *l. posthumus. 12. D. de iniust. rup.* Quanquam digna certè res erat, quæ rescripto aliquo Imperatoris aut induceretur aut confirmaretur, cùm in specie, *d. l. posthumus*, Hadriani rescriptum necessarium fuerit, nec sine eo licuisset Prætori vsque adeò testamento fauere, vt agnati proximi quem lex duodecim tabularum ad intestati patrisfamilias hereditatem vocabat, ius infringeret, sicuti ad eum locum scripsimus. Audax ergo Papinianus, & fortassis audacior quàm Iureconsulto par fuerit, qui tãtum sibi adrogauit, vt prætori quodammodo inducendi heredis testamẽtarij & remouendi legitimi ius dederit. Quid enim interest an lex Cornelia substitutum pupillarem heredem faciat, an Prætor vtiles illi det actiones? Nisi quòd Cornelia lex quemadmodum heredem verum facit, ita & directas verasque daret actiones quas Prætor vtiles tantùm dat & fictitias. At effectu ipso paria sunt directas actiones habere, & vtiles *leg. actio. 47. de neg. gest.* Heredem esse & bonorum possessorem, *l. 1. 2. 3. §. 1. de bon. poss.*
15 † Dixi ex lege Cornelia competere directas & veras actiones non vtiles & fictitias, vt refellam Cuiacij sententiam, qui vt Papinianum cum Iuliano conciliet scribit vtiles illas actiones quas à Prætore dãdas esse Papinianus vult, dari ex lege Cornelia, quasi non possit illa nisi fictitias actiones inducere, quæ per fictionem inducit hereditatem contra legem duodecim tabularum. Nam licèt lex fingat in ciuitate mortuum, qui reuera apud hostes mortuus est, facit tamen veram hereditatem non fictam, verum heredem non fictum, veras igitur actiones & directas non fictas. Perinde enim potuit lex Cornelia heredem facere atque lex duodecim tabularũ. Sicut potuit, ita voluit, cur non ergo fecerit? Nam & ob hanc causam ista legis fictio iuris ratio appellatur à Papiniano in *d. l. pater in princ.* quod fieri non posset nisi in iis omnib. quæ ad ius pertinent eandem lex Cornelia quam cæteræ leges vim & potestatem haberet. Fatendum itaque est dissensisse Iulianum à Scæuola, Papinianum autem ab vtroque. De Iuliano non dubitauit, qui in illis verbis, *non incommodè dicitur*, reposuit, *non commode* Prorsus incommodè, vt sequens distinctionis pars ostendit, in qua cùm diuersum ius Iulianus côstituat, fictioni tamen & potestati legis Corneliæ locum esse negat De Scæuola & Papiniano non reperio ex interpretibus qui dissentire eos ante me obseruauerit Adeò omnes aut dissimularunt mala fide, aut non intellexerunt. Quod verò idem vir doctissimus apud Papinianum pro, *quoniam*, legit, *quanquam*, id nos iam superioribus libris & bene & abundè refutauimus.

CAPVT VI.

Ad l. quod si filius. 11. eod. tit.

SVMMARIA.

1 *De tertia specie à Papiniano tractata in qua filius impubes, cui substitutus datus fuit, in ciuitate moritur, patre quidem iam capto ab hostibus, sed nondum apud eos defuncto.*
2 *An in illa specie pupillares tabulæ valeant, siue reuerso, siue apud hostes mortuo patre?*
3 *Sententia Cuiacij reijcitur existimantis reuerso patre pupillares tabulas non valere.*
4 *Euertitur ratio pro sententia Cuiacij allata.*
5 *Vera ratio propter quam substitutio pupillaris in dicta specie corruisse intelligitur.*
6 *Filium qui moriente apud hostes patre iam in ciuitate decessit patremfam. factum credi, & heredem non ex testamento sed ab intestato habere.*
7 *Cur dicto casu filius impubes, cui testamentum à patre factum est, testamentarium heredem habere non possit?*
8 *An ex Accursij, Goueani & aliorum sententia dictus filius hactenus duntaxat pro patrefamil. habendus sit, vt heredem legitimum & ab intestato habere possit non quod ad pupillares tabulas pertinet.*
9 *Examinatur Accursij & sequacium ratio.*
10 *Non legis Corneliæ fictioni, sed rei ipsius veritati tribuendum esse, vt filius exinde sui iuris dicatur, ex quo pater ab hostibus captus est.*
11 *Filium in d. l. 11. viuo patre de potestate exijsse, & consequenter pupillares tabulas ex Papiniani sententia euanuisse.*
12 *Refutatur argumentum pro contraria Cuiacij sententia allatum.*
13 *Cur lex Cornelia non fingat dictum filium tempore captiuitatis patris defunctum in ciuitate, patre fuisse superstitem?*
14 *An, si fictioni Corneliæ locus esset, effici posset vt dictus filius impubes ante patrem reuera mortuus, post eum mortuus videatur?*
15 *Sensus & validitas rationis à Papiniano redditæ in* dict. l. 11.
16 *Reijcitur noua ratio pro Papiniani sententia, à Doctoribus excogitata.*
17 *Examinatur ratio ab alijs reddita, cur filius in ciuitate ante patrem mortuus videri non possit ex lege Cornelia post patrem decessisse.*
18 *Filium in dicta specie de viui patris potestate exiuisse.*

19 *Dictum filium patre captiuo defunctum in ciuitate, patre ab hostibus redeunte filiumfamilias decessisse intelligi.*
20 *Verbum* videtur *in* d.l.11. *non pro fictione, sed sola rei veritate accipiendum esse.*
21 *Necesse esse filium impuberem, vt substitutum pupillarem habere possit, patremfamilias decedere.*

1 TErtia † à Papiniano tractata species ad eandem
quæstionem pertinens, De pupillaribus tabulis
ex lege Cornelia confirmandis. Si filius impubes cui
substitutus datus fuit in ciuitate moriatur patre qui-
dem iam capto ab hostibus, sed priusquam is apud
hostes moreretur. De qua sanè obscurum est, quid Pa-
pinianus sentiat. Sic enim scribit, *Quod si filius antè
moriatur in ciuitate, nihil est quod de secundis tab. tractari
possit, siue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligi-
tur, siue quoniam non reuerso eo exinde sui iuris videatur
2 fuisse ex quo pater hostium potitus est.* † Accursius, Barto-
lus, cæterique veteres omnes quos & secutus est Ant.
Goueanus ad *l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill. substit.*
eam Papiniani sententiam esse putarunt, vt pupilla-
res tabulæ neutro casu valeant, quia reuerso patre fi-
lius interea mortuus in ciuitate filiusfamilias decés-
sisse intelligatur propter ius postliminij, vt idem Pa-
pinianus scribit in *l. pen. D. de suis & l. l. 1. §. 11 ad S.C.
Maced. si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potesta. sol-
uit. leg. in bello. 12. §. 1. l. bona. 22. §. quod filius hoc eod. titul.
de captiu. & postlim.* Mortuo autem patre apud hostes
exinde videatur sui iuris fuisse filius ex quo pater ho-
stium potitus est, atque ita de viui patris potestate e-
xiisse. Constat enim corruere pupillares tabulas si in
patris potestate filius non sit eo tempore quo pater
moritur. *l. coheredi. 41. §. cum filio de vulg. & pupil. subst.*
3 † At ex recentioribus vir longè doctissimus Iacobus
Cuiacius, qui quoniam nihil ferè intactum reliquit, à
nobis sæpius nominandus quam probandus est, con-
trà existimauit, non reuerso patre pupillares tabulas
valere propter fictionem legis Corneliæ: reuerso tamē
eo non valere, vtrumque autem Papiniano tam certū
& indubitatum fuisse, vt de eo tractari, id est disputa-
ri & controuerti posse non crediderit, ita intelligens
verba illa, *nihil est quod de secundis tabulis tractare possis,*
quòd, inquit, tractatio sit rei difficilis & controuersę,
4 non rei certæ & confessæ. † Mouetur ratione perele-
gāti prima facie, nec iis quoque incognita qui contrà
sentiunt, necdum tamen, quod magis mirum est, ab i-
psis euersa. Ait ille, Patre quandocunque apud hostes
mortuo filium interea defunctum in ciuitate intelligi
effectum sui iuris per mortem patris licèt prior filius
decesserit, propterea quòd lex Cornelia fingat anti-
quiorem & priorem fuisse patris mortem quamuis re-
uera posterior fuerit, idque Papinianum sibi velle cū
ait, *quoniam non reuerso eo exinde sui iuris videatur fuisse
ex quo pater hostium potitus est.* Goueanus cuius potissi-
mùm subtilitate dilui obiectio debuerat, quasi nec
videat, tacet. Accursius verò hæsitat vtrum probare
debeat sententiam Bulgari qui in verbis illis negatiō-
nem deesse putabat, legendúmque, *sui iuris non videa-
tur fuisse.* An verò retenta vulgati lectione rationem
illam Papiniani non pro positiua, sed, vt ipse loqui-
tur, pro remotiua accipere quasi falsa, quòd, inquit, ve-
rum nō sit filium videri exisse de patris potestate per
mortem patris neque ex quo pater captus sit: alioqui
valerent pupillares tabulæ ac de iis tractandum esset,
quod tamen Papinianus negat. Ego verò quid Bulga-
rus & Accursius sibi velint non intelligo. Nam si po-
steriorem hāc Papiniani rationem cum negatione le-
gas, efficies vt ratio sit falsissima: ineptus autem Papi-
nianus, qui si ratio vera esset priore contentus esse de-
buerat, & siue reuerso, siue non reuerso patre, tabulas
pupillares hoc vno argumento sublatas dicere quòd
impubes filiusfamilias decessisset. † At si propiùs in- 5
spicias, negare non possis quin patre apud hostes mor-
tuo filius exinde sui iuris fuisse videatur ex quo pater
ab hostibus captus fuit. Siquidem captiuitate patriam
potestatem amitti constat, eandémque sola postlimi-
nij non etiam legis Corneliæ fictione recuperari, cùm
is qui captus est re vera fiat seruus hostium, seruus au-
tem qui in aliena potestate est alios in sua habere nō
possit, vt tam sæpe iam inculcauimus in superioribus.
Recta igitur ratio est propter quam pupillaris substi-
tutio corruisse intelligatur, quia certum est filio patris
viui potestatem egresso pupillarem substitutionem
nō posse subsistere. † Quò etiam pertinet quod idem 6
Papin. scribit in *d. l. penult. de suis & legit.* moriente pa-
tre apud hostes defunctum iam in ciuitate filium pa-
tremfamilias decessisse credendum, quamuis patria
potestate non fuerit in plenum quandiu vixit libera-
tus, itaque heredem eum habiturum. Quod quanquā
admitto ita accipi debere, vt ab intestato duntaxat cū
non etiam ex testamento heredem habere possit, non
tamen facit ea res quominus facto quoque ipsi per
patrem testamento credendus sit paterfam. decessisse
qui in ciuitate ante patrem captiuum decesserit. † Nā 7
ne testamentarium heredem habere possit illud im-
pedit, quòd si pubes fuit, non potuerit testari tanquā
incertus de suo statu pendente scilicet propter spem
postliminij, quæ durat quandiu pater apud hostes vi-
uit, *l. qui testamento. 14. cum seq. D. qui test. fac. poss.*
Si impubes, non quidem ratio eadem illi obstat, sed a-
lia quòd iam inde viuo patre paterfamilias factus in-
telligatur: quarum tamen rationum neutra facere po-
test, quin sit locus successioni intestati, quę vt inducā-
tur sufficit eum de cuius bonis agitur patremfamilias
decessisse. Proinde ridiculus est Accursius, qui filium
hunc in ciuitate medio tempore defunctum hacte-
nus duntaxat pro patrefamilias habendum esse vult,
vt heredem legitimum & ab intestato habere possit
non etiam quod ad pupillares tabulas pertinet. Quasi
vno respectu paterfamilias, alio filiusfamilias fuerit,
quod absurdissimum est. † Nec subtilior hac parte 8
Goueanus, qui arctioribus vinculis & iure strictiore
teneri ait testamentarias quàm legitimas hereditates.
Nisi fortè ad id respicere voluit, quod difficilius est
testatum decedere quam intestatum. In quo nihil est,
quod mirum videri debeat cùm testamenta ex multis
solennitatibus constēt, quæ ad intestati successionem
nil pertinent, propterea quòd in testamentis factum
hominis interuenit, ab intestato autem sola potestas
legis, cuius proprium est non sibi, sed hominibus le-
gem, & parendi necessitatem imponere. Nam & inde
fit, quod idem Goueanus pro sententia sua confirmā-
da subiicit, vt posthumum alienum heredem ex testa-
mento habere non possim, legitimum tamen possim,
l. antepenult. de legat. 1. Nempe quia testantis iudicium
certum esse debet cuiusmodi esse non potest, quod in
personam incertam aut incertæ similē qualis est post-
humus, confertur. Legis verò iudicium, non nisi cer-
tum esse potest, quæ semper agnato proximo heredi-
tatem defert, non eò minus autem proximus agnatus
est is, qui posthumus quoque est, quādoquidem quòd
ad iura legitimarum hereditatum attinet, qui in vtero
est pro iam nato habetur ex iuris regula, *l. pen. De stat.
homin.* † Illud igitur videndum est cur Bulgarus, Ac- 9
cursius, & cæteri in eas angustias se coniiciant, vt non
aliter defendi posse putent quod Papinianus ait non
reuerso

reuerso patre substitutionem pupillarem corruere
quàm si negent exinde filium videri sui iuris fuisse
ex quo pater ab hostibus captus est. Nimirum quo-
niam, vt Accursius ipse fatetur, non possis fingere fi-
lium exinde sui iuris fuisse, quin pariter fingas ex lege
Cornelia patrem præmortuum, quo tamen admisso
fit necessariò consequens, vt pupillaris substitutio va-
leat, quasi filio per patris mortem à patria potestate
10 liberato. † Quæ ipsa Cuiacij ratio est, in hoc tamen
apertè claudicans, quod putant fictioni Corneliæ tri-
buendum esse, vt filius exinde sui iuris fuisse dicatur,
ex quo pater ab hostibus captus est. Cùm ex contra-
rio nihil sit apertius quàm fieri id ex mera rei factiq.
veritate, quoniam verum est & seruum hostium esse
eum qui ab hostibus captus sit, & eum qui in aliena
potestate sit, alios in sua vti iam diximus, habere non
posse. Non quidem prorsus abruptum est ius patriæ
potestatis propter spem postliminij quæ omnia iura
in suspenso retinet, *l. ita a. fi. utro 2. §. 1. de hered. instit.*
Sed tamen quandiu fictio postliminij locum non ha-
bet, ac multò magis ex quo cõstat locum amplius ha-
bere eam non posse patre apud hostes mortuo, verita-
ti necessariò standum est. & eo saltem tempore quo fi-
lij status pendêre desijt, admittendum incunctanter,
exinde filium sui iuris factum esse ex quo pater hostiũ
11 potitus sit. † Neque verò Papinianus sic loquitur vt
dicat intelligi filium morte patris sui iuris effectum,
in quo isti omnes falluntur, sed patris captiuitate, quã
mortuo postea illo apud hostes, postliminij fictio de-
lere non potuerit: vt inferamus viuo patre exisse filiũ
de potestate, & consequenter pupillares tabulas eua-
nuisse. Id enim proculdubio Papin. significat, cùm ait
nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit: eas
scilicet nullo casu valere siue reuerso siue non reuerso
patre, in eóque cum Accursio, & veteribus omnibus
contra Cuiacium (quæ iam superioribus annis mea
fuit opinio) sentiendum arbitror. Quis enim ius hoc
tam certum, indubitatum, &, vt Cuiacius loquitur,
confessum velit dicere quod à tot tantisque interpre-
12 tibus nondum bene exploratum sit & intellectum? †
Atqui, inquies, negari non potest, quin mortuo tandẽ
apud hostes patre locus sit fictioni legis Corneliæ quæ
faciat vt pater qui non rediit iam tunc decessisse in-
telligatur ex quo captus est. Sic enim idem Papinian.
scribit in *l. proxim. in princ. supr.* quam nos in præcedẽ-
tibus explicauimus. Et hoc certè præcipuum est quod
interpretes omnes præcipites egit, non animaduertẽ-
tes, quod tamen verissimé est, nihil ista habere com-
munia. Et quamuis verum sit patrem apud hostes de-
functum mortuo iam in ciuitate filio retrofingi de-
cessisse prima hora captiuitatis, non inde tamen fieri
vt filius post patrem decessisse existimetur. An ratio-
ne illa quam Accursius attigit, & quæ non insubtilis
videri possit, quòd fictio legis Corneliæ non prius lo-
cum habeat quàm defunctus sit is qui ab hostibus
detinebatur, tunc autem cùm locum habere incipit
iam non superfit persona filij super qua fingi quicquã
possit? *arg. l. huic scriptura. 15. ad leg. Aquil.* Sed obstat
quòd imò verò interdum euenit vt fictio quæ nõdum
nata fuerat moriente filio perinde vires suas exerat
illo iam mortuo, vt cùm filius in ciuitate decessit an-
te quàm pater ab hostibus rediret. Retrofingitur e-
nim decessisse filiusfamilias quamuis reuera sui iuris
decesserit, vt scriptum est in hac *l. & d. l. penult. de suis
& legit.* Videlicet propter ius postliminij paterni,
quod patri saluum & integrum superesse oporteat, nõ
ex filij morte quæ medio tempore contigerit, immi-
13 nutum, *l. 1. C. de postlim. reuers.* † Cur non ergo similiter
lex Cornelia hoc ipso quod fingit patrem quandocũ-
que apud hostes mortuum iam tum decessisse videri
cùm captus est, finget etiam filium medio tempore
defunctum in ciuitate patri fuisse superstitem? Illa i-
gitur ratio probabilior mihi videtur quòd leg. Corne-
liæ fictio tota eò duntaxat pertineat vt & hereditatẽ
captiuo mortuo faciat & heredem, non etiam vt hunc
vel illum heredem constituat. Faciat, inquam, tum de-
mum cùm captiuum apud hostes defunctum esse in-
notuit. Ex eo namque fit vt si quis captiui filius aut
proximus agnatus fuit primo captiuitatis tẽpore qui
durante captiuitate decesserit, licèt, si voles heredita-
tem captiui quasi iam mortui adierit, nihil tamen ad
heredem transmisisse videatur, quia neque ex lege
duodecim tabularum captiui hominis heres esse po-
tuerit, neque ex lege Cornelia priusquam mortuum
esse constaret, *l. nec nos praeterit. 3. C. de postlim. reuers.* Ita-
que is demum ex lege Cornelia admittetur qui tum
proximus fuerit quo captiuus decesserit, aut potius
quo decessisse captiuum apparuerit. Finge institutum
filium aut agnatum proximum aut extraneum me-
dióque tempore mortuum: lex Cornelia non confir-
mabit testamentum quod herede præmortuo destitu-
tum est, sed inducet legitimum heredem eum qui tũ
ex agnatis proximior sit, & legitimam confirmabit
hereditatem. Hoc cur ita? Quia mortuum heredem
facere non potest, nec fingere viuum mortis tempore
eum qui in rebus humanis erat cum paterfamilias ca-
piebatur, tametsi iungat tempus mortis tempori ca-
ptiuitatis. *l. penul. in fin. de vsucap.* quandoquidem sub-
ducto medio toto tempore quod in captiuitate trans-
actum est non aliter fieri possit coniunctio illa extre-
morum, quàm si vtriusque temporis, hoc est tam quo
paterfamilias captus quàm quo mortuus est, æquè ra-
tio habeatur, vt non magis intelligatur captiuus tum
mortuus cùm captus, quàm tum captus cùm mortuus
est. Qui ergo non reperitur viuus eo tempore quo pa-
terfamilias apud hostes moritur, nec tum fuisse intel-
ligendus est cùm is captus fuit: ideóque nec ad legis
fictionem vllomodo pertinet, quia non magis heres
esse potest quàm si nunquam in rerum natura fuisset.
† Hoc verò si ita est, sequitur, filium impuberem in 14
ciuitate defunctum antequam pater apud hostes mo-
reretur, siue institutus fuerit siue exheredatus, nõ per-
tinere ad legis Corneliæ fictionem. non quia fictionis
natura prohibeat ne personam quæ amplius non est,
possit afficere, (potest enim si aliud nihil prohibeat,
siue persona siue res ipsa esse desierit, *d. l. penult. de suis
& leg. l. quaedam sunt. 15. in fin. de rebus dub. l. in ratione.
11. §. 1. ad leg. falcid.*) Sed quod nec si velit possit eum
heredem facere qui in hominum natura esse desierit,
quod vnum tamen ei propositum est vt heredem fa-
ciat. Sed etsi fingeres pro arbitrio fictioni Corneliæ
hîc locum esse, numquam tamen efficere posses vt fi-
lius impubes ante patrem reuera mortuus, post eum
mortuus videretur. Quid enim aliud consequâre nisi
vt retrofingatur pater mortuus iam inde à quo tem-
pore in hostium potestatem peruenit? Atqui vel fin-
gere vis eo ipso instanti filium quoque iam mortuum
fuisse, vel, vt re vera fuit, adhuc superstitem. Si mor-
tuum, prior ergo filius quàm pater decesserit, atque i-
ta substitutio pupillaris corruet, cùm filiusfamilias
testatus decedere non possit. Si superstitem, Quæro
quo postea tempore defunctum eum velis fingere? An
medio illo tempore quo reuera decessit inter instans
primum captiuitatis & mortis paternæ? At hoc face-
re non possis, quoniam si fictio ista iungit tempus
mortis primo instanti captiuitatis, consequens est vt

medium tempus nullum agnoscat : alioqui extrema
non iungerentur. Porrò si medium tempus nullum
est, fieri certè nequit vt retrofingatur pater ante filiũ
mortu⁹ inspecta scilicet prima hora captiuitatis, quin
filius contraria siquidem, sed tamen ad eundem modũ
formata ratione fingatur patri supetstes eo quoque
tempore quo pater moritur. Atqui lex hoc non fingit,
nec potest fingere. Si enim fingeret illud quoque eue-
nire necesse esset vt huic filio deferret hereditatem
quam vtique defert superstiti filio aut agnato proxi-
mo, *d.l.3.C.de postlim. l.lege Cornelia.12. qui testamen.fac.
poss. l.ex Cornelia.28.de vulgar.& pupill.substit.* Atque
ita deferret lex Cornelia hereditatem veram heredi
reuera mortuo. Ergo neque ex contrario fingit pa-
trem ante filium decessisse, vtrumque hac vna ratio-
ne quòd fictiones istę omnes inanes & inutiles essent
filio reuera defuncto quo tempore verus heres capti-
uo faciendus & inducendus est. Semper enim necesse
est personam esse cui detur eo tempore quo datur, nec
sufficiat antea fuisse si tunc non sit, ne prius iuris ratio
quàm persona quærenda sit, vt elegáter Scæuola scri-
bit in *l.quidam referunt.14.de iur.codicil.* Planè cùm fi-
lius institutus patri superstes fuit, legis fictio locum
habet, vt in priore proximæ legis specie, quoniam non
inducit eo casu mortuum heredem, sed viuum & ve-
rum, proinde substitutio pupillaris valet si instituto
impuberi facta sit non item si exheredato, vt ad eum
locum docuimus, nec in tanta facti iurisque diuersita-
te possis cum Cuiacio argumentum sumere ab vno
15 casu ad alium nisi vltro velis cum ipso impingere. †
Cessante igitur legis Corneliæ fictione eo casu quo fi-
lius in ciuitate decesserit patre adhuc apud hostes su-
perstite relinquitur, vt veritati locum esse oporteat,
secundum quam verum est dicere. præsertim extincta
per mortem patris spe postliminij, filium sui iuris ef-
fectum esse viuo patre, & exinde quo pater captus
fuit, quo amisso substitutionem quoque pupillarem e-
uanescere omnino necesse est. Sicque proculdubio in-
telligi Papiniani ratio debet. Quæ cùm tam bona &
elegans sit, vt nec melior nec elegantior alia proferri
possit, an non ridiculè faciunt interpretes, qui quasi
hæc non sufficiat (nec sanè mirum est non intelligen-
16 tibus sufficere non potuisse) aliam inquirunt? † Hanc
autem afferunt, quòd quádiu pater apud hostes fuit,
eius hereditatem adire filius non potuerit, *d.l.3.C. de
postlim. reuers.* non adita verò patris hereditate pupil-
lares tabulæ corruant. *l.2.de vulg. & pupill. substit. l.a-
pud Iulianum 11.§.idem Iulianus. D.ad S.C. Trebellian.*
Quid ergo si impubes cui substitutus datus est, non
institutus fuerit, sed exheredatus extraneo herede
scripto qui moriente apud hostes patre adhuc super-
stes fuerit in ciuitate, delatámque hereditatem adie-
rit? Vtique dici non poterit, non aditam fuisse patris
hereditatem licèt exheredatus filius in ciuitate inte-
rim decesserit. Quid enim commune exheredato cum
aditione hereditatis? Et tamen substitutio pupillaris
non valebit. Generalis siquidem est Papiniani senten-
tia, vt filio in ciuitate ante patrem captiuum mortuo
nihil sit, quòd de secundis tabulis tractari possit, id
est nullo casu secundæ tabulæ valeant, nec proinde
distinguendum sit, an institutus filius fuerit, an exhe-
redatus, sicut nec in posteriore prioris legis specie cui
lex hæc coniungitur. Generalis item ratio illa est, quæ
pupillares tabulas destruit, quòd filius viuo patre sui
iuris effectus videatur. Adeò vt nec si filius patri su-
peruixerit, pupillares tabulas valere patiatur exhere-
dato filio, sed eo tantùm casu quo filius ipse sit institu-
tus. Non igitur germana illa ratio est, quòd filio insti-
tuto præmoriente non sit adita patris hereditas, sed
illa quæ Papiniano probatur, quòd siue adita sit pa-
tris hereditas siue non, semper verum sit filium impu-
berem de viui patris potestate exisse. † Nobis aliquá- 17
do placebat filio in ciuitate ante patrem mortuo, id-
circo videri non posse filium ex lege Cornelia post pa-
trem decessisse, quòd ad filij personam legis Corneliæ
fictio non pertineat. Sed in eo errabamus, quoniam i-
mò verò pertinet cum filius est institutus, vt quo tẽ-
pore lex Cornelia hereditatem facit, mortuo videli-
cet patre, faciat etiam heredem, quem porro alium fa-
cere nequit ex testamento quam qui institutus est. A-
lioqui etiam instituto filio patri superstite perinde
pupillares tabulæ corruerent atque cor.uunt filio ex-
heredato, quod Papinian. negat in *l.prox.supr.in princ.*
† Rursus in eo errabamus, quòd filio patri superstite 18
pupillaris substitutionis confirmandæ rationem illam
afferebamus, quia filium patri superstitem verum non
sit exiuisse de patris viui potestate, qui ab hostibus
quandocunque rediẽs filium in potestate habere po-
tuerit, ex postliminij fictione. Nam imò verò mortuo
postea illo apud hostes etiam post filium, atque ita ex-
tincta spe postliminij, dici potest, licèt audenter, vt
Scæuola loquitur in *l.Gallus.29.§.videndum in fin.* filiũ
desiisse suum heredem esse viuo patre cùm pater a-
pud hostes mortuus nec redierit, nec redire amplius
possit: multo igitur magis defendi potest, patre apud
hostes mortuo priusquá filius in ciuitate moreretur,
filium desiisse suum heredem esse viuo patre. † Adde- 19
bamus, cũ filius patre apud hostes viuo moritur post-
liminij spem extingui, & iam inde ab eo instanti quo
filius moritur, certum esse incipere patrem quando-
cunque redeuntem nunquam filium in potestate ha-
biturum. Indéque fieri quod Papinianus ait vt filius
sui iuris fuisse videatur ex quo pater ab hostibus ca-
ptus est: in eo quoque nos & turpius errabamus. Ob-
stat enim ex diametro quod ab ipso Papiniano scriptũ
est in *d.l.pen.de suis & legit.* & ab aliis alibi passim pa-
tre ab hostibus redeunte, filium interea defunctum in
ciuitate filiumfamilias decessisse intelligi, quod & in
hac ipsa lege quam interpretamur Papinianus expri-
mit, illis verbis, *siue quoniã viuo patre filiusfamilias mori
intelligitur.* Patre videlicet reuerso, vt sequens pars di-
stinctionis ostendit. † Ratio autem illa, *siue quoniam* 20
*non reuerso eo exinde sui iuris videtur fuisse ex quo pater
hostium potitus est.* non fictione vlla aut legis Corneliæ
aut postliminij nititur, sed sola rei veritate, quæ vt se-
ipsam tueatur fictione nulla indiget, quamuis Papin.
adiecerit verbum *videtur*, non vt veritatem abesse si-
gnificaret, sed quod propter spẽ postliminij, quæ mo-
riente filio adhuc durabat, verum quoque sit filium
quandiu vixit non fuisse in plenum patria potestate
liberatum, vt idem Papinianus loquitur in *d. l. penult.*
id est absolutè & ita ne in potestatem inuitus recide-
re posset. Sed quemadmodum spes illa postliminij
postea deficiens patre apud hostes mortuo, non impe-
dit ne filius in ciuitate interea defunctus paterfami-
lias decessisse videatur habeátque heredem ab inte-
stato, *d.l.penult.* quoniam deficiente principali extre-
mo fictionis postliminij, id est reditu captiui in ciui-
tatem, perinde est ac si nulla vnquam postliminij spes
fuisset cùm ex euentu appareat nullam vnquam fuis-
se aut si qua fuit inanem extitisse arg. *l.huic scripturæ.
15.in fin.D.ad leg. Aquil.* ita nec facere potest quomi-
nus pupillares tabulæ corruant, tanquam effectore
vera filio sui iuris viuo patre. Quod si Papiniani ra-
tionem ad fictionem aliquam referre velles, non tamẽ
de postliminio tractandum esset patre nunquam re-
uerso,

uerso, sed potius de lege Cornelia, quæ sanè ad eum casum fictionem suam accommodaret nisi ratio illa iuris & fictionis obstaret, quam nos iam satis supérque exposuimus. † Denique in eo errauimus quod
21 scripsimus filium in ciuitate mortuū patre adhuc viuo apud hostes substitutum pupillarem habere eadē illa ratione non posse qua heredē ab intestato habere potest, nempe quòd paterfamilias decessisse credatur. Nam imò vt substitutum pupillarem habere possit necesse est eum patremfamilias decedere. Sed differētia in eo est, quòd vt habeat heredem legitimum sufficit, quandocunque factum eum patremfamilias siue viuo patre siue per eius mortem id contigerit, vt verò habeat heredem ex testamento patris, omnimodo necesse est; vt per mortem duntaxat patris non etiam viuo eo paterfamilias factus sit. Dixi, *ex testamento patris*, quoniam cum de pubere agitur qui testamentum alioqui facere sibi possit, non illa ratio impedit ne heredem ex testamento habeat, sed alia quòd de suo statu incertus sit quādiu pater viuit & postliminij spem habet, vt pluribus infra tractabimus. Quæ tamen ratio, si superior non esset, tabulis pupillaribus non obstaret, vtpote quas non filius ipse, cuius status pendet, sed pater ei fecerit.

CAPUT VII.

Alia Scæuolæ à Papiniano dissensio in quæstione §. vlt. d.l. quòd si filius, & emendatio l. si pater captus. 29. de vulg. & pupil. substit.

SUMMARIA.

1 *An, si pater & filius ambo apud hostes sint, ibique decedant, sed pater prior, substitutus pupillaris ex lege Cornelia admittatur?*
2 *An patrem in specie* d.§. vlt. *priorem captum fuisse ponendum sit?*
3 *An, si non appareat vter prior in hostium potestatem peruenit, pupillaris substitutio valeat?*
4 *Ratio Scæuolæ in quæstione* d.§. vlt. *à Papiniano dissentientis.*
5 *Quanam ratione nitatur Papiniani sententia?*
6 *Vulgaris Interpretatio Doctorum ad illa verba Papiniani.* non aliàs quàm si patre, *&c.*
7 *Vera dictorum verborum constructio & explicatio.*
8 *Verba illa* d. l. si pater. 29. nisi reuersus in ciuitate impubes decedat, *in textum irrepsisse.*
9 *Cur ea verba è* d.l. *tollenda sint?*
10 *Respondetur obiectioni contra dictam emendationem formatæ, & in fine* d.l. si pater *pro* quoniam *legitur* quanquam.
11 *Quomodo Papinianus sententiam suam* d.§. vlt. *confirmauerit?*
12 *Lege Cornelia legitimam duntaxat pupilli hereditatem confirmari, non testamentariam.*
13 *Ratio dubitandi nata ex verbis Scæuolæ in* d.l. 29. *prout à Cuiacio leguntur.*
14 *An patre & filio apud hostes mortuis, filius ex Scæuolæ sententia videri possit per legis Corneliæ fictionem in ciuitate decessisse.*
15 *Noua coniectura & emendatione* d. l. si pater. 29. *conciliatur Scæuolæ & Papiniani sententia.*
16 *Superioris coniecturæ confirmatio, & dubitandi ac decidendi ratio in* d.l. 29.
17 *Conciliatio* d.l. 29. *cum* l. 28. eod. tit.
18 *Vis horum verborum in* d. §. vlt. l. quod si. sufficiet lex Cornelia substituto.
19 *Vulgaris Doctorum ad dictas leges interpretatio reijcitur, & interpretationis ratio refutatur.*

1 Hic † quoque vt aliorum ita & nostri errores detegendi sunt ac corrigendi. Quarta species est à Papiniano tractata ad legis Corneliæ fictionem & pupillarem substitutionem pertinens, si pater & filius ambo apud hostes sint ibiq. decedant, sed pater prior, an substitutus pupillaris ex lege Cornelia admittatur. Sic autem Papinianus scribit. *Sed si ambo apud hostes, & prior pater decedat, sufficiet lex Cornelia substituto, non aliàs, quàm si apud hostes patre defuncto postea filius in ciuitate decessisset.* Ponit Papin. priorem patrem decedere, quoniam si verum est quod proximè docuit, filio in ciuitate ante patrem captiuum mortuo, nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit, multò minus de iis quærendum fuerit, filio ante patrem apud hostes defuncto, quia non magis potest legis Corneliæ fictio efficere vt filius ante patrem apud hostes mortuus ei heres extitisse videatur, quam si filius in ciuitate decessisset: quinimò tantò minus quòd fieri nequeat vt filius qui apud hostes est vllomodo sit heres
2 patris, aut alterius cuiuslibet. † Patrem igitur priorem decessisse ponendum est. An & priorem captum? Sic Scæuola fortasse existimauit qui in *l. si pater captus.* 29. *de vulg. & pupil. subst.* eandem tractans quæstionem ita scribit, *si pater captus sit ab hostibus mox filius & ibi ambo decedant quamuis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit.* Sed si non admittit Scæuola confirmari pupillarem substitutionem ex lege Cornelia, etiam cum filius post patrem captus est, multò minus admissurus fuerit confirmari eam filio simul & eodem instāti capto cum patre: quia nec præmortuus fingi potest pater quem simul cum filio captum esse constat, sicut nec si post filium captus esset. Idémque hoc casu contingere necesse est, quod eueniret si vtrumque eodem temporis momento mortuum esse constaret, filium nempe nunquam sui iuris fuisse qui patri superstes nec in ciuitate nec apud hostes fuisset, atque ita pupillares tabulas quasi à filiofamilias factas intercidere. Itaque licèt Papinianus generaliter & indistinctè tractet de patre & filio ab hostibus captis, non expresso eo vter prior captus sit, ita tamen intelligi necessariò debet vt de patre prius capto senserit. Ne alioqui euidenter falsum sit quod ait, posse legē Corneliam sufficere substituto, quæ sanè nec sufficere potest nec auxilio vllo extrinseco suppleri ad confirmandas pupillares tabulas siue filius ante patrē,
3 siue simul cum patre captus sit. † De illo fortasse probabilius dubitari possit, si vterque ita captus sit vt nō appareat an vterque simul, an vter prior in hostium potestatem peruenit, an pupillaris substitutio valeat. Sed tamen verius est non valere, nō solum quòd substituto prætendenti pupillares tabulas incumbat onus probandi filium superuixisse arg. *l. ex facto.* 17. *§. si quis autem ad SC. Trebel. l. quod de pariter.* 16. *cum duab. seqq. de reb. dub.* Verùm etiam quia quod dici solet patrem ante filium decessisse videri, tametsi in bello decesserint, *l. qui duos.* 9. *§. cum bello eod.* non habet locum si filius impubes fuit etiam cùm de naturali & vera morte agitur, *d. l. qui duos. §. vlt. l. si mulier.* 23. *eod. l. inter socerum.* 26. *de pact. dot.* nec igitur si de morte ficta agatur quæ per captiuitatem contingit, siue quod facilius sit hosti capere impuberem tueri se non valentem, quam patrem, siue quòd naturæ ordo ille qui ex voto parentum prius ad mortem vocat parentes quàm liberos, *l. nam et si.* 15. *de inoff. testam. l. scripto.* 7. *§. vlt. vnd. lib.* facillimè interrumpatur cùm captiuitas incidit, quæ sicuti contra naturam est, ita naturæ ordinem subsequi non potest. Ergo vt quæstioni locus esse possit non tantum

primo loco defunctum patrem, sed etiam prius captũ
4 fuisse ponendum est. † In hac autem quæstione non
dubito quin Pap. à Scæuola dissenserit. Nam Papin. a-
pertè scribit legem Corneliam sufficere substituto,
Scæuola verò negat legem Corneliam ad pupilli sub-
stitutionem pertinere. Dissentiendi à Papiniano cau-
sam eandem habuisse Scæuola videtur, quam Papinia-
nus dissentiendi à Iuliano in quæstione *§. vlt. l. pater.*
10 *de capt. & postlim.* Nempe quòd lex Cornelia de se-
cundis tabulis nil locuta sit, at eius tantum personam
demonstrauerit, qui testamenti factionem habuisset,
cuiusmodi non est impubes. Noua igitur lege aut Im-
per. constitutione opus esse putabat Scæuola vt impu-
beris hereditas testamentaria induceretur, & confir-
maretur. Adeò fuit ille stricti iuris religiosissimus: ni-
hil interesse existimás an filius solus an cum patre ca-
ptus sit, cùm perinde vtroque casu captiuus sit, & cõ-
sequenter heredem ex testamento habere nequeat.
Quod si ita est, consequens erit solo illo casu confir-
mari per legem Corneliam pupillares tabulas, quo fi-
lius in ciuitate post patrem captiuum decesserit. Et
quidem institutus à patre, non exheredatus ne ea ob-
stent quæ scripsimus ad Papinianum in *dict. l. pater in*
5 *princ.* † Papinianus verò quamquam admittit legem
Corneliam quæ de secundis tabulis nil locuta est ad
pupillarem substitutionem non pertinere, cùm solus
filius, siue institutus siue exheredatus, mortuo patre
captus est, esseq. illo casu necessarium substituto au-
xilium non quidem alterius legis aut constitutionis,
sed Prætoris tanquam eius qui verus æquitatis custos
sit & arbiter, filio tamen cum patre capto, & post pa-
trem mortuo magis probat vt sufficiat substituto lex
Cornelia, id est, vt non sit ei necessarium Prætoris au-
xilium ad consequendas vtiles in hereditatem actio-
nes qui directas ex ipsa lege habere possit. Ratione
illa, vt arbitror, quòd patre capto necesse sit legem
Corneliam inducere ad confirmandum patris testa-
mentum, quo confirmato pupillares quoque tabulas
tanquam accessorias partemque paterni testamenti,
aut potius idem ipsum testamẽtum confirmari opor-
tet. Quid enim refert an in ciuitate, an apud hostes
pupillus fuerit, cùm patris testamentum per legem
Corneliam confirmetur? Nam etsi in ciuitate filius
post patrem decederet, non eò magis substitutus ad-
mitteretur ni lex Cornelia patris apud hostes mortui
testamentum confirmaret. Cùm igitur ex sola paterni
testamenti confirmatione pupillares tabulæ vires ac-
cipiant, nec eò minus confirmetur patris testamentũ
quòd filius quoq. apud hostes decesserit, cur nõ perin-
de admittamus hoc quoque casu pupillares tabulas
ex lege Cornelia subsistere, atque si filius in ciuitate
6 decessisset? † Id enim est quod Papinianus sibi vult
iis verbis, *non alias quam si patre apud hostes defuncto po-
stea filius in ciuitate decessisset.* Quæ tamen longè aliter
ab interpretibus omnibus hucúsque accepta fecerunt
vt iam vulgò creditum sit non solùm diuersam, sed &
planè contrariam esse Papiniani sententiam, eam ni-
mirũ vt ita demum in proposita specie pupillaris sub-
stitutus admittatur si filius qui cum patre captus fue-
rat postea reuersus sit ab hostibus, & in ciuitate de-
cesserit. Quasi Papiniani verba constructionem & in-
terpretationem eãdem admittant ac si scripsisset ille,
non alias, aut, vt quidam libri habent, *non aliter sufficiet
lex Cornelia substituto, quam si apud hostes patre defuncto
postea filius in ciuitate decessisset.* Cur tam tortuosæ con-
structioni, & interpretationi, licèt à nobis in priorib.
Coniecturis probatæ, aliud nihil causam dedit, nisi
quod ea sola Papiniani cum Scæuola conciliandi ra-
tio superesse videretur. Ita fit vt Papiniani sententia
quæ pro substituto facit euidentissimè contra substi-
tutum retorqueatur, & quæ affirmatiua est cum ita
leges, *sufficiet lex Cornelia substituto*, negatiua fit cùm i-
ta construes, *nõ alias sufficiet lex Cornelia*, &c. Sed præ-
ter id quod improbabilius dici nihil potest & à Papi-
niani verbis alienius, videamus etiam quam abhor-
reat à proposita quæstione, noua ista construendi aut
verius destruendi contextus ratio. † An non Papinia- 7
nus eam speciem tractat in qua vterque & pater, &
filius, sed pater prior apud hostes decedat? vtique. Sic
enim scribit, *si ambo apud hostes, & prior pater decedat.*
Quomodo igitur fieri potest vt ad propositam quæ-
stionẽ Papinianus respondeat, sufficere quidem posse
legem Corneliam substituto, sed ita demum si filius
quem iam posuit apud hostes decessisse, (neque enim
reuersum eum fuisse vllomodo exprimit) in ciuitate
moriatur? Aut quis credat Papinianum vno casu pro-
posito de alio respondere? Aut denique, si Papinianũ
sic interpretari vis, vt de proposito casu respõdeat per
ambages, sufficere scilicet legem Corneliam substitu-
to ita demum si filius postea in ciuitate decesserit, vt
inferre possis, Ergo in proposito non sufficere ambo-
bus apud hostes mortuis, Rogo, quid necesse erat ver-
ba illa addere, *apud hostes patre defuncto.* An non id sa-
tis erat expressum prioribus illis, *sed si ambo apud hostes
& prior pater decedat.* Quid tam insulsa verborũ mul-
tiplicatio cum Papinianea breuitate & elegantia cõ-
mune habet? Aliam itaque & nouam speciem iis ver-
bis perstringit, vt cum dixerit nihil referre an vter-
que apud hostes, sed pater prior decesserit, an pater so-
lus apud hostes, postea verò filius in ciuitate, facilè
cuique sit intelligere cur illo casu legem Corneliam
sufficere arbitretur. Et verò verbum illud, *decessisse*,
vulgari interpretationi non conuenit, secundùm quã,
si Grammaticos Papinianus amauit, scribere debuit,
decedat, aut, *decesserit.* At cum verba illa, *non alias quam
si apud hostes*, &c. ad sententiam affirmatiuam iamque
absolutam & virgula aut commate notandam addita
hunc sensum habeant ac si pluribus & apertius scri-
ptum esset, *non secus quàm contingeret si apud hostes*, &c.
commodissimè subiunctum est, *decessisset*, in præteri-
to, vt Grammaticum agam, plusquamperfecto cùm
de eo ageretur qui iam decesserat. † Qui autem pri- 8
mi ex interpretibus Papinianum sic interpretati sunt
vt cum Scæuola conciliarent, nihil actum existiman-
tes ni Scæuolæ quoque sententiam quam per con-
structionem violare non poterant, audaciore & ine-
ptiore interpretatione ad sensum suum detorquerẽt,
sic Scæuolam intelligi voluerunt vt quod ille ait legẽ
Corneliam in proposita quæstione ad pupilli substitu-
tionem non pertinere, hanc exceptionem admittat,
nisi reuersus in ciuitate impubes decedat, quæ verba tan-
dem sequentium interpretum aut exscriptorum im-
peritia in textum irrepserunt. † Quid enim apertius, 9
quàm videre, Scæuolam sic scribere non potuisse?
quippe qui in præcedentibus, disertis verbis exprimat
tractare se de filio qui cum patre apud hostes decesse-
rit, nec ab iis vnquam reuersus sit vt in ciuitate mori
potuisset. Sic enim ait, *si pater captus sit ab hostibus mox
filius & ibi ambo decedant quamuis prior pater decedat
lex Cornelia ad pupilli substitutionem nõ pertinebit.* Quid
igitur sibi vult exceptio illa, *nisi reuersus in ciuitate im-
pubes decedat.* An poterit in ciuitate iterum decedere
filius qui iam apud hostes mortuus sit? An non per-
uulgatum est, exceptionem debere esse de regula &
casu cui subiicitur? An non denique perinde ridicula
est illa exceptio ac si quis diceret, *mortuos homines sepe-
liendos*

hendos esse præterquam si qui venant.? Fateamur ergo quod res est dissensisse omnino hac in specie Papinianum à Scæuola, nisi aliud quidpiam præterea in Scæuolæ textu emendes. Nam etsi exceptionem illam quam tollimus Scæuolæ esse voles, præter id quod ridiculum facies Iuriscõsultum alioquin acutissimum, non tamen assequere vt Papinianus Scæuolæ consentiat, nisi eam quoque ad Papinianum interpretationẽ probes, quæ a cæteris omnib. laudata quidem est, sed à nobis hoc capite verissimè & cumulatissimè refuta-

10 ta. † Nec te moueat quòd ratio illa quæ apud Scæuolam sequitur, *quoniã etsi ambo in ciuitate decessissent, veniret substitutus*, præcedentibus nil conuenit si tollatur exceptio ista, *nisi reuersus in ciuitate impubes decedat*, ad quam solam accommodari optimè potest. Nam & iam ante nos vir doctissimus Iacob. Cuiacius, licèt Scæuolæ mentem nunquam assequutus sit, benè tamẽ obseruauit corruptam esse lectionem, & pro, *quoniam*, legendum, *quanquam*, congruum enim fuit Scæuolam si responsi sui rationem aliquam reddere voluit, eius partis reddisse quæ præcipua erat, & dubitabilior, nõ exceptionis quæ certa erat & indubitata. Siquidem filio qui post patrem captus fuerat ab hostibus reuerso, & in ciuitate defuncto, quis dubitare poterat quin sublata per postliminij fictionẽ filij captiuitatis memoria, patrisque testamento per legem Corneliã confirmato, pupillaris substitutio valeret, ac si ambo in

11 ciuitate decessissent? † Et ob id nimirum Papin in *d. §. vlt. quod si filius*, vt sententiam suam de casu magis dubitabili confirmare per comparationem alterius casus minus dubitabilis, adiecit, *non alias quam si patre apud hostes functo filius in ciuitate decessisset*. Non dixit, *non alias quam si ambo in ciuitate decessissent*, quia licèt non aliter ad propositam quæstionem respondeat, quã responsurus erat si ambo in ciuitate decessissent, facilius tamen fuisset contradicenti rationem illam conuellere. In promptu namque esset dicere ambobus in ciuitate mortuis nihil obstare quominus pupillaris substitutio valeat, si modò fili9 & in potestate & post

12 patrem decesserit. † At in casu proposito filium captiuum decessisse. Et quamuis ex lege Cornelia retrofingatur in ciuitate decessisse, id tamen illò pertinere vt legitimum heredem habere possit non testamentarium, Lege Cornelia legitimam duntaxat pupilli hereditatem constitui non testamentariam, propterea quòd in testamentariis hereditatibus confirmandis eius personam demonstrauerit qui testamenti factionem habuisset: pupillum verò testamenti factionem non habere. Quæ omnia diluuntur ratione sic, vt à Papiniano est, concepta. Ita enim esto vt captiui impuberis hereditatem ex testamento lex Cornelia non confirmet, sufficit, inquit Papinianus, patris testamentum confirmari vt pupillares quoque tabulæ in necessariam consequentiam valeant. Quis verò dixerit eò minus confirmari patris captiui testamentum quod filius quoque captus fuerit & apud hostes decesserit? Nihil igitur interest siue de paterno siue de pupillari testamento agas, an pater solus an filius quoque cum patre decesserit. Sed tantùm an de solis pupillaribus tabulis confirmãdis tractetur, an pater-

13 num quoque testamentũ cõfirmari oporteat. † Quòd si cum Cuiacio sic legas apud Scæuolam, *quamquam etsi ambo in ciuitate decessissent veniret substitutus*, elegãtem facias rationem dubitandi propter quam videbatur in proposita quæstione pupilli hereditatem ex lege Cornelia ad substitutum pertinere, cum lex Cornelia fingat in ciuitate decessisse eos qui apud hostes moriuntur. Ex quo magis apparebit, quàm imperitè faciant qui rationem hanc ad illum casum accommodant quo filius ab hostibus reuersus in ciuitate de-

cesserit. † Nam & ambobus apud hostes mortuis 14
non possit negare Scæuola, videri filium quoque ex lege Cornelia decessisse in ciuitate. Cùm & si solus filius captus esset legitimam saltem ipsius hereditatem lex Cornelia confirmaret. Quomodo autem confirmaret, nisi retrofingeret in ciuitate decessisse? Itaque si ad inducendam legis Corneliæ potestatem pro confirmandis pupillaribus tabulis nihil aliud requireretur nisi vt ambo in ciuitate decessissent aut decessisse viderentur, iret proculdubio Scæuola in Papiniani sententiam. Sed quia longè aliud est fingere filium impuberem in ciuitate decessisse qui cum patre apud hostes decesserit, aliud verò ipsius testamentum confirmare: ideò nec putat Scæuola rationem illam sufficere ad confirmandas tabulas pupillares, quòd ambo in ciuitate decessisse videantur, quodque si reuera decessissent in ciuitate, veniret

substitutus. † Videamus tamen an commodius Scæ- 15
uolæ verba emendari possint, & intelligi vt à Papiniano nullomodo dissentiat, à quo nec iustam dissentiendi causam habet. Id verò assequemur facilè, si retenta vulgari lectione, *quoniam etsi ambo*, &c. sublatisque illis, *nisi reuersus in ciuitate impubes decedat*. quæ non nisi ineptè retineri posse probauimus, præcedentia sine negatione sic legamus, *lex Cornelia ad pupillarem substitutionem pertinebit*. Potuit enim negatio facillimè irrepere ex affinitate postremæ syllabæ dictionis præcedentis *substitutionem* facto *non* ex *nem* cum librarius priores illas syllabas *substitut*. iuncto puncto, sufficere existimaret ad scribendum breuiùs *substitutionem* aut etiam ex audacia imperiti interpretis conciliare fortasse volentis Scæuolam cum Papiniano, quem sic intelligebat vt filio post patrem capto ab hostibus ita demum locus sit legi Corneliæ si reuertatur filius, & in ciuitate decedat, sicut & ab eodem interprete factum esse credibile est vt in *l. proxim. praeced.* legatur hodie in Pandect. Florent. *non commodè* pro eo quod in aliis libris omnibus legitur & longè rectiùs *non incommodè*, ne scilicet Iulianus cum Papiniano pugnaret qui tamen pugnat euidentissimè in *§. vltim. dict. leg. pater*. Nec est improbabile cùm ad verbum *pertinebit* quidam fortè glossator, vt facere solent, annotasset (*imo non pertinebit nisi reuersus in ciuitate impubes decedat*, vt *leg. quod si filius. §. vltim. de capt. & postlim.*) & glossa illa plerisque placeret Papinianum malè intelligentibus postea euenisse vt ea glossa in textum coalesceret, quod & innumeris aliis iuris locis accidisse legimus. Sic verò fiet vt Sæuolæ sententia eadem sit illa Papiniani *sufficiet lex Cornelia substitutio*, & apprimè congruat seq. ea ratio, *quoniam etsi ambo in ciuitate decessissent veniret substitutus*, quæ etsi differat aliquantulum ab illa quam Papinianus reddit, *non secus quam si patre apud hostes defuncto filius in ciuitate decessisset*, vi tamen ipsa eodem recidit, cùm & pater apud hostes defunctus in ciuitate decessisse videatur. Nisi quòd Papiniani ratio subtilior est & ad diluẽdam obiectionem quæ contra hanc sentẽtiam fieri posset, vt docui-

mus, accommodatior. † In hanc verò coniecturam præ- 16
ter ea quæ suprà dicta sunt, non parum me mouent verba illa præcedentia, *quamuis prior pater decedat*, quibus palam est dubitandi rationem significari quæ obstare videbatur, vt proinde aliam dubitandi rationem addere nil necesse fuerit in seqq. Decisionis verò causam aliquam in re præsertim non aperta subiungere fuit conuenientiùs, quę tamẽ nulla erat si in seqq. pro

quoniam reponas *quanquam*. Illa porrò dubitãdi ratio, *quamuis prior pater decedat*, non videbatur facere vt lex Cornelia ad pupillarem substitutionem pertineret, sed potius vt non pertineret. Cùm enim patre iam defuncto impubes apud hostes moritur, difficilius est vt impuberis captiui hereditas testamentaria ex lege Cornelia confirmetur, solétque hoc casu necessarium esse Prætoris auxilium, *d.l.pater.§.vlt.de capt. & postlim.* Sed id procedit cùm pater prior decessit in ciuitate, non cùm apud hostes. Hoc enim casu confirmato per legem Corneliam patris testamento & in necessarias consequentias exinde confirmatis quoq. pupillaribus tabulis nil curandum est an postea filius in ciuitate an apud hostes decedat, quoniam quæ semel sunt confirmata noua confirmatione non indigent. Igitur cùm dubitandi rationem illam quæ suadere videbatur non pertinere legem Corneliam ad pupillarem substitutionem, Scæuola minus sufficientem esse putet, consequens est vt ex contrario & affirmatiuè responderit, *lex Cornelia ad pupill. substitutionem pertinebit*, tum statim rationem subiecerit, *quoniam etsi ambo in ciuitate decessissent veniret substitutus*: atq. ita Scæuolæ sententia & cùm iuris ratione & cum Papiniano consentiet. † nec rursus tam euidenter pugnabit
17 cum Iuliano, qui in *l.prox.praeced.* defendit, etiam cum patre mortuo in ciuitate filius in hostium potestatem peruenit, nihilominus pupillarem hereditatem ex lege Cornelia ad substitutum pertinere, quamuis Scæuola non obscurè innuat contra se sentire iis verbis, *quamuis prior pater decedat*, quibus sanè nulla dubitãdi causa cõtineretur, si etiam illo casu quo pater prior in ciuitate, deinde captus filius apud hostes decederet pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari existimabat. Alioqui non erat cur ea verba adderet ad excludendum casum contrarium quo pater post filium moreretur, quasi sentiret illo casu legem Corneliam facilius pertinere posse ad pupillarem substitutionẽ, cùm, vt initio capitis præfati sumus, filio ante patrem siue in ciuitate siue apud hostes decedente certum sit non solùm legi Corneliæ locum non esse, sed ne quidem quæstioni, vt Papinianus scribit in principio huius legis, cùm ait, *nihil esse quod hoc casu de secundis ta-*
18 *bulis tractari possit.* † Cæterùm obseruandum est quod Papinianus in hoc §. sic loquitur, *sufficiet lex Cornelia substituto.* Ad differentiam nimirum eius casus de quo dixerat in *§.vltim.l.praeced.* & in quo Prętoris auxilium necessarium esse scripserat. Ex quo magis apparet verum esse quod nos ad eum locum adnotauimus in illa specie non deferri hereditatem substituto pupillari ex lege Cornelia vt Iulianus putabat, in eoque Papinianum à Iuliano dissentiisse quicquid in contrarium contendat Cuiacius, qui vt argumentum hoc effugiat, pessima interpretatione quod lex ait, *sufficiet*, intelligit ita vt, *non deficiat*, quasi paria sint in omnibus, *sufficere*, &, *non deficere*, Aut quasi non deficiat lex Cornelia cum ad Prætoris auxilium confugiendum est. Imò verò *sufficere*, hic nihil aliud est
19 quàm alieno auxilio non indigere. † Non possum temperare quin subiiciam, vulgares interpretes qui Scæuolæ & Papiniani sententiam illam esse putant vt patre & filio captis & apud hostes mortuis licèt patre ante filium, filius tamen heredem testamentarium ex patris testamento habere non possit per legem Corneliam, falsa etiam niti ratione vt falsam propositionem confirment. Aiunt enim id fieri quia filius quãuis superstes patri, ipsius hereditatem adire non potuerit quandiu fuit apud hostes, non adita autem patris hereditate pupillares tabulæ corruant, *l.2.de vulg.* *& pupil.substit.l.apud Iulianum.11.§.idem Iulianus ad SC.Trebel.* Quod omnino ad rem non pertinet. Patris enim hereditatem adire necesse non est filio instituto & patri superuiuẽte licèt apud hostes moriatur, quia fictio legis Corneliæ pupillares tabulas in paterni testamenti consequentiam confirmantis sicuti facit vt pater ex eo instanti decessisse videatur quo captus est, *d.l.pater in princ.l.1.in fin.C.de postlim.reuers.* ita efficit quoque vt filius post patrem captus exinde mortuus retrofingatur ex quo in hostium potestatem peruenit. Id verò si ita est, sequitur vt idem filius qui siue rei veritatem siue fictionem consideres patri superuixit patri heres fuisse intelligatur, non quidem suus aut necessarius propriè (quem verum est non fuisse in parentis potestate mortis tempore) sed tamen inuitus, vt Iulianus loquitur in *l.lege Cornelia 12. qui testament.facer.poss.* ac proinde cui nec aditione vlla opus fuerit nec scientia mortis paternæ ad acquirendam sibi hereditatem & in successores suos transmittendam, *l.apud hostes.8.C.de suis & legit.* vbi abundare dictionem, *sua*, iam suprà diximus, additam quippe ab interprete existimante fieri non potuisse vt filia ignorans & ipso iure heres extitisset patri quin extitisset sua, nec animaduertente imò sufficere vt fuerit heres inuita licèt nec sua, nec necessaria, nihilque obstare quominus inuitus heres sit filius aut seruus qui tamen nec suus sit nec necessarius propter eam rationem quam attulimus sup. Ergo si ratio illa falsa est qua mouentur nostri vt excludant substitutum, quidni etiam falsum erit quod volunt excludi eum quem Papinianus disertissimis verbis scribit non solùm admitti debere, sed etiam ex lege Cornelia, ita vt nec Prætoris ope indigeat? Potuitque fortassis ea quoque res vt iuris ignoratio causam præbere mendo quod nos purgamus apud Scæuolam & illi ad Papinianum interpretationi quam nos refellimus. Cętera quę hîc tractari possent, an decedente impubere filio ante patrem ita corruant pupillares tabulæ vt neque ex vulgari tacita substitutus admittatur ad bona patris, quoniam longiore tractatu indigent consultò prætermittimus, vt in alium locum conferamus.

CAPVT VIII.

Si viuo patre filiusfamilias captus sit ab hostibus, cur legi Corneliæ locus non sit. Et emendatio l.2.§.si quis vnd. legit.

SVMMARIA.

1 *Huius iuris rationem à Iuliano redditam, non bene ab interpretibus acceptam fuisse.*

2 *Cur legis Corneliæ fictio, qua inducit vt ciuis Romanus apud hostes mortuus, fingatur in ciuitate decessisse, ad filiumfam. non pertineat?*

3 *Reipsa & citra fictionem verum esse, eum qui primo instanti captiuitatis filiusfam. fuit, nulla bona in ciuitate reliquisse, & apud hostes mortuum heredem habere non posse.*

4 *Legem Corneliam, ne quidem cùm de intestati causa quæritur, filiofamilias ab hostibus capto fauere.*

5 *Deteriorem esse eo casu filijfamil. siue pubesis siue impuberis, quàm patrisfam. conditionem.*

6 *Postliminij fictionẽ, quæ & patrẽ filio reddat, & patri filiũ, pristinum ius potestatis reddere, non nouum dare.*

7 *Filiumfam. ab hostibus captum, & apud eos mortuum, patremfam. decessisse non videri.*

8 *Cur filius hoc apud hostes mortuus ante patrem decessisse non fingatur?*

9 Cur

9 *Cur Iulianus in* d.l. lex Cornelia. 28. *dicat dictum filium ideò heredem habere non posse, quòd bona nulla in ciuitate reliquerit?*

10 *Cur donatio omnium bonorum futurorum & praesentium non valeat?*

11 *Filium eum qui non vult sibi acquirere, acquisitionis capacem quidem esse.bona tamen nulla habere,sed duntaxat peculium.*

12 *Filiumfamilias iure nouo in aduentitijs heredem ab intestato habere posse.*

13 *Vera & germana ratio sententiae Vlpiani in* d. l. 2.§. si quis.ff.vnd.legit.

14 *Filium captiuum testari non posse,nec si testatus sit,testamentum valere,siue pater ab hostibus redeat,siue apud hostes moriatur?*

15 *Differentia inter effectum restitutionis Principalis in deportato,& postliminij in captiuo.*

16 *Tollitur è* d.§. si quis. *versiculus ille*, quia nondum intestatum eum esse,*&c.*.

17 *In danda bonorum possessione inspiciendum esse, an qui defunctus est bona aliqua reliquerit.*

1 INepta † fortassis videri possit hæc quæstio,cùm rationem quam quærimus apertis verbis Iulianus
reddat *l.lex Cornelia.28.de vulg.& pupill. substit. quia,* inquit, *non efficitur per legem, vt is qui nulla bona in ciuitate reliquit heredes habeat.* Sed tamen quoniam hæc ipsa ratio malè ab omnibus interpretibus, vt ego quidem existimo accepta est,digna res visa fuit de qua separatim diceremus,non quò meliorem rationem quæreremus, sed vt appareret longè aliam Iuliani sententiam esse quàm vulgò credatur, nec minus in hoc quoque errasse magistros nostros, quàm in cæteris omnibus de quibus hucusque diximus, ad tractatum legis Corneliæ pertinentibus. Sic enim sentiunt, ideò nulla bona in ciuitate reliquisse videri filiũ, quod per legem Corneliam retrofingatur decessisse filiusfamilias & viuo patre, qui scilicet eo tempore quo captus est,& quo mortuus fuisse intelligitur patrem in ciuitate viuum habuerit,tametsi pater ille viuo postea apud hostes filio decesserit. Quod si verè diceretur, poterat Iulianus & breuius & elegantius eam ipsam rationem vsurpare qua Papinianus, licet aliam speciẽ tractans,vsus est in *l.quòd si filius. 11. de captiu.& postlim. quia filiusfamilias mori intelligitur:* Sed non ita
2 scripsit,quia nec sic intellexit. † Neque enim verum est fictionem illam legis Corneliæ quæ inducit vt ciuis Romanus apud hostes mortuus fingatur in ciuitate decessisse, ad filiumfamilias vllomodo pertinere, quia scilicet neque hereditatem habere possit, neque heredem. Cùm legis Corneliæ propositum vnum illud sit vt ciui Romano ab hostibus capto & hereditatem constituat,& heredem,*l.filiusfamilias.18.D.ad legem falcid.l.1.C.de postlim. reuers.* quemadmodum pluribus comprobauimus ad §. *videndum. l. Gallus supra.* Et verò quid necesse est legis Corneliæ fictionem in filijfamiliae persona inducere,vt efficias quod Iulian.
3 ait nulla eum bona in ciuitate reliquisse? † An non re ipsa & citra fictionem verum est eum qui primo captiuitatis instanti filiusfamilias fuit, & in patris sui potestate,nulla bona in ciuitate reliquisse? Ab eo autẽ tempore quo captus est & seruus hostiũ factus, quid, quæso, sibi aut in ciuitate aut extra ciuitatem potuit acquirere? At si nec sibi quicquam habuit nec habẽdi capax fuit, quem heredem siue ex testamento siue ab intestato,aut quam hereditatem habere possit? Si denique heredem habere non potest, cur ad eum legis Corneliæ fictio protrahatur? quæ nihil aliud agit nisi vt heredem det captiuo,ei scilicet qui heredem habe-
re possit.† Nam quemadmodum facto testamento nõ 4
confirmat lex Cornelia hereditatem testamentariam nisi factionem testamenti habuerit is de cuius testamento cõfirmando agitur: ita & nullo facto testamẽto fieri nequeat vt confirmetur successio intestati eius, cuius hereditas nulla sit. Idque idem Iulianus apertius declarat sequenti illo versiculo. *Quare etiam si pubes filius.* (Sic enim legendum esse, vt vulgo, non *impubes*, vt Cuiacius vult, probauimus, *lib. 3. capit. 9.*) *viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hostium potestate decesserit patris hereditas lege duodecim tabularum non filij ex lege Cornelia ad agnatum proximũ pertinet.* Nimirum vt doceat non magis legem Corneliam fauere filiofamilias capto ab hostibus cùm de causa intestati quæritur quàm cùm de causa testati
facti per patrem pupillaribus tabulis.† In eoque de- 5
teriorem esse condicionem filijfamilias siue puberis siue impuberis, quàm sit patrisfamilias impuberis. Huius enim legitimam hereditatem lex Cornelia cõfirmat,quam lex duodecim tabularum erat confirmatura si is in ciuitate decessisset. An filijfamilias hereditatem quæ nulla esset in ciuitate, fieri non potest vt lex Cornelia confirmet? An quia filiusfamilias decessisse videatur qui viuo patre captus, eo demum mortuo in ciuitate defunctus est? Minimè. Certum enim est filium à quo tempore captus & seruus hostium factus est exiuisse de patris potestate, cùm nec fieri potuerit vt eodem tempore in duorum potestate esset, & patris & hostis. Et fictione opus esset vt filiusfamilias mori intelligeretur. Fictioni autem nulli locus est,quia nec alia vlla occurrit cui locus esse possit quã Corneliana, quæ tamen, vt dixi, nunquam in filijfa-
milias persona locum habet. † Postliminij fictioni 6
in eo dissimilis,quæ & patrem filio reddit,& patri filium siue pater siue filius ab hostibus reuertatur, *d.l. quod si filius de captiu. & postlim.l.1.Cod.eod.l.penultim. D. de suis & legit.* & quidem pristino iure potestatis reddito,non nouo dato. Inde enim fit quod Paulus scribit in *l.si pater 9.* & sequenti *de inoffi testa.* Si pater ab hostibus capiatur, filio manente in ciuitate reuerso patre non rumpi patris testamentum, sicut nec si filius postliminio redeat, quod haud dubiè rumperetur,si nouum ius potestatis esset quod patri ex postliminio acquireretur quasi noui sui heredis agnatio-
ne. † At si filiusfamilias decessisse non intelligitur 7
qui cum talis esset primo captiuitatis Instanti posteà decessit apud hostes, an paterfamilias decessisse videbitur? Multò minus. Nam sicut Scæuola scribit in §. *vlt.l.Gallus,* filium emancipatione suum heredẽ fieri non posse, ita nec captiuitate paterfamilias qui fieri potest,cum captiuitas,& familiam & libertatem omniáque pristinæ libertatis & ciuitatis iura adimat, ob idque ad ea recuperanda postliminij fictionem inducere necesse fuerit. Quid ergo? Seruus hostium re vera moritur is qui quo tempore captus est filiusfamilias fuit,nec fictione vlla adiuuatur,quominùs seruus decessisse existimetur. Ideò autem nec fictione adiuuatur,quia inutilis & frustratoria esset fictio,quæ nihil aliud efficere posset quàm vt is filiusfamilias defunctus esse intelligeretur, ac proinde talis qui nec heredem nec hereditatem habere posset. Vnde fieret vt seipsam fictio destrueret, námq; fingendi causam
fuisse probaret. † Ex quo apparet Antonium Goue- 8
num malè hinc argumentum sumere contra Bartolũ, vt probet decedẽte impubere filio ante patrẽ expirare pupillares tabulas Neque.n. hic filiusfamil. viuo patre decessit, sed post patrem licet apud hostes, viuo quidẽ

patre captus fuerat. Sed cum fictio legis Corneliæ in
eius persona locum non habeat, vt diximus, non facit
ea res vt ante patrem decessisse videatur, non magis
9 quã vt in patris potestate.† Sed illud fortasse quis mi-
retur quod Iulianus ait fieri non posse vt qui bona
nulla in ciuitate reliquit, heredem habeat, cùm here-
ditas sit nomen iuris nec requirat vt quicquam sit in
hereditate. Finge inopem patremfamilias apud hostes
mortuum, qui nihil prorsus in bonis habeat, aut qui
plus in ære alieno habeat, quam in bonis, quæ nec
bona dici possunt, nisi deducto ære alieno, *l. subsigna-
tum. 39. §. bona. l. propriè. 83.* non eò minus hereditatem
reliquisse videbitur vt & heredem habere possit, licèt
bona nulla reliquerit, *l. 1. l. 3. in princip. & §. 1. de bonor.
possess.* Nempe quia acquisitionis capax fuit, & quo in-
stanti mortuus est, ei etiam ignoranti acquiri potuit,
aut per seruos, si quos habebat, aut ex causa legati a-
liâve simili per quam soleat ignoranti quoque acqui-
ri. At Iulianus de filiofamilias loquitur qui non so-
lùm bona nulla habet, sed nec habere potest, impe-
diente iure patriæ potestatis propter quod omnia ac-
quirit patri, *l. placet. 79. de acquirend. hered. l. 1. in princ.
D. si a parent. quis manum.* Eum autem qui nec bona vl-
10 la habeat nèc habere possit quis dicat habere here-
dem posse? † Quo etiam argumento & quidem for-
tissimo defendi semper, non valere donationem bo-
norum omnium præsentium, & futurorum, quòd is
qui sic donauit seipsum acquisitionis prorsus incapa-
cem fecerit, vbique proinde habendi heredis faculta-
tem ademerit: nec enim heres esse potest sine heredi-
tate, hereditas autem licèt esse possit etiam cùm bona
nulla sunt, non tamen cùm bona nulla esse possunt, vt
vel maximè probat is Iuliani locus quem nunc tra-
11 ctamus. † Quid? An non filiusfamilias capax est ac-
quisitionis, patre nolente sibi acquiri? Ita sanè. In cõ-
que differebat iam olim à seruo vt scripsimus *li. 7. cap.
21.* At etiam tum cùm pater non vult sibi acquiri per
filium, filioque acquiritur, verum tamen est filiumfa-
milias bona nulla habere, sed duntaxat peculium
quod aduentitium dicitur, in quo constat nec here-
dem habere eum iure vetere potuisse, adeò vt etsi ca-
strense peculium haberet de quo tãquam de proprio
patrimonio testari ex constitutionibus poterat, inte-
status tamen moriens nec heredem patrem haberet,
nec bona vlla reliquisse videretur, quia castrense pe-
culium non hereditatis, sed peculij iure patri acqui-
rebatur, *leg. 1. & 2. D. de castrens. pecul.* Aliud enim
est, bona, aliud peculium habere. Bona habent soli
patresfamiliarum: peculium verò ij soli, qui in alte-
rius, patris videlicet aut domini potestate constituti
sunt. Proinde semper & omni casu, vtrumque veris-
simum est quod Iulianus ait filiumfamilias neque bo-
12 na, neque heredem habere posse. † Hodie tamen a-
liud est, quòd ad legitimam hereditatem pertinet,
postquam placuit Iustiniano vt in aduentitiis etiam
filiusfamilias heredem ab intestato habere possit, vt
pluribus à nobis tractatum est in Disputationibus fo-
rensibus: dixi, *quod ad legitimam hereditatem*, quia in
causa testati nihil hac parte immutatum est: subsistẽ-
te semper regula illa iuris veteris & noui, quæ pote-
stati alienæ subditos testari nullomodo patitur, *leg. qui
13 in potestate. 6. D. qui testament. facer. poss.* † Superioribus
ferè conuenit quod Vlpianus scribit in *l. 2. §. si quis de-
cesserit. D. vnd. legit.* Si quis decesserit de quo incertũ
est, vtrum paterfamilias an filiusfamilias sit, quia pa-
ter eius captus ab hostibus adhuc viuat, vel quòd a-
lia causa suspendebat eius statum, magis esse ne peti
possit bonorum eius possessio Vnde legitimi: nempe
quia prius est vt bona esse constet quàm vt bonorum
possessio peti possit. Et quemadmodum lex Cornelia
facere non potest vt heredem habeat qui bona nulla
in ciuitate reliquit, ita nec Prætor, vt is habeat bo-
norum possessorem. Vera enim & germana Vlpiani
sententiæ ratio hæc est, non illa, quæ in textu se-
quitur: *quia nondum intestatum eum esse apparet cùm in-
certum sit an testari possit.* Nam imò verò certissimum
est intestatum decessisse eum qui nec testamentum fe-
cisse proponatur, nec si fecisset testari tamen potuis-
set, eaque nimirum dubitãdi ratio erat propter quam
videbatur competere ius petendæ possessionis Vnde
legitimi, quæ non nisi ab intestato datur, quòd cer-
tum esset filium intestatum decessisse. Illud verò æ-
què falsum, *cùm incertum sit an testari possit.* † Si quid 14
enim in iure certum, illud sanè certissimum est, fi-
lium captiui testari non posse quandiu postliminij pa-
terni spes durat, nec si testatus sit valere testamen-
tum, siue pater ab hostibus redeat, siue apud hostes
moriatur, quia testamenti tempore, quod præcipuè
spectandum est, non solùm incertus fuit de suo statu,
sed etiam fuit re vera incerti status, quod vnum maxi-
mè testamenti factionem impedit, *leg. qui testamento.
14. cum l. sequ. D. qui testament. facer. possit. si quis filio. 6. §.
hi autem omnes De iniust. rupt. irrit. l. in bello. 12. §. 1. l. bo-
na. 22. §. quod filius. D. de captiu. & postlim. l. penultim. D.
de suis & legit.* vbi Papinianus scribit patre ab hosti-
bus non reuerso filium interea defunctum in ciuita-
te, videri quidem decessisse patremfamilias, ideóque
& heredem habere posse: scilicet legitimum de quo
titulus ille est, sed tamen non fuisse in plenum quan-
diu vixit patria potestate liberatum. Quod si ita est
quomodo fieri possit vt testandi ius habeat? † Quin 15
& dubitatum olim fuit an valeret testamentum quod
filius fecisset patre deportato, si patrem postea Princi-
pis indulgentiam ciuitatem restitui contigisset, fuit-
que opus Iustiniani constitutione in *leg. vltim. Cod. de
sentent. pass. & restit.* vt valere iuberetur. Quamuis cer-
ti status sit filius deportati, nec dubitari possit quin
sit sui iuris sublato per deportationem vinculo pote-
statis, nihil obstante quod restitui pater possit, spes e-
nim illa restitutionis nullius effectus est, quia nullo
iure nititur licèt cum restitutio Principis impetrata
est comparetur postliminio *l. 2. Cod. Theodos. de repud.*
hactenus nimirum vt condemnato omnia restituat
quæ condemnatio abstulerat, *leg. 1. Cod. de sentent. pass.
& restit.* tantúmque ad restitutionem indulgentia va-
leat quantum ad correctionem sententia valuit quo-
modo Iustinianus loquitur in *dict. l. vltim.* antequam
Constitutionem non censebatur pater ius patriæ po-
testatis recuperasse quantumcunque generali restitu-
tione impetrata, nisi & hoc quoque specialiter impe-
trasset, *l. in insulam. 6. l. si pater. 6. Cod. eod.* At spes postli-
minij vtroque nititur & gentium & ciuili, ideóque
effectum illum habet, vt iura omnia nec minus patriã
potestatem quàm cætera suspendat, *leg. illa institutio.
32. §. 1. de heredit. instit.* Denique deportatus ferè in o-
mnibus pro mortuo habetur Captus ab hostibus, in
nullo, nisi quia seruus est: serui autem pro nullis ha-
bentur æquè ac si essent mortui. Igitur siue pater qui
captus fuit redeat ab hostibus siue non testamentum
quod filiusfamilias medio tempore in ciuitate fecerit
valere non potest, non tanquam factum à filiofami-
lias, sed tanquam ab eo qui & de suo statu incertus, &
re vera incerti status fuerit, nisi miles aut veteranus
proponatur *leg. Aristo. 9. D. de iur. codicill. l. ex militari.
11. §. 1. de testam. milit.* † Quod cũ ita sit non video qua 16
ratione Vlp. adscribi possit totus ille versicul⁹, *quia nõ-
dum*

dum intestatum eum esse apparet cùm incertum sit an testari possit, ac non potius nudo interpreti iuris prorsus imperito qui nec ita scribere debeat, *an testari possit*, cùm tractaret de mortuo quem cōstat testari amplius non posse, sed ita potius, *an testari potuerit*, idque apparet euidentius ex iis quæ apud Vlpianum sequuntur. Subiicit enim. *Cum igitur cœperit certi status esse tunc demum petenda est bonorum possessio, non cùm certum esse cœperit intestatum esse, sed cum esse certum cœperit patremfamil. esse.* Nam si versiculus ille quem tollimus Vlpiani esset, conueniens erat sic eum ex contrario subiicere, *cùm igitur certum esse cœperit intestatum esse, petenda est bonorum possessio*: quod tamen non nisi ridiculè dici potuisset. Quid enim refert quod ad ius petendæ possessionis attinet an intestatus decesserit filius si bona nulla reliquerit quorum possessio peti possit? Finge reuersum ab hostibus patrem: Filius licet iam mortuus incipiet certi status esse. Apparebit enim decessisse eum filiumfamilias propter fictionem postliminij quæ mortuum quoque afficit *d. l. penult. de suis & legit.* Sed & apparebit decessisse eum intestatum, tametsi ponas quod tamen Vlpianus non ponit factum fuisse ab eo testamentum, cùm testari non potuerit, non illa tantùm ratione quæ testamentum impediret si pater apud hostes decessisset quòd fuerit incerti status cùm testaretur, sed illa etiam quia filiusfamilias fuit nec proinde testamenti factionem habuit Sed an idcirco legitimum heredem habere poterit aut bonorum possessorem? Minimè. quia nec bona vlla vnquā

17 habuit. †. Non igitur in danda bonorum possessione Vnde legitimi illud inspiciendum est, an qui defunctus est, intestatus decesserit, sed an paterfamilias fuerit, vt hoc primùm sciatur, an bona aliqua reliquerit de quorum possessione concedenda vel deneganda tractari oporteat. Sicut enim cùm de iure personæ cui legatum est quæritur, prius esse debet cui detur, deinde quæri an datum consistat, vt non ante iuris ratio quam persona quæratur, *leg. quidam referunt. 14. de iur. codicil.* ita & cùm de bonorum possessione agitur prius bona esse oportet quæ possideri queant quam de possessionis iure tractatur. Et vt Philosophi dicunt quærendum prius est, an sit, quàm, quid, quale, quantum, cuiúsve sit.

CAPVT IX.

De posthumo Corneliano Ad l. qui vxorem 15 de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.

SVMMARIA.

1 *Posthumus Cornelianus ab Interpretibus quis dicatur?*
2 *De prima quæstione* d. l. qui vxorem, *& Iauoleni ad eam responso.*
3 *Quomodo in dicta quæstione Iauolenus respondeat, rumpi testamentum per legem Corneliam, cum lex Cornelia de confirmandis testamentis lata sit?*
4 *Emendantur verba illa* d. l. qui vxorem, quin per legem Corneliam.
5 *Quomodo fieri possit, vt in prima dicta legis specie testamentum post legem Corneliam continuò rumpatur?*
6 *An ibidem admittendum sit, reuerso patre confirmatum fuisse ex lege Cornelia testamentum?*
7 *Legis Corneliæ fictione iure postliminij infringi, aut diminui non posse.*
8 *Legis Corneliæ potestatem nullam esse ante veram captiui mortem.*
9 *Quomodo fieri possit vt per agnationem posthumi rumpatur statim testamentum, quod iam per captiuitatem irritum factum est, nedum per legem Corneliam confirmatum?*
10 *De differentia horum verborum* conualescere, *&* confirmari.
11 *Testamentum de quo quæritur fictione postliminij & legis Corneliæ considerata, irritum factum non esse.*
12 *An sola postliminij fictio testamentum illud confirmare possit?*
13 *Cur sola legis Corneliæ fictio ad confirmandum illud testamentum non sufficiat?*
14 *Cur plerumque sola postliminij fictio non sufficiat ad impediendum ne ab ipso captiuitatis instanti testamentum irritum factum dicatur?*
15 *Dictum testamentum eo ipso instanti rumpi, quo posthumus nascitur.*
16 *Testamentum posthumi agnatione non rumpi, si dictus posthumus præteritus a patre postea deportato nascatur post patris deportationem.*
17 *Secus esse, si testamentum illud per patris deportati restitutionem conualescat.*
18 *Ratio repetitur, cur in prima specie a Iauoleno tractata testamentum posthumi agnatione statim rumpatur?*
19 *Quænam sit in* d. l. *vis horum verborum*, post legem Corneliam?
20 *Probatur postliminij fictionem lege Cornelia antiquiorem esse.*

POsthumum † Cornelianum appellant eum, qui in ciuitate nat' sit capto iam ab hostib. patre eodémque postea apud hostes defuncto, quasi post patris mortem natus videatur qui eo tempore natus est quo pater iam mortuus fuisse per legem Corneliam retrofingitur. Sic enim & veteres & recētiores scribunt ad *l. qui vxorem. 15. de iniust. rupt. testam.* quo loco Iauolen' proposita quæstione de eo qui prægnantem vxorē habens in hostium potestatem peruenerat, quærit, Filio deinde nato, id est patre adhuc viuo apud hostes, quo tēpore testamentum in ciuitate factū rumpatur. Item si filius ante moriatur quam pater. An scripti heredes hereditatē habere possint.† Ad primā verò quæstionē respondet his verbis: *Non puto dubium esse quin per legē Corneliam quæ de confirmandis eorū testamentis qui in hostium potestate decessissent, lata est, nato filio continuo eius testamentū qui in hostium potestate sit rumpatur.*† In quo sanè mirum est quod ait rumpi testamentum per legē Corneliam quę de confirmandis testamentis lata est. Nam si confirmat quomodo rumpit? An non dicamus per legem Corneliam rumpi testamentum, quod perinde agnatione posthumi rumperetur si pater in ciuitate decessisset? vt Iulianus ait in *l. bona. 22 §. vlt. de captiu. & postlim.* Patre siquidem in ciuitate defuncto leg. Corneliæ locus non esset. Quin potius ratio dubitādi apud Iauolenum & Iulianū illa esse poterat, quòd pertineret hic casus ad legē Corneliam cuius potestas illa est vt testamenta confirmet, non vt rumpat. Sed decidendi ratio illa est quā Iulianus exprimit in *d. §. l.* quo lex Cornelia non possit facere vt testamentum ante captiuitatem conditū magis valeat, minúsve rūpatur, quàm si testator in ciuitate mãsisset. At si numquam ab hostib. captus pater fuisset, æquè testamentū eius agnatione posthumi ruptum esset, siue viuo siue mortuo patre natus posthumus fuisset, *l. 1. & 3. l. posthumus. 12. & pass. hoc tit. de iniust. rupt.* Ergo & patre capto æquè rūpetur. Non tamē per legē Corneliam, sed per agnationē posthumi.† Itaq. nō dubito quin locus hic mēdosus sit, legique debeat *post* non *per* in illis verbis, *per legem Corneliam.* Vt sensus sit post legē Corneliam rumpi testamentum patris captiui natiuitate posthumi, quod ante legē Corneliā rumpi non poterat, cùm

iam irritum factum esset per capitis diminutionem
& quidem maximam, *l. si quis filio. 6. §. irritum eodem.*
Neque enim quod iam ruptum aut irritum factum
est, magis rumpi aut irritum fieri potest, sicut nec
quod nullum est, *l. nam etsi. §. vers. post defectum eo.* quia
& quod ruptum vel irritum factum fuit, cùm ab ini-
tio valeret perinde ex eo tempore nullum dici potest,
ac si nunquam valuisset: sicque Iulianus loquitur in
d. §. vltim. Lex autem Cornelia, quæ confirmat capti-
ui patris testamentum hoc ipso facit, vt rumpendum
sit, & consequenter non vt rumpatur, sed vt rumpi
5 possit. † Verùm hic illa rursus incurrit hæsitatio, quo-
modo fieri possit, vt post legem Corneliam, & ex eo
solo, quod confirmat testamenta captiuorum, testa-
mentum hoc de quo agimus, continuò, vt Iauolenus
ait, rumpatur, cùm non continuò & statim atque te-
stator ab hostibus captus est lex Cornelia id confir-
met, sed eo demum tempore quo captiuum apud ho-
stes mortuum esse innotuit, *l. 1. l. nec vos. 3. Codic. de post-
lim. reuers.* Alioqui si statim confirmaret, euenire ne-
cesse esset, vt patre quoque ab hostibus reuerso non
eò minus confirmatum per legem Corneliam testa-
mentum crederetur. Nisi diceres confirmatum sub
ea conditione, Si postea captiuus apud hostes more-
retur quòd tamen ridiculum esset, quia legis propriũ
est purè & absolutè imperare, & constituere, non con-
6 ditione vlla potestatem suam suspendere. † Rursum
si admitteres reuerso quoque patre confirmatum fuis-
se ex lege Cornelia testamentum, nullus superesset lo-
cus fictioni postliminij, sed & fictio ipsa postliminij
infringeretur, quæ cùm faciat, vt qui ab hostibus re-
dit nunquam captus intelligatur, faciat etiam, vt nul-
la confirmatione indigeat testamentum, quod ante
captiuitatem factum fuerat, sed postliminij iure vires
suas recipiat, vt nec conualescere dici debeat, quod
semper valuisse existimatur, *d. l. si quis filio §. pen. hoc tit.*
Neque sanè possit verè testamentum confirmatum
dici ante mortem, cùm quandiu testator viuit incertũ
sit, an aliud testamentum facturus aut fortassis factio-
7 nem amissurus sit. † Porrò fictione legis Corneliæ
postliminij ius infringi aut diminui absurdum fue-
rit, quandoquidem fictio postliminij iure gentium
primum inducta longè est antiquior & potétior, quia
& fauorabilior, *l. postliminium. 29. in princip. de captiu.
& postlim.* Cùm enim duæ sint species postliminij, vt
aut nos reuertamur, aut aliquid recipiamus, *l. cum duæ.
14. eod.* vtraque fauet superstiti, lex autem Cornelia,
non nisi mortuo & hactenus duntaxat vt & heredi-
tatem habeat & heredem. Quare nec eam legem fer-
ri necesse fuit nisi vt eo casu prouideret quo postlimi-
nij fictio locum habere non poterat, id est captiuo a-
8 pud hostes defuncto. † Denique lex Cornelia id v-
num facit vt iungat tempus mortis tempori captiui-
tatis, subducto toto eo tempore quod in captiuitate
transactum est, *leg. penultim. in fin. D. de vsucap.* Atqui
coniunctio illa fieri non potest antequam re vera
mortuus sit is qui captus erat. Consequens ergo est vt
ante veram captiui mortem nulla sit legis Corneliæ
potestas, ac proinde vt ne ante id tempus testamen-
tum quod in ciuitate factum fuerat confirmare pos-
sit. † Quod si ita est, quæro à Iauoleno quomodo fieri
9 possit vt per agnationem posthumi rumpatur statim
testamentum, quod iam per captiuitatem irritum fa-
ctum est, necdum per legem Corneliam confirmatũ?
Respondent nostri id fieri propter spem conualescen-
tiæ. Malè, siue verbum ipsum quo vtuntur, siue rem
10 & effectum consideres. † Etenim, vt iam monui, con-
ualescere dici non potest testamentum quod semper
valuit nec vnquam infirmatum fuit: in eoque quod
magis miror, etiam Cuiacius lapsus est qui ad *leg. lex
Cornelia. 12. qui test. fac. poss.* scripsit conualescere testa-
mentum quod vires suas recipit: confirmari quod vi-
res suas retineat. Posterius quidẽ verum est, sed prius
si tam generaliter intelligatur, non item. Vires quippe
suas recipere dicitur etiam, quod prorsus infirmatũ &
irritum factum fuerat, puta testamentum eius qui de-
portatus, dein restitutus est, *dict. l. si quis filio. §. penult.*
Quod autem postliminij iure valet vires quidem suas
recipit, quia incipit certò & absolutè valere, quod
antea in suspenso erat (non an valere necne, sed an
propriis viribus subsisteret, an confirmatione legis
Corneliæ indigeret.) At non idcirco conualescit, quia
nec vnquam inualidum fuit, quod adeò semper va-
luit, vt non valere non potuerit, nisi ad eum modum
quo cætera ciuium Romanorum testamenta. Si verò
rem ipsam & effectum consideres, absurdum sanè sit
dicere rumpi testamentum, quod iam sit inualidum
propter spem conualescentiæ & ob id solum ne pos-
sit vnquam conualescere. Omnimodo enim necesse
est, vt valeat prius quam rumpi possit, sicut & rumpi
aut aliter infirmari priusquam possit conualescere.
† Dicendum igitur est testamentum hoc de quo quæ- 11
rimus si solam iuris rationem inspicias nõ etiam post-
liminij & legis Corneliæ fictionem, irritum quidem
factum esse per maximam capitis diminutionem, sed
si vtramque fictioné consideres (quomodo nunc con-
sideranda est, & ex vtriusque consideratione informã-
da iuris ratio) irritũ factũ non esse, quod aut postlimi-
nij iure vires suas recepturum sit aut ex lege Cornelia
confirmationé accepturum. Nam si irritũ factum dici
posset aut valere desiisset, cõfirmari postea non posset,
sed aut reficiendum esse aut pro refecto & nouo ha-
bẽdum. Et verò cùm captiuitas ea sit quæ irritum fa-
cit, & vtraque fictio tã postliminij quã legis Corneliæ
omné captiuitatis labé memoriámque deleat, apparet
fictioné inspicientib. testamentũ nũquam non valuis-
se. † Quin & sola postliminij fictio sufficere posset ne 12
testamenti vis prorsus abrumperetur, vtque ius ha-
bẽdi heredis sicut & cætera omnia ciuitatis iura saltẽ
in suspenso retineretur, & captiuo testatori cõseruare-
tur, *l. illa institutio. 22. §. 1. de hered. instit.* Indéque nimirũ
euenit, vt quo instanti extinguitur spes postliminij
moriẽte apud hostes testatore, & succedente fictione
legis Corneliæ cõfirmari possit testamentũ eiusdẽ le-
gis potestate, propterea quod testamenti validitas in
id vsque tẽpus per suspensi iuris constitutioné in sus-
penso manserit. † Quæ si iam corruisset nec tantisper 13
sustineri potuisset, proculdubio deficeret legis pote-
stas, nec magis captiui testamentũ confirmare posset,
quam facere vt filius qui primo captiuitatis instanti
in patris erat potestate, in eadem perpetuò mansisse
potestate retrofingeretur, aut vt filius durante patris
captiuitate mortuus suus illi heres fuisse videretur,
quorum tamen neutrum facit *d. l. lex Cornelia. 12. qui
testam. facer. poss. l. 3. Cod. de postlim. reuers.* Nam quem-
admodum nulla est potestas legis Corneliæ ad retro-
fingendum ius patriæ potestatis, quia nullum amplius
est, sed iam extinctum, quo tempore captiuus mori-
tur, nec ad hereditatem filio deferendam, qui patre
adhuc captiuo decesserit, quoniam tunc non sit is in
rerum natura cùm fictio locum habere incipit, vt he-
res fieri possit, ita neque confirmare posset testamen-
tum quod eo tempore nullum esset, quo fictionem
interuenire oporteret, quæ sola neq. hereditatem le-
gitimam confirmaret, de qua scilicet non nisi post pa-
trisfamilias mortem quæri oporteat, (vt proinde nec

viuo captiuo possit ius habendi legitimi heredis extinctum videri) quæque licèt tunc nulla sit cum captiuus moritur, facilè tamen & absque impedimento vllo inducitur coniuncto mortis instanti cum instanti captiuitatis, quoniam ab ipso mortis instanti fictio incipit, atque ita priusquam hereditas constituenda sit, quæ non nisi iam mortuo patrefamilias vlla esse vnquam potest, *l. 1. de hered. vel act. vendit. l. qui superstitis. 94. de acquir. hered.* Testamentariæ hereditatis, vt dixi alia ratio est, non quòd ante testatoris mortem possit esse hereditas, sed quia vt testatore mortuo nó tantùm hereditas sit, sed etiam testamentaria, necesse est ante testatoris mortem factum esse testamentum, idque tale esse cùm testator moritur, vt non minus quàm ipsa hereditas per legem Corneliam confirmari possit. Facto enim testamento prius est, vt testamentum lex confirmet, quàm hereditatem testamentariam. Atqui tale non esset, si esset irritum, cuiusmodi tamen necessariò esset, si non postliminij fictione validitas eius suspenderetur. † Rursus si legis
14 Corneliæ fictio non esset sola postliminij potestas nã sufficeret, ad impediendum nè ab ipso captiuitatis instanti irritum factum testamentum diceretur cùm ex euentu appareret postliminij spem inanem fuisse, *l. penult. de suis & legitim. dict. l. in bello. 12. §. 1. dict. l. bona. 22. §. quod filius de captiu. & postlimin.* atque ita intestato paterfamilias decedente locus non esset quæstioni, an medio tempore natus in ciuitate filius testamentum iam irritum rupisset. At vtraque fictione coniuncta, rectissimè dicitur testamentum rumpi agnatione posthumi, quia verum est, nec dum omnino irritum factum esse, nec vnquam ex sola captiuitate prorsus irritum fieri posse. † Quidni ergo rum-
15 patur? & quidem statim & eo ipso instanti quo posthumus nascitur? Et rogo si tum non rumperetur, quónam alio tempore rumpi posset: siquidem qui non rumpit cùm nascitur, fieri non potest, vt is vnquam agnascendo rumpat. Neque tamen id ita accipi velim, quasi absurdum esse putem non rumpi te-
16 stamentum posthumi præteriti agnatione. † Nam si poneres præteritum à patre qui posteà esset deportatus, & natum post patris deportationem, defenderem audacter non rumpi agnatione posthumi testamentum quòd iam per mediam illam capitis diminutionem irritum factum esset: quia non sicut spes postliminij, ita restitutionis, quæ à Principe obtineri potest, suspendit vires testamenti quominus statim
17 irritum factum dici debeat. † Planè conualescente posteà testamento per restitutionem non negarem tum demum rumpi testamentum, non quòd melioris conditionis esse non debeat pater qui post testamentum deportatus est, quàm qui ciuitatem retinuit (quid enim commune habet delictum cum viribus testamenti? vt contra Papinianum Vlpianus disputat in quæstione *l. Papinianus. 20. de minor.*) sed quia sicut restitutio reddit patri non solùm liberos, sed etiam ius patriæ potestatis ex Iustiniani constitutione in *d. l. vlt. C. de senten. pass.* ita facit, vt patri nouus suus heres eo demum tempore agnasci videatur: quæ iam olim dubitandi ratio erat ad *l. si pater. 9. &*
18 *seq. D. h. t. de inoff. rupt.* † Illud igitur cõtendo, in specie illa quam Iauolenus tractat rumpi testamentũ agnatione posthumi, & quidem statim, quia nunquam fuit prorsus irritum aut pro irrito habitum, népe quòd in suspenso manserit propter spem postliminij in id vsque tempus quo cessante & finita postliminij spe, ac succedente legis Corneliæ potestate per eam legem confirmari potuerit, eámque esse Iauoleni sententiam, & eius sententiæ rationem. † Nam quod ait, 19
post legem Corneliam, ostendit si lex Cornelia non esset aliud eum responsurum fuisse, scilicet non rumpi agnatione posthumi testamentum, quod iam esset irritum nihil obstante postliminij fictione, quæ eo casu de quo agimus, hoc est patre apud hostes mortuo, nullas prorsus vires haberet. Quod ait, *rumpi consummato filio*, ostendit, si testamentum eo tempore quo posthumus nascitur iam prorsus irritum esset, futurum, vt rumperetur quidem agnatione sui heredis, sed non statim, tum igitur cùm conualesceret. † Sed 20
& quod ait, *post legem Corneliam*, si benè ponderetur, ostendit verum esse, quod in superioribus diximus, postliminij fictionem antiquiorem esse lege Cornelia, & turpiter errare eos qui putant fictionem postliminij inductam primo capite legis Corneliæ. Perinde namque est acsi diceret, antequàm lata esset lex Cornelia, quæ testamentum hoc in eum casum, qui euenit confirmare posset, non potuisse solam postliminij fictionem efficere, ne per captiuitatem irritum illud fieret, vt agnatione posthumi rumpi posset: at nunc post legem Corneliam non quidem solam, sed accedentem iuri postliminij & supplentem quod illi deerat, dubitandum non esse quin testamentum & rumpi possit, & statim rumpatur nato filio: ita fiet, vt ruptum agnatione posthumi in neutrum casum posteà valere possit siue pater ab hostibus reuerteretur, siue non, cùm tamen si posthumus natus non esset omnimodo & in vtrumque euentum valiturum erat siue reuerso patre propter postliminij fictionem, siue non reuerso eo propter legis Corneliæ autoritatem.

Caput X.

An Cornelianus posthumus Velleanus dici possit.

SVMMARIA.

1 *Ratio propter quam interpretes Cornelianum posthumum Velleanum dici non posse putant, refutatur.*

2 *Cur dictus posthumus, qui ante patrem captiuum in ciuitate decessit, Velleanus dici debeat?*

3 *Prima ac præcipua differentia inter fictionem postliminij, & legis Corneliæ.*

4 *Legis Corneliæ fictionem ex eo rerum & personarum statu æstimandam esse, qui sit tunc quum paterfam. moritur, non autem quum ab hostibus capitur.*

5 *Varia secutura absurda, si ex eo rerum & personarum statu, qui captiuitatis tempore fuit, legis Corneliæ fictio æstimaretur.*

6 *Repetitur sententia* l. lex Cornelia. 12. ff. qui test. fac. poss.

7 *De potestate & fictione legis Corneliæ in* d. l. lex Cornelia.

8 *Cur in* d. l. *filius vel seruus eius qui in hostium potestate decessit, hereditati inuitus obligetur, nec tamen suus aut necessarius lege Cornelia fingatur?*

9 *Ius habendi heredis viuo captiuo non amitti.*

10 *Cur per legem Corneliam non possint testamentariæ hereditates confirmari, nisi postliminij fictio vires testamenti per captiuitatem irrito in suspenso retineret?*

11 *Cur in* l. qui vxorem. *rerum & personarum status æstimandus sit quo tempore lex Cornelia locum habet, id est captiuo mortuo.*

12 *Cur posthumus, de quo Iauolenus tractat in* d. l. qui vxorem. *per legem Corneliam patri superstes non fingatur?*

13 *his suitatis efficere non posse vt filius sit heres viuentis patris.*
14 *An, si dictus posthumus heres non fuerit, & sic agnatis proximus obstiterit, bona vacantia fiant?*
15 *Posthumum in d.l. licet Velleanum non tamen eo minus rumpere patris captiui mortui testamentum.*
16 *Quando illud testamentum rumpatur, an viuo, an verò mortuo patre?*
17 *Quomodo dictus posthumus, qui nec suus heres, nec in parentis potestate fuisse intelligitur, Velleanus dici possit?*
18 *Posthumus suus, & alienus quis dicatur?*
19 *Dictum posthumum Cornelianum, conceptionis tempore suum fuisse licèt non suus natus sit, & præteritum paterni testamenti rumpendi ius habuisse.*
20 *Requiri tamen veram natiuitatem.*
21 *An is posthumus testamentum rumpere possit, si post testamentum conceptus sit?*

1 ALtera † & præcipua ad Iauolenum dubitatio est, an posthumus hic quem Cornelianum appellamus, Velleanus dici possit, & Velleani iure censeri. Quæstio in eo est, An viuo patre, an post ipsius mortem natus videatur: siquidem Velleanum posthumum intelligimus, qui post testamentum viuo testatore nascitur, *l. Gallus 29. §. nunc de lege Vellea. de lib. & posth.* Non est ex interpretibus aut veteribus aut neotericis qui non pro certo & confesso habeat, Velleanum dici non posse, quia licèt patre apud hostes viuo & natus reuera & mortuus sit, retrofingatur tamen pater antè eius natiuitatem mortuus, quippe qui perinde habeatur, ac si eo ipso instanti quo captus est in ciuitate decessisset. Ego verò quanquam non inficior, eum qui patre iam capto natus est, si in ciuitate aut apud hostes post patrem moriatur, haberi pro nato post mortem patris ex fictione legis Corneliæ, ideóque nec Velleanum dici posse, hunc tamē de quo Iauolenus tractat, id est, qui ante patrem licèt in ciuitate decesserit, alio iure censeri contendo,
2 Velleanúmque omnimodo dici debere. † Mouet me, quod iam sæpius repetere fuit necesse, quòd fictio leg. Corneliæ sicuti ad ea iura non pertinet, quæ quo tempore pater apud hostes moritur iam extincta per captiuitatem reperiuntur, ita nec ad eas personas, quæ eo tempore mortis patris amplius in rerum natura non sunt. Vtrumque eadem ratione, quoniam cum fictio Corneliana ab eo demum instanti mortis incipiat, vt id ipsum iungat instanti captiuitatis, *l. penultim. in fin. D. de vsucap.* fieri nullo modo potest, vt effectum vllum parere possit, quòd ad eas res & personas attinet, quæ iam tunc esse desierint, sicut nec ad eas pertineret, quæ iam tum esse desiissent cum pater capiebatur. Coniunctis enim duobus illis temporibus mortis & captiuitatis euenire necesse est, vt ea omnia, quæ esse desierunt, eo instanti, quo captiuus veram & naturalem mortem obiit, nec eo quoque instanti fuisse videantur, quo cœpit captiuitas acsi vnum idémque instans esset mortis & captiuitatis. Nec similiter à contrario possis dicere. Omnia igitur quæ reuera in rerum natura erant primo captiuitatis tempore, licèt durante captiuitate aut propter captiuitatem perierint, perinde tamen superesse adhuc & subsistere videri quo instanti captiuus moritur. Nam dissimilitudinis ratio est, quòd fictio incipit à morte non à captiuitate, cùm nec ob id fictio locū habeat quod paterfamilias ab hostibus captus sit, sed
3 quòd apud hostes decesserit. † Eáque prima ac præcipua differentia est inter fictionem postliminij & legis Corneliæ, quòd fictio postliminij licèt non nisi reuerso captiuo ius tribuat, ab eo tamē tempore quo spes est posse captum reuerti, hoc est à primo ipso instanti captiuitatis incipit vires suas exerere & omnia tenere in suspenso quandiu spes illa durat, id est, quandiu captiuus viuit in id vsque tempus quo mori incipiat eiúsq; morte spes illa cum fictione intercidat. Alioqui præpostera essent omnia si postliminij fictio inciperet à die reditus, & tamen ante reditum & à die captiuitatis omnia propter postliminij fictionem in suspenso retinerentur. Reditus captiui in ciuitatem non principium est fictionis postliminij, sed implementum, vt ita dicam, condicionis sub qua datū erat captiuo ius retinendi omnia libertatis & ciuitatis priuilegia hactenus scilicet ne ea prorsus amisisse videretur. At fictio legis Corneliæ ibi incipit vbi fictio postliminij desinit, id est eo instanti quo moritur is qui apud hostes erat. Fictio postliminij extendit in futurum & protrahit iura libertatis & ciuitatis in fauorem captiui acsi adhuc in ciuitate esset in eum vsque diem quo fieri amplius nequeat vt reuertatur. Fictio legis Corneliæ contrà retrotrahit omnia à tēpore mortis ad tempus captiuitatis, & vt retrotrahat retrofingit in præteritum, sed in futurum nihil fingit nec in præsens vt videatur nunc viuere qui iam
mortuus est. † Et sanè absurda & incommoda in- 4
numera sequerentur si fictionem legis Corneliæ æstimaremus ex eo personarum & rerum statu qui sit tunc cùm capitur ab hostibus paterfamilias, non cū moritur. Ita enim fieret vt heres institutus ab eo cuius testamentum confirmaretur, heres testatoris fuisse diceretur siue extraneus esset siue filius siue seruus, tametsi durante captiuitate decessisset. Atque ita fieret heres ipso iure nō solùm homo mortuus, quod perabsurdissimum est *l. quidam referunt. 14. de iur. codicill.* sed etiam talis mortuus qui viuens nec si voluisset acquirere tamen sibi hereditatem viui hominis potuisset. Nullo autem facto testamento sequeretur agnatum qui tum proximus fuisset cùm paterfamilias capiebatur, non eò minus futurum illi heredē ab intestato quòd eo adhuc apud hostes viuo decessisset, aut saltem si quòd ante aditam hereditatem decessisset heres esse non posset, obstaturum illū sequentis gradus agnato perinde ac si reuera patrifamilias superuixisset, cùm in agnatis iure ciuili vetere non sit successio. *§. placebat Instit. de legit. agnat. success.* atq; ita fore bona vacantia, quod ante id tempus testamētum quod in ciuitate factum fuerat confirmare posse tamen vtrumque negat lex, *Nec nos prætereu. C. de postlimin.* quæ excluso etiam filio qui captiuitatis tempore superstes ante matrem decessisset, quique intereà quasi sibi delatam matris hereditatem adierat, déque ea cum agnatis matris transegerat, vocat ad matris posteà defunctæ successionem agnatos illos, qui eo demum tempore quo mortuam esse apparuit pro-
ximiores reperiantur. † Sequeretur etiam filium 5
qui in patris potestate fuisset quo tempore pater capiebatur eo saltem casu quo patri superuixisset retrofingendum mansisse semper in potestate, atq; ita suū heredem fieri patri, quod tamen diserte negat Iulia-
nus in *d. l. lex Cornelia. 12. qui test. fac. poss.* Et verò si ita 6
ius esset vt superstes dici deberet suus heres patris, consequens esset non eo minus debere eum retrofingi suum heredem fuisse quod viuo reuera patre decessisset, cum in suis heredibus nec aditio nec immixtio vlla necessaria sit ad acquirendam hereditatem, sicque eueniret necessario vt lex Cornelia heredem faceret mortuum, quique sequentibus in gradu siue liberis,

liberis, siue agnatis captiuo superstitibus obstaret ne
heredes esse possent, quia nec in suis erat successio
delata semel suo heredi hereditate, *l.3.§. sciendum. de
suis & leg.* Ac proinde vt quæ lex nihil aliud agit nisi
vt heredem inducat, eadem ipsa impediret ne heres
quisquã aut ex testamento aut ab intestato esse pos-
set. Consequens etiam esset non eo minus confirma-
ri per legem Corn. pupillares tab. quod filius impu-
bes prior in Ciuitate quam pater apud hostes deces-
sisset, quod tamen Papin. negat in *l. quod si filius. 11. in
princ. de cap. & postlim.* Eadem in persona serui tractari
possunt qui à domino heres institutus si aut in domi-
ni potestate semper mansisse aut ei necessarius heres
fuisse retrofingeretur qualis futurus erat, domino an-
te captiuitatem moriente, legitimis heredibus obsta-
ret, quamuis ipse ante dominum mortuus heres illi
6 esse non posset. † Ideóque Iulianus in *d.l.lex Cor-
nelia* negat apertissimè retrofingendum eum fuisse in
domini morientis potestate, adeo vt nec cum domino
superstes fuit admittat dici eum debere necessarium
propriè, licèt non minus eum vel inuitũ obliget he-
reditati quàm si esset necessarius. Nec est quòd cum
interpret. cauilleris Iulianum cùm negat filium aut
seruum captiui apud hostes mortui fuisse in morien-
tis potestate suúmque illi heredem aut necessarium,
respicere ad rei veritatem non ad legis Corn. fictio-
7 nem. † Nam imo vero cùm ita scribit, tractat de fi-
ctione & potestate legis, quam & tantam esse vult vt
non solum inducat & constituat heredem homini ca-
ptiuo qui reuera nec hereditatem habere potuit, sed
etiam talem heredẽ, qui vel inuitus heres sit, si mor-
tuo patre vel domino inuitus ei heres futurus erat,
hæc sola differentia quod nec suum nec necessarium
heredẽ facit, qui aut suus, aut necessarius fuisset pa-
8 tre vel domino in ciuitate defuncto. † Hoc ipsum
autem ideo quia nec retrofingit filium aut seruum
fuisse in morientis potestate, propterea quòd & pa-
tria & dominica potestas iam extincta reperitur quo
tempore captiuus moritur, à quo demum tempore, vt
dixi, fictio incipit, solúmque superest ius habendi he-
redis quod sicut viuo non competit (neque enim vi-
uus heredem habere potest) ita nec viuo captiuo a-
missum videri debet, vt proinde legis Corneliæ fi-
ctione quæ ab eo tempore incipit quo de herede tra-
ctandum sit, id induci nihil prohibeat: quamuis ve-
rum sit dicere captiuum citra leg. Cornel. non fuisse
habiturum heredem, non quia viuus amisisset ius ha-
bendi heredis, sed quia mortuo eo non potuisset pro-
pter captiuitatem vlla ipsius hereditas constitui aut
intelligi quam tamen eo demum tempore constitui,
&, vt ita dicam, creari suúmque esse tum primùm ac-
9 cipere oportebat. † Quod si viuo captiuo ius ha-
bendi heredis exemplo cæterorum de quibus dixi-
mus amitteretur, proculdubio nec potuisset lex Cor-
nelia fictione vlla inducere captiuo heredem, vt nec
hereditatem, quoniam nec, nisi à tempore mortis fa-
cere id potuisset, nec rursum ab eo tempore fictionẽ
suam accommodare ad ius hoc quod iam tum subla-
10 tum & extinctum esset. † Propter quam causam
dicebamus superiore cap. non potuisse per eam legẽ
fieri, vt testamentariæ hereditates confirmarentur
nisi postliminij fictio testamẽti, quod alioqui per ca-
ptiuitatem irritum factum esset, vires & robur in su-
spenso retineret ac sustineret in id vsque tempus quo
cessante postliminij fictione legis Corneliæ potestas
possit succedere, nempe quia hereditas testamentaria
nulla esse potest eius qui testamenti factionem ami-
serit, quæ porrò non à mortuo, sed à viuo testatore
amittitur. † Denique cùm lex Cornelia, vt sæpiùs 11
dictum est iungat tempus mortis tempori captiuita-
tis, ob idque necesse sit ea omnia, quæ medio tempo-
re mutationem aliquam habuerunt siue propter cap-
tiuitatem, siue durante captiuitate mutatio contige-
rit, alterutro modo æstimari aut qualia erant, cùm pa-
terfamilias capiebatur, aut qualia reperiuntur cùm
is moritur, (medij namque temporis, quod per legem
prorsus tollitur ratio nulla haberi potest) apparet eo
modo æstimanda esse quo æstimari possunt quo tem-
pore lex Cornelia locum habet, id est captiuo mor-
tuo, vt nec eius instantis quo paterfamilias captus
est, ratio vlla habeatur nisi hactenus, vt ad id mortis
quoque instans retrotrahatur. † Ergo, vt ad rem no- 12
stram redeamus. Quando posthumus hic de quo Ia-
uolenus non tractat, solũ viuo apud hostes patre na-
tus sit, sed etiam eodẽ adhuc superstite præmortuus,
fieri non potest, vt lex Cornelia quæ mortuum eum
reperit quo tempore fingere incipit defunctum in
ciuitate patrem, fingat eum patri superstitem, alioqui
eadem fictione faceret eum heredem ab intestato li-
cèt mortuum, quod esset ridiculum, vt diximus. Nec
possis inculcare potuisse filium posthumum retrofin-
gi heredem quia suus heres fuerit. † Nam præter 13
id, quod dixi & verissimum est ius suitatis extinctũ
per captiuitatem nunquam per legem Corneliam re-
stitui *dict. l. lex Cornelia*, non potest etiam ius suitatis
efficere, vt filius successionis iure heres sit viuentis
patris nec facere heredem filium eo casu quo extra-
neus per aditionem heres fieri non posset, argu. *l. cum
bonis. 87. de acquir. hered.* Atqui extraneus non posset
adeundo captiui hominis adhuc viuentis hereditatẽ
sibi acquirere, imò nec filius matris suæ successionem
nec si cæteri matris agnati consentiant, *dict. l. nec nos
4. C. de posthum. reuers.* Ergo neque huic posthumo an-
te patrem mortuo prodesse poterit, quòd eum falsò
retrofingas suum heredem patri extitisse & in ipsius
potestate semper mansisse, vt inferas acquisitam illi
hereditatẽ parentis viui qui post eum decesserit. † Et 14
tamen si heres non fuit, non eò minus obstabit agna-
tis proximis, quoniam, vt dixi, nec in suis nec in a-
gnatis est successio, atque ita vacans fiet hereditas,
quod tamen per legem Corneliam fieri non potest.
Facit enim illa heredem & hereditatem, vt vocet he-
redes scriptos aut legitimos, non bona vacantia, vt
inuitet fiscum: quamuis si ex lege Cornelia nemo he-
res extiterit, id est si suus heres aut agnatus proximus
cui lex Cornelia detulit hereditatem heres esse no-
luerit aut qua alia ratione impeditus hereditatem si-
bi non quæsierit, perinde fiant bona vacãtia ac si he-
reditatem lex 12. tabul. detulisset: quomodo intelligi
Iulianus debet in *d. l. bona. 22. §. 1. de captiu. & postlim.*
in illis verbis: *Quòd si nemo ex lege Cornelia heres ex-
titerit bona publica fient.* Ac sanè Iauolenus in fine hu-
ius legis cùm ita scribit, *sequitur ergo, vt ex eo testamen-
to hereditas ad neminem perueniat:* non obscurè signifi-
cat pertinere eam non ad posthumum (qui si rupto
per natiuitatem suam testamento ab intestato patri
successisset iure sui heredis, frustra Iauolenus secun-
dam illam quæstionem proposuisset, *& si filius ante
moriatur quam pater, an scripti heredes hereditatem habi-
turi sint.* Filio enim rumpente & ab intestato succe-
dente, quænam obsecro pro scriptis heredibus dubi-
tandi ratio afferri poterat?) sed ad legitimos captiui
heredes. † Hoc igitur probato & constituto fictio- 15
ni legis Corneliæ in proposito casu locum esse non
posse, quòd ad filij personam attinet, vt pater ante i-
psum mortuus retrofingatur, omnino consequens fit,

quod volumus posthumus hic Velleanus dici debeat
& viuo testatore & natus & mortuus, vt re vera est i-
ta esse intelligatur: nequis tamen eò minus rumpat,
quoniam Velleanus quoque posthumus rumpit, nisi
vel institutus sit, vel exheredatus, *l.3.§1.hoc tit.* Idque
Iauolenus apertissimè sentit, cùm postquam quæsiit
quo tempore testamentum hoc rumpatur, id est, an
viuo patre cùm eo viuo posthumus reueta nascatur,
an eo mortuo quòd non nisi mortuo demùm patre
testamentum confirmetur per legem Corneliã: prius
autem esse videatur, vt confirmetur quàm vt rumpi
possit & vt rumpi possit quàm vt rumpatur, Respon-
16 det nato filio continuò rumpi. † Id enim alium sen-
sum admittere non potest, quàm vt viuo adhuc patre
rumpatur. Alioqui non continuò rumperet, qui non
nisi mortuo patre rumperet. Sed nec tunc rumpere
posset, qui iam tum & ante patrem mortuus esset.
Quoties enim posthumus post patris mortem rumpit
rumpendo sibi locum facit & ab intestato succedit, *l.
nam etsi 5. vers. rumpendo de iniust. rupt.* ab intestato
autem succedere non potest, qui iam reuera mortuus
est, vt suprà diximus. Sed & quod Iauolenus ait testa-
mentum hoc continuò rumpi notandum est contra
Iacobum Cuiacium, qui ad *l.7.de liber.& posthu.* scri-
bit testamentum, quod posthumi agnatione viuo pa-
tre rumpitur, non nisi post patris mortem effectu ip-
so rumpi videri. Hoc enim, de quo agimus, & viuo
testatore & continuò rumpitur ne si mortis patris tẽ-
pus expectandum esset, nunquam romperetur præ-
17 mortuo intereà posthumo. † Sed hic rursum dicat
aliquis, fieri non posse, vt hic Velleanus sit posthu-
mus, si verum est quod diximus, neć suum heredem
eum nec in patris sui potestate fuisse intelligi: nam
Velleanus ille est qui & suus, & in parentis potestate
nascitur *l.Gallus.29.§.nunc de lege.cum seq.de lib.& po-
sthum.* Quòd si Velleanus non sit, id est, nec suus nec
in potestate cùm nascitur, quo iure potest rumpere
tanquam præteritus, siue viuo, siue mortuo patre na-
tum eum intelligas? Respondeo hoc vno differre po-
sthumum Cornelianum de quo agimus qui viuo pa-
tre & natus & mortuus sit à Velleano, quòd neque
suus heres neque in patris potestate aut nascitur aut
18 natus ex lege Cornelia retrofingitur: † nec tamen
eò minus rumpere, quia verum est suum esse posthu-
mum cùm si eo tempore natus retrofingitur eo tem-
pore, vetustissima scilicet illa fictione quam & Caius
in Instit. *lib.1 titul.4.§.vlt.* regulam iuris appellat, quæ
facit, vt qui legitime concipiuntur ex tempore con-
ceptionis statum sumant. Suum enim posthumum
dicimus, non eum qui nascitur in patris potestate (nã
& qui mortuo iam patre nascitur licet primum gra-
dum teneat in causa succedendi non tamen nascitur
in potestate, cùm patria potestas morte finiatur) ne-
que eum qui eum nascitur heres esse possit (Vellea-
nus siquidem suus est nec tamen quo instanti nasci-
tur, succedit, qui viuum adhuc patrem habeat) sed
qui eo tempore quo concipitur suus heres nascere-
tur: & in patris tum morientis potestate esset, adeó-
que primum in familia, & causa hereditatis gradum
obtineret. Itaque suum posthumum appellamus et-
iam eum, qui natus est ex emancipato, si modò ante
emancipationem conceptus sit *l.1.§.si pater in potesta-
te in fin de coniung.cum emancip.liber.eius.* Et ex con-
trario alienum, qui ex emancipato conceptus est, li-
cet fieri possit, vt in aui potestate sit cùm nascetur, *§.
posthumo alieno.Inst.de legat.* Et vt Vlpianus scribit in
fragmentis *titul.22.qui hered.instit.poss.§.eos qui in vtero
sunt,& in §.posthumi.15.* posthumos suos esse dicendũ
est, qui in vtero sunt si tales sint vt nati in potestate
nostra futuri sint, id est qui si cum nascerentur in po-
testate nostra futuri essent, vt non natiuitatis, sed so-
lius conceptionis tempus spectemus. Alioqui nun-
quam posthumus suus diceretur, qui in vtero esset, at
is demum qui iam natus esset, quique natiuitatis tẽ-
pore in potestatem reperiretur. Quod tamen absur-
dum esset, & contra supradictam iuris regulam, quæ
eos qui in vtero sunt pro iam natis haberi vult. *l. qui
in vtero 7.l.penult.D. de stat.homin.* † Hic ergo post- 19
humus Cornelianus licet non nascatur in patris po-
testate, quæ per captiuitatẽ, secuta apud hostes mor-
te, non minus quàm per mortem finita est, nec eo tẽ-
pore quo heres esse possit, quia neque viui neque ca-
ptiui hominis hereditas vlla est, suus tamen fuit cum
conceptus est, ac proinde talis cui præterito quæsitũ
sit ab eo instanti ius rũpendi paterni testamenti quã-
docunque nasceretur: non attento eo, an cùm nasce-
tur suus sit & in parentis potestate, necne. In eo enim
qui iam pro nato habeatur ex quo conceptus est cur
secundæ natiuitatis tempus spectemus quasi iterum
nasci possit? † Planè requirimus vt nascatur, non 20
quòd veræ natiuitatis tempus spectari oporteat, sed
vt ex postfacto & rei euentu appareat esse hominem
qui pro nato iam inde à conceptionis tempore habe-
ri debuerit. Alioqui cur pro prius nato haberemus
eum, qui nunquam natus esset? Deficiẽte scilicet ex-
tremo *à quo*, sine quo ad extremum *ad quod* perueniri
non possit. † Quamuis autem testamenti tempore 21
conceptus non fuerit, quandocunque tamen post te-
stamentum conceptus perinde adquirit sibi ius rum-
pendi testamenti, atque si conceptus fuisset quo tem-
pore pater testabatur. Non quòd retrotrahatur dies
conceptionis in diem testamenti, sed quòd qui testa-
tus est, quandiu viuit nec mutat testamentum, videa-
tur per singulos dies testamentum confirmare & hoc
ipso iniuria afficere partum ex postfacto conceptum,
cuius rationem nullam testamento habuerit, quem
tamen ex se in posterum posse concipi præuidere de-
buerat, eúmque vel instituere vel exheredare, vt se à
rumpendi testamenti metu & periculo liberaret.
Consequens igitur est, vt tanquam posthumus suus
& præteritus rumpat quandocunque nascetur siue
viuo patre siue mortuo, siue in ciuitate, siue apud ho-
stes existente.

CAPVT XI.

Conciliatio l. qui vxorem 15. de iniust.rupt. & irrit.fact.testam.cum l.posthumus 12.eod.

SVMMARIA.

1 *An, si supradictus posthumus viuo patre nascatur, bonorum possessio secundum tabulas heredibus scriptis detur, atque ita ad eos non ad agnatos hereditas pertineat?*

2 *Quid respondeant Interpretes ad Hadriani constitutionem ab Vlpiano relatam in* dict. l. posthumus.

3 *Potiorem esse, ex Iauoleni sententia legitimorum, quàm scriptorum heredum causam.*

4 *Iauolenum in proposita quæstione cum Vlpiano non pugnare, sed Hadriani constitutionem, de qua Vlpianus in* d.l. posthumus. *nouum ius continere.*

5 *An Iulianus, qui Hadriani temporibus vixit, in proposita quæstione idem cum Iauoleno senserit?*

6 *Sensus* §.vltim.l.22.ff.de captiu. & postlimin.reuers.

7 Quo

7 *Quo sensu Iulianus in d. §. vlt. testamentum eius qui apud hostes mortuus est*, nullum *dicat?*
8 *Iauolens & Iulians sententia conciliatur.*
9 *Iauolens responsum Hadriani constitutione correctum non esse, & eam constitutionem ad supradictum posthumum non pertinere.*
10 *Cur testamentum illud rumpi necesse sit?*
11 *Dictam Hadriani constitutionem ad ea testamenta non pertinere, quæ non solum agnatione rupta sed per captiuitatem irrita facta sunt.*

1 QVoniam † proximè diximus posthumum hunc
Cornelianum de quo Iauolenus tractat in *l. qui
vxorem.15.de iniust. rupt. test.* Velleanum dici posse ex
ea parte, qua viuo patre natus est nec per legem Cor-
neliam, post patrem natus fingitur, inferre quis for-
tasse non improbabiliter possit: Eo igitur ante patré
mortuo hactenus conualescere testamentum debe-
re, vt bonorum possessio secundum tabulas heredi-
bus scriptis detur atque ita ad eos non ad agnatos
proximos hereditas perueniat. Sic enim contra ni-
miam iuris scrupulositatem ab Hadriano ex æquitate
constitutum esse Vlpianus refert in *l. posthumus.12. hoc
tit.* de qua & nos suprà scripsimus. Nec sane nostri
dubitant quin idipsum in hac specie respondendum
2 esset si posthumus Velleanus dici posset. † Nihil e-
nim aliud habent quod ad illam Hadriani constitu-
tionem respondeant, nisi quòd posthumus hic quan-
quam re vera viuo patre natus, post ipsius tamen obi-
tum natus fingitur ex lege Cornelia. In quo posthu-
morum genere qui verè & propriè sunt posthumi *l. 3.
§. 1. eodem* hoc est qui post parentum mortem nascun-
tur, receptum est, vt non solum agnascendo rumpant,
sed & ita rumpant ne vllomodo conualescere testa-
mentum possit licet proximo post natiuitatem in-
stanti moriantur, *l. 2. & 3. Cod. de posthum. hered. instituen.*
Cùm ergo probauerimus Velleano potius quàm ve-
ro posthumo comparandum, nisi quòd nec suus nec
in parentis potestate nascitur, an ideò admittemus
meliorem scripti heredis conditionem esse debere, vt
3 agnato proximo præferatur? † Id verò diserte Iauo-
lenus negat, qui ad secundam quæstionem illam quã
iis verbis proposuerat, *Et si filius ante quam pater mo-
riatur, an scripti heredes hereditatem habituri sint*, sic re-
spondet in fine legis, *sequitur ergo vt ex eo testamento
hereditas ad neminem perueniat.* Inferens nimirum ex
eo, quod dixerat agnatione posthumi rumpi testa-
mentum: potiorem igitur legitimorum quam scri-
4 ptorum heredum causam esse debere: † An ergo Ia-
uolenus cum Vlpiano pugnat? Minimè: quia consti-
tutio illa Hadriani de qua Vlpianus in *dict. l. posthu-
mus*, nouum ius cõtinet, vt ad eum locum scripsimus,
neque ante Hadrianum ita respondere aut constitue-
re quisquam ex prudentibus potuisset. Non quòd æ-
quitas, sed autoritas deesset ad inducendum, vt bo-
norum possessio secundùm tabulas heredi scripto da-
ta ex testamento rupto, esset cum re, heredisque legi-
timi ius lege duodecim tabularum constitutum, &
confirmatum infringeretur: at Iauolenus floruit an-
te Hadrianum, nec ad eius tempora peruenit, vt con-
stitutionem Hadriani scire & ex ea respondere po-
5 tuerit. † Illud longè magis mirari quis possit, Iulia-
num qui Hadriani temporibus vixit eóque imperan-
te perpetuum edictum composuit, & ex cuius consi-
lio ac auctoritate credibile sit Iulianum pleraq; no-
ua iura constituisse, Iulianum inquam, in *l. bona.22. §.
vltim. de capt. & postl.* vbi eandem quam hîc Iauolenus
speciem tractat, sic scribere, quasi nihil referre exsti-
met, an in ciuitate, an apud hostes mortuus sit pater,
quo viuo in ciuitate posthum. natus sit decesserit.
† Sic enim ait, *Si quis cùm prægnantem vxorem habe- 6
ret in hostium potestatem peruenerit, nato deinde filio &
mortuo ibi decesserit, eius testamentum nullum est, quia
& eorum qui in ciuitate manserunt, hoc casu testamenta
rumpuntur.* Sensus est, non confirmari hoc casu testa-
mentum captiui per legem Corneliam, quia nec cõ-
firmaretur per legem duodecim tabularum, si testa-
tor in ciuitate decessisset, ne alioqui melior sit con-
ditio captiui, quàm ciuis Romani contra mentem le-
gis Corneliæ, quæ parem vtriusque causam & con-
ditionem facere voluit, non captiui meliorẽ. † Quod 7
verò ait, *testamentum eius nullum est*, non eo sensu di-
ctum videri debet, quasi testamentum nullum sit, in
quo præteritus est posthumus. Si enim nullum esset,
nec rumpi posset, *l. nam etsi 5. versicul. post defectum. de
iniust. rupt.* Sed quia testamentum, quod ab initio va-
luit, posteaquam posthumi agnatione ruptum fuit,
nullum est, quia ruptum, quod antequam rumpere-
tur valebat, vt rumpi posset. † Cæterum quemad- 8
modum nulla apud Iulianum mentio fit constitutio-
nis Hadriani, ita credibile est sic eum sensisse cum
Iauoleno, vt ex testamento quod ruptum fuit here-
ditas ad neminem peruenire possit, & consequenter
vt legitimis heredibus deferatur quorum interuen-
tu etiam fiat ne bonorum possessionem secundum
tabulas cum re accipere scripti heredes possint. Ali-
ter namque interpretantibus fiet, vt de iuris tantùm
scrupulositate, non item de rei effectu Iauolenus &
Iulianus respondisse videantur. Cùm nihil intersit
heredis scripti an hereditatem iure ciuili & tanquam
heres nanciscatur, an iure bonorum possessionis se-
cundum tabulas, quæ cum re sit, vel inuitis legiti-
mis heredibus defuncti bona retineat. An ergo Iu-
lianum quoque dicemus ignorasse Hadriani consti-
tutionem? sed id non est probabile, quamuis nesciri
possit, vtrum ante vel post constitutionem illam, Iu-
lianus sexagesimum secundum Digestorum librum
scripserit, ex quo locus ille sumptus est. † Itaque 9
verisimilius fuerit dicere, etiam hodie incorrectum
manere Iauoleni responsum, nec ad hunc Cornelia-
num posthumum de quo agimus Hadriani consti-
tutionem pertinere: ratione illa, quòd posthumus
hic præteritus non solum agnascendo rumpat, sed e-
tiam rumpendo faciat, vt testamentum, quod alio-
qui captiuitas prorsus irritum factura erat, si non le-
gis Corneliæ potestas idipsum fuisset aliquando con-
firmatura, hoc ipso irritum omnino fiat factúmque
intelligatur, quod per legem Corneliam confirmari
posse desinit ex quo ruptum est. Non enim lex Cor-
nelia confirmat rupta testamenta, sed ea tantum, quæ
captiuitas irrita faceret si non confirmarentur. † Pro- 10
inde rumpi testamentum necesse est ad hoc ne per le-
gem Corneliam confirmari amplius possit, quæ quo-
niam quamdiu confirmare potest, efficit, coniuncta
cum postliminij fictione, vti ne prorsus irritum per
captiuitatem factum esse videatur, efficit quoque vt
tandiu agnatione rumpi possit: quia quamdiu ru-
ptum non est, in eo est, vt nil obstante captiuitate cõ-
firmari per legem Corneliam possit, quandocunque
mortuo apud hostes testatore. † Porrò quemadmo- 11
dum lex Cornelia non confirmaret testamenta rup-
ta, quæ nec lex duodecim tabularum confirmaret si
captiuitas nulla interuenisset, ita neq; Hadriani con-
stitutio pertinere potest ad ea, quæ non solum agna-
tione rupta sunt, sed & per captiuitatem facta irrita,
in quibus tametsi vitiũ rupti tollas eo prætextu æqui-

tatis, quòd mortuo ante patrem posthumo qui ruperat, potuerit pater iterum velle cum eodem testamento decedere atque ita nouas ei vires ex noua & posteriore voluntate tribuere, non possis tamen eodem prætextu tollere vitium irriti, quod captiuitas attulit, quæ imò verò etiam facit, ne ruptum testamentum ex noua voluntate queat conualescere, quia impedit ne voluntatem vllam, quòd ad testandi ius pertinet habere possit is, qui in hostis potestate est, adeò vt nec si ab hostibus redierit, testamentum tamen, quod in captiuitate fecerit conualescat *l. eius qui 8. D. qui test. fac. poss.*

CAPVT XII.

Interpretatio & emendatio §. si filium l. si quis posthumos. 9. de liber. & posth. & ad l. scripto. 7. Vnd. liber.

SVMMARIA.

1 *Papinianum & Vlpianum idem cum Paulo in specie* d. §. si filium. *sensisse.*
2 *Vlpiani rationes pro dicta sententia.*
3 Destitui *testamentum quando dicatur?*
4 *Suos heredes etiam legitimos dici posse.*
5 *Malè à nonnullis additam esse negationem in* l. filius 22. ff. de suis & legit.
6 *An omnis qui suus heres non est, non sit agnatus? & quis sit sensus horum verborum Papiniani in* d. l. scripto. & alioqui si non suus heres est, &c.
7 *Nepotem in specie* d. l. scripto. *proximum agnatum non fuisse.*
8 *Ratio propter quam dictus nepos suus heres auo & agnatus esse debeat.*
9 *Diuersam esse in* d. §. si filium. *filij captiui & apud hostes mortui, & filij exheredati rationem.*
10 *Variè in contextu* d. §. *lecta esse ab Interpretibus verba illa Pauli*, quòd moriente auo filij ius pependerit.
11 *De Florentina lectione proximè relata, & Cuiacij ad dicta Pauli verba interpretatione.*
12 *An ex lege Cornelia fiat, vt filio testamenti tempore captiuo & postea apud hostes defuncto, nepos præteritus in sui heredis locum succedat, & succedendo rumpat?*
13 *An non captiuitate ius filij apud hostes mortui abrumpatur?*
14 *Cur à prima captiuitatis hora ius illud abrumpatur?*
15 *Exheredationem filij non tollere ius suitatis, nec in specie* d. §. *filij ius per eam exheredationem abscissum intelligi.*
16 *An ius filijfam. & apud hostes postea defuncti pependisse intelligatur?*
17 *Legis Corneliæ fictionem ad filiumfam. captiuum non pertinere.*
18 *Cuius status pendere & incertus esse dicatur?*
19 *Filium in* d. §. si filium. *iam viuo patre pro mortuo & nullo haberi debuisse, & per consequens ius eius non pependisse.*
20 *Neque per postliminij, neque per legis Corneliæ fictionem fieri posse, vt status patrisfam. captiui pendere videatur.*
21 *An rei veritate inspecta captiui status pendeat?*
22 *Quid in captiuis inducat fictionum diuersitas?*
23 *Quibus casibus filijfamilias, potius quàm patrisfam. captiui status pendeat?*
24 *Non captiuorum, sed liberorum quos in ciuitate reliquerint, statum propriè pendere.*
25 *Refutatur Corrasij opinio existimantis ius captiui, quandiu apud hostes est non pendere, sed liberorum eius.*
26 Ius *personæ, à* statu *differre.*
27 *Quæ sit Pauli sententia in* d. §. si filium. *versicul.* diuersum.
28 *Quænam sit differentiæ ratio in dicto versiculo. inter filium exheredatum, & eum qui apud hostes est testamenti tempore.*
29 *Emendantur in dict. versic. hæc verba,* filij ius pependerit.
30 *Multum in dicto versiculo interesse, an dicta verba de filij, an de nepotis iure intelligantur?*
31 *Differentia inter nepotem ex filio exheredato, & nepotem ex filio captiuo, & de vtriusque iure.* in d. versic. diuersum.
32 *Corrasij obiectio diluitur.*

NOn esset † obscura loci huius sententia, nisi iam 1
inde à tot seculis corrupta lectio non solum dif-
ficilem eam faceret, sed etiam aut falsam, aut inex-
plicabilem, *Si filium*, inquit Paulus, *exheredauero,*
nepotémque ex eo præteriero, & alium heredem insti-
tuero, & superuixerit filius post mortem meam, licet an-
te aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem, ru-
pturum testamentum Iulianus, Pomponius & Marcellus
aiunt. Quæ etiam Papiniani sententia est, in *l. scripto.*
7. Vnd. liber. & Vlpiani in l. si quis filio. 6. de iniust. rupt.
& irrit. fact. vbi addunt, quod & Paulus in fine hu-
ius § subiicit, nepotem hunc licet rumpere testamē-
tum non possit, quia nec exheredari ab auo debuit
cùm pater eum testamenti tempore præcederet, suū
tamen auo heredem fore ab intestato si institutus,
qui viuo filio exheredato de adeunda vel repudian-
da hereditate deliberabat, post filij mortem repu-
diauerit aut ante aditam repudiatámve decesserit:
nec ei filium in causa intestati obstaturum, qui in
causa testati obstitisset. † Vtrumque inquit Vl- 2
pianus, non minus eleganter quàm apertè propriis
rationibus. Nam adgnascendo quidem is rumpit
quem nemo præcedebat mortis tempore, ab inte-
stato verò is succedit cui priori defertur hereditas,
id est ante quem non sit alij delata. Id enim fa-
ciunt verba legis duodecim tabularum à Paulo hîc
relata, *si intestato moritur*, quæ licet nullo facto
testamento ad tempus mortis referantur, quia iam
tum certissimum est decedere intestatum eum, qui
testamentum non fecit aut tale fecit, quod vel ab i-
nitio nullius momenti vel ex post facto ruptum vi-
uo testatore aut irritum factum fuerit, facto tamen
testamento, quod mortis tempore subsistat, non ad
mortis tempus referri possunt, sed ad id demum quo
testamentum destituatur herede ampliùs adire non
valente. † Destitui enim dicitur testamentum ex quo 3
hereditas adiri non potest, *l. in quantitate 73. ad legem*
Falc. l. vlt. de cond. inst. quòd cùm fit tum demum cer-
tum esse incipit intestati successionem locum habere,
quæ nec prius alij cuiquam delata sit, nec deferri po-
tuerit quandiu heres testamento sperabatur. Quæ ra-
tio facit, vt idē quoq; dicendum sit, si filius non exhe-
redatus, sed sub conditione quę in ipsius arbitrio fuit
institutus sit & non impleta conditione decesserit.
Nec enim videbitur obstitisse nepoti, aut si nepos nō
sit, pronepoti, aut si neuter, proximo agnato quomi-
nus heres ab intestato esse possit qui tum cum is mo-
rietur aut suus aut agnatus proximus reperietur, si

modò

modò mortis testatoris tempore vel in rebus huma-
manis, vel saltem conceptus fuerit, vt ex Iuliani &
Marcelli sententia, Vlpianus scribit in *l. 1. §. sciendum*
4 *in fi. de suis & leg.* † Obseruandum autem est, vt hoc
quoq; obiter notemus, nepotem hunc quem nos cum
Papiniano & Vlpiano suum heredem auo esse dici-
mus, legitimum heredem vocari à Paulo, iis verbis,
*sed etsi heres institutus omiserit hereditatem, erit legiti-
mus heres*, vt intelligamus suos heredes etiam legiti-
mos dici posse, nempe quia per legem duodecim ta-
bularum æquè ac cæteri legitimi ad intestatorum he-
reditates vocantur nisi quod priore loco, & ante cæ-
teros vocatur, *l. de bonis. 6. §. huic autem de Carbo. edict.*
l. vlt. Cod. de codic. habéntque proprium & elegantius
nomen per quod à cæteris agnatis ac legitimis here-
dibus discernantur, *Suorum* scilicet, quòd aliis non
conuenit quàm qui in defuncti familia & potestate
5 fuerunt, *l. in suis 11. D de liber. & posth.* † Errarúntque
proculdubio Alciatus & Hotomanus qui in *l. filius. 12.*
de suis & legit. negationem addiderunt, vt efficerent,
quod falsissimum est, filium patri agnatum proximũ
non esse, decepti iis Papiniani verbis, quæ extant in
*d. l. scripto, & alioquin si non suus heres est quo iure heres e-
rit qui sine dubio non est agnatus?* quo nomine iam ante
6 nos rectè reprehensi sunt à Cuiacio. † Sed in eo quo-
que Cuiacius ipse labitur, quòd vt Papiniani verba
effugiat hanc eorum sententiam esse vult vt qui non
est suus non sit agnatus, nec suum neget Papinianus
esse agnatum, sed eum qui non sit suus. In quo sanè
facit ridiculum Papinianum. Quamuis enim admit-
tam suum esse non posse qui ne legitimus quidem sit,
non tamen perinde ex contrario inferre possis, quod
vult Cuiacius eum qui non sit suus non esse agnatũ,
alioqui fieret vt agnati omnes sui essent, sin minus
ne agnati quidem essent, & haud dubie Papiniani ra-
tiocinatio vt concludat, sic omnino accipi debet vt
nepos ille de quo tractat si nõ sit suus heres auo mul-
tò minus agnatus dici possit. Respondere igitur de-
buit, Papinianum non de filio tractare quem patri
proximum adgnatum esse Pomponius ait in *d. l. filius*,
sed de nepote quem pater mortis tempore præcede-
bat, quique si suus heres dici non posset, multò minus
ad eam successionem vocandus esset tanquam ad-
gnatus, *qui sine dubio*, inquit, *non est adgnatus*, videlicet
proximus qualem esse oporteret vt heres auo fieri
posset. Neque enim alij agnato lex duodecim tabu-
larum hereditatem defert quàm proximo, *si suus he-
res*, inquit, *non erit agnatus proximus familiam habeto.*
Tractare autem Papinianum de causa hereditatis o-
stenderunt proxima illa præcedentia *quo iure heres e-*
7 *rit?* † Hic verò nepos, proximus agnatus esse non
potest, qui proximum gradum, ita vt Papinianus fa-
tetur, nunquam tenuerit, quippe quem pater ipso et-
iam mortis tempore præcesserit. Etsi autem Papinia-
nus simpliciter ita scribit, *qui sine dubio non est adgna-
tus* non addita fictione *proximus* quam nos explica-
tionis gratia supplemus, idipsum tamen quod volu-
mus satis exprimit dictio illa sola *adgnatus*, non so-
lum quia quod ad causam hereditatis pertinet, qui
agnatus proximus non est eo tempore quo lex here-
ditatem defert nec pro agnato habendus sit, cùm in
agnatis non sit successio, *§. placebat, Institut. de legit a-
gnat. success.* sicut nec in suis *d. l. 1. §. sciendum de suis &
legit.* sed etiam quia cùm *adgnatus* propriè & ex ety-
mo is dicatur qui propriè & iuxta natus est, conse-
quens fit vt propriè agnatus is esse intelligatur qui
8 & proximus est. † Id ergo Pap. sibi vult, nepotẽ hunc
de quo agit si suus heres ideò dici non possit, quòd

proximum gradum nunquam tenuerit, à patre nimi-
rum, licèt exheredato, occupatum: heredem auo nul-
lo modo fore, *quia sine dubio non est adgnatus*, proximus
qui in secundo gradu est, & à patre anteuertitur. At-
qui fatentur ij, contra quos disputat, heredem illum
esse debere, quòd pater qui eum præcedit heres esse
nunquam potuerit, nec quandiu vixit propter exhe-
redationem nec post mortem, quia mortuus. Fateri
ergo eos necesse est suum quoque illum esse, & con-
sequenter etiam agnatum, ne si suum negent eadem
ac longè faciliori ratione ab ijs extorqueatur, nec a-
gnatum proximum esse, atque ita fiat quod multò
fuerit absurdius, heredem ab intestato esse eum qui
neq; suus sit, neque agnatus proximus. Hæc ad Papi-
nianum. † Sequitur apud Paulum, *Diuersúmque est* 9
si in hostium potestate filius sit & decesserit in eodem statu.
Rumpit enim his casibus nepos testamentum. Diuersa, in-
quit, ratio est filij captiui & exheredati. Exheredatus
námque impedit ne testamentum rumpere præteri-
tus nepos possit. Captiuus filius si deinde apud hostes
moriatur non impedit. Ratio autem diuersitatis illa
statim subiicitur, *quod moriente auo filij ius pependerit,*
non abscissum vt superiore casu fuerit. Hic verò locus est
qui proculdubio emendatione nec vulgaris chirurgi
manu indiget: tanto magis quod & à veteribus & à
nouis interpretibus aliter atque aliter legitur. † Ve- 10
teres enim, vt ex Accursij, Bartoli & aliorum Com-
mentariis apparet, pro illis verbis quæ nunc vulgò
exstant, *quod moriente auo filij ius pependerit*, sic lege-
bant, *Quod si moriente auo filius repudiauerit:* quæ le-
ctio nihil nisi nugarum comminiscendarum mate-
riam iis præbere potuit, quas referre pudeat ne iis
posteà refellendis operam & laborem perdere neces-
se habeamus. Alij post Alciatum pro *repudiauerit*, le-
gunt, *repedauerit*, antiquo & musitato verbo signi fi-
cantes captiuum in ciuitatem rediisse. Alij magis
probant vt legamus, *filius pependerit*, omnino ridiculè.
Quid enim superest nisi vt filium strangulent quem
tam miserè suspendunt? † Florentina lectio quam 11
primo loco retulimus quæque hodie passim recepta
est, magis placet Iacobo Cuiacio existimanti hanc es-
se Pauli sententiam, vt si filius qui apud hostes fuit
quo tempore pater testabatur in eodem statu deces-
serit, nepotis præteriti successione testamentum rũ-
patur, qui scilicet ex lege Cornelia, inquit, viuo a-
uo ad filij condicionem redactus, & in filij ius suc-
cessisse intelligatur, nec post mortem testatoris ius fi-
lij abscissum & abruptum dici possit, quia captiuitas
nihil abrumpat sed tantùm suspendat *l. illa institutio*
32. §. 1. de here. instit. Sed hæc interpretatio neque in se
vera est, neque differentiam illam quam inter exhe-
redationem & captiuitatem Paulus apertè ponit, rè-
ctè explicat. † Non inficior filio qui testamenti tem- 12
pore captiuus erat apud hostes posteà defuncto, ne-
potem preteritum viuo auo in sui heredis locum suc-
cedere & succedendo rumpere *leg. Gallus §. viden-
dum hoc ti.* Sed ex lege Cornelia id fieri nego, & per-
nego, vt pluribus ad eum locum docui sup. † Nego e- 13
tiam, quod ille ait, captiuitate non abrumpi ius filij
qui apud hostes decesserit. Fateor, quandiu viuit fi-
lius apud hostes, omnia ipsius iura in suspenso reti-
neri propter spem postliminij, quam suspensi iuris
constitutionem Papin. vocat in *l. penul. de suis & legit.*
Sed eo apud hostes mortuo atque ita extincta postli-
minij spe adeóque fictione, dico iam inde à captiui-
tatis primo instanti abscissum prorsus fuisse & abru-
ptum ius filij, non secus acsi ab eo tempore mortuus
fuisset, † nõ quia per legem Corneliam mortuus re- 14

trofingatur à prima horâ captiuitatis, vt vulgo malè
creditur (neque enim legis Corneliæ fictió ad filios-
familias pertinet vt sæpius in superioribus diximus)
sed quoniam captus ab hostibus cum seruus hostium
fiat si in eodem statu decedat exinde ex quo captus
est pro nullo & mortuo habetur *l. quod attinet. 32. l. ser-
uitutem. 208. de regul. iur.* Ideóq; nec institui eum aut
exheredari necesse est à patre qui medio tempore te-
stamentum in ciuitate fecerit *d. l. Gallus. §. in omnibus
l. dum apud hostes penult. hoc tit. d. l. si quis filio. 6. §. Sed si
pater de inoff. rupt. & irrit.* Vnde illud etiam fit vt nõ
obstet, nepoti præterito quominus rũpat vt hic Pau-
15 lus ait. † Tum verò secundum Cuiacij sententiam
vulgarémque lectionem, verba illa, *vt superiore casu*
quæ non nisi ad casum exheredationis referri possũt,
probant omnino filij exheredati ius abrumpi & ab-
scindi per exheredationem, quod falsissimum est. Ex-
heredatio siquidem non tollit ius suitatis, nec facit vt
filius exheredatus minus obstet nepoti quàm si esset
institutus sub conditione potestatiua, & ea non im-
pleta decessisset, *d. leg. 1. §. secundum de suis & legit.* De
quo pluribus & ex professo scripsimus sup. Nec est,
quòd cum Cuiacio dicas, Viuo quidem testatore ius
filij exheredati non absc indi, sed tamen mortuo pa-
tre abscindi quòd eo demùm tempore exheredatio
vires accipiat, *l. filium. 20. §. videamus de bonor. poss. cont.
tabul.* Nam neque verum est ex die mortis patris con-
firmari exheredationem, sed tantùm ex die aditæ he-
reditatis, *d. §. videamus. & l. si patronus. 12. §. ex testamẽ-
to de bon. libert.* At in eò casu quem hîc Paulus tractat,
ponit mortuum exheredatum antequam patris here-
ditas adiretur, nec vnquam posteà aditam fuisse. Fieri
ergo non potest vt filij ius per eam exheredationem
16 abscissum intelligatur. † Denique falsum est quod
Cuiacius pro vero & constanti habet, captiui homi-
nis ius pendere, præsertim filijfamilias, apud hostes
posteà defuncti. Nam quandiu captiuus est apud ho-
stes constat eum esse seruum hostium in quorum est
potestate, & eum defunctum verissimum est seruum
decessisse *l. 3. §. vlt. de verb. signific.* Etsi autem lex Cor-
nelia iungit tempus mortis tempori captiuitatis vt
paterfamilias in ciuitate decessisse videatur, *l. penul. §.
vlt. de vsuca.* ad hoc vt hereditatem & heredem habe-
re possit filiusfamilias 18. *ad leg. falcid. l. 1. C. de postlim.
reuers.* non inde tamen fit vt captiui status pependisse
videatur, qui scilicet quamdiu vixit fuerit reuera ser-
uus, post mortem verò pro eo habeatur acsi liber & in
ciuitate semper fuisset, ita fit vt & viuus & mortuus
certum statum semper habeat, si tamẽ serui status vl-
lus dici potest. Non enim seruus aut caput aut statum
habere dicitur, *l. 3. §. vlt. & l seq. de capit. minut.* † Sed
17 nec ad filiumfamilias, vt dixi, Corneliana fictio vllo-
modo pertinet, quia neque hereditatem, neque here-
dem habiturus erat si in ciuitate mansisset. Itaque fi-
liusfamilias captus & apud hostes mortuus, de quo
hîc Paulus tractat, & vixisse & decessisse seruus in-
telligitur. Quod si ita est, non video quomodo status
ejus pependerit. Imò, inquies, quoniam quandiu vi-
xit potuit ab hostibus reuerti atque ita postliminij iu-
re pristina omnia, & libertatis & ciuitatis iura recu-
perare. Dic breuius, si voles, & apertiùs, captiuum si-
ue paterfamilias, siue filiusfamilias sit, nullum statum
habere quandiu captus est, quia reuera seruus est, nec
fictio vlla dat ei statum, non patrifamilias, quia lex
Cornelia fingit eum mortuum, ac proinde talem qui
statum nullum habere possit, non filiofamilias quia
fictio legis Corneliæ in eum locum non habet; eúm-
que relinquit, qualis re vera est, id est seruum & con-
sequenter loco nullo computandum. Fictio autẽ post-
liminij quæ tam filiofamilias quàm patrifamilias cõ-
munis est facit duntaxat vt captiuus in eo sit, vt sta-
tum habere videri possit vno illo casu si ab hostib. re-
dierit. Quem verò statum? Certum. Nempe libertatis
& vt videatur semper fuisse, aut sui tantum iuris, aut
alieni tantum. Eius scilicet cuius fuisset si in ciuitate
mansisset. Non ergo facit vt captiui status pendeat,
quia pendere dici non potest status qui necdum vllus
est nec vnquam futurus est incertus. Sed facit tantũ,
vt pendeat an statum aliquẽ habere videatur. † Illius 18
igitur demũ status pendet & incertus est qui cũ du-
plicẽ statum habere possit vtrum habeat nesciatur. *Ij*
verò sunt liberi captiuorum: quia ignoratur an pa-
tresfamilias, an verò filijfamilias habendi sint, quam-
diu parentes reuerti possunt. † Verùm iam dixi Pau- 19
lum tractare de filio qui ab hostibus non sit reuersus,
& consequenter quem dici possit, licet audenter, vt
loquar cum Scæuola in *d. §. videndum, l. Gallus* iam vi-
uo patre pro mortuo & nullo haberi debuisse, quem
scilicet ex postfacto appareat, nec rediisse nec redire
posse, *d. l. si quis filio. §. sed si pater. de inoff. rupt. & arg. l.
hunc scriptura. 15. in fi. ad legem Aquil.* Mortui autem &
nullius hominis statum pendere nemo dixerit. † Præ- 20
tereà postliminij fictio in eo qui cùm capiebatur pa-
terfamilias erat, non facit vt pendeat, an liber sit vel
seruus, sed an pro viuo an pro mortuo haberi debeat.
Nam siue ab hostibus reuertetur, siue apud eos mo-
rietur, semper fuisse liber videbitur, solóque hoc in-
tererit, quòd si in captiuitate decedat, exinde retro-
fingetur decessisse ex quo captus est, præter legẽ Cor-
neliam, *l. pater. 10. in princ. de captiu. & postlim. l. 1. C. eo.*
Si reuertatur non solũ vixisse sed & in ciuitate per-
petuò vixisse intelligetur. Igitur non potest videri
pendêre status patrisfamilias captiui, siue legis Cor-
neliæ siue postliminij fictionem consideres, quia li-
cet sint contrariæ, in eo tamen conueniunt quòd ca-
ptiuitatis memoriam obliterant vt libertatem fin-
gant permanentem. † Quòd si rei veritatem in 21
spicias multò minus dici potest pendêre statum ca-
ptiui cum is re vera seruus sit, & tanquam ser-
uus nisi ad fictiones recurras statum nullum ha-
beat. † Illa autem fictionum diuersitas, An capti- 22
uus pro mortuo posteà habendus erit ex lege Cor-
nelia, an pro viuo propter postliminij fictionem, non
inducit diuersitatẽ status, quia cùm statum nullũ ha-
beat qui mortuus est, inepta fuerit diuisio illa perso-
narũ si quis dicat, Hominũ alios esse viuos, alios mor-
tuos: imò summa & prima diuisio illa est, vt quidam
sint liberi, quidam serui, *l. 3. De stat. homin.* In persona
autem filijfamilias, qui Corneliæ legis fictione adiu-
uari non potest, postliminij spes ex contrario non fa-
cit vt pẽdeat, an viuus & liber, an iam olim mortuus
fuisse retrofingẽdus sit, sed an liber sit vel seruus, quia
si ab hostibus redierit semper fuisse liber intelligitur,
si non redierit, semper ex quo captus est mansisse ser-
uus, ideóq; pro mortuo habendus, non vt retrofinga-
tur mortuus liber, quomodo contingit in eo quẽ lex
Cornelia fingit retromortuum, sed quòd, vt dixi, ser-
uilis cõdicionis homines pro mortuis habeantur. † I- 23
taq; possit quis ex eo concludere filijfamilias potiùs
quàm patrisfamilias captiui statũ pẽdêre, cũ sit incer-
tũ liberne an seruus moriturus sit. Et sanè ita est quã-
diu filiusfamilias viuit quoniã reuerti tandiu potest.
Sed eo in captiuitate mortuo dico ex post facto appa-
rere numquã statum eius pependisse, fuisséque illum
perpetuò seruum ex die captiuitatis, *d. §. videndum. &
d. §. sed si pater.* † Non ergo captiuorum status verè ac
propriè

propriè pendère dicendus est, sed liberorum potius quos illi in ciuitate reliquerint, quomodo Iustinianus loquitur in *§. si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* & passim Iurisconsulti vt in *l. in libello. 11. §. 1. leg. bona. 23. §. quod filius de captiu. & postlim. leg. proponebatur. 9 in fin. de Castrens. pecul. leg. penult. de suis & legit. leg. 1. §. 1. de SC. Maced. leg. 2 §. penul. D. vnd. legit.* aliisque innumeris, in quibus scriptum videas patre captiuo apud hostes, in pendenti esse an filius in ciuitate relictus sui iuris effectus sit an sit adhuc in patria potestate. Patre enim reuerso, siue post mortē filij siue viuo eo filiumfamilias semper fuisse videri, patre nō reuerso patremfamilias ex die captiuitatis pater-
25 næ factum intelligi. † In quo miror sanè incredibilē viri, alioqui non imperiti, Ioannis Corasij inscitiam, qui ad *leg. qui in vtero de stat. homin.* scripsit captiui ius pendere quandiu apud hostes est, sed non liberorum eius, quòd absurdum sit, inquit, eos nec in sua nec in patris esse potestate ex *leg. vlt. C. de sentent. pass.* Sic intelligens quod Iustinianus ait in *d. §. si ab hostibus, pendere ius liberorum propter spem postliminij,* vt ad eos ipsos qui ab hostibus capti sunt non ad eorum liberos pertineat, cùm tamen in contrarium apertissima sint eiusdem Iustiniani verba illa: *si ab hostibus captus fuerit parens quamuis seruus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminij. quia hi qui ab hostibus capti sunt si reuersi fuerint omnia pristina sua iura recipiunt. Idcirco reuersus etiam liberos habebit in potestate.* Quibus verbis quid apertius potuit Iustinianus dicere vt significaret non solum captiui liberorum statum pēdere, de quo ante Corasium nemo vnquam dubitauit, sed & eorum duntaxat non etiam patris qui apud hostes sit statum in pendenti esse. Nam qui re vera seruus est nec proinde statum vllum habet, eius status quomodo pendere potest? Iura sanè captiui om-
26 nia sunt in suspenso propter spem postliminij. † Sed differunt iura à statu. Et diuisio illa prima ac præcipua iuris personarum vt quidam sint liberi, quidam serui; distinguit quidem generaliter statum hominum, sed non statum illum quem ius ciuile agnoscat, cùm, vt dictum est, quòd ad ius ciuile attinet, seruus, nec statum nec caput habeat in ciuitate. Illa verò iuris ciuilis propria diuisio est quòd & personarum liberarum quædam sint sui quædam alieni iuris. Nam & hæ & illæ statum in ciuitate habent, & is demum incerti status esse dicendus est qui cùm duplicem statum habere possit neutrum tamen adhuc certum habeat, non qui cùm præsentem nullum habeat in eo tantùm est vt aliquando habere aliquem, eúmque certum, possit. † Igitur vt totam
27 hanc disputationem concludam, puto sententiam Pauli illam esse, differre filium exheredatum ab eo qui sit apud hostes testamenti tempore quòd exheredatus obstat nepoti ne possit is præteritus rumpere. Captus ab hostibus si in eodem statu decesserit, non obstat, quamuis si ab hostibus reuersus esset, obsta-
28 ret. † Differentiæ autem eam rationem esse quòd moriente auo pependerit ius nepotis ex filio captiuo: non item ius nepotis ex filio exheredato. Hoc enim prorsus abscissum est, quia fieri nullo casu potest vt nepos quem pater præcedit testamenti & mortis tempore institui debuerit aut exheredari. Nam sicuti nunquam potest nepos duorum simul testamenta rumpere, patris scilicet & aui, quia nec duobus simul agnasci suus heres potest, *l. si filiusfamilias, 33. §. final. de testamen. milit.* ita neque cogi vllo casu auus potest vt & filium & nepotem simul vel instituat, vel exheredet. Sed quo casu fi[illegible]m instituere aut exheredare compellitur eodem licet illi nepotem præterire citra periculum vllum rumpendi per nepotem præteritum testamenti, *l. 4. §. 1. de cont. tabul.* Nisi eo solo casu quo in sui heredis locum viuo auo succedat nihil ei proderit quod ad causam testati pertinet, sed tantùm quòd ad causam intestati, *l. filium 20. §. videamus in fin. de bonor. poss. contr. tabul. l. 1. §. post suos de suis & legi. d. l. scripto. 7. vnd. lib. d. l. si quis filio. 6. de iniust. rupt.* At nepotis ex filio captiuo ius non prorsus abscissum est, quamuis testamenti & mortis aui tempore filius adhuc viuat, quia fieri potest vt in eodem statu decedat. Quo casu eueniente apparebit fuisse nepotem hunc suum heredem & in primo gradu, ac proinde talem qui debuerit institui vel exheredari, quasi qui viuo auo in sui heredis locum successerit, *d. l. Gallus §. videndum.* † An ergo Pauli verba quæ 29
huic interpretationi nullomodo conueniunt sic emēdabimus? vt pro *filij* reponamus *nepotis* in illis verbis, *filij ius pependerit* At hoc nimis est improbabile. Quid igitur? Pro *filius* lego *illius*, quæ dictio non nisi ad nepotem referri possit de quo proxime dictum est. Natum verò errorem ex inscitia scriptoris non intelligentis veterem illum scribendi morem, Florentino præsertim librario familiarissimum nec vno loco iam à nobis superioribus libris obseruatum, vt si quas litteras repeti necesse sit, eas non nisi simplici, sed maiusculo tamen charactere notet, hoc modo *IL. IVS P Enderit* pro eo quod pluribus litteris scribendum erat, *illius ius pependerit.* Vnde illud quoque factum conijcio vt Florentina lectio quæ vt plurimum aut verior aut veræ proximior est non *filij ius* habeat vt cæteræ, sed *filius* addita tantùm litera F ab eo fortasse qui vocem *illius* vnica L. scriptam nullique alteri dictioni respondentem nullius significationis esse existimabat. Cúmque nec intelligi illud posset quid significaret vox illa *PEnderit*, cœperunt alij & magis communiter, legere *repudiauerit*, alij *repedauerit*. Alij denique, & ij soli rectè, *pependerit*: sed cum ferre non possent ita legi, *filius pependerit* pro *filius* legere *filij ius* maluerunt. Atque ita per varios emendationum gradus translatum est ad filium quod de solo nepote dictum fuerat, sicque deprauatus locus elegantissimus qui nisi eo quo diximus modo restituatur nec emendari nec intelligi vllomodo potest. † Nec est quod quis di- 30
cat nihil referre an de filij, an de nepotis iure ea verba intelligas, cùm etiam pendente iure filij nepotis quoque ius pendêre necesse sit. Id enim si aliud nihil in textu esset admitti fortasse posset. Sed quod Paulus ait, *non abscissum vt superiore casu fuerit.* non admittit vt præcedentia de filio intelligantur, sed tantùm de nepote: quoniam, vt dixi, filij exheredati ius per exheredationem non absciditur cùm non eò minus maneat suus heres obstétque nepoti, cui non obstaret si ius quod habet in familia patris abscissum esset per exheredationem, *d. l. illud notandum. 4. §. 1. de bonor. poss. contr. tabul. l. 1. §. si pater in potestate de coniung. cum emancip. liber. eius.* † Hoc ipso autem quòd filij 31
exheredati ius abscissum non est fit necessariò vt nepotis ex eo suscepti ius prorsus ex contrario abscindatur auo moriente, hoc est vt nulla amplius spes sit nepoti rūpendi auiti testamenti propter preteritionē, quamuis nō eò minus sperare possit hereditatem ab intestato, vno illo casu quo filius ante aditam hereditatem decedat tum hereditas à scripto herede omittatur. At nepotis ex filio captiuo ius non est abscissum moriente auo, quoniam speratur imò certum est futurum vt si filius ab hostibus non redierit nepos

sam inde viuo auo in sui heredis locum successisse primúmque gradum occupasse intelligatur. † Nec
32 mouet quod Corasius obijcit absurdum esse nepotẽ nec in sua nec in patris captiui esse potestate ex *l. vlt. C. de sent. pass.* Loquitur enim illa lex de filio deportati cuius longè alia quàm captiui ratio est. Deportatus námque iura sua omnia penitus amittit cum ciuitate, nec quod à Principe restitui possit, ei intereà quicquam prodest aut liberis eius nocet ne patria potestate soluti videantur, quoniã spes illa restitutionis nullo prorsus iure aut gentium aut ciuili sed mera Principis indulgentia nititur. Captiuus contrà licet reuera sit seruus hostium, habet tamen postliminij spem quæ iura ipsius omnia in suspenso retinet nec omnino abrumpi patitur *l. illa institutio 32. §. 1. de hered. instit.* quæ quoniam iuris gentium & ciuilis constitutio est adeóque naturali æquitate subnixa *l. postliminium. 19. de captiu. & postlimin.* captiui iura conseruat hactenus ne omnino ea perdidisse videatur *d. l. penult. de suis & legit.* Eámque deportati & captiui differentiam nominatim tradit Paulus noster in *l. si necem 4. §. si deportatus de bon. libert.* quam & nos in superioribus pluribus & locis & verbis explicauimus.

CAPVT XIII.
Ad §. ille casus l. Gallus.

SVMMARIA.

1 *Maximam dubitationem in casu* d. §. *hanc esse, an nepos etiam institutus rumpat testamentum.*

2 *Dicti nepotis institutionem nec ad ius antiquum, nec ad primum legis Velleæ caput pertinere.*

3 *Cur nec ad secundum legis Velleæ caput dicta institutio pertineat?*

4 *Casum siue institutionem in* d. §. *propositam, ad legem Velleam per extensionem ex sententia Iuliani protrahendam esse.*

5 *Quadruplex mendum è contextu* d. § *tollitur.*

6 *Quando sit locus secundo capiti legis Velleæ.*

7 *Verba illa* d. § nullo iure, *ita restringenda esse, vt ius Prætorium excipiatur.*

8 *Hottomanni emendatio ad dictionem*, vtiliter *in* d. §. *reijcitur.*

1 DIfficile† non est ex superioribus intelligere quænam huius § licet alioquin satis obscuri, sententia sit. Sed quemadmodum superiores loci ferè omnes malè vulgo ab interpretibus accepti sunt, vt docuimus, ita hic quoque minùs feliciter explicatus est, quia & indiget emendatione. Proponit Scæuola nouum casum quem in difficili esse ait, id est in quo dubitari maximè potest, an nepos etiam institutus rumpat testamentum, quia neque ad ius vetus neque ad alterutrum legis Velleæ caput accommodari posse videatur, casus ille est, si filium habeas & nepotẽ nondum natum instituas, isq; nascatur viuo patre suo ac
2 mox pater viuo te decedat: † nam si ius antiquũ inspicias, id est quòd Galli temporibus & ante legem Velleam obtinebat, non valet posthumi huius nepotis institutio, quia testatore viuo natus sit. Nunquam enim, vt diximus, permissa erat posthumi siue filij siue nepotis institutio, nisi cùm id exigere videbatur necessitas sustinendi testamẽti quæ nulla suberat nato posthumo in vita testatoris qui nouum condendo testamentum sibi consulere poterat ne intestatus moreretur. Rursus nec ad primum legis Velleæ caput institutio hæc pertinet, quia lex illa primo capite de his quidem posthumis locuta est qui viuo testatore nascerentur, sed adiecit, si modo cum nascerentur sui futuri essent, *§. sequenti parte 1. hac leg.* Hic autem de quo agimus cùm tibi natus est non fuit suus, quia filius tuus idémque ipsius pater eum præcedebat. Suus autem esse non potest qui proximum gradum nõ obtinet *l. scripto 7. D. vnd. liber. l. si filiusfamilias. 33. §. 1. de milit. testam.* † Ad secundum verò caput multo mi- 3
nus, quia non posterior alius succedendo prohiberi videtur rumpere quàm qui iam natus erat tempore testamenti: hic verò nondum erat natus. Et vt cum Scæuola dicam apertius superiore & priore capite lex permittit vt instituere liceat nondum natos qui cùm nascentur sui erunt, quod huic sanè non cõuenit qui nascitur alienus, posteriore capite non permittit institui sed vetat rumpi, id est facit ne ob eam causam minus ratum esset testamentum, quòd nepos in filij locum succederet. Porrò præcedere debet vt vtiliter sit institutus, id est, vt loquar more interpretum, præsupponit secundum caput legis Velleæ, vtilem præcedere nepotis huius institutionem: alioqui frustra caueret ne idcirco rumperetur testamentum quod nepos succederet si alio respectu rumperet nepos tanquam præteritus, caueréque potius lex debuisset ne hic nepos ob id rumperet, quòd esset præteritus quàm ne ob id quod succederet. Atqui nullo iure institui potuit, vt diximus, qui testamenti tempore nondum natus erat. Non igitur ad secundum caput legis Velleæ referri potest ea institutio de qua tractamus. † Quod 4
cum Iulianus præcipuæ inter prudentes famæ & autoritatis animaduerteret, subtiliter non minus quàm audenter existimauit ad hunc quoque casum protrahendam legis Velleæ potestatem non tam per interpretationem quàm per extensionem, commixtis scilicet quasi duobus capitibus legis, quoniã ex qua parte nepos hic viuo auo nascitur videtur aliquatenus ad primum caput pertinere, ex qua verò iam natus succedit in locũ sui heredis viuo testatore pertinet quodammodo ad secundũ, & hæc Iuliani sententia, quãquam noua & audax, à cæteris tamen prudentibus facile recepta est tanquã necessaria fauore testamentorum, quæ alioqui in proposita specie necessario rũperentur. † In contextu illud primum mendum est 5
quod veteres libri sic habent, *ille casus vnindifficilis est* cũ legendum sit vt in Flo. *in difficili*: quæ lectio ridiculã facit glossam Accursij, qui, *in difficilis*, interpretatur, *valde difficilis*. Vnde & Bar. occasionẽ sumit tractãdæ per distinctiones præclaræ illius materiæ de syllaba, *in*, & quando augeat significationẽ dictionis cui adiungitur. Aliud mendum est in illis verbis, *nec posteriores alij*. Legendum enim est, *nec posterior alius succedendo prohiberi videtur rumpere*. Siquidem loquitur Scæuola de eo, qui cùm non esset suus testamenti tempore posteà factus est suus succedendo in locum sui heredis, *posteriorem* appellatus eum qui in prioris gradum succedit, quia fieri nequeat vt succedat nisi qui vno gradu posterior sit. Succedit enim priori. In eóq; deceptus etiã est Accursius qui *posteriori* interpretatur, *capite*, scilicet *secundo legis Velleæ*, quãuis non negẽ tractatũ hunc de eo qui in locũ sui heredis succedẽdo prohibetur rũpere, ad posterius illud legis Velleæ caput pertinere. Tertiũ mendũ est eo loco, *porro præcedere debet vt vtiliter sit institutus*. Neq; enim dubito quin legendũ sit, *præcedere*, vt sensus sit is quẽ iam docuimus, nõ posse locũ esse secũdo capiti legis Velleæ quantum est ne succedendo rũpat is qui in priori locũ succedit quin ponas præcedere vtilẽ ipsius institutionem. Quomodo enim non rumperet is qui cùm suus heres fieret præteritum se inuenit. *l. posthumorum. 13. de iniust.*

iniust. rupt. Qui vulgatem lectionem sequuntur putant Scæuolam in hoc versiculo respondere ad propositam quæstionem, quasi dicat, ne testamentum rũpatur procedere debere, id est admittendum esse vt valeat, quo nihil est ineptius. Non enim ad quæstionem respondet Scæuola nisi ex Iuliani sententia in versic. *Iulianus tamen videtur*. Et id agit potissimum vt doceat quam necessaria fuerit in hanc rem Iuliani subtilitas & autoritas vt huius nepotis institutio valeret quæ nõ solum ex primo capite legis Velleæ defendi non poterat quod erat apertius, sed neque ex secundo, vt suprà explicauimus. Postremum mendũ in eo est quod sequentia illa, *quod nullo iure potuit qui nondum natus erat*, & per parenthesim & cum interrogatione leguntur Florentiæ, cùm tamen & sine interrogatione & vnico contextu legi debeant, quo-
6 modo & Antonius Goueanus legisse videtur. † Appendix enim illa est præcedentis rationis, vt appareat non posse ad secundum caput legis Velleæ hunc casum aptari, quia non sit ei locus nisi tunc demũ cùm is, qui succedendo rumpere prohibetur vtiliter sit institutus, vtiliter autem institui non potuerit hic qui nondum natus erat tempore testamenti: quod ipsum tamen sic intelligendum est, vt nullo iure institui potuerit nondum natus testamenti tempore, si modò postea viuo adhuc testatore natus esset non suus, id est neque ex lege 12. tabul. neque ex prudentum interpretatione, neque ex lege Vellea. Alioqui constat ex iure antiquo, id est quod Galli temporibus obtinebat ex interpretatione prudentum ad legem duodecim tabularum potuisse institui posthumum suum siue filium siue nepotem qui post testatoris mortem nasceretur, ex lege autem Vellea in primo capite etiam eum qui post testamentum viuo testatore, tametsi testamenti tempore alienus esset dummodò nasce-
7 retur suus. † Sunt autem verba illa tam generalia, *nullo iure*, ita restringenda vt ius Prætorium excipiatur quo inductum sanè fuit vt alieni quoque posthumi institutio defenderetur in eóque omnes consentiunt ex §. *posthumo Inst. de lega. mutil. l. Titius. 25. §. 1. s. h. t.* Nisi quis malit dicere sic fortasse Scæuolam scripsisse priusquam ius illud à Prætoribus inductum esset. Vix enim dici potest quo primum tempore indu-
8 ctum fuerit. † Illud certè prætermittendum non est, Franciscum Hotomanum pessimè hunc locum sic emendasse, vt pro, *vtiliter*, legat, *inutiliter*, ita loci elegãtiam sententiámque totam malè peruertens. Quod verò in hoc §. Scæuola scribit legem Velleam secundo capite non permittere institui nepotem sed vetare rumpi, quam sententiam habeat, quia obscurius est maléque & Accursium & alios omnes veteres nouósque interpretes cruciauit, nos suprà pluribus explanauimus. Ideóque nec hîc repetemus.

CAPVT XIV.

Ad §. vlt. l. Gallus.

SVMMARIA.

1 *An, si nepos, de quo in §. ille casus. actum est, ante patris mortem sit emancipatus ab auo, sponte adire possit aui hereditatem?*
2 *An is nepos aliquo tempore suus fuerit?*
3 *Certam instituendi nepotis formulam lege Vellea præscriptam non esse.*
4 *An in lege Vellea, verba illa, si suus heres esse desierit, quibus testator vsus est, emancipationem comprehendant?*
5 *Vera quæstio d. §. vlt.*
6 *Cur necessarium fuerit Iuliani sententiam ad casum in h. §. propositum extendere.*
7 *Nepotem de quo in d. §. agitur, nec institutionis, nec capiendæ hereditatis tempore suum heredem fuisse, & per consequens tanquam voluntarium non tanquam necessarium adire.*
8 *Quid operetur Iuliani sententia in specie d. §. vlt?*
9 *Quæ sit in d. §. vlt. Scæuolæ sententia?*
10 *An, & quando emancipatione siue mutatione personæ vitietur institutio?*

APpendix † est hic §. eorum quæ proximè diximus 1
de casu Iuliani. Nam cum recepta sit Iuliani sententia de duobus legis Velleæ capitibus commiscendis vt valeat institutio nepotis qui nondum testamẽti tẽpore susceptus posteà viuo patre natus & eo subinde mortuo, adhuc viuo auo in sui heredis locũ successerit, dubitati potest si nepos hic ante patris mortem sit emancipatus ab auo, an sponte adire possit aui hereditatem. Dubitandi rationem illam nostri adferunt, quòd neq; ad Iuliani casum videatur hic nepos pertinere, cùm in sui heredis locum successisse dici non possit qui viuo patre de aui exiit potestate.
† Qua ratione moti nonnulli putant necessariò po- 2
nendum esse nepotem hunc aliquo tempore suum fuisse, quod vix aliter contingere possit quàm si ponas viuo quidem patre natum, sed eò demum mortuo emancipatum. Alij fatentur quidem & longè cõuenientius verbis Scæuolæ, nil esse necesse vt hic nepos fuerit suus: sed mirantur tamen quomodo valere possit institutio ipsius ante patris mortem emancipati, cùm institutus fuerit, vt Bartol. loquitur, in suitate, id est quasi suus, non quasi extraneus quilibet. Sed respondent non vitiari institutionem emancipatione, quia testator iis verbis, *si suus heres esse desierit*, non de emancipatione cogitasse videatur sed de morte tantum, vel deportatione vel seruitute. In quo du-
plicem vtrorum errorem animaduerto. † Priorem il- 3
lum, quòd putant lege Vellea præscriptam hanc instituendi nepotis formulam qua vti testatores necesse sit, *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit tunc qui in locum eius succedit heres esto*. Quod nos iam satis suo loco refutauimus. Neque enim necesse fuit Velleo legem condenti per quam derogare potuit iuris scrupulositati formulam vllam præscribere quæ cautionem induceret ad validandam nepotis institutio-
nem ne non iure facta videretur. † Sed & si ponas v- 4
sum testatorem iis verbis, *si suus heres esse desierit*, non video cur non de emancipatione cogitasse testatorem dicamus perinde ac de cæteris casibus per quos desierit filius suus heres esse. Pugnatq; id apertissimè cũ *§ & quod si tantũ s.* vbi casus emancipationis hac parte cæteris cõparatur. Et verò si testator de casu emancipationis non cogitauit, tantò minus sane valere debeat institutio eius qui scriptus sit tanquã suus, cùm post emancipationem nec suus sit, nec eius condicionis in qua testator admittere eum voluerit, qui de ea
nequidem cogitauerit. † Alter istorũ error est, quòd 5
putant de illo quærere Scæuolam, vtrum huius nepotis institutio valeat, de quo tamen nec dubitandum existimat. Ponit enim pro constanti valere post rece-
ptam Iuliani sententiam. † Et magis ridiculi sunt qui 6
Iuliani sententiam illam minus hoc casu necessariam esse dicũt, quòd nepos hic viuo auo emãcipatus rumpere ipsius testamentum non possit, quia neque in sui heredis locum succedere: & ob id nec ad legem Velleam pertineat. Nam hæc ipsa ratio, quòd ad legem Velleam non pertinet, facit vt eo inualidior sit eius

institutio qui non solùm testaměti tempore nondum natus erat, sed etiam si natus eo tempore fuisset alienus non suus extitisset, ac proinde talis qui nulla iuris ciuilis parte institui potuerat. Consequěter necessarium fuit ad hunc quoque casum Iuliani sentětiam extendere vt huiusmodi institutio confirmaretur, nō ad cauendum ne etiam institutus rumperet, sed ad efficiendum vt institui posset. Constat enim, quæ ab initio fuit inutilis institutio, eam ex postfacto conualescere non posse.

7 † De illo igitur tantùm Scæuola dubitat. An nepos hic de quo agimus ab auo institutus possit sponte adire ipsius hereditatem, id est, an auo necessarius heres sit an voluntarius. Nam cùm esset institutus tanquam is qui suus & necessarius fieri poterat, non videbatur ei permittendum vt abstinere posset. Magis tamen esse ait vt sponte adire possit, quoniam, inquit, per emancipationem suus heres fieri non potuit. Sensus est, nepotem hunc nec institutionis nec captiuitatis těpore fuisse suum heredem, cùm à patre anteuerteretur. Quis verò dicat ideò magis pro suo habendum quòd posteà fuerit emancipatus? Cùm si anteà suus fuisset per emancipationem suus esse desiisset. Relinquitur ergo vt sponte adire possit,

8 tanquam voluntarius heres, non necessarius. † Neque est quod quis objiciat Iuliani sententiam esse vti duntaxat fauore testamentorum ne rumpantur: periculum autem rumpendi nullum subesse instituto eo qui non possit rumpere. Nam respondeo, quinimò vel in eo maximè fauorem testamenti elucere quod propter Iuliani receptam sententiam defenditur institutio, quæ alioqui non defenderetur. Quemadmodum enim Iulianus induxit vt ambo legis Velleæ capita commiscerentur cùm neutrum per se sufficeret: sic vtrumque illud vno eodémque casu assecutus est quod vtroque legis capite inductum fuerat, hoc est, vt & institui hic nepos vtiliter possit, & institutus rūpere prohibeatur, tametsi fiat suus. Superueniens autem emancipatio, licèt tollat rumpendi periculū, proindéque faciat ne quod ad hanc partě attinet necessaria sit Iuliani sententia, non facit tamen quò magis institui potuerit, quia nec tollit vitium illud quo impediebatur institutio quòd & testamenti & natiuitatis tempore alienus posthumus fuisset, nec facere potest vt conualescat institutio quæ fuit ab initio inutilis, quia non aliud inducit nisi vt extraneus fiat qui suus vel erat, vel fieri poterat: quæ res tanto inutiliorem facit institutionem posthumi, quanto magis distat à posthumo suo is qui nec suus est, nec suus fieri succedendo in locum sui heredis potest. Itaque necessario recipienda est, & ad hunc quoq; casum producenda Iuliani sententia, vt valeat hæc institutio, pertinétque ea res ad fauorem testamenti, quod non minùs corrueret si institui nepos non posset, quàm si ab initio valida institutio, secuta postmodum emancipatione, infirmaretur. Essétque iniquissimum adigi auum in eas angustias vt vel aliud testamentum facere cogeretur, quod nec semper, nec vbique licet, vel nepotem hunc etiam inuitus in potestate retinere, quem fortassis emancipare mallet.

9 † Id igitur duntaxat sibi vult Scæuola, Iuliani sententiam semel receptam fauore nepotis qui non suus natus posteà viuo auo suus heres esse incipiat, ad eum quoque protrahi qui nunquam suus fuit. Eodem scilicet vrgente fauore testamenti, cuius maior ratio habenda est quā vel nepotis ipsius vel suitatis. Neque tamen idcirco magis suum fieri & necessarium heredem hunc nepotem, qui sit emancipatus. Ac sanè cùm ab initio vtilem fuisse huius posthumi nepotis institutionem faciendum sit ex Iuliani sententia, quoniam suus fieri potuit, absurdum sit ideò minus valere quod per emancipationem desierit in locum sui heredis posse succedere: & ob id solum rumpi testamentum, quòd desinit rumpi posse. † Cæterùm in illo etiam errant nostri toto cœlo, quòd ex hoc loco colligunt, emancipatione, aut, vt Antonius Goueanus loquitur, mutatione personæ non vitiari institutionem. Id enim verum quidem est in nepote de quo hic loquitur & in filia, sed non in filio qui haud dubie cùm emancipatur rumpit patris testamentum, etiam in quo fuit institutus, vt sequenti capite docebimus. Pertinet enim id quoque ad absolutam huius legis explicationem, tollendásque difficultates innumeras quas nostri imperitè excitant ad §. *& quid si tantum* suprà quas nec possunt dissoluere.

CAPVT XV.

De differentia filij & nepotis in quæstione §. & quid si tantum l. Gallus & ad l. verum 8. §. 1. de iniust. rupt.

SVMMARIA.

1 *Emancipato nepote qui suus institutus fuerat, non vitiari eius institutionem.*

2 *Filio qui institutus fuerat quum suus esset, postea emancipato, institutionem vitiari, & rumpi testamentum.*

3 *An ideò, quod heredis instituti persona quodammodo mutetur?*

4 *Cur non indistinctè verum sit, personæ mutatione non vitiari institutionem.*

5 *An iniquitatis aliquid habeat sententia eorum qui volunt superueniente filij instituti emancipatione eius institutionem vitiari?*

6 *Vera & genuina ratio superioris sententiæ affertur.*

7 *De trina filij emancipatione eiusque effectu.*

8 *Cur vna eademque institutio filij sui heredis, & post testamentum à patre emancipati, non impediat quominus testamentum rumpatur, quum filius per remancipationem de extraneo fit suus?*

9 *Dissimilem esse eo casu filij remancipati, & extranei post institutionem adoptati rationem.*

10 *De vera Vlpiani sententia in* d. l. 8. §. 1. *cōtra Cuiaciū.*

11 *Vlpianum in* d. §. 1. *de testamento ante mancipationem facto agere.*

12 *Reijcitur Hottomanni ad* d. §. *emendatio, & interpretatio.*

13 *Quomodo fieri possit vt filio & nepote iuxta Aquilij formulam institutis, tum emancipato filio, valeat nihilominus testamentum?*

14 *Nepotem ex præscripto Aquilianæ formulæ institutum, substitutum dici non posse.*

15 *An in superioris quæstionis specie filius & nepos admittendi sint in viriles, ex edicto de coniungendis cum emancipato liberis?*

16 *Cur nepos ex testamento concurrere non possit cum emancipato filio succedente ex Prætoris edicto?*

17 *Quò pertineat edictum illud de coniungendis cum emancipato liberis?*

18 *Superiori quæstioni locum esse non posse in filio & nepote secundùm Galli consilium institutis.*

19 *An eadem quæstio tractari possit in nepote & pronepote similiter institutis?*

20 *Cur in proposita specie locus esse non possit edicto de bonorum possessione contra tabulas?*

21 *Nepotis institutionem eo casu fieri irritam, & pronepotem totum assem habere.*

Emanci-

1 EMancipato † nepote qui fuerat institutus non vi-
tiari institutionem constat ex iis, quæ proximo ca-
pite diximus. Nam vt Scæuola scribit in *§. vlt. l. Gallus*
superueniens emancipatio nihil aliud inducit, nisi vt
qui suus heres & necessarius futurus erat, fiat volun-
tarius. Similiter instituto seruo ac postea manumisso,
nemo dixerit institutionem corruere propter manu-
missionem, quamuis hactenus immutetur eius pote-
stas vt non nisi voluntarium heredem faciat quæ a-
lioqui necessarium factura erat, *§. seruus autem a domi-*
2 *no Instit. de hered. instit.* † Sed si filius qui institutus
fuerat cùm esset suus postea sit emácipatus, dico quod
nescio an adhuc quisquam dixerit vitiari institutio-
nem, rumpique testamentum. Idque non obscurè si-
gnificari à Scæuola in *§. & quod si tantùm l. Gallus*, vbi
tractans de nepotis institutione facta in casum mor-
tis filij, quærit quid dicendum sit si filius non mor-
tuus sit, sed deportatus, nec addit, *vel emancipatus*, sed
de casu emancipationis tractaturus, qui hac parte de-
portationi simillimus est, statim loqui incipit de ne-
pote, his verbis, *quod si nepos ex quo pronepos institueren-*
tur, vt ostendimus, emancipatus esset. Hoc verò cur ita?
nisi vt doceat similem quidem esse deportationi emá-
cipationem, quod fefellit interpretes, sed tamen eo
demum casu posse emancipationem locú facere quæ-
stioni, quo agatur de nepote non de filio. Alioqui cur
à filio ad nepotem transiret si filio quoque emanci-
pato testamentum subsistere posse existimaret? Neque
verò aut in tota *l. Gallus*, aut alio vllo iuris locó repe-
rias pro firmo & valido haberi testamentum in quo
sit institutus filius qui postea fuerit emancipatus. Ve-
rùm ne ab interpretibus per tot secula id obseruari
potuerit ex hoc factum est, quòd diuersitatis rationé
inter filium & nepotem in promptu non habuerunt,
quæ certè nec tam facilis est vt statim possit occurre-
3 re. † Nam si dicas filij institutionem ob eam causam
vitiari quod heredis instituti persona quodammodo
mutetur cùm per emancipationem extraneus fiat &
de familia exeat is qui antea suus erat: parata contra-
dictio est, eadem igitur ratione dicendum fore, nepo-
tis quoque institutionem vitiari cùm is emancipabi-
tur. Nam & is fit extraneus aliusque homo si iuris ci-
uilis fictionem subtilitatémque inspicias. Item insti-
tutio extranei qui post testamentum in locum sui he-
redis adoptaretur æquè per adoptionem infirmare-
tur, quoniam & personæ mutatio fit & alius homo
videtur qui ex alieno & extraneo fit suus. Et tamen
constat nec agnatione nec successione sui heredis rúpi
testamentum cùm extraneus heres institutus vel ad-
rogatur vel in locum nepotis adoptatur, *l. filio. 23 §. 1.*
de liber. & posthum. l. si quis heres. 18. de inust. rupt. Deni-
que si mutatio personæ corrumperet institutionem,
quis defenderet institutionem serui à domino institu-
ti ac postea manumissi? quam tamen defendi diximus.
Nam quæ, rogo, maior personæ mutatio esse potest
quàm quæ contingit in persona serui manumissi, qui
cùm ante manumissionem caput nullum haberet in
ciuitate, post manumissionem habere incipit? *l. 3. §. vlt.*
4 *de capite minut.* † Rursus si dicas generaliter, & indi-
stinctè cum interpretibus mutatione personæ non vi-
tiari institutionem: erit tibi difficilius rationem illam
inuestigare, cur ergo emancipatione filij rumpatur te-
stamentum in quo filius ipse sit institutus. Hoc enim
tátò mirabilius est, quòd idem filius qui rumpit pro-
pter emancipationem non eo minus succedit quòd
sit emancipatus scilicet iure Prætorio accepta bonorú
possessione non solùm ab intestato Vnde liberi, sed e-
tiam secundùm tabulas, & quidem cum re, quan-
do nemo est qui euincere illi hereditatem ab intesta-
to possit *l. posthumus. 12. §. 1. in fin. de inust. rupt.* Quin &
contra tabulas si ponas aliud testamentum post emá-
cipationem factum quo filius hic sit præteritus, & a-
lius heres institutus, *tot. tit. de bonor. possess. contr. tabul.*
† An non igitur absurdius videtur ex mutatione illa 5
quæ in filij emancipati persona contingit vitiari insti-
tutionem, cùm mutatio illa non faciat quominus pa-
tri filius hic succedat, etiam inuito, nisi talis sit quem
pater iustè & pro suo iure possit exheredare? Deinde
quid iniquius quàm nocere patri qui erga filium tam
benè affectus fuit vt heredem eum instituerit, quòd
eum præterea emancipauerit? aut filio quòd præter
institutionem, emácipationis quoque honorem à pa-
tre acceperit? Vt vel ex eo maximè appareat nonnisi
mera iuris ratione & subtilitate niti differentiá hanc,
quam esse dicimus inter filium & nepotem. † Ratio 6
alia meo iudicio quærenda non est, quàm quæ ab Vl-
piano innuitur in *l. verum. 8. §. 1. de inust. rupt.* vbi scri-
bit ille, filium cùm emancipatur vel nepotem quia v-
na emancipatione exeunt de potestate, non rumpere
testamentum. De filio, inquies, nihil exprimit. Sed a-
pertum est quid in filio à contrario sensu inferri pos-
sit, eum scilicet cùm emancipatur testamentum rum-
pere, quoniam non vna, sed trina tantùm emancipa-
tione exeat de potestate. An quòd prima illa manci-
patione quæ filiú facit extraneú, cùm antea esset suus,
vitiet institutionem? Minimè. Alioqui perinde filia
neposque rumperent, qui haud dubiè post emancipa-
tionem æquè pro extraneis habentur. † Sed quia cùm 7
per primam eam emancipationem non exeat omnino
filius de potestate necesse sit remancipari illum patri,
vt iterum ab eo mácipari possit, adeoque patri denuò
remancipari, vt tertiæ postremæque mancipationi lo-
cus fiat, per quam tota emancipationis solennitas ab-
soluatur. Porrò per huiusmodi remancipationes, sicut
in plenam liberamque patris potestatem filius reuer-
titur, ita fit rursum suus, qui per priores duas manci-
pationes factus erat extraneus. Quis ergo miretur
rumpi ab eo vel inuito patris testamentum, quasi sui
heredis nouiagnatione? † Nec ad rem pertinet quòd 8
cùm tractemus de filio post testamentum emancipa-
to, reperiat ille se institutum, cùm per remancipationé
de extraneo fit suus, arg. *d. l. filio. § 1. & d. l. si quis heres:*
quia cùm fuerit institutus eo tempore quo erat insti-
tuendus necessariò tanquam suus, tota illa prioris in-
stitutionis vis & potestas hoc ipso absumpta est, neq.
in id vsque tempus extendi & porrigi potest quo rur-
sum fiat suus. Non enim fieri queat vt vna eadémque
institutio sufficiat duabus explendis solennitatibus,
cùm propter eam interruptionem suitatis quæ con-
tingit per mancipationem necessariò eueniat, vt quē-
admodum filius iterum & ex nouo iure suus factus
est, ita denuò & ex nouo illius suitatis causa institui
debeat. Nam & Vlpianus in *d. l. verum. §. 1.* non obscu-
rè significat futurum vt filia etiam instituta cùm e-
manciparetur, rumperet testamentum, itémque nepos
si non vna mancipatione exirent de potestate, quam-
uis eorum institutio non illú effectum habeat ne pos-
sit rumpere (quandoquidem etiam præteriti rumpe-
rent, haberentque duntaxat ius accrescendi) sed tantú
ne ius illud accrescendi habere possint cùm ipsi sunt
instituti. Nempe quia dici nequiret voluisse patrem
præterire filiam aut nepotem quam vel quem ipse in-
stituerit: eóque solo casu receptum est vt filia præteri-
ta vel nepos nec rumpant nec iniustum faciant testa-
mentú quo appareat consultè eos à patre vel auo præ-
teritos fuisse. Propter quam causam illud quoque cō-

stitutum erat in posthumis, vt si inter cæteros exheredarentur, legatum iis relinqui oporteret, ne per obliuionem potius præteriti quàm mala mente exheredati viderentur, *§. posthumi. Inst. de exhered. liber.* Ergo multò minus institutio filij impediet ne rumpat, cùm quod fuit antea institutus factum esse necesse sit, ne
9 ab initio testamentum nullum esset ac iniustum. † In eoque dissimilis ratio est filij remancipati & extranei post institutionem adoptati. Nam extranus institutus si per adoptionem fiat suus non rumpit, quia reperit se institutum, *d. l. filio. §. 1. d. l. si quis heres.* Neque enim dicere potest se institutum ex necessitate qui ex mera testatoris voluntate institutus est, & ab eo à quo etiã per obliuionem impunè præteriri poterat tempore institutionis. Proinde nihil causæ est cur non ea institutio sufficere debeat implendę solennitati, cuius interponendæ necessitas ex adoptionis accessione superuenit. Præsertim cùm ex illa etiam institutione appareat filij loco habitum dilectumque illum, qui, tanquam filius iam tum fuisset, ita scriptus est posteaque in filij locum adoptatus. At filio instituto quem ab initio institui necesse fuit, non debet ea institutionis solennitas in aliam planéque necessariam causam facta ad nouam istam & superuenietem accommodari de qua nec magis cogitabatur testamenti tempore quam de ipsa emancipatione. Rumpitur ergo testamentum per filij etiam instituti emancipationem quasi agnatione sui heredis pręteriti, quoniam vnica mancipatione nõ exit de patris potestate, remancipatus redit in patris potestatem. Non rumpitur per filiæ aut nepotis emãcipationem, quoniam isti vna mancipatione exeunt de potestate. Hoc verò à veteribus illis interpretibus
10 cognitum non fuisse minus miror. † Sed ferre noo possum antecessores illos clarissimos Iacobum Cuiacium & Franciscum Hotomanum in eadem caligine versatos esse. Nam Cuiacius ad Vlpiani titulum 23 sic intelligit, vt si post primam filij mancipationem pater testetur, & filium prætereat; testamentum rumpatur per eiusdem filij remancipationem: cùm tamen nihil sit apertius, quàm Vlpiani sententiam illam esse, quémadmodum diximus, vt testamentum etiam quod ante primam mancipationem factum est rumpatur per emancipationem. Idque euincit ipsa filij cum filia &
11 nepote comparatio. † Etenim quod Vlpianus dicit filiam non rumpere testamentum haud dubiè intelligendum est de testamẽto facto ante mancipationem. Sic enim scribit *Filia cùm emancipatur, non rumpit testamentum.* Siquidem frustrà quæras an rumpat cùm emancipatur, si nullum adhuc eo tẽpore sit testamentum. Et sanè ridiculum sit dubitare An testamentum quod post emancipationem filiæ factum est per eam rumpatur, cùm post emancipationem sit illa prorsus extranea, & talis quæ nec institui debuerit, nec exheredari. Præter id quod si vel instituenda esset, vel exheredanda de vitio iniusti tractari oporteret, non de vitio rupti de quo tamen Vlpianus tractat. Atqui emancipatio filiæ vnica mancipatione absoluitur. Fatẽdum ergo est tractare Vlpianum de testamento quod ante mancipationem illam factum sit, & in quo filia ipsa fuerit siue ex asse siue pro parte instituta. Cõsequenter vt recta sit comparatio inter diuersa, quòd dicimus filium cùm emancipatur rumpere testamentum, propterea quòd vnica mancipatione non exeat de potestate, non tantùm de illo testamento accipi debet, quod inter medias mancipationes factum sit, sed de illo maximè quod ante primam mancipationem: & quod est consequens, non de testamento in quo præteritus sit filius, sed in quo fuerit institutus priusquam manciparetur. Alioqui non posset rumpi quod ab initio nullum & iniustum fuisset, *l. 5. de iniust. rupt.*
† Hotomanus verò longe turpius in eo labitur quod 12 putat Vlpiani verba non solùm adeò perplexa esse vt explicari nequeant, verùm etiam corrupta, & ita emendanda vt legamus, *Filia vel nepos, quia cùm emancipantur, vna mancipatione exeunt de potestate, testamentum non rumpunt.* Vt sit sensus, non tanta támque arcta necessitudine filiam nepotémve à iure ciuili cum patrẽ auóve constringi quanta filiusfamilias patri. Idq. ex eo constare quia hic tribus mancipationibus, illi vna duntaxat liberantur. Quare mirandum non esse si ius ciuile faciliùs filiam nepotémve præteriri patiatur quàm filium, quasi pater non tantum iis quàm huic debeat. Quæro enim si rationem reddere Vlpianus voluit, quamobrem faciliùs præteriri possit filia vel nepos quàm filius: cur tractat de rumpendo testamẽto, quando nec filius præteritus rumpit, sed iniustum facit? Deinde falsum est filiam aut nepotem numquã rumpere nec iniustum facere. Nam imò verò iniustum faciunt nullomodo sint exheredati, idest, ne quidem inter cæteros. Ruperent verò eo casu quo essent instituti ac postea emancipati si prima mancipatione non exirent de potestate: vt non obscurè Vlpianus hic innuit, quoniam quod non rumpunt nec iniustum faciunt cùm sunt exheredati inter cęteros, tùm demum procedit cùm eos consultò præteritos esse testator voluit, quod ipsum dici non potest iis institutis. Apparet enim ex institutione præcedente non fuisse testatoris voluntatem vt eam personam præteriret, quam instituit. Et tamen non posset ea institutio facere vt filia quæ per remancipationem iterum sua fieret pro vtiliter instituta haberetur: quasi consumpta prioris institutionis potestate in eam solennitatis causam quæ testamenti tempore requirebatur, vt nouæ solennitati explendæ sufficere nequeat. Nec certior alia eius rei probatio quærenda est, quàm quę ex illa Vlpiani ratione colligi potest, *quia vna mancipatione exeunt de patris potestate.* Esset enim prorsus inepta si non aliud dicendum Vlpianus putasset, ita quoque posito iure vt vna mancipatione filia nepósve non exirent de potestate. † Ex his verò apparet non posse locum esse illi 13 quæstioni quæ interpretes nostros tam malè habet, præsertim veteres ad *§. & quid si tamen* (ex recentioribus enim pauci attingere ausi sunt.) Quomodo fieri potest vt institutis filio & nepote iuxta formulã Galli Aquilij tum emancipato filio, valeat nihilominus testamentum. Nam id vnum dubitationem illis facit quod ex vna parte ita ius esse putant vt emancipatio nũquam vitiet institutionem: quo admisso fateri coguntur, filium igitur qui priore loco sit institutus, & quidem solus, totam hereditatem ex testamento retinere debere, ex altera verò parte vident, per filij emãcipationem nepotem non minus fieri suum heredem auo, quàm si filius decessisset aut deportatus fuisset, cùm æquè per emancipationem ac per mortem aut deportationem exeat filius de patris potestate. Proinde nepotem hunc ad aui bona ex suitatis iure admitti debere, & quidem ex testamento, si testamentum factum sit in quo non fuerit ille exheredatus: ideóque futurum vt successione in locum sui heredis rumpat testamentum ex quo non possis aui hereditatem consequi. Atque ita videntur ista implicare contradictionem vt filij institutio etiam post emancipationem valeat, & vt nepos tamen succedendo non rumpat Nam si solum filium voces ex institutione, facias iniuriam nepoti qui & suus est & institutus in eum casum quo suus fieret. Si verò solum nepotẽ quòd solus sit suus, facias

faciat iniuriam filio cuius institutio etiam post eman-
14 cipationem tenet. † Bartolus quem cæteri ferè omnes
sequuntur, casum hunc mirabilem esse ait, in quo e-
mancipatio faciat locum vulgari substituto, quoniam,
inquit, substitutio illa facta sit in furiate. Perpetuo er-
rore substitutum appellans nepotem qui ex præscri-
pto Aquilianæ formulæ sit institutus, quod nos iam
15 sæpius refutauimus in superioribus. † Alij contra Bar-
tolum disputant, verè quidem id dici quod vult Bar-
tolus præferendum filio nepotem ex testatoris volun-
tate, sed tamen pro filio illud facere quod etiam post
emancipationem vocatur à Prætore ad patris bona tã-
quam filius rescissa per Prætorem capitis diminutio-
ne beneficio bonorum possessionis contra tabulas, *l. 1. & tot. tit. de bonorum possess. contra tabulas.* Itaque con-
cludunt locum hic fore edicto de coniungendis cum
emãcipato liberis eius, vt filius & nepos simul admit-
tantur in viriles. Quo tamen absurdius, meo iudicio,
dici nihil potest. Primùm quia generaliter proditum
est institutis filio & nepote ex præscripto Aquilianæ
formulæ fieri nunquam posse vt ambo concurrant cũ
sint duo gradus, nec aliter nepos ad hereditatem vo-
cetur quàm si filius admitti non possit, *l. cum ut testa-mento 57. de hered. instituend.* Neque est quòd casum
hunc excipiamus tanquam singularem & de quo iu-
ris autores minus cogitauerint. Quid enim Iurison-
sultorum temporibus erat frequentius quàm vt filij-
familias emanciparentur? Vtque eo modo potius quã
16 per deportationem exirét de potestate? † Deinde, ne-
uti non potest locus esse edicto de coniong. cum e-
mancip. liber. eius, nisi cùm filius emancipatus admit-
titur ad bonorum possessionem contra tabulas cuius
potestas haud dubiè illa est, vt in totum rescindat ta-
bulas: ita fatendum est fieri non posse vt cum eman-
cipato succedente ex Prætoris edicto concurrat vllo-
modo nepos ex testamento, alioqui eueniret vt eodem
tempore ex testamento pro parte, & contra testamen-
17 tum pro alia parte succederetur. † Et verò edictum
illud *de coniung. cum emancip. liber. eius*, non tam edictũ
est quam noua Iuliani clausula & appendix quædam
ad caput illud edicti quod est de bonorum possessio-
ne contra tabulas, sicque appellatur in *l. qui duos. D de coniung. cum emancip. liber. eius:* neque eò pertinet vt cũ
nepote instituto coniungatur pater eius emancipatus
beneficio bonorum possessionis contra tabulas, sed
prorsus ex contrario, vt rupto per bonorum possessio-
nem contra tabulas testamento apertaque intestati
successione in qua potiores sint filij emancipati par-
tes, cõiongatur ei nepos ne filius iure Prætorio totum
auferat nepoti qui iure ciuili totum etiam ab intesta-
to habere deberet. Cæterùm commisso edicto per fi-
lium, succedit nepos eodem iure quo filius, id est, be-
neficio bonorum possessionis contra tabulas, tametsi
fuisset institutus: vt ridiculi sint qui defendunt etiam
ex testamento locum esse edicto. Perinde enim est ac-
si dicerent rupto quoque testamento per contra tabu-
18 las adhuc succedi ex testamento posse. † Debuerunt
ergo dicere interpretes, non posse locum esse quæstio-
ni in filio & nepote secundùm Galli consilium insti-
tutis, quia filio instituto post testamentum emancipa-
to testamentum ruptum sit, factúsque locus successio-
ni intestati & consequenter edicto *de coniung. cum e-mancip. liber. eius*, cui, vt proximè dixi, non nisi ab inte-
stato locus est, sed tamen nondum sublata dubitatio
19 est. † Quod enim nostri malè tractant in filio & ne-
pote, & tractari rectè potest in nepote & pronepote
similiter institutis. Nam cùm nepotis institutio non
vitietur per emancipationem, & ea tamen emancipa-
tio sicut pronepotem suum heredem proauo facit, ita
faciat locum institutioni pronepotis, difficile est dice-
re vter ad hereditatem admitti debeat, nepósne ex
Prætoris edicto, *de contr. tabul.* an pronepos ex testamẽ-
to, an potius vterque in viriles ex noua illa clausula
de coniung. cum emancip. Neque enim dubitandum est
quin edictum *de bonor. possess. contr. tabul.* habeat locum
in nepote emancipato ex filio præmortuo, itémque
noua clausula ad coniungendos cum eiusmodi nepo-
te pronepotes in familia retentos. † Verùm respondẽ- 20
dum est, ni fallor, non posse in proposita specie locum
esse edicto de bonorum possessione cõtra tabulas, nec
consequenter huic quæstioni: pertinet namque edictũ
illud ad emancipatos præteritos, & ad testamenta ea
duntaxat quæ facta sint post emancipationem, non ad
emancipatos institutos, aut ad testamenta ante eman-
cipationem condita. Hic autem agimus de emancipa-
to instituto, & quidem in eo testamento quod factum
fuerit priusquam emanciparetur. Itaque nulla causa
est propter quam Prætor se imponere debeat vt testa-
mentum rumpat quod iure ciuili valet. † Nec obstat 21
quòd nepos hic quanquam institutus ante emancipa-
tionem, excludatur tamen per pronepotem propter e-
mancipationem iuris ciuilis rigore inspecto: Prætori
autem propositum esse, vt caueat ne quid damni in
patris successione filio aut nepoti per emancipationẽ
inferatur: imputare enim sibi debet nepos qui cùm es-
set institutus sub ea quodammodo conditione, Si suus
maneret, alio, scilicet pronepote instituto si nepos suus
heres esse desineret, maluerit emancipari & sui here-
dis locum filio suo eidémque testatoris pronepoti re-
linquere. Nemo enim inuitus emancipatur: quia e-
mancipatio beneficium est quod in inuitum non con-
fertur. Et sanè iniquũ esset fauore emancipati iudicia e-
uerti eius cui nihil imputari possit, & qui nepotem
instituerit eo tempore quo instituere debebat, eun-
démque postea non nisi volentem emancipauerit, ma-
gis quàm si nepos hic institutus fuisset sub condicio-
ne Si Capitolium non ascenderet: & is ascendere ma-
luisset, túmque emancipatus peteret succurri sibi per
bonorum possessionem contra tabulas. Eo solo præ-
textu quòd amplius ex testamento admitti non pos-
set. Denique si ultrà Scæuola in *d. §.* & quid si tantùm
de illo quæreret, an sustineatur testamentum in quo
nepos pronepósque ex Aquilij consilio instituti sint,
nepote postea emãcipato, si ita ius esse putasset vt per
bonorum possessionem contra tabulas testamentum
rumpi posset, aut vt nepos etiam post emancipationẽ
ex institutione succederet. Neque enim ignorauit E-
dictum Prætoris aut clausulam Iuliani, de quo etiam
loquitur in *§. ille casus & §. vlt.* Cessante autem Præto-
ris Edicto, consequens est, vt nepotis institutio per e-
mancipationem, non quidem vitietur, sed fiat irrita
quasi defecta condicione aut potius quasi indocens
cõditionem sub qua pronepos fuerat institutus, ipsé-
que nepos exclusus. Ne fiat contra voluntatem si pro-
nepos totum non habeat quem ex asse proauus here-
dem scripserat in eum casum quo fieret suus, *arg. l. ver-bis. 7. de vulg. & pupill. substit.* Atque ex his tandem ab-
solutus maneat tractatus eorum omnium quæ perti-
nent ad legem Gallus. *Laus Deo.*

CAPVT XVI.

Explicatio & emendatio l. qui duos. 3. de coniung. cum emancip. liber. eius.

SVMMARIA.

1 *Duplicem quæstionem in d. l. proponi.*

2 *Responsum Marcelli ad priorem quæstionem in* dict. l. *propositam, quid sc. iuris exheredatus habeat, qui nepotes heredes scriptos susceperat?*

3 *An Marcellus exheredatum duntaxat excludere voluerit, an etiam exheredati liberos?*

4 *Quid in dicta quæstione Accursium cæterósque interpretes fefellerit?*

5 *Tolluntur è* dict. l. 3. *verba illa,* post emancipationem susceptis.

6 *Quando filius emancipatus & exheredatus obstet nepoti in aui familia retento & instituto?*

7 *Occasio introducendi edicti de coniungendis cum emancipato liberis,*

8 *Emancipatum, quod ad bonorum possessionem contra tabulas, de qua in* d. l. 3. *agitur, siue institutus sit, siue exheredatus, nepotibus liberis suis obstare.*

9 *Non esse hac parte separandos nepotes post emancipationem susceptos, ab iis qui iam ante suscepti erant.*

10 *Ratio cur verba illa*, post emancipationem susceptis, *è* d. l. *sublata sint & Accursij ad ea interpretatio.*

11 *Per vocem* solus *in* d. l. 3. *nepotem ex filio emancipato & exheredato à bonorum possessione contra tabulas excludi.*

12 *Quid Accursium in interpretatione superioris dictionis deceperit?*

13 *Ius triplex de bonorum possessione contra tabulas in* d. l. 3. *à Marcello proponi.*

14 *Ex vetere edicto de bonorum possessione contra tabulas filium emancipatum omnimodo nepotes ex se susceptos excludere.*

15 *Quando ex nouo edicto filius emancipatus nepotem excluserit, vel nepos cum eo coniunctus fuerit?*

16 *An si pater exheredatus fuerit, nepotes patruo præterito iungantur?*

17 *Ad quos pertineat Antonini constitutio quæ tertium ius induxit?*

18 *Marcellum in* d. l. 3. *de his tribus iuribus respondere.*

19 *Cur in specie dictæ legis nepoti in potestate retento danda sit ex nouo edicto bonorum possessio contra tabulas?*

20 *Accursij interpretatio ad illa verba*, d. l. 3. idque ei præterito præstari oportebit.

21 *Illis verbis Marcellum respondisse ad secundam quæstionem, quid sc. iuris sit, si emancipatus, ex quo nepotes nati erant, præteritus sit?*

22 *Quis sit eorum verborum sensus?*

23 *Quid in secunda quæstione iuris sit ex Antonini constitutione?*

24 *Patruum & ambos nepotes in proposita specie admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, sed singulos alio & alio iure.*

25 *Ex quo iure nepos suus cum patruo præterito ad bonorum possessionem contra tabulas admittatur?*

1 QVI † duos filios habebat alterum ex his emancipauit, nepotem in potestate retinuit, emancipatus filium sustulit & à patre exheredatus est. Alius frater æquè emancipatus præteritus fuit, nepotes autem ex priore emancipato eodémque exheredato instituti. Quæsitum est apud Marcellum quid de possessione iuris esset. Rursum quid interesset si emancipatum quoque ex quo nepotes erant nati, non exheredatum, sed præteritum poneremus. Duplex igitur quæstio est: vna quid iuris exheredato filio qui nepotes istos heredes scriptos susceperat: altera, quid eodē filio non exheredato, sed præterito. † Ad priorem sic
2 Marcellus respondet, *si filium retento ex eo nepote emancipauerit, & emancipatus procreauerit filium, & heres vterque nepos institutus fuerit pater eorum exheredatus alius filius præteritus, solus filius præteritus bonorum possessionem contra tabulas petere poterit.* Si solus, Ergo nec frater exheredatus petere poterit, nec nepotes ex fratre exheredato suscepti, quamuis instituti. De hoc ipso enim quærebatur An solus ille filius præteritus admittendus esset ad bonorum possessionem contra tabulas. An etiam cum eo nepotes ex fratre exheredato heredes scripti. Nam de exheredato dubitare nemo, nisi stultus, poterat, cùm esset iuris certissimi & indubitati, exheredatione notatos liberos & remotos ad possessionem contra tabulas non esse admittēdos, solúmque iis superesse auxilium querelæ inofficiosi testamenti, si immerenter sint exheredati, *l. nō putauit. 8. in princ. & §. non quasi. l. si post mortem. 10. §. exheredatis de bon. poss. contr. tab.* † Quod cum ita sit, ridiculus 3
mihi videtur Accursius qui dictionem illam *solus* sic interpretetur, vt exheredatum duntaxat excludere Marcellus voluerit, non etiam exheredati liberos. Quasi verò si tam ineptus erat qui Marcellum consulebat vt de exheredato quoque dubitaret, non dubitauerit idem ille multò magis de liberis exheredati. Quin & ratio illa quam statim Marcellus subiicit, *exheredatus enim obstat filijs suis*, An non probat manifestissimè Marcelli mentem illam esse cum admittit solum filium ad bonorum possessionem contra tabulas, vt non tam exheredatum quam liberos ipsius excludat? Siquidem ad solos liberos excludendos ratio illa pertinet, potius quàm ad excludendum patrem, qui si exheredatus non esset, sed institutus aut aliter admittēdus, non eò minus, imò tantò magis filius obstaret, *l. 1. §. qui habebat & §. filium & passim de bonor. possess. contr. tab. l. 1. §. si pater in potestate bon. tit. de coniung. cum emancip. liber. eius.* † Fefellit Accursium cæterós- 4
que interpretes quod apud Marcellum sequitur: *nepoti tamen retento in potestate bonorum possessio dari debet.* Putant, n. futurū vt is versiculus pugnet cum præcedentibus si præcedentia sic intelligantur vt exclusis exheredati liberis solus præteritus accipere debeat possessionem. † Sed scrupulum hunc facilè tollemus si 5
prius monuerimus, quod alioqui per se euidentissimū est, interpretis esse, & quidem imperitissimi, verba illa intermedia, *post emancipationem susceptis.* Nam procul dubio exheredatus filius siue in potestate manens siue emancipatus obstat filiis suis, siue ante siue post emancipationem susceptis. Si ius ciuile inspicias filius in potestate manens & exheredatus obstat nepotibus ne viuo se fieri possint sui heredes auo, prætērquam in casu singulari, *l. si quis filio. 6. de iniust. rupt. l. scripto. 7. vnd. liber. l. 1. §. secundum de suis & legit.* quoniam exhe- 6
redatio non tollit ius suitatis vt docuimus suprà. † Emancipatus autem non obstat quidem nepoti ante emancipationem concepto, & in aui familia retento, quia pro nullo aut extraneo habetur qui emācipatus est, nepos autem hoc ipso quod in locum sui heredis successit, suus heres factus fuit. Sed cùm Prætor rescissa emācipatione eandem rationē habeat emancipatorū acsi in potestate mansissent, *d. l. non putauit. §. vlt. l. iā emancipatus. 12. §. si pater. & §. vlt. de bonor. poss. cont. tab.* euenire necesse est vt emancipatus perinde obstet filiis suis siue ante siue post emancipationem susceptis, atque si mansisset in familia. † Vnde fiebat ex vetere
Prætoris edicto & antequam Iuliani autoritate additum esset caput illud *de coniung. cum emanci. liber. eius.* 7
quam Marcellus hac lege nouam Iuliani clausulam appellat, emancipatus solus veniret ad bonorum possessionem contra tabulas & nepotes qui in potestate manserant, tanquam vno gradu remotiores prorsus excluderet. Id enim fuit quod necessariam fecit Iuliani clau-

ni clausulam hac vna æquitatis ratione subnixam, quòd iniquum esset nihil habere nepotem qui licet vno gradu remotior, attamen totum iure ciuili erat habiturus, *l.1.§.1.& §.emancipatus.13.hoc eod.tit.* † Ergò
8 quod ad bonorum possionem contra tabulas pertinet, de qua hic Marcellus quærit, fatendum est emancipatum obstare liberis suis nō solum si institutus sit, sed etiā si exheredatus, quia facit semper vt nepos sit vno gradu remotior: facit autem non tanquam exheredatus, sed tanquam filius. Nec quod à successione repellitur inducere potest ne obstet. Nam & iure ciuili filius in potestate manens, iustéque exheredatus omnino à successione excluditur, neque tamen eò minus obstat nepoti. Neque rursus mouere debet, quod Vlpianus scribit in *l.1.§.si pater emancip. vers. sed & si patruus hoc tit.* in eadem, vt videtur, specie exheredatū pro mortuo habendum: id enim quomodo accipi debeat iam docuimus supr. Ita nimirum vt cum de nouo isto Edicto agitur quod est *de coniung. cum emancipatis liber. eius*. pater exheredatus pro mortuo habeatur, quia nec nepoti iungi potest, cui iungeretur, si non esset exheredatus, sed præteritus, nec proinde impedire quominus nepos cum patruo concurrens æquè semissem auferat ac si patrem non haberet. † Cæterùm ratio nulla est propter quam separādi sint hac parte nepotes post emancipationem ab iis qui iam antè suscepti erant, siue exheredatum nepotibus obstare dicas siue non obstare: nisi cùm de nouo Edicto agitur, quia nepoti post emancipationem concepto nunquam subuenitur, *d.l.1.§.si pater in potestate, hoc tit.* id est nunquā ille aut patri aut filio propter patrem iungitur, cui ex propria persona iungi non possit. † Et verò non sic
10 Marcellum scripsisse vt vulgò legitur, *emancipationem susceptis*, ex eo constat quod in proposita specie vnus tantùm ex nepotibus post emancipationem susceptus proponebatur, alius verò ante emancipationem, ideóque in familia retentus. Quare & Accurs. ipse post Azonem cogitur verba illa in plurali numero prolata ad singularem restringere, sicque interpretari, *filijs*, id est,
11 *filio*, quod quam stultum sit nemo non videt. † Pone enim sic Marcellum scripsisse, *solus filius præteritus bonorum possessionem contrà tabulas petere poterit: exheredatus enim obstat filio suo post emācipationem suscepto.* Quid, obsecro, ineptius dici posset, si sic intelligeres vt alteri nepoti in potestate retento eadem bonorum possessio dari deberet? Debuerat enim secundùm hanc interpretationem sic potius scribi, *soli filio & nepoti in potestate retento bonorum possessio contra tabulas*, &c. nō quo-
12 modo scriptum est, *solus filius*. † Atqui, inquies, statim sequitur apud Marcellum, *nepote tamen retento in potestate bonorum possessio dari debet*. Et hoc vnum nimirum est quod sicut Accursium cæterosque omnes fefellit in interpretatione dictionis, *solus*, ita & nostrum hunc interpretem vt verba illa quæ tollimus adiicienda existimarit. Obseruare verò vterque debuit Marcellū consultum quid iuris esset, in proposita quæstione de
13 triplici iure respondere. † Triplex enim hac parte ius fuit. De bonorum possessione cōtra tabulas Primum, ex vetere edicto quo Prætor bonorum possessionem contra tabulas liberis omnibus pollicetur siue præteritis, siue institutis, alio tamen edictum committente propter præteritionem, dummodo non exheredatis. Secundùm ex nouo edicti capite & Iuliani clausula *De coniung. cum emancip. liber. eius.* Tertium ex Diui Pij constitutione, De conseruanda virili portione illi ex liberis qui neque ex vetere edicto vocari possit, neque ex nouo iungi: quæ Iuliani etiam sententia primū fuit, *l. filium. 5.§. sed & si portio. cum legib. seqq. de legat.*
præst. Iuli. hoc tit. † Ex vetere edicto fit, vt filius eman- 14
cipatus excludat omnimodo nepotes ex se susceptos siue institutos, siue præteritos, iisque obstet licèt in eius familia retenti sint acsi post emancipationem suscepti essent, quoniam vt dixi, capitis diminutionem rescindit Prætor, eodémque loco emancipatum habet ac si non esset emācipatus. Nec ad rem pertinet quod idem emancipatus sit exheredatus. Nam licèt eo casu non admittat illum ad possessionem contra tabulas, quia nec iure ciuili turbaret inustúmque faceret patris testamentum, cùm tamen perinde habeatur pro non emancipato ac si exheredatus non esset, consequens est vt æquè obstet filiis suis nil remorante exheredatione, atque obstaret ciuili iure etiam post exheredationem. Ob idque si de inofficioso testamento conqueri velit dat ei Prætor bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, vt ostendat non habere se illū pro extraneo, *l. posthumus. 6.§ vltim. l. Papinianus. 8. in princ. de inoff. testam.* † Ex nouo autem edicto efficitur 15
vt emancipatus filius, siue institutus, siue exheredatus, siue præteritus, non obstet nepoti ex se in familia retento, sed si quidem præteritus sit instituto nepote aut contrà institutus eodem nepote præterito, coniūgantur ita vt vel totius hereditatis vel eius partis quā totam filius emancipatus, ex vetere edicto habiturus erat, dimidiam filius, reliquam nepos accipiat, *d.l.1. hoc tit. de coniung. cum emancip. lib. leg. 1.§. si pater nutu. 13. de ventr. in possess. mitt. tend. leg. si quis ex his. 5. D. vnd. liber.* Nec solùm patri coniungitur nepos, sed iis etiam cum quibus pater ipse admittitur, licèt alioqui nepos solus & ex propria personā concurrere non potuisset. Neque enim fieri potest vt nepos patri cōiungatur, quin iis quoque iungatur omnibus quibuscum pater iungitur, sed hoc ipsum tamen ita vti ne alterius conditio deterior cuiusquam fiat prætterquam patris. Vt ecce, in proposita specie, si vterque filius emancipatus præteritus esset, nepotes cum patre semissem bonorū haberent, alium semissem patruus, qui nec plus erat habiturus; etiam si nepotes non concurrerent. † Quid 16
ergo si pater nec præteritus fuit nec institutus, sed exheredatus? Iam dictum est non posse nepotes iungi patri. An igitur nec patruo iungentur? Consequens videtur, ne plus ex patris persona nepotes habeant quàm pater ipse habere possit: sed tamen non ita est. Postquam enim placuit nepotem in potestate retentū iungi patri præterito, & absurdum & iniquum fuerit duriorem ipsius conditionem fieri ob id solùm quòd pater sit exheredatus. Ita námque fieret vt exheredatio patris noceret nepoti, cùm ex contrario ita posito iure vt nepos admittatur, nulla fiat iniuria aut patri qui est exheredatus, aut patruo, de cuius portione nihil diminuitur *d.l.1.§. si pater emancipatus, versic. absurdum hoc tit.* † Antonini autem constitutio, quæ tertiū 17
ius induxit ad eos solos pertinet qui cùm sint ex liberis, tamen neque ad bonorum possessionem contra tabulas vocantur ex edicto vetere, neque patri iunguntur nouo, quibus tamen cùm sint instituti & ex liberis æquissimum visum est conseruari virilem portionem. † His igitur sic explicatis, dico Marcellum, de 18
iure consultum, de omnibus his tribus iuribus respōdere ne quid prætermittere videatur: Ac primùm ex vetere edicto solum filium præteritum in proposito bonorum possessionem contra tabulas petere posse, id est nec exheredatum fratrem nec nepotes ex eo susceptos, nec proinde eum, qui in potestate retentus fuit, magis quàm eum qui post emācipationem susceptus.
† Ex edicto autem nouo dandam nepoti in potestate 19
retento bonorum possessionem scilicet contra tabu-

las, *propter id caput edicti*, inquit Marcellus, *quo à Iuliano introductum est*, id est, *ex noua clausula*. Sic enim paulò post subiicit, interiecta tantùm ratione vna quæ ostendit tantò clarius non debuisse isti nepoti retento in potestate dari bonorum possessionem, antequam nouum illud edictum conscriptum esset. Ratio namque illa est, *quoniam si pater eius emancipatus præteritus esset simul cum eo bonorum possessionem accipere posset propter id caput edicti, &c. nec debet esse deterioris conditionis quia pater exheredatus est.* Quæ ratio prorsus nulla est, si
20 noui Edicti potestatem tollas. † Quod autem sequitur, *idque ei præterito quoque præstari oportebit*, malè etiã idem hic noster Accursius sic intelligit, vt si nepos in potestate retentus præteritus sit, ei soli dari possit bonorum possessio. Nam in proposita facti specie fieri nullo casu potest vt soli nepoti qui mansit in familia possessionem dari oporteat. Cur non enim & patruo quem præteritum ponimus ac primo gradu constitu-
21 tum multò magis dari debeat? † Igitur dicendum est his verbis respondere Marcellum ad secundam quæstionem quam initio diximus propositam fuisse in illis præcedentibus, *& quid intersit si emancipatum quoq. ex quo nepotes erant nati præteritum esse ponamus*, ne alioqui fatendum sit, quod non fuerit improbabile, manere illã indecisam. Nihil enim est in sequentibus quod
22 ad eam pertineat dubitationem. † Sensus autem est, siue præteritus, siue exheredatus sit filius ex quo nepotes suscepti sunt, perinde dandam bonorum possessionem nepoti in potestate retento, non quidem ex vetere edicto (pater enim etiam exheredatus nepoti obstat ex illa parte vt diximus) sed ex noua Iuliani clausula. Quod sanè Accursius non ignorasset si dictionem *præterito* non accepisset in datiuo casu, quod fecit propter præcedentem articulum *ei*, sed in ablatiuo, quomodo accipere debuit subintellecta dictione *patre*, de quo proximè fuerat locutus. Ex his verò si aliud nihil esset apud Marcellum, inferri posset, excludendum prorsus alium nepotem post emancipationẽ susceptum vtpote qui neque ex vetere, neque ex nouo edicto admitti possit. Idque apertè Marcellus scribit, cùm ait, *sed fratris eius qui post emancipationem natus*
23 *est, diuersa conditio est.* † Verum concludit tandem Marcellus, huic quoque conseruandam portionem suam ex Antonini constitutione, & quidem vsque ad virilem partem, id est ad eam vsque portionem quæ portioni ad alium nepotem in potestate retẽtum pertinenti respondeat, cum quo ex æqua parte fuerat in-
24 stitutus. † Ita fit vt in proposito & patruus præteritus, & nepotes ambo tam qui post emancipationem susceptus, quàm qui in familia retentus est admittitur sed singuli alio & alio iure. Patruus ex vetere edicto solus admittitur, excluso fratre exheredato, exclusis item vtrisque nepotibus. Nepos in potestate retentus admittitur ex nouo edicto, & quidem solus. Non quòd non cõcurrat cum patruo, cum quo etiam pater si exheredatus non esset, concurreret: sed quia edictum illud non coniungit fratris filium patruo, vt nec fratribus post emancipationem susceptis, at soli patri: cui tamen hic iungi non potest, propter patris exheredationem. Nepos denique post emancipationẽ susceptus solus admittetur ex constitutione Antonini: non quod totam hereditatem habere debeat, sed quia & patruus & frater in potestate retentus suam quisque portionem alio & proprio iure consequuntur. Solus filius exheredatus de quo ne quidem dubitatur, propter exheredationem omnino excluditur, qui si præteritus esset concurreret cum nepote in fa-
25 milia retento. † Cæterùm quemadmodum sic Marcellus in fine legis loquitur, vt diuersam esse dicat conditionem nepotis post emancipationem suscepti, ac si nihil aut minus dare illi vellet, quàm nepoti qui mansit in potestate, quia nihil ei ex noua clausula dãdum est, cui tamen mox subiicit dandum esse tantundem, sed alio iure: ita nec mirum videri debet quòd initio responsi dixerit solum filium præteritũ petere posse cõtrà tabulas excludendi vtriusque nepotis gratia, scilicet à beneficio veteris edicti, & nihilominus statim subiiciat dandam nepoti suo bonorum possessionem, scilicet ex alia causa, nouáque Iuliani clausula. Nam & id verba ipsa probant. At quoniam postremis huius responsi verbis quibus virilem portionem dat Marcellus nepoti post emancipationem suscepto, solet obiici lex vlt. huius tituli, quæ tantò difficilior est quantò corruptior, superest vt de illius quoque sententia & emendatione videamus.

CAPVT XVII.

Ad l. vlt. eiusd. tit.

SVMMARIA.

1 *Speciem huius legis cum ea conuenire, quam Marcellus in fine l. 3. suprà explicata tractat.*
2 *In quo dissimilis sit hæc species superiori?*
3 *Quid ex vetere Prætoris Edicto filio præterito competat, si post emancipationem nepos ex eo susceptus fuerit?*
4 *Vtrum tertia, an quarta pars ex Antonini constitutione dicto nepoti competat?*
5 *Duobus argumentis probatur quartam duntaxat portionem dicto nepoti deberi.*
6 *Quid significent verba illa* d. l. vlt. *an ergo nunc in* sescunciam, *&c.*
7 *Duplex emendatio dictionis* sescunciam.
8 *A quibus verbis Tryphoninus ad propositam quæstionem respondere incipiat?*
9 *An in versiculo,* dico vnam quartam, *&c. alia & noua species proponatur?*
10 *Reiicitur Accursij & Bartoli ad dictam legem interpretatio.*
11 *Marcellum cum Tryphonino optimè conuenire.*

ACommodatè † post superioris legis explicationem de hac subiiciemus. Inde enim Tryphoninus incipere videtur, vbi Marcellus finem fecerat, *si post emancipationem filij*, inquit Tryphon. *susceptus ex eo fuerit nepos, conseruanda illi erit portio.* Hoc ipsũ est quod Marcellus tractans de nepote ex filio emancipato post emancipationem suscepto his verbis scripserat, *conseruanda est tamen & illi ad virilem partem hereditas.* Nisi quòd virilem partem conseruandam esse Marcellus non dubitat, Tryphoninus autem de eo ipso quærẽdum existimat cùm ait, *sed quanta videamus. Finge*, inquit, *patruo scripto heredi coheredem datũ hunc nepotem, Patrem autem eiusdem præteritum accepisse contra tabulas bonorum possessionem.* † Dissimilis est species hæc superiori in eo quod ponit patruum institutum, quẽ Marcellus præteritum posuerat. Sed hoc ad rem non pertinet, quia siue præteritus sit siue institutus, semissem tantum bonorum habere potest, fratre alio siue instituto siue præterito concurrente pro alio semisse. Sed quod ponit, patrem huius nepotis fuisse præteritum, diuersum ius inducit ab eo quod esset si poneres exheredatum, vt in priore Marcelli specie. Nam vt dixi proximo capite, exheredatus filius neque admitti potest ad bonorum possessionem contra tabulas, neque iungi filio, neque impedire quo minus filius idémque nepos cum patruo concurrens tantum auferat, quantum si exheredatus ipse mortuus esset. Verùm conue-

tur

nit hoc secundæ speciei à Marcello tractatæ: in qua
docuimus filio præterito iungi nepotem in eodem se-
3 misse, alium semissem ad patruum pertinere.† Respõ-
det autem Tryphoninus, *Quod ad Prætoris edictum at-
tinet semisses bonorum fient.* Intellige, quorum vnum fe-
ret patruus institutus, alterum pater præteritus. Vter-
que autem per bonorum possessionem contra tabulas,
fratre præterito, Edictum committente. Edictum verò
hîc intellige Vetus. Nouum enim nunquam iungit
fratrem fratri, sed tantum patrem filiis. Ac proinde
inter fratres nouo edicto nunquam locus est. Multò
minus in fauorem nepotis post emancipationem sus-
cepti: Nam huic neque vetus, quia pater siue præteri-
tus siue institutus, non tamen est in familia. *l. 1. §. si pa-
4 ter in potestate versic. tantes hoc tit.* † *Nunc verò,* inquit,
*post constitutionẽ Diui Pij, si conseruatur pars nepoti, vtrũ
virilis an quarta pars debeat seruari.* Virilem intellige
tertiam vt & Accursius rectè interpretatur, cùm duo
fratres essent quibuscum nepos ille cõcurreret. Quæ-
stio igitur in eo est, Verum tertia an quarta tantum
pars conseruanda sit. De sexcuncia aut alia parte non
quærit Tryphon. quia vel tertiam vel quartam nepo-
ti isti deberi necesse est. Tertiam si virilis debeatur:
Quartã si ea quæ ad ipsum pertineret si ex edicto ad-
5 mitteretur. † Probat autem non nisi quartam deberi
duobus argumẽtis. Primum est, *nam si in aui natus po-
testate fuisset coniungebatur in vnã partem cum patre suo.*
Sensus est, si nepos hic quem ponimus susceptum fuis-
se post emancipationem natus fuisset ante emancipa-
tionem, & in aui potestate, iungeretur patri suo ex e-
dicto nouo in vnam partem, id est in vnum eundem-
que semissem. Alius enim semis ad alium fratrem per-
tineret sicuti si cum fratre solo succederet. Siquidem
nihil eius interest an fratris filius cum patre iungatur
necne. Ita ergo fieret, vt nepos hic in familia retentus
quartam duntaxat non tertiam haberet. Aliud argu-
est. *Et proponamus esse alium ex eodem nepotem in familia
aui.* Id est, non solùm hunc quem ponimus fuisse natũ
in familia & potestate aui, sed alium æquè natum ex
eodem filio & in eiusdem aui potestate. *Duo,* inquit,
vnam quartam habituri erant, id est, tam qui reuera na-
tus est in familia quam is de quo per hypothesim sic
agimus ac si in familia quoq. susceptus esset. Atque ita
singuli haberent sexcunciam, *patre eorum accipiente cõ-
tra tabulas bonorum possessionem.* Addit in textu, *si fuis-
sent in aui potestate.* Nẽpe quoniam alioqui non ambo
coniungerentur cũ patre, sed is solus qui esset in pote-
6 state. † Sequitur apud Tryphon. *An ergo nunc in sex-
cunciam tuendus sit qui non in familia retentus est?* Hîc ve-
rò fateor ingenuè me nõ intelligere cur de sexcuncia
loquatur. Non. n. de sexcuncia quærebat, sed an virilis
deberetur, id est tertia an quarta? Neque verò fieri po-
test vt sexcuncia vllomodo debeatur nepoti qui solus
est. Nã si haberet fratrẽ etiam in familia retentum, ni-
hilominus sexcunciam consequeretur. Plus ergo ferre
debet cũ solus est. Et quod Tryphonin. proposuit eam
speciẽ in qua sint duo fratres instituti, nõ eò pertinet
vt ne plus habere hic debeat cũ solus est quàm habe-
ret fratre concurrente, sed vt non plus habeat solus
quam fratres ambo essent habituri. Id. n. perabsurdũ
esset. Sicut nec prior Tryphonini ratio concludit ean-
dem esse debere conditionẽ nepotis huius post eman-
cipationem suscepti quæ esset si in potestate mansisset
(ita namque sequeretur perinde admittendum eum
fore ex nouo edicto, quod euidenter falsum est) sed eò
spectat vt intelligamus absurdum fore si plus ei de-
mus extra familiam constituto, quam habiturus esset
si in familia natus, & retentus fuisset. Vtraque ergo
ratio concludit; non plus quam quartam huic nepoti
conseruandam esse, certè nec minus. Etsi enim hoc
minus iuris habet quàm nepos in potestate retentus
quod ex edicto non admittitur, tamen constitutio
Antonini facit vt ea demum portio illi conseruari de-
beat quam habiturus esset si ad petendam bonorum
possessionem contra tabulas ex edicto nouo admitte-
retur. † Proinde non dubito quin locus sit corruptus 7
& pro *sexcuncia,* legendum, *tertiam,* vt sensus sit, ridi-
culum fore si quis dicat hunc nepotem qui & solus sit
& extra familiam susceptus debere tertiã habere An-
tonini constitutione qui si & in potestate esset vt ad-
mitti posset ex noua clausula, & fratrem quoque ha-
beret itidem in potestate, non tamẽ plus quam quar-
tam simul cum fratre esset habiturus. Nisi probabilius
putes à librario erratum quàm ab interprete, legen-
dumque *tres vncias, id est quartam,* vt sensus sit affir-
matiuus, concludens in proposita specie quartam ne-
poti conseruandam esse, vt tantũdem consequatur so-
lus quantum si fratrem haberet, ambo consequeren-
tur: Rursus tantundem ex constitutione Antonini
quantum consequi posset ex edicto nouo si in pote-
state mansisset. Neque. n. dubitandum est, meo iudi-
cio, quin his verbis Tryphoninus ad propositam quę-
stionem respondeat, quæ alioquin maneret indecisa:
quod tamẽ minus probabile est quàm vt eum Accur-
sio id admittere debeamus: Quis enim credat mancũ
in eo fuisse Tryphoninum qui non contentus ad eam
respondisse, aliam quoque subnectit his verbis, *& cui
abscedet pars qua hinc cessura est, patri eius tantum, an &
patruo?* Quam & decidit statim cùm ait, *& patri & pa-
truo, nam & legatum eodem datum præstaret.* Videba-
tur patri tantùm abscedere debere, quia cùm nepoti
hæc portio conseruetur ex constitutione Antonini e-
xemplo edicti noui, vt scilicet tantum consequatur
quantum si ex edicto nouo admitteretur, constat eum
qui ex nouo edicto admittitur, non patrui, sed solius
patris minuere portionem. Sed non sunt hæc omnino
similia. Nam quod inductum est, vt portio heredita-
tis cõseruetur, factum est exemplo legatorum de qui-
bus Prætor cauerat edicto in eam rem proposito de
legatis præstandis, *leg. filium. 5. §. sed etsi portio ill. titul.
de legat. præst.* Legarum autem non minus à patruo
quàm à patre deberetur, quia legata cõiunctis perso-
nis præstari Prætor voluit ab iis, omnibus, qui bonorũ
possessionem contra tabulas petierunt. † Cæterùm 8
Tryphoninum in hoc versicul. *an ergo.* respondere ad
propositam quæstionem constat ex articulo *nunc,* quo
solent vti iuris autores cùm post aliquas digressiones
redeunt ad institutam disputationem, eodem sensu ac
si scriptum esset, *in proposito.* Et verò in prioribus illis
duobus argumentis nil locutus est de nepote extra fa-
miliam suscepto, sed contrà de nepote in familia re-
tento in priore quidem his verbis, *nam si in aui natus
potestate fuisset,* in posteriore verò, ita scribens, *si fuis-
sent in aui potestate.* † Vt planè ineptus sit Accursius; 9
qui eo versiculo, *duo vnam quartam habituri erant,* a-
liam speciem proponi putat quàm de qua actum sit
in versiculo præcedente, *& proponamus esse alium ex
eodem nepotem in familia aui,* cùm tamen nihil sit a-
pertius, quàm eandem ipsam speciem tractari de-
cidique de duobus nepotibus, vtrisque in potestate
retentis. Nam quod ait, *proponamus esse alium ex eo-
dem nepotem in familia aui,* quodammodo coniungen-
dum est cũ priore specie de qua in versic *nam si in aui;*
&c. Ac si diceret, ponamus hunc nepotem post eman-
cipationem susceptũ de quo agimus fuisse in aui po-
testate; non nisi quartam habebit iunctus cum patre

ex nouo edicto. Ponamus rursum, non solum eum esse, sed habere alium fratrem æquè in potestate: nô habebunt ambo nisi vnâ quartam patre accipiente contra tabulas possessionem. Nec potest, meo iudicio,
10 quicquam dici apertius. † Decepit Accursium aut potius antiquiorem Accursio interpretem, quod Marcellus in *fin. l. hoc tit.* quam proximo capite explicauimus, vocat nepotem susceptum post emancipationem ad virilem. Quæ res mouit etiam Bartolum vt in proposita specie virilem, id est tertiam non quartam ei deberi existimet. Sed in eo ridiculum se præbet, ac quotquot eum sequuntur, quòd contra Iurisconsultum de iure respondentes, ipsis tamen Iurisconsulti
11 rationibus nihil respondeant. † Deinde falluntur apertissimè si Marcellũ cum Tryphonino alioqui pugnare existiment: iam enim docuimus Marcelli sententiam illam esse, vt nepos extra familiam susceptus & fratrem habens retentum in familia, virilem portionem habeat, id est tantam quantam frater in potestate retentus, non quantam pater aut patruus. Itaque virilem intelligit, ex comparatione illius, quam frater in familia retentus habere debeat. Tryphoninus verò sicut eam speciem tractat in qua nepos hic post emãcipationem susceptus fratrem nullum habeat, ita virilem intelligit ex comparatione eius portionis quæ patri aut patruo debeatur, quæ ipsa esset tertia nõ quarta, vt diximus. Conueniunt igitur inter se, non dissentiunt. Nam quarta quam huic nepoti damus cum Tryphonino eadem prorsus est quam Marcellus dat ambobus nepotibus quorum vnus suus sit, alius extra familiam constitutus, & quam idem quoque Tryphoninus dat ambobus nepotibus in familia retentis.

CAPVT XVIII.

Explicatur elegans Papiniani locus in l. qui ex liberis. 11. §. testamento. D. de bonor. poss. secund. tabul.

SVMMARIA.

1 *Quænam in testamentis tempora spectentur, siue sui, siue extranei heredes instituti sint, quum de eorum validitate vel conualescentia agitur?*

2 *Distinguitur hac parte capitis deminutio medio tempore testatori contingens per adrogationem, à cæteris capitis deminutionibus.*

3 *Cur ex testamento eius, qui se medio tempore dedit adrogandum, neque hereditas neque legatum peti possit, & petenti doli exceptio opponatur?*

4 *Testamentum militis de castrensi peculio testati valere, licèt postea à patre in adoptionem datus sit, vel ipse se adrogandum dederit.*

5 *Quibus supradicta doli exceptio, sublata per emancipationem adrogatione, accommodetur?*

6 *Eam exceptionẽ cessare si idem testator sui iuris factus eodem testamento decedere se velle dixerit & voluntatem codicillis vel literis declarauerit.*

7 *Quando prius testamentum per posterius ritè factum tollatur?*

8 *An in specie* l. qui ex liberis. §. testamento. ff. de bonor. possess. contr. tab. *scriptus heres doli exceptione repelli debeat, quasi testatoris voluntatem pro se non habeat?*

9 *Si posterius testamentum mutandæ voluntatis causa à testatore incisum sit vel alteratione valere desierit, prius testamentum non ideò magis valere.*

10 *Multum hac parte interesse, an prius testamentum per adrogationem, an per secundum testamentum sublatum sit.*

11 *Quo respectu fauorabilius sit prius testamentum, quod sublatum fuit per posterius quod confirmandi causa fuit incisum, quàm illud quod per adrogationem extinctum est?*

12 *Comparatio & dissimilitudo casuum in* d. l. qui ex liberis. §. testamento. *propositorum.*

13 *Quamlibet voluntatis probationem admitti, quum probandum heredi scripto incumbit, testatorem posterius testamentum cancellasse ea mente, vt prius valeret.*

14 *An literæ per quas testatoris voluntas probanda venit, codicillorum vim habere, & testibus munita esse debeant?*

15 *Exceptionem quæ his casib. opponi solet, interdũ ex persona petentis, interdũ ex persona opponentis æstimari.*

16 *Non semper testamentum, quod semel ruptum aut irritum factum est, refici debere, vt valeat.*

17 *Testamentum a patrefam. factum ante adrogationem, post solutam adrogationem subsistere, si de confirmata voluntate quibuscunque modis constet.*

18 *Quum de persona testatoris disputatur, sufficere ipsum testamenti tempore habuisse testamenti factionem, vt testamentum valeat.*

19 *Exceptio.*

20 *Differre ea parte testamentum ruptum ab eo quod irritum factum est.*

21 *Fieri posse vt testamentum sublatum postea valeat, vbi tractatur quodnã testamentum* tolli *propriè dicatur.*

22 *Limitatur & explicatur illa regula, quæ vult per posterius testamentum ritè perfectum prius rumpi.*

23 *Cur incisis posterioribus tabulis vt priores fiant supremæ, priores illæ supremæ factæ valeant?*

24 *Reycitur quorundam interpretatio ad* d. §. testamento, *& vera Papiniani sententia aperitur?*

25 *Emendatio* l. quærebatur. ff. de testam. milit.

IN † testamentis in quibus extranei heredes instituti sunt, tria tantùm tempora spectantur, testamenti, mortis, si pura institutio fuit, aut euenientis conditionis, si cõditionalis, & aditæ hereditatis. Suis verò heredib. scriptis, duo duntaxat, Testamenti nimirum & mortis, quoniam cum ipso iure heredes existant, nulla in iis est aditio hereditatis. Cæterùm media tempora nõ nocent, *l. sed si conditione. 6. §. solemus. l. si alienum.* 49. §. *in extraneis de hered. inst.* Quod eò pertinet, vt non solũ heredi non obsit quòd medio fortassis tempore incapax fuerit acquirendæ hereditatis, sed etiam si paterfamilias testamento facto adrogandum se dederit, deinde emancipatus sit, aut alia ratione paterfamilias decesserit, testamentum perinde valeat ac si adrogatio nulla intercessisset, *l. conficiuntur* 8. §. *si post factum. D. de iur. codicill.* Item vt si paterfamilias qui deportatus fuerat, restitutus sit à Principe, testamentum conualescat quod per deportationem factum fuerat irritum, *l. 6. §. penult. de iniust. rupt.* Cui consequens est vt his casibus testamentum valeat non tantùm iure Prætorio, si tabulæ septem testium signis signatæ sint, sed etiam iure ciuili, cùm iuris ciuilis regula non solùm non obstet validitati, verùm etiam patrocinetur. Ex quo illud quoque fit, vt tantò facilius possit heres scriptus bonorum possessionem secundùm tabulas agnoscere, quæ haud dubiè iis omnibus competit qui iure ciuili adire possunt. † Sed tamen distinguenda est hac parte 2
capitis deminutio testatori contingens per adrogationem à cæteris. Nam in cæteris nihil est quod heredi obstet quominus defuncti patrisfamilias & hereditatem adeat & bonorum possessionem secundum tabulas cum re agnoscat. In adrogatione verò

quæ

quæ medio tempore obtigit, licèt postea sublata sit, ea
ratio heredi scripto obstat quod non videatur habere
pro se voluntatem testatoris, quippe qui dando se ad-
rogandum fortunas omnes suas cum capite in alie-
nam domum & familiam transtulisse intelligatur, *l. si
paterfamilias.15. D. de adopt.* ac proinde ab ea priore vo-
luntate recessisse per quam fortunarum suarum om-
nium successorem sibi elegerat heredem institutum.
3 † Quæ res facit locum exceptioni doli: dolo siqui-
dem facit quisquis ex testamenti verbis aut heredita-
tem aut legatum petit siue contra siue præter volun-
tatem. Negari autem non potest eum qui testamen-
to facto dedit se adrogandum, sciuisse satis ab eo tem-
pore ademptam sibi facultatem habendi heredis, cum
factus sit alieni iuris, neque in sua esse potestate duos
rerum suarum dominos in solidum destinare non ma-
gis quàm re ipsa constituere, scilicet heredem & ad-
rogatorem, *l. si vt certo.5.§. si duobus vehiculum. D com-
mod.* Nam & si post adrogationem testaretur vel co-
dicillos faceret, de alienis rebus potius quàm de suis
testari crederetur, Iurisconsul. scribit in *d. §. si post factū.*
4 † Excipiendus tamen est miles de castrensi peculio
testatus. Valet enim eius testamentum siue in ado-
ptionem datus sit à patre suo siue adrogandum se de-
derit, quasi ex noua voluntate, *l. miles.22. & seq. de mi-
lit. testament.* nimirum quia etiam filiusfamilias mi-
les potest testari de castrensibus, eoque nomine habe-
tur pro patrefamilias, *l.2. D. ad S.C. Maced.* Cæterùm
extra causam castrensium bonorum non idem dicen-
dum erit, quoniam in non castrensibus filiusfamilias
licèt miles heredem habere non potest. Vtilis ergo
est doli exceptio contra heredem scriptum non quia
testamentum factum si irritum (etsi enim capitis di-
minutio fecit irritum, sublata tamen adrogatione ipso
iure, vt diximus, conualescit, alioqui non doli exce-
ptio danda esset, sed potius deneganda adeundi fa-
cultas ex irrito testamento) sed propter defectum vo-
luntatis quæ per adrogationem post testamentum fa-
5 ctum mutata intelligitur. † An autem adrogatori
ea doli exceptio accommodabitur? Minimè, cum post
emancipationem nihil iuris habeat adrogator in bo-
nis adrogati, sed agnato proximo, qui rem ab intestato
habere debet, sublato scilicet vtroque vinculo & pa-
triæ potestatis, id est adrogatione per emancipationē,
& testamenti, id est testatoris voluntate per adroga-
6 tionem. † At si idem testator sui iuris factus eo-
dem testamento decedere se velle dixerit, & volun-
tatem suam siue codicillis, siue aliis literis declaraue-
rit, nulla exceptione repelli scriptus heres poterit. Et-
enim non solùm testamentum ipso iure valebit, vt &
superiore casu. Sed etiam æquitas illa quæ faciebat vt
repelli heres deberet, quia non habebat voluntatem,
tum cessat cùm ea voluntas quæ defecerat redit iure
quodam postliminij. Quæ perelegans Papiniani sen-
tentia & ratio est in *leg. qui ex liberis.11.§. testamento de
bonor. possess. secund. tab.* *Non secus*, inquit, *ac si quis aliud
testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset vt prio-
res supremas relinqueret.* Ita innuens, hoc etiam casu
prius testamentum subsistere ipso iure, adeò vt & ad-
iri ex eo hereditas & bonorum possessio peti possit,
posteaquam secūdum sublatum, & incisum est. Quid?
7 † An non prius testamētum per posterius ritè factum
ipso iure tollitur? *§. posteriore. Inst. quib. mod. testamen. in-
firm. l. sancimus.27. Cod. de testam.* Sic sanè si posterius
superfit eo tempore quo de testamenti confirmatione
aut infirmatione agi oporteat, id est, quo testator mo-
ritur. Sed cùm posterius euanuit, quia incisum est &
cancellatum, & quidem eo animo vt prius valeret, nō
maior posterioris ratio haberi debet vt prius rupisse
videatur, quàm si vel nūquam vel ab initio minus ri-
tè factum esset quo sanè casu non rumperet, *leg. filius
7. qui testamen. facer. poss. dict. § posteriore. leg. si quis prio-
re. D. ad SC. Trebellian.* † Nec quisquam dixerit he- 8
redem priore testamento scriptum repelli posse exce-
ptione doli quasi non habeat voluntatem, ideò quòd
secundum testamentum factum sit. Quænam enim,
obsecro, voluntatis coniectura capi potest ex poste-
riore testamento quod incisum & cancellatum fuit ea
mente vt quod primum erat fieret vltimum? Certè ea
mente incisum fuisse necesse est, vt apertè Papin. do-
cet iis verbis, *ac supremas tabulas incidisset vt priores su-
premas relinqueret.* † Nam si ea sola posterioris testa- 9
menti incidendi causa proponeretur, quod testatorem
posterioris quoque voluntatis pœniteret in *leg. penult.
Cod. de testamen.* non quia priores tabulas vellet supre-
mas esse, aut si alia ratione posterius testamentum va-
lere desiisset, puta, quod iure militari factum esset, de-
functo deinde post militiæ annum testatore, non va-
leret prius testamentum quod vtique ruptum esset,
potiusque ad causam intestati res rediret, *l. miles.36.
§. vltim. de milit. testam.* quia verum esset prius testamē-
tum desiisse valere, non ob id solùm quòd supremum
esse desiisset, verum etiam propter mutatam volunta-
tem priorem, translatámque in posterius testamentū,
siue ponas alium posterioribus tabulis scriptum he-
redem quàm qui prioribus scriptus fuerat, siue eun-
dem ipsum vt in *l. Clodius.97. de acquirend. heredit.* † In 10
eóque refert sanè an testamētum sublatum sit per ad-
rogationem, an per secundum testamentum. Nam
priore casu perempto adrogationis vinculo viuo te-
statore, valet omnimodo testamentum quod per ad-
rogationem sublatū fuerat, soláque superest illa quæ-
stio quæ cum validitate testamenti nihil commune
habet, An exceptione doli scriptus heres repelli de-
beat, néc ne. Posteriore verò casu nō aliter valēt priores
tabulę, quā si posteriores ideò incisę sint à testatore vt
is priores supremas faceret, nō si ex qua alia causa vel
incisæ posteriores, vel irritæ factæ sint. † Ex cōtrario fa- 11
uorabilius alio respectu videri potest prius testamen-
tum quod sublatum fuerat per secundum postea inci-
sum & cancellatum, eo animo vt prius valeret quam
quod per adrogationem postea extinctum. Illud enim
ex sola secundi testamenti incisione eo quo diximus
animo facta confirmatū intelligitur, nec speciali alia
vlla voluntatis declaratione opus est, quia cum factū
ipsum testatoris interueniat, quid interest verbisne an
factis voluntas eius declaretur? *l. non solum. 8. rem rat.
hab.* Hoc verò non aliter effectum habere potest, hoc
est vt ex eo deferatur hereditas scripto heredi ita ne
exceptione doli repellatur, quam si noua volūtas de-
claretur, aut codicillis aut aliis literis. Nempe quia cū
patriæ potestatis vinculum quod per adrogationem
contractum fuerat non facto aut voluntate adrogati,
sed adrogatoris dissoluatur, aut etiam naturali quodā
ordine si adrogatoris factum aut deportatio interue-
niat, arg. *l. filius 8. §. 1. de liber. & posthum.* nihil est ex
quo sumi possit indicium reuersæ in fauorem here-
dis scripti voluntatis quæ per adrogationem abs-
cesserat. † Hactenus igitur recta est horum ca- 12
suum comparatio, quod vtroque casu testamen-
tum valet, quod sublatum fuerat, vtroque casu
ex eo adiri potest hereditas iure ciuili, & here-
ditas peti: vtroque casu securus est heres vt non
vereatur doli exceptionem: Hactenus autem
sunt dissimiles quòd potest heres repelli exceptione
si testator fuerit adrogatus, nisi post sublatum ad-

Hh 2

rogationis vinculum nouam suam declarauerit vo-
luntatem, non item si secundum testamentum fecerit,
13 quod postea cancellauerit. † Quamquam enim om-
nimodo requirimus cancellatum esse ea mente vt
prius valeret, atque ita hoc etiam casu nouam quan-
dam testatoris voluntatem desideramus, eius tamen
voluntatis probationem quamlibet admittimus, et-
iam quæ per testes fiat, aut quæ ex aliis indiciis qui-
buscunque colligi possit, propter autoritatem scilicet
facti concurrentis, id est cancellationis: nec specialem
vllam declarationem requirimus quæ per codicillos
aut aliud literarum genus fiat, quam apertè Papinia-
nus requirit cùm adrogatio intercessit. *Nec putauerit
quisquam*, inquit Papinianus, *nuda voluntate constitui
testamentum. Non enim de iure testamenti quæritur*, quod
certum est valere, *dict. leg. conficiuntur. 8. §. si post factum
de iur. codicill. sed de viribus exceptionis*, quæ scripti he-
redis ius labefactare posset ac infringere. Ea autem
exceptio, *licèt actori opponatur*, id est heredi scripto bo-
norum possessionem petenti, *æstimatur tamen ex perso-
na eius qui opponit*, quia reus in exceptione actor est, vt
proinde incumbat ei necessitas probandi voluntatis
defectum, qui porrò nullus esse potest cùm voluntas
redit. Redisse verò voluntatem apparet non solùm
ex incisione posterioris testamenti cum incisum est
ea mente vt prius valeret, sed etiam si testator codi-
cillis aut aliis literis eodem testamento mori se velle
14 declarauit. † Literis, inquam, non quinque testi-
bus munitis, vt vulgò interpretatur (hæ siquidem
codicillorum vim haberent, eorumque iure censeren-
tur arg. *l. vlt. C. de iur. codicill.*) sed aliis quibuslibet, et-
iam quæ vim codicillorum non habeant, de quibus in
l. literæ. 17. de iur. codicill. dummodo fides epistolæ con-
stet vt in *l. vltim. de legat. 2.* Quamquam non ignoro in
ea specie deberi quæ in epistola relicta erant, non tá-
quam ex epistola, sed tanquam ex testamento, pro-
pterea quod testamento cautum erat vt si quid obsi-
gnatum reperiretur, id vice codicillorum valeret.
Quasi obsignationis testator meminisset potius ne
falsitatis comminiscendæ materiam daret, quàm vt
eas scripturas suas valere nollet quibus aliunde ac ci-
tra obsignationem fides constaret, vt & in *l. Diui. 6. §.
licet de iur. codicill.* Sufficiet igitur fidem literis con-
stare quibus testator declarauerit eodem se testamen-
to mori velle, licet nec duobus testibus sint munitæ,
etsi nec subscriptionem aut testatoris aut testium ha-
beant, nec diem nec Consulem arg. *leg. cùm tabernam.*
15 *34. §. 1. de pignor.* † Nam cùm exceptio ista æstimetur
ex persona non actoris cui opponitur, sed rei qui op-
ponit, frustrà quæras quot testibus aut quibus modis
probari debeat, aut vestiri voluntas testatoris ne nuda
sit: habet siquidem heres fundatam, vt nostri loquun-
tur intentionem ex testamento vtili, itemque volun-
tatem testatoris ex noua declaratione. Quin & nuda
voluntas sufficeret ad elidendam aut impediendam
exceptionem quæ sola voluntatis coniectura niteba-
tur, nisi verendum esset ne falsitatis occasio inde ca-
petetur, conquisitis ac facilè repertis testibus qui di-
cerent eam testatoris voluntatem fuisse: propter quam
causam requirit Papinianus vt per codicillos aliásve
literas quibus fides constet, ea voluntatis declaratio
fiat. arg. *l. Diuus. 24. D. de milit. testam.* Non idem est in
specie, *d. l. militis. 36. §. veteranus eodem titul.* vbi exce-
ptionis vires ex persona petentis non opponentis æ-
stimantur: quia non habebat ille pro se voluntatem
testatoris, quam habet in specie *d. §. testamento*, scriptus
heres qui petit bonorum possessionem secundum ta-
16 bulas. † Neque est, quòd quis obiiciat testamentùm
quod semel ruptum aut irritum factum est, postea re-
fici debere vt valeat, *leg. si quis filio. 6. §. sed & si quis in
fin. de iniust. rupt. d. l. militis. 36. §. vltim. de milit. testam.*
Id enim ad illud testamentum pertinet quod mortis
tempore valere non potest eo iure quo factum est: cu-
iusmodi est testamentũ militis deportati aut ad bestias
damnati, iure communi factum, quia solis militibus
deportatis testari licèt, quidem iure militari ex rescri-
pto Hadriani, vt lex ait. Itaque quod iure communi
prius factum fuerat si deportatione irritum factum
sit, dubitandum non est valere non posse, quia nec re-
fici posset. Valebit tamen iure militari ex nuda volũ-
tate, quoniam nuda quoque voluntas militis sufficit
ad testamentum militare, & vt legendum est in *l. eius
militis. 34. §. vlt. de milit. testamen. voluntas quoque militis
testamentum est.* † At quod factum est à patrefamilias 17
ante adrogationem, post solutam adrogationem per-
inde valet, atque ante adrogationem, & sicut posset
refici, ita & citra refectionem subsistit quasi nunquã
factum irritum, si modò quibuscunque modis probe-
tur redisse voluntatem quæ per adrogationem abs-
cesserat. † Etsi enim cùm de heredis scripti persona a- 18
gitur duo potissimùm tempora spectanda sunt, testa-
menti scilicet & mortis, ne addam tertium aditæ he-
reditatis in extraneis heredibus, vt initio capitis dixi,
cum tamẽ de ipsius testatoris persona disputatur, suf-
ficit testamenti tempore habuisse eum testamenti fa-
ctionem vt testamentũ valeat, licèt postea habere de-
fierit: idque tam iure ciuili quàm prætorio, dummodo
talis persona sit, quæ cum testamento possit decedere,
vt euenit in testamento eius qui postea vel furiosus,
vel prodigus, vel mutus factus est, *l. is cui lege. 18. qui te-
stam. facer. pos. d. leg. conficiuntur. 8. §. si post factum. de iur.
codicill. leg. 1. §. si quis autem de bonorum possess. secund. ta-
bul.* † Dixi *dummodo talis persona sit quæ cum testamento* 19
possit decedere, quia si testator ob eam causam testamen-
ti factionem amiserit, quòd cum testamento decedere
nequeat, puta quod filiusfamilias factus sit, aut seruus
siue hominis, siue pœnæ, aut etiam deportatus, certũ
est testamẽtum prorsus irritum fieri, si in ea conditio-
ne moriatur is qui testatus fuerat. Sed si mortis tem-
pore testamenti factionem habeat, indistinctè verum
est testamentum quod ab initio valuit, etiamnum va-
lere, quasi nunquam factum irritum. vt media tẽpora
quæ non nocent heredi, multò minus noceant testato-
ri. † Quamquam & illud, meo iudicio, dici potest dif- 20
ferre hac parte, si subtilius agere velimus, testamentũ
ruptum ab eo quod irritum factum est. Nam quod se-
mel ruptum fuit id refici prorsus necesse est, nec fieri
potest vt postea valeat ex nuda voluntate, cuiusmodi
illud est in quo præteritus est posthumus viuo testa-
tore natus. Quamuis enim posthumus hic eodem te-
statore viuo decesserit, testamentum tamen nec iure
ciuili conualescit, nec æquitate Prætoria, sed hactenus
duntaxat vt bonorum possessio secundum tabulas se-
ptem testium signis signatas quæ sine re esse deberet,
sit cum re ex rescripto Hadriani. *l. posthumus. 12. de in-
iust. rupt.* quia implicat contradictionem vt testamen-
tum vllo modo aut tempore valeat quod semel ru-
ptum est. At testamentum quod per superuenientem
capitis diminutionem irritum factum fuit (irriti ap-
pellatione specialiter sumpta, non generaliter, *§. hoc
autem casu Inst. quibus mod. testamen. infirm.*) non so-
lùm facile conualescit, sed, vt melius loquar, cessante
causa quæ faciebat irritum & valet, & semper va-
luisse intelligitur, nec nouo testamento opus est. Ni-
mirum quoniam ratio illa quæ faciebat irritum non
ius ipsum testamenti respiciat, sed tantùm personam
testa-

teſtatoris aut eius voluntatem. Perſona igitur aut voluntate redintegrata nihil ſupereſt quod impediat quominus & nunc teſtamentum valeat, & ſemper valuerit. Itaque quamuis rupta teſtamenta, & quæ ab initio iniuſta ſunt irrita dici poſſint, hæc quidem eſſe, illa autem fieri *dict. §. hoc autem caſu:* non perinde tamen ea quæ nos ſpeciali nomine irrita appellamus, poſſis rupta dicere, quia cùm eorum iure nihil commune habet teſtatoris noua voluntas, immutatáque
21 condicio. † Quare & veriùs & elegantiùs ſublata dicuntur, quia fieri poteſt vt idem teſtamentum valeat & ſublatum ſit. Tollitur enim non cùm teſtator non vult valere (nam in teſtatoris arbitrio non eſt facere vt non valeat iure teſtamentum quod ritè & ſollenniter factum eſt, *l. nemo poteſt de legat.* 1.) ſed cùm teſtator non vult in ea volũtate decedere quod fit quoties prius teſtamentum incidit, aut poſt id factum dat ſe in adrogationem: aut cùm non poteſt eo teſtamento decedere, quod contingit, cum vel deportatus eſt, vel filiusfamilas, aut ſeruus effectus. In eámque rem textus eſt perelegans, & ad quæſtionem noſtram accommodatiſſimus, in *d. §. ſi poſt factum*, vbi Paulus ait teſtamẽtum illius qui poſtea adrogatus eſt ſublatum eſſe & nihilominus valere, vt oſtendat non eſſe hæc
22 contraria. † Nec obſtat quod pleriſque iuris locis ſcriptum eſt per poſterius teſtamentum quod ritè perfectum ſit prius rumpi, *l. ſi filius. 7 de liber. & poſthum. l. 1. & 2. l. 3. §. ſed et ſi ſit. l. ſi bonæ. 11. de iniuſt. rupt. l. pater. 54. de hered. inſt.* adeoque ipſo iure, *d. l. ſanctiſſimus.* id eſt quàmuis prioris teſtamenti mentio nulla facta ſit. Id enim ita verum eſt ſi generalius rupti nomen accipias, vt ruptum intelligas quodcunque nec ab initio inutile nec poſtea ex teſtatoris perſona irritum factum eſt, aut ob non aditam hereditatem, vt in diuiſione illa teſtamentorum, de qua Papinianus in *d. l. 1. de iniuſt. rupt.* Alioqui magis propriè & partitè loquendo ſublatum dicendum eſt non ruptum, vt & Marcianus loquitur in *dict. l. ſi quis priore. 29. ad Trebel & Iuſtin. in d. l. ſanctiſſimus.* Aut ſi ruptum malis dicere, fateri tamen neceſſe eſt ruptum ex ea cauſa quæ tollat potius quam perimat ius ipſum teſtamenti. Nempe quia nemo poteſt cum duobus teſtamentis decedere, non magis quàm cum duabus ſupremis voluntatibus, *l. 1. §. 1. de*
23 *bonorum poſſeſſ. ſecund. tabul.* † Cæterùm incide poſtremas tabulas vt eas quæ priores erant facias ſupremas, vt apud Papinianum in *d. §. teſtamento.* Priores hoc ipſo valebunt quòd ſupremæ fient, quia, quòd ad earum ius & ſubſtantiam attinet, nihil accidit propter quod infirmari debeant quæ ſemper valuerunt, tametſi per poſteriores ſublatæ fuerint toto eo tempore quo poſteriores conſtiterunt. Quod diſſimile eſt cum poſthumus naſcitur qui fuerat præteritus, quia ab eo tempore perinde incipit teſtamentum inutile eſſe & iniuſtum, ac ſi filius tempore teſtamenti iam natus & præteritus fuiſſet, cùm quandocunque natus eius loco eſſe incipiat qui ſuperſtes fuit, *l. ſi primo. 8. de liber.*
24 *& poſthum.* † Errant verò peregregiè, vt hoc etiam addamus, qui putant Papiniani ſententiam in *dict. §. teſtamento*, in fine, illam eſſe: vt ſi heredi ſcripto petenti bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, obiiciatur teſtamentum non valere, vtiliter replicetur de ſubſecutis codicillis, non vt ipſo iure, inquiunt, teſtamentum valeat, ſed vt defendatur voluntas per fideicommiſſum quaſi defunctus ad cauſam fideicommiſſi & codicillorum vim teſtamenti traxerit argum. *leg. quærebatur. 19. de milit. teſtam.* Nam imò verò Papiniani ſententia eſt teſtamentum hoc ipſo iure valere, cùm & nulla ſecuta declaratione nouæ voluntatis vſque adeò valeat ipſo iure vt ad repellendum heredem ſcriptum exceptio doli neceſſaria ſit. Nec requirit Papinianus declaratam eſſe voluntatem codicillis, aut alia ſimili ſcriptura quæ codicillorum vim habeat, ſed quibuſcunque literis, vt diximus, dummodo iis fides conſtet. † Longéque alia ſpecies eſt, *d. l. quærebatur.* In qua tamen obſerua Triboniani eſſe verba illa, *ſi hoc* 25
ſpecialiter expreſſerit. Nam cum poſſit miles cum duobus teſtamentis decedere, nil neceſſe eſt ad vtriuſque validitatem vt miles exprimat velle ſe vtrumque valere, vt apparet ex eadem lege verſic. Secundùm hæc *l. Centurio. 27. l. militis. 36. §. eod.* Quam verò malè & imperitè hæc omnia ab Accurſio, Bartolo aliiſque interpretibus explicentur, tam apertum eſt ex eorum commentariis, vt nihil, iudicio meo, ſit apertius.

CAPVT XIX.

Inſignis Triboniani error in §. non tament Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.

SVMMARIA.

1 *An teſtamenta per capitis diminutionem irrita facta tam ciuili quam Prætorio iure per omnia ſint inutilia.*

2 *Et ciuili & Prætorio iure requiri, vt is cuius hereditas, vel bonorum poſſeſſio datur, & conditi teſtamenti & mortis tempore ius teſtamenti faciendi habuerit.*

3 *Quando Prætor det bonorum poſſeſſionem cum re ſecundum tabulas, quæ ipſo iure non valent, aut rupta vel irrita facta ſunt?*

4 *An interſit ex qua capitis diminutione irritum factum ſit teſtamentum, vt ea ſublata iterum valeat?*

5 *Reiicitur differentia a nonnullis conſtituta inter capitis diminutionem quæ per adrogationem, & eam quæ per emancipationem contingit.*

6 *Quo ſenſu dicatur, adrogatione vel alia capitis diminutione teſtatori contingente irritum fieri teſtamentum.*

7 *Difficultas* l. poſthumus, *verſic.* idem & circa.

8 *Alciati ad dictum locum interpretatio.*

9 *Vlpianum in* d. l. *de teſtamento per ſolam adrogationem irrito facto agere.*

10 *Quid ea parte ſpeciale habeat capitis deminutio per adrogationem contingens.*

11 *An doli exceptio locum habeat, ſi idem heres ſit ſcriptus qui & legitimus?*

12 *An ex teſtamento per alias capitis deminutiones irrito facto bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas peti, & legata ac fideicommiſſa conſeruari debeant?*

OStendunt † ea quæ ſuperiore capite diximus errasse grauiter Tribonianũ in *§. nõ tamen Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* vbi ſcribit teſtamenta quæ per capi- 1
tis diminutionem irrita facta ſunt non per omnia eſſe inutilia, ſed ſi ſeptem teſtium ſignis ſint ſignata poſſe ſcriptum heredem ſecundum tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem agnoſcere, ſi modò & ciuis Romanus & ſuæ poteſtatis defunctus fuerit mortis tempore. Nam, inquit, ſi ideò irritum factum ſit teſtamẽtum, quia ciuitatem vel libertatem amiſerit, aut quia in adoptionem ſe dedit & mortis tempore in adoptiui patris poteſtate ſit, non poteſt ſcriptus heres ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionẽ petere. Quibus verbis ſignificare videtur differre hac parte ius Prætorium à ciuili, nec omnium capitis deminutionum eandem rationem eſſe. Vtrumque malè. †
Nulla enim hîc differentia eſt inter ius ciuile & Præ- 2
torium, cùm perinde exigat Prætor, vt is cuius bonorum poſſeſſio datur vtroque tempore ius teſta-

menti faciendi habuetir & cùm facit testamentum &
cùm moritur: medio ante tempore an habuerit necne
non quærit, quia nec Ius ciuile quærit, *leg. 1. §. exigit de*
bon. poss. secund. tabul. Quòd si post testamentum factũ
amiserit testator factionem testamenti non quod non
possit cum testamento decedere, sed quia testamen-
tum facere posse desierit, puta propter furorem aut
interdictionem, aliámve similem causam, quæ super-
uenerit, dat Prætor bonorum possessionem ex testa-
mento ante facto, quia & iure ciuili testamentum va-
let adirique ex eo hereditas posset. *§. si quis autem ea-*
3 *dem lege.* † Denique secundùm tabulas quæ ipso iure
non valent aut ruptæ vel irritæ factæ sunt, quia tabu-
larum nomen non merentur, nunquam dat Prætor
bonorum possessionem quę sit cum re, vt pluribus do-
cuimus in interpretatione *leg. filio præterito. 17. de in-*
iust. rupt. nisi cùm is ipse institutus est qui rem ab in-
testato auferre posset. Hic enim licèt sibi ipsi heredi-
tatem ab intestato euincere videatur, vt ibidem dixi-
mus, rem tamen obtinet, perindeque legatis & fidei-
commissis omnibus obligatur ac si tabulæ valerent,
neque vlla in eam rem constitutione aut lege opus
fuit, *l. posthumus. 12. versic.* idem & circa *eodem tit. de in-*
iust. rupt. Neque ex eo quod Papinianus in *l. qui ex*
liberis 11. § testamento de bonorum possess. secund. tab. po-
nit ex huiusmodi testamento quod per adrogationem
irritum factum fuerat, petitam à scripto herede bo-
norum possessionem secundùm tabulas, possis, nisi in-
eptissimè, cum nostris concludere, Ergo non posse ex
eo adiri hereditatem. Cùm vt dixi superiore capite,
ex eo testamento quod valet, ac ex quo adiri heredi-
tas potest, nihil vetet, imò tantò facilius sit peti bono-
4 rum possessionem secundùm tabulas. † Sed longè
grauior alius Triboniani error est in eo, quòd sic lo-
quitur, quasi multum intersit ex qua capitis diminu-
tione irritum factum sit testamentum: cùm tamen ni-
hil reuera intersit. Etenim siue maxima interuenerit
quæ & libertatem & ciuitatem adimit, siue media,
quæ ciuitatem tantum, siue minima quæ nihil nisi fa-
miliæ statum immutat, testamentum fit irritum, sed
ita tamen vt si testator & ciuis Romanus sit & suæ
potestatis sit cùm moritur, testamentum valeat & iu-
5 re ciuili & Prætorio. † Nec video inter quas species
capitis diminutionis hanc differentiam possis consti-
tuere, nisi fortè inter adrogationem & emancipatio-
nem. Sed neque hoc facere possis. Nam cùm filius-
familias testamentum facere nequeat, nemo dixerit fi-
lijfamilias emancipatione irritum fieri eius testamen-
tum, quod vel nunquam fuerit, vel si fuit, nunquam
valuerit. Et consequenter nullo casu locum habere
potest, quod scriptum est in priore parte *dict. §. non*
tamen, ex testamento quod per capitis diminutio-
nem irritum factum sit posse bonorum possessionem
peti secundùm tabulas, si modo talis diminutio in-
teruenerit, quæ tamen non faciat, quin testator &
ciuis Romanus & suæ potestatis fuerit mortis tem-
pore. Nulla siquidem capitis diminutio est, quæ
non aut libertatem adimat, aut ciuitatem aut sui iu-
ris potestatem, præter emancipationem, quæ cùm
interuenit nulla, vt diximus, de filijsfamilias testa-
6 mento potest incidere quæstio. † Igitur quod scri-
ptum est adrogatione aut alia capitis diminutione
quæ testatori contigerit irritum fieri testamentum,
ita accipiendum est, vt si mortis tempore testator
vel seruus vel deportatus, vel in alterius potestate cō-
stitutus reperiatur, testamentum nec iure ciuili va-
leat, nec Prætorio, vt ex eo neque adiri hereditas, ne-
que bonorum possessio peti possit. Si verò mortis
tempore & ciuis Romanus & sui iuris factus inue-
niatur, qui post testamentum vel deportatus, vel alie-
ni iuris factus fuerat, testamentum & iure ciuili va-
leat & Prætorio, *dict. §. testamento. l. 6. § penultim. de in-*
iust. rupt. & irrito facto testamento, *l. conficiuntur. 8.*
§. si post factum de iur. codicill. Media namque tempo-
ra, vt superiore capite scripsimus, nullo iure nocent.
† Quæ cùm ita sint, mirari sæpe mihi contigit 7
quid illud sit, quod de irrito testamento Vlpianus
scribit in *§. idem & circa, dict. l. posthumus. 12. de iniust.*
rupt. idem circa irritum quod circa iniustum testamē-
tum admitti debere vt heres institutus legata & fi-
deicommissa omnia præstare teneatur si bonorum
possessionem acceperit is qui rem ab intestato auferre
potest. Neque enim dubito quin de sola bonorum
possessione secundùm tabulas is locus intelligi debeat
de qua etiam agitur in prima legis parte. Porrò bono-
rum possessio secundùm tabulas ex testamento irrito
non competit si testator mortis suæ tempore aut ciuis
Romanus aut sui iuris non fuit, multoque minus eo
casu de legatis aut fideicommissis quærēdum est, cùm
neque legata neque fideicommissa relinquere possit
is qui testari non potest. Sin ponimus & ciuem Ro-
manum & sui iuris decessisse testatorem qui medio
tempore capitis diminutionem passus fuerat, quid est,
obsecro, quod vel ad Prætoris auxilium in danda
bonorum possessione secundùm tabulas cōfugiamus
vel distinguamus an extraneus heres scriptus sit an
legitimus, vel denique de legatorum & fideicom-
missorum iure dubitemus, cùm certissimi iuris sit va-
lere illo casu testamentum ex eoque adiri etiam iure
ciuili hereditatem posse? † Quæ res Alciatum for- 8
tassis mouit vt scriberet *lib. 3 paradox. cap. 8.* non tam
generaliter Vlpianum intelligi debere vt de irrito
quolibet testamento sentiat, sed de illo dūtaxat quod
magis specialiter irritum solemus dicere ex quo non
sit adita hereditas, *l. 1. de iniust. rupt.* In quo tamen la-
bitur imperitissimè, quia non potest dici testamentum
destitutum, nec proinde irritum, ex quo petita sit bo-
norum possessio, quando & qui bonorum possessio-
nem secundùm tabulas agnouit heredis testamenta-
rij loco est, & ea agnitio inducit etiam gestionem pro
herede ad acquirendam iure ciuili hereditatem, cùm
testamentum tale est ex quo iure ciuili acquiri here-
ditas potest. Gerit enim pro herede quisquis aliquid
facit tanquam heres & animo acquirendæ heredita-
tis, vulg. *leg. gerit. 88. & leg. pro herede. 20. de acquir.* 9
heredit. † Itaque cogor dicere quod ante me for-
tassis nemo dixit, intelligendum quidem Vlpianum
de testamento quod per capitis diminutionem irri-
tum factum sit, sed non de qualibet capitis diminu-
tione, at de illa duntaxat quæ adrogationem contige-
rit, quæ licèt id commune cum cæteris habeat, quod
& irritum facit testamentum (adeò vt neque adiri
ex eo hereditas neque bonorum possessio peti possit
si testator in eodē statu decesserit) & rursus testamen-
tum valere patitur si testator mortis tempore sui iuris
factus inueniatur: † habet tamen hoc speciale, quod
illo etiam casu quo testamentum valere patitur, in-
ducit doli exceptionem ad repellendum heredem
scriptum si ex testamento hereditatem vindicare ve-
lit aut bonorum possessionem petere, propterea
quòd non habeat defuncti voluntatem, qui dando se
in adrogationem haud dubiè fortunas suas omnes
cum capite in alienam familiam transtulisse, heredi-
que suo ademisse intelligitur, vt in superioribus do-
cuimus ex Papiniano in *dict. §. testamento.* Cæterùm
ea doli exceptio non nisi legitimis heredibus accom-

11 modari potest. † Inde igitur fit, vt si idem sit heres scriptus, qui & legitimus, exceptio doli locum habere nequeat, ob idque æquissimum sit petita per eum bonorum possessione secundum tabulas legata & fideicommissa conseruari, cùm neque de testamenti neque de vllius exceptionis viribus disputari eo casu oporteat, quamuis ea sit ratio dubitandi, quod per adrogationem à tota voluntate recessisse testator videbatur, quæ porrò voluntas nunquam redierat, nulla post finitam adrogationem secuta noua declaratione. Et sanè si institutus extraneus proponeretur, ratio illa faceret vt neque legata neque fideicommissa vlla deberentur, quia licèt testamentum eo quoque casu valeret, exceptioni tamen doli locus esset, quæ impediret ne bonorum possessio secundum tabulas quam heres scriptus accepisset, cum re esse posset, *dict. §. testamento.* Iam autem docuimus ad *d. l. filio præterito.* & ad *dict. l. posthumus*, ex ea bonorum possessione secundum tabulas, quæ sit sine re, nullam nasci obligationem præstandorum legatorum aut fideicommissorum quæ testamento relicta sint. † At in aliis specie-
12 bus capitis diminutionis irritique testamenti, quoniam sic comparatum est vt vel prorsus irritum sit testamentum, durante scilicet in mortis vsque tempus diminutione, vel finita ea omnino conualescat absque metu vllius exceptionis, non distinguimus an extraneus an legitimus heres institutus sit, siue de heredis institutione ipsa, siue de legatis & fideicommissis disputemus, sed quisquis ille sit qui scriptus est, testamentum, omniáque in ipso contenta vel defendimus etiam ex iuris ciuilis asperitate si mortis tempore testator & ciuis Romanus & sui iuris esse cœperit, vel improbamus si in eodem statu minuti capitis decesserit, nullo hoc casu loco relicto æquitati Prætoriæ. Atque ita accipiendum etiam videtur quod Vlpianus in Titulis scribit *tit. 23. §. si septem* quod attinet ad bonorum possessionem secundum tabulas à Prætore dandam ex testamento irrito quod septem testium signis signatum proponatur. De iniusto & rupto scripsimus iam satis in superioribus.

CAPVT XX.

Aliud Triboniani facinus in §. si factum l. conficiuntur, 8. D. de iur. codicill.

SVMMARIA.

1 *An codicilli valeant quos paterfamil. post testamentum adrogatus in adrogatione fecit, si postea sui iuris decesserit?*

2 *Ratio dubitandi & decidendi in dicta quæstione.*

3 *Ratio dissimilitudinis inter eum qui in adrogatione codicillos fecit, & mutum qui codicillos conscripsit eo tempore quo testamentum facere non poterat.*

4 *Refellitur ratio a Triboniano addita in dict. §. si factum.*

5 *Testamentum ruptum natiuitate posthumi viuo testatore defuncti Hadriani constitutione non confirmari, sed ex eo bonorum possessionem secundum tabulas cum re scripto heredi competere.*

6 *Aliam esse in specie d. §. rationem testamenti, aliam codicillorum.*

7 *Non semper quæ in codicillis scribuntur eodem iure censeri, quo si scripta essent in testamento.*

8 *Non bene conuenire exemplum de testamento rupto per agnationem posthumi, cum specie illa, in qua codicillos fecit adrogatus, qui deinde sui iuris decessit.*

9 *Nulla bona, nullam eius hereditatem existimari qui testamenti tempore in adrogatoris familia & potestate est.*

SVbtilis † quæstio est. De codicillis ab eo factis qui post testamentum dederat se adrogandam, deinde paterfamilias effectus suique iuris decesserat, an valere possint. Eam quæstionem Paulus tractat in *l. conficiuntur. 8. §. si post factum. D. de iur. codicill.* sed ita tamen vt cùm probet ratione optima & necessaria fieri non posse vt huiusmodi codicilli valeant, dilutis etiam obiectionibus quibus in contrariam sententiam moueri quis posset, concludat nihilominus valere: nulla eius rei adducta ratione, sed tantùm similitudine & comparatione quadam. omnino, vt ostendemus, inepta & falsa. Quæ res me monet, vt iuris rationem pro certa perpetuaque regula habens, id solùm Pauli esse putem quod iuri conuenit, cætera quæ à iure manifestissimè abhorrent Triboniani potiùs adscribam & inscitię & audaciæ. Dico autem, defendi nullomodo posse codicillos quos paterfamilias post testamentum adrogatus in adrogatione fecit, tametsi posteà sui iuris decessisse proponatur. Repugnat enim certissima & euidentissima illa iuris ratio, quæ non aliter codicillos testamento confirmari patitur, quam si eo tempore facti sint quo testamenti factionem testator habuerit. *l. Diui. 6. §. penult. l. quadam. 7. d. l. conficiuntur. 8. §. codicilli, eod. tit.* † Dubi- 2
tationis causa sanè illa erat quam & Paulus exprimit, quòd valeret testamentum ante adrogationem factum, quia sublato adrogationis vinculo testator paterfamilias decesserat. Sed decidendi ratio fortior est quæ statim apud Paulum sequitur, *sed eo tempore eos fecit quo testamenti factionem non habuit.* † Ac quoniam 3
non insubtiliter obiicere quis poterat, neque mutum habere testamenti factionem (quia nec nuncupare heredem potest nec testes accire aut rogare, vt in titulis Vlpianus scribit *tit. 20. de testam. § mutus. l. qui in potestate. 6. § 1. D. qui testam. facer. poss.* ad Iustiniani vsque tempora, qui nouū hac parte ius induxit in *l. discretis 10. C. qui testam. facer. poss.*) & tamen valere codicillos quos ipse eo tempore conscripserit quasi priore testamento confirmatos: diluit Paulus obiectionē his verbis, *nec similis est muto, qui recte codicillos confirmauerit.* Dissimilitudinis verò rationem perelegantem mox hanc subiicit, *Licèt enim is testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat in eodem statu est: Huius autem testamentum sublatum est.* Vt ostendat ad confirmationem codicillorum non illud quidem præcisè requiri, vt eo tempore quo fiunt codicilli, habuerit testator factionem testamenti, si prius testamentum subsistat, sed requiri tamen cùm prius testamentum eo tempore sublatum est. Neque enim fieri vlla ratione potest vt codicilli eo tempore facti quo testator factionem testamenti non habuit confirmentur ex anteriore testamento, quod tunc quoque sublatum sit, licèt nihilominus testamentum in se valeat. Igitur codicillos istos valere nemo præter Tribonianum ausit dicere. † Quæ au- 4
tem sequitur ratio, Triboniani facinus & inscitiam prodit apertiùs: Sic enim ille: *nam et si posthumus, natus ruperit testamentum, & decesserit, nihilominus codicilli valent.* Ab obscuro ad obscurius, ab absurdo ad absurdius. Nam cùm testamentum in quo præteritus fuit posthumus, per eius agnationem sic rumpatur, vt ex iuris ratione nullomodo conualescere queat, nec si posthumus qui rupit, viuo testatore decesserit *d. l. posthumus. 12. de iniust. rupt.* consequens est vt omnimodo refici testamentum debeat: Ergo nec codicilli valere possunt vt ex eo vires accipiant, siue facti sint ante posthumi natiuitatem *l. ab intestato. 19. & l. penul. eod. tit.* siue post ruptum testamentum, de quibus

ſanè locus hic intelligi debet quem tractamus, vt accommodata ſit ſpecies ad eam de qua quærebatur.
5 † Atqui, inquies, ſi poſthumus qui teſtamentum rupit viuo teſtatore deceſſerit, teſtamentum ex Hadriani conſtitutione confirmatur hactenus vt ex eo peti
poſſit bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, *d.l. poſthumus*. Sic enim noſtri ad eum locum. Et hoc nimirum eſt quod præcipitem egit Tribonianum, non animaduertentem quod nos docuimus ad *d. leg. poſthumus*, imò Hadriani reſcripto nec factum eſſe, nec fieri potuiſſe vt confirmetur teſtamentum quod ſemel agnatione poſthumi ruptum eſt, licet poſthumus ille viuo teſtatore deceſſerit, ſed illud tantum conſtitutũ vt ea bonorum poſſeſſio quam ex perpetuo Prætoris edicto iuréque ordinario accipere heres poterat ſecundum tabulas teſtamenti quantumuis iniuſti aut rupti, dummodò ſeptem teſtium ſignis ſignatas, eſſet cum re quæ alioqui ſine re futura erat, legitimo he-
6 rede ius ſuum ab inteſtato exequente. † Sed & obſeruare Tribonianus debuerat aliã prorſus hac parte rationem eſſe teſtamenti, aliam codicillorum. Neque enim ſicuti bonorum poſſeſſio datur ſecundum tabulas teſtamenti, ita poſſis dicere dari bonorum poſſeſſionem ſecundùm codicillos. Nam quis vnquam id vel dixit, vel ab alio dictum audiit? Nec ad rem pertinet, quòd data bonorum poſſeſſione ſecundùm huiuſmodi tabulas quibus præteritus fuerat poſthumus viuo adhuc patre natus deinde & mortuus, valent legata & fideicommiſſa omnia iiſdem tabulis relicta.
Id enim quam rationem habeat, diximus ad *d. l. poſthumus*, & ad *d. l. filio præterito*: neq. verò recta eſt cõſecutio à legatis & fideicommiſſis in eodem teſtamento relictis ad codicillos extra teſtamentum factos & eo tempore quo iam ruptum erat teſtamentum, quãuis eodem tempore teſtamenti factionem pater ha-
7 buiſſet. † Nec rurſus obſtat quod quæcunque in codicillis ſcribuntur eodem iure cenſentur quo ſi ſcripta eſſent in teſtamẽto, *l. 2. §. codicillorum eod.* Id enim tum verum, cùm & teſtamentum eo tempore valet quo ſcribuntur codicilli, & eo tempore teſtamenti quoque factionem teſtator habuit, *d. l. quædam*. At cũ agnatione poſthumi ruptum eſt teſtamentum, licet teſtamenti factionem eo tẽpore teſtator habeat, prius tamen teſtamentum non valet, quod iam ruptum eſt.
8 † Ex quo illud etiam apparet, non eſſe ſimile exemplum illud de teſtamento rupto per agnationem poſthumi, quod Tribonianus adducit, vt probet valere codicillos factos ab adrogato qui ſui iuris deceſſerit. Nam cùm teſtamentum agnatione ruptum eſt licet difficilius conualeſcat quia ruptum eſt, quàm ſi duntaxat ſublatum eſſet, eo tamen facilius admitti poſſet codicillos valere, quòd teſtamenti factionem eo tempore pater habuiſſet. In illo autem caſu de quo Paulus diſputat, hoc eſt cum in adrogatione codicillos facit is, qui antè codicillos fecerat, duplex impedimentum eſt ne codicilli valere poſſint, & quia eo tempore ſublatum eſt (quid verò refert an ſublatum ſit an ruptum vt ex eo nullas vires accipere codicilli poſſint?) & quia teſtamenti factionem eo tempore adrogatus non habeat. Quin & aliquando contingit, vt codicilli teſtamento confirmentur, nec tamen teſtamenti ſed codicillorum tempus ſpectetur, vt in codicillis poſt militiam factis ab eo qui & in militia teſtatus, & intra annum miſſionis mortuus eſt, *l. ſi certarum. 17. §. vlt. de milit. teſtamen. l. ſi poſt miſſionem. 17. D ad leg. Falcid.* Quanto igitur magis codicillorum tempus ſpectandum erit, cùm teſtamento confirmari non poſſunt, quod euenit quoties teſtamentum aut ruptum aut ſublatum fuit? † Addit Paulus, *& de alie-* 9
nis quodammodo rebus teſtatur, quia licet hereditas ſit nomen iuris & ibi etiam eſſe intelligatur vbi nulla ſunt bona, *l. 1. de bonor. poſſeſſ.* fieri tamen nequit vt eius qui non ſolum bona nulla habet ſed nec habere poteſt, cuiuſmodi eſt qui in adrogatoris tranſit familiam & poteſtatem, vlla hereditas eſſe exiſtimetur, *l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Quam etiam rationem ſoleo reddere, cur non valeat donatio bonorum omnium præſentium, & futurorum, valeat autem præſentium duntaxat licet omnium. Nam quæ præſentium tantum eſt, non tollit teſtandi & habendi heredis facultatem cum homo natus capax acquiſitionis, & ad acquirendum, ob idque nudus, poſſit ſibi adquirere non ſolùm quandiu viuit, ſed illo etiam inſtanti quo mori incipit, ea ſaltem quæ ignoranti acquiruntur, cuiuſmodi ſunt legata & fideicommiſſa, *leg. cum pater. 77. §. ſurdo de legat. 2.* Quæ verò futura quoque bona comprehendit, adimit prorſus habendi heredis & conſequenter teſtandi poteſtatem, quia facit vt donator nec bona ſibi vlla habeat nec habere vnquam poſſit.

VIRO



VIRO CLARISSIMO ANASTASIO GERMONIO ARCHIDIACONO TAVRINENSI, SERENISS. VRBINATVM DVCIS CONSILIARIO & Oratori disertissimo.

ANTONIVS FABER S. D.



Veteris mutuaque necessitudinis nostræ suauissima recordatio iam pridem postulabat, clarissime Germoni, vt qui abs te constanter vnicéque amari me intelligerem, vicissim tibi præstarem aliquid, quod mirificam, & singularem animi erga te mei propensionem, si minus magnificè, saltem candidè atque ingenuè testaretur. Quid verò à me proficisci tale potuit, nisi si quid ex intimis iurisprudentiæ nostræ studiis depromerem, in quibus scio non te solum, sed me etiam tantopere tibi placere? Quamquam id vnum iamdiu cogitanti & ambienti mihi occurrebat, quæ me remoraretur scriptorum tuorum comparatio, ex qua non obscurè perspicerem quàm essent hæc parum digna, probare quæ deberes. Non quòd aliena sint ab eo scribendi genere quod tibi maximè probatur (quid enim habes, aut vnquam habuisti antiquius, quàm vt veterem illam iurisprudentiæ dignitatem tot seculorum & interpretum barbarie miserè conspurcatam disiectámque pristino decori suo, quoad posses, restitueres, ac veluti quodam postliminij iure in sedes patrias reuocares?) Sed quia video quàm sint tenuia & ieiuna si cum tuis conferantur, non minus sententiarum grauitate & verborum delectu ponderosis, quàm scientiarum omnium mira varietate, quæ redundant vndique, luculentis. Nam quid obsecro duobus illis animaduersionum tuarum libris scribi potuit accuratius? Quid tuis in Decretales paratitlis aut vtilius aut emendatius? Quid denique, vt cætera taceam, toto illo tractatu quem de sacrorum immunitatibus nuper edidisti subtilius, eruditius, præclarius? Deus bone, quantam mihi totiq; reipublicæ literariæ commouent ista expectationem septimi Decretalium libri, cuius compilandi, concinnandi, & interpretandi curam posteriores PP. eruditionis tuæ apprimè conscij tibi vni creditam esse voluerunt! Quàm magnum & excellens opus illud futurum est, in quo elaborando, vt scribis, omnes & ingenij & animi tui neruos adhibes, si quantum in eam rem diligentiæ ac industriæ collaturus es, tantum tibi datura est ocij dignitas tua. Sed ridiculus sanè sum si tua ostento vt mea rideas, aut parum ingenuus, si te laudo vt par pari referas quod me titillet. Itaque præteribo tacitus reliqua, quæ si vt cuperem, in nominis tui commendationem cumulare vellem, non magis tua mihi quàm mea obstaret modestia, quandò arctissima necessitudinis nostræ iura sic ferunt, vt non minus mihi tecum laudem tuam communem esse putare debeam, quàm cætera sunt omnia, quæ amicitiæ vinculo & societate continentur. Ciuitate Romana honorificentissimè donatum te qui sciunt, & ex tanto ciuium Romanorum numero in amplissimo totius terrarum orbis theatro à Serenissimo Vrbinatum Duce vnum electum quem ille suum oratorem haberet, satis ex eo intelligunt, quanta virtutibus meritisque tuis laus ab optimo & eruditissimo quoque debeatur. Mihi verò egregia & præcipua illa fuerit, si tibi studium in te meum, studiíque hæc qualiscunque testatio probabitur. Quod etiamsi non peterem, tua tamen erga me voluntas, & quæ in omnes humanitas est, pro me satis postulatura videretur, & suo propemodum iure impetratura. Bene vale vir clarissime, & me quod facis ama. Ex vrbe Camber. 9. Idib. Decemb. 1595.



ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI
SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS
CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO Sabaudiæ Senatu Præsidis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
LIBER VNDECIMVS.

CAPVT I.

Ex pluribus correis debendi non semper pro fideiussore habendum eum ad quem pecunia non peruenerit.

SVMMARIA.

1 *Bartolum & plerosque alios interpretes contrarium sensisse.*
2 *Rationes quibus probari videtur excussionis exceptionem, correo debendi ad quem pecunia non peruenerat, olim competijsse, dum periculo eius alius conueniri poterat qui lucrum ex obligatione sensisset.*
3 *Correos debendi non aliter fieri, quàm si singuli in solidum & æquè principaliter obligentur, nec eo casu interesse cui pecunia numerata sit.*
4 *Respondetur ad exemplum à Bartolo allatum, & ratio affertur, cur ex pluribus tutoribus in solidum obligatis is qui gessit prior conueniatur?*
5 *Curatorem voluntarium qui nihil attigit, priorem & in solidum conueniri posse, non item si inuitus curator factus sit.*
6 *Quando, & cur ex pluribus correis debendi per commodatum factis, is prior conueniri debeat qui solus ex re commodata lucrum senserit?*
7 *Explicatur §. vestimenta.* l. cùm in plures. ff. locat. *& Triboniani manus in eo indicatur.*
8 *Ei cuius nihil interest, non competere furti actionem.*
9 *Triboniani additionem in d. §. cum Labeonis verbis & sententia pugnare.*
10 *Tribonianum ipsum in d. §. sibi contrarium esse.*
11 *Verba illa,* d. §. sed iudicem æstimaturum, *constructionem non recipere.*
12 *An in specie* l. sed Iulianus. 7. §. idem ait. ff. ad SC. Macedon. *alteri correo vtilis exceptio ideò detur, quod ad alterum correum tota pecunia peruenerit?*
13 *Ratio sententiæ Africani in* l. vir vxori. 17. §. mulier & Titius. ff. ad SC. Velleian.
14 *Cur in specie* dict. §. mulier. *creditor agens aduersus mulierem debendi corream, exceptione pro parte summoueatur?*
15 *Mulierem quæ impellente creditore corream debendi se constituit, cùm tamen reuera fideiuberet, exceptione SCti Velleiani iuuari.*
16 *Reijcitur Cuiacij interpretatio ad verba illa Africani,* non omnimodò mulierem pro parte socij, *&c.*
17 *An indistinctè in SCto Velleiano mulier correa debendi constituta pro fideiubente habeatur?*
18 *Non videri mulierem intercessisse, quæ citra fraudem SCti correa debendi facta est ex causa ex qua si creditor pecuniam non dedisset, maius damnum mulier passura fuerat.*
19 *Cur eo casu mulier correa in solidum conueniri possit?*
20 *Mulierem debitricem, quæ creditori pecuniam promisit ne delegaretur, intercessisse videri.*
21 *Sententia* l. idem etsi. ff. ad SC. Vellei.
22 *Quid requiratur ad excludendum SCti Velleiani beneficium.*
23 *Sententia Vlpiani in §.* vlt. l. si pro parte. ff. de in rem vers.
24 *Quando curiosus esse debeat creditor, qui plures correos debendi accipit, in quam rem impendatur pecunia?*

PERVVLGATA † est, nec minus in foro, 1
quàm in scholis frequens illa nostrorum
vox, Pluribus correis debendi factis,
semper babendum pro fideiussore eum
ad quem pecunia non peruenerit, ob idque dandam
illi exceptionem non factæ excussionis quæ ex nouo
iure fideiussoribus competit, vt non prius conueniatur
quàm appareat rem ab eo seruari non posse
ad quem pecunia peruenit. Sic enim Bartol. ab aliis
approbatus in *l. 3. §. vbi duo. num 15. de duob. reis.* † Ad- 2
dens quod magis mirum est, idipsum iam olim obtinuisse,
si modò paratum se diceret is ad quem pecunia
non peruenerat vt periculo suo alius conueniretur,
qui lucrum ex obligatione sensisset. Ex *l. vnde quæritur. 7. iunct. §. vlt. l. 5. D. commod.* vbi Vlpianus tractãs
de commodato quod pluribus factum sit, ait singulos
& dolum & culpam & diligentiam & custodiá præstare
in totum debere. Vt duo quodammodo rei habeantur,
&. si alter conuentus præstiterit, liberet alterum.
Sin res commodata furto subtracta sit, ambobus
quidem actio furti competat, sed ita vt altero agente
alterius actio contra furem tollatur. Vnde
quærit, si alter solus furti egerit an ipse solus commodati
actione debeat conueniri. Et ait ex Celsi sententia,
si alter conueniatur qui furti non egit, & paratus
sit periculo suo conueniri, alterum qui furti agendo
lucrum sensit ex re commodata, debere eum
audiri & absolui. Quò etiam pertinere Baldus credidit
quod ex Labeone scriptum legimus *in l. cùm in plures. 60. §. vestimenta. D. locat.* Si vestimenta tua fulloni
polienda dederas quæ is perdiderit, posse quidem
tibi ex locato cum fullone actionem competere,
sed iudicem æstimaturum an aduersus furem magis
agere possis & ab eo tuas res consequi, fullonis
videlicet sumptibus vt non prius tibi fullonem condemnet,
quàm perspexerit non posse te à fure res
tuas consequi. Addit Bartolus exemplum tutorum,
in qui-

in quibus cônstat receptum esse vt licet plures si-
mul tutelam susceperint; prior tamen conueniatur
is qui gessit si sit soluendo, quoniam ad eum maxi-
mè negotium spectare intelligitur *l. tres tutores §.1.*
de adm.tut.l.vlt.C.de diui.tut.l.vlt.C.si tut.non gesser.
Sunt etiam qui in eandem sententiam adferant
quod scriptum est *in l.item si filiusfamilias.7.alias l.*
sed Iulianus §.idem ait.D.de S.C.Maced. Si duos reos
accepero, filiumfamilias & Titium, cùm ad filium-
familias esset peruentura pecunia. Ideò autem reum
Titium acceperim ne quasi fideiussor senatusconsul-
ti auxilio vteretur, vtilem esse exceptionem aduer-
sus fraudem. Item quod Africanus respondit *in l.vir*
vxor.17.§.vlt.ad S.C.Velleian. Si mulier & Titius cùm
in rem communem mutuarentur, eiusdem pecu-
niæ rei facti sint, mulierem pro ea parte pecuniæ
quæ in rem Titij versa est intercessisse videri, ideó-
que creditorem sibi ab ea totum petat Senatuscon-
sulti exceptione pro illa parte summoueri debere.
3 † Mihi verò traditio ista semper suspecta & falsa es-
se visa est. Nihil. n. dici potest tam contrarium obli-
gationi correorum debendi, quam vt excuti vnum
oporteat priusquam aduersus alterum agi possit *l.de-*
cem.116.de verb.obl. Siquidem non aliter possunt fieri
correi debendi quam si singuli non solùm in soli-
dum obligentur, sed etiam æquè principaliter, ac ita
vt nulla prorsus obligationum sit differentia *l.2.&*
3.l.si reus.13.& pass.D.de duob.reis. Itaque frustrà quæ-
res cui ex iis pecunia numerata sit, cùm is cui nihil
numeratum est perinde in solidum obligetur, atque
is qui totum accepit *l.propter mutuam.4.C.eod.l.si non*
singuli.5.C.si cert.pet. Neque enim curiosus esse debet
creditor, in cuius vtilitatem aut quam in rem expen-
datur pecunia credita, dummodo cum eo contrahat,
cui liberum sit in omnem casum se obligare *l.doli ex-*
ceptio.19.ad fi.D.de nouat. sibique potiùs imputare de-
bet is qui cum sciret pecuniam ad se non peruentu-
ram, vltrò se correum debendi constituit. Nam sicu-
ti nemo inuitus fit correus debendi, ita nec facilè
succurrendum est ei qui sibi ipse solutionis necessi-
tatem imposuit *l.si fideiussor.7.§.si necessaria.D.qui sa-*
4 *tisd.cog.* † Ex quo vt hinc incipiamus responderi
potest ad exemplum illod qoo Bartolum moueri di-
ximus, De pluribus tutoribus. In illis enim ideò re-
ceptum est aut potius constitutum (fuerunt namque
constitutiones necessariæ, de quibus *in d.l. tres tu-*
tores de adm.tutor.) vt qui gessit prior conueniatur,
quoniã tutelæ munus necessarium est & publicum
ac quod inuito defertur nisi iustam habeat excusa-
tionem, proinde fuerit æquissimum iis tutoribus sub-
ueniri, qui nec vltrò se obligauerint, nec tutelã ges-
serint. quandiu ab eo qui gessit indemnitatem con-
sequi pupillus potest. At correorum debendi obliga-
tio prorsus voluntaria est, siue re siue verbis fiat, ac si-
ue ex liberalitate, siue ex iusta alia qualibet causa. †
5 Cui simile est quòd Vlp. *in leg.2.§.vltim.de curat.bon.*
dand. scribit ex Cassio, si tres bonorum curatores
fuerint, & vnus ex iis nihil attigerit non idcirco mo-
dum actori constitui debere quominus contra hunc
quoque qui nihil attigit in solidum experiri possit,
quia non sit quærendũ quid ad eum peruenerit *nisi*
inquit *inuitus factus est, nam si est, dicendum non eum con-*
ueniendum. Nimirum quandiu cæteri qui attigerunt
conueniri cum effectu possunt. Estque omnino im-
probabilis Bartoli interpretatio existimantis quod
Vlp. ait curatorem voluntarium qui nihil attigit, cõ-
ueniri nihilominùs & priorem & in solidum posse,
sic accipi debere nisi paratus sit pati vt periculo suo
alij conueniantur *ex d.l.vnde quæritur.Dig.commod.*
Nam & si inuitus factus esse, nemo tamen dubitaret
quin actio quæ aduersus cæteros instituenda esset e-
ius periculo institueretur. Et tamen id apertè Vlpia-
nus agit vt doceat curatoris voluntarij duriorem es-
se hac parte condicionem, quàm eius qui inuitus
datus sit. Ergo generaliter, & indistinctè vult posse
priorem conueniri eum etiam qui nihil attigit, nec
priùs absolui debere quàm quod ex bonis redactum
est præstiterit, quod & apertissimè traditum est in *l.*
3.eod.tit. † Neque verò contrarium est quod supra ex 6
eodem Vlpiano retulimus in *d.l.vnde quæritur.* Non
enim simpliciter Vlpiano placet, Ex pluribus reis de-
bendi per commodatum factis eum priorem conue-
niri debere qui solus lucrum ex re commodata sen-
serit. Sed addit ille *furti agendo,* vt ostẽdat ea demum
ratione fieri vt subueniri oporteat correo qui furti
non egit, quòd furti actionem quam aduersus furem
instituere anteà in solidum poterat, factum correi
qui prior egit ac litis æstimationem consecutus est
ipsi ademerit, indéque euenerit ne tam facilè com-
modatori possit satisfacere, atque is qui furti agendo
solus lucrum sensit ex re commodata. Nam cùm hic
nouus casus sit de quo nec cogitatum videri poterat
cùm duo correi debendi fierẽt, humanum est ei sub-
ueniri cui nihil imputari potest, præsertim quandó
nec commodatori ipsi quicquam depereat. Verùm
longè alia ratio est eius qui se correum debendi vl-
trò constituit ex causa commodati, cuius vtilitas sta-
tim ad alterum correum totum peruenerit. Is enim
nullam causam habet recusandi quominus statim &
in solidum actione commodati vrgeatur, licet nullũ
ex commodato commodum perceperit. cùm ipsius
æquè ac alterius fidem commodator in solidum sit
secutus, eaque conditione ad obligationem ipse ac-
cesserit, vt & prior & solus conueniri in totum pos-
set. Idque verba ipsa Vlpiani satis demonstrant. Nam
cum proximè in præcedentibus scripsisset omnibus
qui commodatum accepissent furti actionem com-
petere: & quidem ita vt alterutro agente alterius a-
ctio contra furem tollatur, subiicit *Vnde quæritur.* Ita
innuens, hoc vnum facere locũ quæstioni, An inter
correos quidam conueniendi ordo esse debeat, qoòd
correus qui non egerat. nullam pro re commodata a-
ctionem amplius habere poterat, quàm si saluam ha-
beret, vtique dubitari non oporteret, quin solus &
prior conueniri posset, quamuis nihil ad eum ex re
commodata peruenisset. † Iam verò quod Baldus 7
obiicit *ex §.vestimenta l.cùm in plures.60.D.locat.* mul-
to minus ad rem pertinet. Nullum enim toto eo res-
ponso de duobus reis verbum est, & ab illis verbis,
sed iudicem æstimaturum vsque ad finem §. nisi me fal-
lo Triboniani manum agnoscere mihi videor, rem
temperare suo more volentis, & nescio cuius æquita-
tis prætextu manifestissimam iuris rationem labefa-
ctantis. Verissimum enim est quod Labeo simplici-
ter & indistinctè dixerat, si vestimenta tua fullo per-
diderit, & babeas vnde petas, nec velis repetere, age-
re nihilominùs te posse ex locato cum fullone: Ni-
hilque dici potest absurdius quàm vt denegetur tibi
illa actio: eo prætextu quod aduersos furem possis a-
gere, cum custodiam præstare fullo debuerit. At ne-
que verum est posse te contra furem experiri, quia
cum paratam habeas actionem aduersus fullonem,
tua nihil interest si modò fullo sit soluendo. † Ei au- 8
tem cuius nihil interest constat non competere fur-
ti actionem, quæ sententia & ratio est, *l.itaque fullo.*
22.cum duab.præcep.& leg.qui vas.48.§.si ego.D.de

furt. vt idem Tribonianus apertiùs explicat *in §. si fullones. 15. Instit. de obligat. quæ ex delict. nascunt.* Nisi forsitan quis dicat interesse tua rem tuam habere potius quàm personalem ex locato actionem. Sed manifestum est ad rem consequendam non in furis personam agendum esse, sed in rem directa rei vindicatione aduersus quemcunque possessorem: Hic autem locus de personali aduersus furem actione loquitur. † Etsi verò verba illa *& ab eo tuas res consequi* significant tractari potius de condictione furtiua, quæ & contra solum furem datur, & rei persecutionem continet. *l. 1. 2. & pass. de condict. furt.* hoc ipso tamen Tribonianus prodit inscitiam suam quam Labeoni nemo ausit adscribere. Nam cùm id agat vt fulloni parcatur quandiu res tuas aliunde consequi potes, quid interest an fur ipse an alius possideat, id est, an à fure an ab alio res tuas consequare, dummodò fullonis sumptibus? Et verò in præcedentibus illis *& habes unde petas nec repetere vis* non distinxerat Labeo à quo petere posses an à fure, an ab alio quolibet possessore. Consequens igitur erat vt nec in sequentibus tractaretur de actione aduersus furem exercenda, sed potius de re à quocunque possessore vindicanda. Denique, quod me maximè mouet, additio illa Triboniani pugnat omnino cum Labeonis verbis & sententia. Labeo enim casum illum tractat quo vestimenta tua quæ fullo perdidit aliunde petere possis, nec velis, datque tibi nihilominùs contra fullonem personalem ex locato actionem. Tribonianus verò, vno illo casu permittit tibi contra fullonem agere, quo sit impossibile vt à fure vestimenta consequaris. Labeo liberum tibi relinquit an personali agere malis aduersus fullonem, an rei vindicatione potius aduersus possessorem. Id enim significat petendi verbum illo loco *unde petas. l. pecuniæ. 178. §. actionis de verb. signif.* Tribonianus contrà, non patitur vt priùs fullonem conuenias quàm constiterit deesse tibi vindicandi facultatem. † Sed & secum ipse Tribonianus pugnat. Nam eo quoque casu quo constiterit impossibile esse vt res tuas possis consequi, vult tamen cogendum te fulloni actiones tuas præstare. An non enim ridicula & inutilis futura sit cessio actionis quam constet vtilem tibi esse non potuisse? Aut quomodo possibile erit ex cessa actione fullonem res tuas repetere posteaquam apparuit esse impossibile vt tu ipse petere & consequi eas posses? impossibile siquidem tùm demùm id videri potest, cùm apparet non esse amplius res tuas in rerum natura, aut sic eas deperditas vt nullomodo sciri possit vbi sint. Quibus tamen casibus non video cuius vtilitatis possit esse cessio fulloni facta, præsertim aduersus furem contra quem suo iure iam paratam habeat furti actionem. † Taceo quòd verba illa *Sed iudicem æstimaturum*, neque præcedentibus aptè coniunguntur, nec verbum vllum habent à quo regantur, si velis construere. Scribendum namque fuerat, *Sed iudex æstimabit.* aut ita potius, *sed verum est iudicem æstimaturum.* Quæ autem sequuntur, *Sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit tum fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei præstare compellet.* Deus bone, quàm sapiunt Tribonianum magis quàm vel Labeonem vel Iauolenum? Sed de his iam nimis multa cùm sint extra propositam disputationem: quamquam nec fuit inutile Triboniani facinus prodere, vel ob id maxime ne quis ex eo loco inferat cum Accursio generalem illam propositionem quæ Baldo visa est ad rem facere eum qui contra duos agere potest, arctati ex causa vnum magis eligere

9

10

11

quæ tamen neque generaliter vera esse possit, neque in duobus reis de quibus nunc agimus, vllo vnquam casu. Restat igitur vt ad ea quæ ex Vlpiano, & Africano obiecimus, respondeamus. † Ac primùm quod Vlpianus ait in *l. item si 9. alias l. sed Iulianus. §. idem ait si duos de S.C. Macedon.* Si duos reos accepero filiumfamilias & Titium cum ad filiumfamilias pecunia esset peruentura, ideò autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio Senatusconsulti vteretur, vtilem dandam esse exceptionem aduersus fraudem, non illam rationem habet quòd ad filiumfamilias tota pecunia peruenerit: sed quia color hic constituendi correi Titij quæsitus fuerat, vt lex ait, in fraudem Senatusconsulti, ne iuuaretur ille tanquam fideiussor senatusconsulto, quo non minus fideiussori filijfamilias quàm ipsi filiofamilias succurritur. Cùm tamen re vera id ageretur, vt pecuniam solus filiusfamilias mutuaretur, Titius autem pro eo intercederet. † Eadem ferè Africani sententiæ ratio est in *dict. l. vir vxori. 17. § mulier & Titius. D. ad Senatusconsultũ Velleian.* In cuius specie cùm mulier & Titius in rem communem mutuati essent, factique correi eiusdem pecuniæ, Africano placet non omnimodo mulierem pro parte socij intercessisse videri. Nam si quidem ob eam causam mutuati fuerint, ex qua si creditor pecuniam non dedisset, maius damnũ passura mulier fuerat, veluti quòd communis insula non esset, vel quòd fundus communis in publicum committeretur potius esse vt senatusconsulto locus non sit. † At si in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam intelligi, & ideò creditorem partem duntaxat pecuniæ à muliere petere posse: quòd si totum petierit, exceptione pro parte summoueri debere. Nempe quia sic posito iure vt mulier quæ se corream debendi constituisset, nullo casu Velleiano iuuaretur, aperta esset via fraudandi senatusconsulti, & qui mulierem pro alio fideiubere vellet, id semper curaret vt obligaretur illa tanquam correa debendi nulla fideiussionis facta mentione. † Cui fraudi non aliter occurri potest, quàm si placeat illum potissimum inspiciendum esse, in cuius vtilitatem versa sit pecunia, *vt in d. §. idem ait si duos.* Ex eo namque apparebit, non quidem reuera fideiussisse mulierem vt interpretes autumant, sed cùm fideiubere creditor vellet, nec tamen aperte id facere posset metu Senatusconsulti id illum egisse vt se pateretur ipsa corream debendi constitui. Ac proinde ne fraus impunè facta sit perinde admitteendum est locum fore senatusconsulto ac si reuera mulier fideiussisset. Id enim est quod Africanus ait, *tunc pro parte intercessionem factam videri*, quod nec Accursius ignorauit *ad l. 1. alias l. 2. C. de duob. reis.* † Et longè rectius ille hac parte quàm Iacob. Cuiacius qui verba illa Africani, *Non omnimodo mulierem pro parte socij videri intercessisse dicebat*, sic explicat, quasi Africanus senserit duos debendi correos non aliter vice mutua fideiubere videri, quàm si id nominatim actum sit, cùm tamen sequentia ostendant id eum potius sibi velle, vt mulier quæ correa debendi facta est, ita demum pro parte socij videatur intercessisse, id est pro eo habeatur acsi intercessisset, si maior sit eius obligatio quàm commodum, quod ex pecunia mutuata ad eam peruenerit: quod contingit quoties accepta duntaxat parte pecuniæ obligatur illa in solidum, nisi obligari illam in solidum ipsius quoque intersit: puta si alioqui maius damnum passura fuerat vt in iis exemplis quæ Africanus proponit. † Nec leuior eiusdem Cuiacij error est cum ad Nouell. 99. scribit generaliter in Se-

12 13 14 15 16 17

in Senatusconsolto Velleiano mulierem corream
debendi constitutam haberi pro fideiubente ex hoc
ipso Africani loco. Etenim quantum interest an mu-
lier reuera & apertè fideiubeat, an verò in Senatus-
consolti fraudem fiat correa debendi. vel ex hoc
maximè cognosci potest, quòd si poneres eam cum
Titio mutuatam esse pecuniam, ita vt singuli in viri-
les tantùm obligarentur, deinde fideiubere illam pro
parte Titij, proculdubio indistinctè ac si simpliciter
dicendum esset iuuandam fore exceptione Senatus-
consulti pro qua parte fideiussisset: nam apertè facta
esset fideiussio contra Senatusconsultum quo impro-
bantur omnes mulieris intercessiones, nisi quæ in
rem ipsius factæ sint: Neque locus esset illi distin-
ctioni an fideiussio eam causam haberet ex qua si
creditor pecuniam non dedisset maius damnum
18 passura mulier fuerat. † Non enim facere res posset
quin pro alio nō in rē suā mulier fideiussisse videre-
tur, siquidem esset illa hodie ditior si in rem accepis-
set totam pecuniam tametsi posteà in communem
insulam fulciendam impendisset. quoniam æquitate
iudicij Communi diuidūdo retinere posset partem
socij quousque satisfactum sibi esset de pecunia in
rem communem impensa *leg. in hoc iudicium. 14. Dig. commun. diuid.* Neque ad rem facit quòd etiam cum
fideiussit habeat mandati actionem ad repetitionem
pecuniæ. Minus enim illi cautionis est in personam
quàm in rem vulg. *leg. plus cautionis. 25. leg. minus est. 204. de regul. iur.* Alioqui si ratio hæc placeret, admit-
tendæ essent fideiussiones omnes mulierum pro de-
bitoribus locupletibus, quod tamen non ita est, quia
mulierum interest potiùs non soluere quàm solutum
repetere *leg. 3. Dig. de compensa. l. si debitor. 11. in fin. de liber. leg. a. l. si stipulatus. 15. D. de fideiuss.* At cùm mulier
non apertè fideiussit pro Titio, sed tantùm passa est
constitui se corream debendi difficilius est vt ei suc-
curratur quando nihil palàm factum sit contra Se-
natusconsultum, solàque succurrendi causa illa es-
se potest, si quid in fraudem Senatusconsulti factum
probetur. Atqui non potest videri quicquam factum
in fraudem si mulier & Titius in rem communem
mutuati sint pecuniam ex ea causa ex qua si non
dedisset pecuniam creditor maius damnum pas-
sura mulier fuerat. Constat enim vtiliter gestum es-
se negotium mulieris. † Illud ergo superest vt in so-
19 lidum conueniri possit: Non quòd, vt parùm acutè
quidam existimant, vtiliter & in rem suam fideius-
sisse videatur, cesseretque eo casu Senatusconsultum
leg. 3. aliquando. 13. ad Senatusconsultum Velleianum. Sed
quia verùm sit eam nullomodo intercessisse quæ ci-
trà fraudem correa debendi facta sit. Idque apparet
ex illis verbis *tunc pro parte intercessionem factam videri,* quæ ad posteriorem distinctionis partem accom-
modata ostendunt manifestissimè nullam in priore
20 parte videri posse factam intercessionem. † Simile
quiddam est in *leg. debitrix. 24. in princip. eod. titul.* vbi
scriptum est, Si debitrix mulier à creditore delegata
pro eo cui delegata est, promiserit non esse iuuādam
exceptione. sed si promiserit pecuniam ne delegate-
tur intercessisse videri. An quòd intercedat reuera
quæ pecuniam promittit ne delegetur? Minimè, sed
quòd in fraudem Senatuscōsulti factum id videatur,
ideoq. perinde habendum ac si mulier intercessisset.
Quare nec in hac specie nec illa quam Africanus
tractat in *dict. § adtim.* haberet mulier mandati actio-
nem si mallet soluere quàm vti exceptione Senatus-
consulti *argum. d. l. si stipulatus. 15. § 1. de fideiuss.* Cùm
tamen mandati actio omnimodo competat ei qui
pro alio intercedit, aut saltem negotiorum gesto-
rum nisi donandi animo aut in rem suam interue-
nerit *l. ex mandato. 29. § 1. & pass. D. mandat. l. si remunerandi. 6. § si passus eod. l. quod dictum. 32. de pact. l. si quis reum. 5. de liber. legat.* † Quod autem sequitur in *l. eadem* 21
et si. 18. eodem tit. ad Senatusconsultum Velleian. idem es-
se si pro meo debitore mulier & Titius duo rei in-
tercesserint, non ita accipiendum est vt eo casu sicut
ex illo quem Africanus tractauerat mulier pro par-
te conueniri possit, pro parte autem iuuari Velleia-
no (nam imò verò nullomodo illa obligatur, sed
Titius solus, & in solidum *l. si Titius, 48 de fideiuss.*)
Sed eò pertinet vt intelligamus ad excludendum 22
beneficium Velleiani non illud satis esse, quòd mu-
lier tanquam correa debendi, ac proinde tanquam
principalis debitrix obligata sit: Quinimò ne tam
facilè sit fraudem Senatusconsulto facere, illud sem-
per inspici oportere, an obligationis causa mulieris
vtilitatem respiciat, an alterius qui cum muliere
obligatus est, siue correus ille sit, *vt in d. § vltim.*
siue alius principalis debitor *vt in dict. l. eadem.* Quam-
quam longè minorem habet dubitationem casus
ille si pro debitore meo Titius & mulier quasi duo
rei intercesserint. Sunt enim illi correi fideiuben-
di, & consequenter fideiussores, sicut & si singuli
pro debitore meo fideiussissent. Quod in correis de-
bendi diuersum est ex quacumque causa constituti
sint *l. eandem. 9. D. de duob. reis.* & ob id nimirum
quoties mulier correa debendi facta proponitur,
necessaria est supradicta Africani distinctio. † Alia 23
quæstio est si de in rem verso agatur. Nam si pater
& filiusfamilias correi facti sint eiusdem pecuniæ
quæ tota ad patrem peruenerit, & filius soluerit,
quamuis suo nomine & vt seipsum à propria obli-
gatione liberaret, actio tamen de in rem verso ad-
uersus patrem competet, non secus ac si filiofamilias
credita esset pecunia, quam filius posteà in rem pa-
tris vertisset. Quoniam in illa actione non de illo
quæritur an filiusfamilias suo nomine an fideiusso-
rio sit obligatus, sed de illo duntaxat vtrum in rem
patris versum sit necne. Eáqua Vlpiani sententia est
in *l. si pro parte. 10. § vlt. de in rem vers.* Vt nulla causa
sit cur eo loco abuti Bartolus debeat ad proban-
dum, ex pluribus correis debendi pro fideiussore ha-
bendum eum ad quem pecunia non peruenit. † Nam 24
extra causam actionis de in rem verso quę non com-
petit nisi aduersus patremfamilias vel dominum ex
contractu inito cum filiofamilias vel seruo, non de-
bet curiosus esse creditor qui plures accipit correos
debendi, in quam rem impendatur pecunia, nisi
quando contrahit cum persona quæ liberam sui om-
nimodo obligandi potestatem non habeat, vt puta
cum muliere obligante se cum alio vel pro alio *d. l. vir vxori in princip.* illo loco, *tunc enim diligentiorem esse debere & d. § vlt. D. ad Senatusconsultum Velleian.*
aut cum filiofamilias *vt in d. l. item si 7. alias l. sed Iulianus §. idem ait si duos ad Senatusconsultum Macedon.* Aut cum pupillo vel minore. quorum ille,
non aliter obligatur ex rescripto Diui Pij quàm si
fiat locupletior *l. 3. pupillus l. si pupilli. 6. l. Nesennius. 34. l. litis. 32. de negot. gest. l. 3. D. commod. l pupillus si in princip. de auctor. tutor.* Hic verò etsi obligatur, in inte-
grum tamen restituitur, nec aliam pecuniam vel red-
dere vel sibi imputare cogitur, quàm ex qua lo-
cupletior factus esse probetur *l. patri. 27. § 1. in fin. de minor. l. siue herede. 32. § interposita de admin. tutor l. prædiorum. 10. Codic. de præd. minor.*

CAPVT II.

Correos debendi numquam vice mutua fideiussisse videri, nisi cùm id nominatim actum est.

SVMMARIA.

1 *Tres diuersæ Doctorum super hac quæstione sententiæ.*

2 *Rationes septem Iohannis glossatoris aduersus eos qui existimarunt correos debendi omni casu fideiubere videri.*

3 *Aliquando contingere vt exceptio vni ex correis competens alteri quoque danda sit, & contrà exceptio quæ prodest reo non prosit fideiussori.*

4 *Res iudicata exceptionem non minus correo, quàm fideiussori prodesse.*

5 *Rem iudicatam pro veritate haberi, arbitri sententiam non item.*

6 *Casus, quibus sententia pro vno ex correis lata alteri correo non prodest.*

7 *Non bene à Ioanne acceptam esse Iuliani mentem in* l. si ex duobus. ff. de duob. reis constit.

8 *Affertur argumentum pro Iohannis sententia, qui vult numquam correos debendi inuicem fideiussisse videri, nisi nominatim id actum sit.*

9 *Eum qui cum filiofamil. mutuam pecuniam accipiente correum se constituit, pro fideiussore non haberi.*

10 *Vnum ex correis debendi in duriorem causam obstringi posse, fideiussorem non item.*

11 *Alia differentia inter correos debendi & fideiussores, ad eorum liberationem siue exceptionem pertinens.*

12 *Liberato reo fideiussorem vel ipso iure, vel exceptionis ope consequenter liberatum intelligi.*

13 *Præcipua ratio propter quam correi debendi vice mutua fideiussisse non intelliguntur.*

14 *Soluitur obiectio contra Iohannis sententiam allata, & probatur ex eo quod in toto ferè iure alia correi, alia fideiussoris ratio est, nullam inter correos initam videri tacitam fideiussionem.*

15 *An secundum Iohannis sententiam societas inter correos debendi inducere possit præsumptionem tacitæ fideiussionis?*

16 *Cuiacij opinio refellitur existimantis correos debendi non vice mutua fideiubere, sed mutuò intercedere videri.*

17 *Correos vetere & nouo iure ab intercessoribus separari.*

18 *Correum pro fideiussore & intercessore haberi eum, qui cum utiliter fideiubere non posset, in fraudem legis vel SCti. correus factus est.*

19 *Cur correos Græci ἀλληλεγγύους vocauerint?*

1 PErtinet † quodammodo ad superiorem disputationem hic quoq; tractatus, An qui ex aliqua causa correi debendi facti sunt vice mutua fideiussisse videantur. Veterum quorundam opinio fuit videri eos omni casu inuicem fideiubere: aliorum post Ioannem primi nominis glossatorem, quæ & magis communiter à cæteris interpretibus recepta est, Numquam id admittendum nisi si aut nominatim id actum sit aut socij proponantur. Media quædam sententia est Iacobi Cuiacij, ad Africanum in *l. vir. vxori 17. § mulier & Titius. D. ad Senatusconsultum Vellean.* vt siue simpliciter correi debendi facti sint, siue socij quoque proponantur non aliter inuicem fideiubere credendi sint, quàm si nominatim id agatur, censeantur tamen vice mutua intercedere, indéque fiat vt à
2 Græcis ἀλληλέγγυοι appellentur. † Ioannis rationes sanè quam permultæ & maximæ fuerunt aduersus primæ sententiæ assertores. Præcipuæ autem hæ quas & Cuiacius probat & improbare recti iudicij nemo possit. Ac illa primum quòd frustra Papinianus in *l. reus. 11. de duobus reis* scriberet, posse sic correos accipi vt vice mutua fideiubeant si cùm simpliciter accepti essent hoc ipso vice mutua fideiussisse viderentur.

Secunda, quòd nullo iuris loco proditum est, Correo debendi qui totum soluerit competere aduersus correum pro partis repetitione mandati actionē, quæ tamen proculdubio competeret, sicut & aliis quibuslibet fideiussoribus mandante, aut quod idem est patiente debitore obligatis, si pro ea parte fideiussor haberetur is qui correus factus est.

Tertia quod neque vspiam scriptum legimus, correum posse pro parte debiti compensare quod correo debeatur, nisi forte socij sint, *l. si duo. 10. D. de duob. reis.* Cùm tamen certi iuris sit posse fideiussorem compēsare id quod debitori creditor debet, *l. si quid à fideiussore. 5. D. de compensat.* Addidi *nisi fortè socij sint*, quia sicuti societas facit vt quod ab vno petitur, ab alio peti videatur, ita facere debet, vt quod vni ex sociis debetur alter in solidum conuentus perinde compensare possit atque si tibi deberetur.

Quarta, quòd si duo sint correi debendi, & vnus compromiserit, & arbiter ab eo peti vetuerit, tum ab alio correo petatur, pœna non committitur si nō sint socij, *l. si duos 34. de recept. qui arbit.* quod secus esset si inuicem fideiussisse crederentur, vt eadem lex innuit in illis verbis *& fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere.* Qui enim à fideiussore petit, ab ipso reo vt ipsa petere intelligitur, & τῇ δυνάμει, *vt ait l. aduersus. 29. eod. tit.*

Quinta, quòd si vnus ex correis debendi confusione obligationis liberatus sit, alter nihilominus in solidum remanet obligatus, quod saltem pro parte debiti non eueniret si pro ea parte qui correus est, fideiussoris loco habendus esset, quemadmodum & si socius proponeretur, *l Granius. 17. de fideiuss* Ideò autem loquor de liberatione quæ per obligationis confusionem contigerit, quòd si ea per capitis diminutionem obtigisset, nō magis fideiussor quam reus liberaretur, in eóque par vtriusque condicio esset, *l. vlt. D. de duob. reis. l. 1. l. sententia. 20. C. de fideiussor l. defensiones. 11. C. de except.* præterquam si agas de fideiussoribus iudicio sisti & iudicatum solui in quib. speciale est vt reo ante sententiam capite minuto ipsi liberentur, quasi fideiussionis condicione numquam extitura, cùm aduersus eum qui libertatem aut ciuitatem amisit sententia ferri non possit, *l. 4. & 9. D. qui satisdare cogant. l. sed & si quis in prin. 4. D. si quis caution.* Vnde fit vt si post commissam stipulationem contingat capitis diminutio ei qui aut iudicio sisti aut iudicatum soluere debuit fideiussores isti teneantur, *d. l. qui satisd. cogant l. sancimus. 26. C. de fideiu.* vt rectè Cuiacius tractat *lib. 19. obser. c. 29.*

Sexta Ioannis ratio fuit, quòd si correus ab aliquo stipulatus sit rem ratam haberi. & ab eius correo petatur qui socius non sit, stipulatio non committitur quæ sanè committeretur si correi aut socij essent aut confideiussores, *l. 1. D. rem rat. habor.*

Septima, quòd si vni ex correis debendi legata est à creditore liberatio, nulla ex parte correus eius liberādus est, cum tamen si pro parte debiti fideiussor esset, pro ea quoque parte liberandus esset non secus atq; si socius proponeretur, *leg. 3. § nunc de effectu. l. si quis reum. 5. de liber. lega.* † Addebat Ioannes, Exceptionē, 3
quæ prodest vni ex correis non prodesse alteri conuento

tento in solidum *ex l. idem. 18. D. ad Senatusconsultum
Vellean.* quæ tamen prodesset fideiussori, *l. si mulier.
16. §. si ab eodem titulo.* Sed argumentum hoc dubium
est & suspectum : siquidem fieri potest vt exceptio v-
ni ex correis competens alteri quoque danda sit, vt
puta exceptio rei iudicatæ, & iurisiurandi, de quibus
mox dicemus. Et contrà vt exceptio quæ prodesset
reo non prosit fideiussori, vt si initum sit pactum per-
sonale De non petendo à reo *leg. nisi hoc actum. 22. de
pact.* si fideiussor donandi animo aut in rem suam in-
teruenerit, *l. quod dictum. 32. eodem dicta l. si quis reum. 5.
de liber. leg.* Si contemplatione iuris Prætorij pro mi-
nore in integrum restituto, *l. Stichum aut Pamphilum.
95. §. quod vulgo de solut.* de cuius sententia & emen-
datione scripsimus lib. 8. capitu. 4. Sane quòd ad Se-
natusconsultum Velleianum attinet aperta differen-
tia est inter mulieris correum & fideiussorem. Cor-
reus enim non iuuatur exceptione Senatusconsulti,
quia non ex mulieris persona, sed ex propria & pro
debito suo conuenitur, *dict. leg. idem cum. §. vlt. l. præ-
ced.* Fideiussor iuuatur quia totam obligationem Se-
natus improbat vt Iulianus loquitur in *dict. § si ab ea.*
id est non tantum principalem obligationem quæ est
mulieris, sed etiam accessoriam quæ est fideiussoris.
Quare si Ioannis rationem nimis generalem coarctes
ad exceptionem quæ datur ex Senatusconsulto Vel-
leiano, aliásque nonnullas eiusmodi probabit opti-
mè : Non quicunque correus debendi est continuò
eum pro correi parte fideiussorem videri, cum alio
hic iure correus, alio fideiussor censeatur. † Idem
4 Ioannes ex eo quoque mouebatur, quòd exceptio rei
iudicatæ quæ haud dubie prodest fideiussori, *l. exce-
ptiones, 7. §. res autem. D. de except.* correo tamen non
prosit, *arg. d. l. si duo. 34. de recept qui arbitr.* Sed in hoc
reprehenditur non male à Cuiacio, quoniam imò ve-
rò non minus correo quã fideiussori ea exceptio pro-
dest, perinde acsi nouatione aut acceptilatione aut
solutione correus liberatus esset *l. si rem aliquam. 31. §.
si duo. D. de nouat.* † Nempe quia res iudicata pro ve-
5 ritate habetur nec fieri potest vt correi absentis obli-
gatio subsistat postquàm pronunciatum est nihil de-
beri. Longéque alia causa est sententiæ arbitri quæ
sicut nunquam transit in rem iudicatam ita pro veri-
tate haberi non potest, ideóque nec ratio vlla est cur
ei stari oporteat nisi metu pœnæ : quia ex compromis-
so non exceptio vt ex re iudicata, sed pœnæ tantum
petitio nascitur, *l. 2. & pass. de recept. qui arbitr l. 1. C. eo-
6 dem.* † In quo tamen cauendum est ne decipiamur.
Nam si ponas duos debendi correos ex causa depositi
factos esse, alterum autem cum quo priore actum sit
depositi ideò absolutum esse, quòd dolo careret, non
statim consequens est alium correum, cuius dolus in-
teruenerit tutum esse debere exceptione rei iudicatę.
Quin imò post rem pro alio iudicatum ad eum per-
ueniri poterit vt condemnetur *l. prima §. si apud duos
43. in fi. deposit.* Toties igitur sententia pro vno ex cor-
reis lata alteri proderit quoties in rem non in perso-
nam concepta erit, id est quoties de ipso contractu &
de re non de persona iudicatum erit. Eadémque exce-
ptionis iurisiurandi ratio est, siue iusiurandum com-
pares rei iudicatæ *leg. prima & secunda. D. de iureiu-
rand.* siue dicas habere instar iudicij *leg. qui iurasse. 26.
§. vltim. eodem.* Nam & rem totam in iudicium dedu-
cere quilibet ex correis solus potest, *dict. l. si rem. §. si
duo de nouat.* Siue denique iusiurandum malis esse si-
mile solutioni, *leg. iusiurandum. 27. de iureiurand.* Neque
enim dubitatur quin solutione per vnum ex correis
facta alius quoque liberetur, totáque obligatio peri-
matur, *leg. secunda. §. primo de duobus reis.* Sed hoc quo-
que etiam accipi debet, si modò ideò interpositum est
iusiurandum vt de contractus iure & de re non de
persona iurantis ageretur : alioqui nec fideiussori
prodesset iusiurandum debitoris. *leg. in duobus. 28. in
principio. & §. primo eodem titulo de iureiurando.* † Re- 7
prehenditur etiam non male idem Ioannes à Cuia-
cio in eo quod putabat si Titius & Stichus seruus
Sempronij accepti essent duo rei promittendi extra
causam peculiarem, Sempronium teneri de peculio
ex Iuliano *in lege si ex duobus 12. in fine de duobus reis.*
qui tamen non teneretur si seruus fideiussisset, quo-
niam fideiussionis nomine obligari seruus nullomo-
do potest, *leg. tertia. leg. sed etsi. 20. de fideiussor.* Longè
enim alia illo loco Iuliani sententia est, quia nec Cu-
iacius ipse percepit, vt sequenti capite docebimus.
† Addi potest pro Ioannis sententia fortissimum ar- 8
gumentum, *ex lege idem in duobus 28. de pact.* vbi Pau-
lus scribit, Idem in duobus reis promittendi & ar-
gentariis sociis dicendum esse, quod in lege præce-
denti dixerat de fideiussore in rem suam obligato, ni-
mirum, vt pactum cum vno ex iis factum de non pe-
tendo prosit alteri si in rem non in personam con-ce-
ptum sit. Sic enim non obscurè innuit in duobus reis
promittendi qui socij non sint, aliud respondendum
esse, nec vnius conuentionem licet in rem concep-
tam alteri prodesse. Et tamen si vice mutua fideiussis-
se intelligerentur, certè pactum vnius, dum ne in
personam conceptum esset, prodesset alteri etiam
non socio, eo scilicet iure quo pactum rei prodest fi-
deiussori, *l. & heredi. 21. §. vlt. eod. titul.* Pro ea nimirum
parte debiti pro qua correus fideiussisse videretur. † 9
Addo etiam, quod Vlpianus ex Iuliano tractat *in l.
item si 7. alias leg. Iulianus. §. idem ait si duos ad SC. Ma-
ced.* Si duos reos accepero filiumfamilias & Titium
cùm ad filiumfamilias peruentura esset pecunia, ideò
autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor
auxilio Senatusconsulti vteretur, dandam esse vtilẽ
exceptionem aduersus fraudem. Nam si ita ius esset,
vt duo correi debendi inuicem fideiubere videren-
tur, non magis prodesset mihi correum Titium acci-
pere quàm fideiussorem, neque necesse esset ad vti-
lis exceptionis auxilium confugere cum directe sal-
tem pro debiti parte competeret. Neque via hæc ad
fraudem comminiscendam apta esset, quam tamen a-
tissimam esse lex ait, quia correus debendi pro fide-
iussore haberi non solet. Ob idque vtilem ex Sena-
tusconsulto exceptionem dari necesse est, non dire-
ctam quæ daretur vtique si Titius filijfamilias fide-
iussor proponeretur. † Alia nec inelegans inter cor- 10
reum debendi & fideiussorem differentia est, quòd
ex pluribus correis debendi potest vnus purè obliga-
ri alius in diem aut sub condicione, qua pendente
non eò minus conuenietur in solidum qui pure ob-
ligari voluit, *leg. ex duobus 7. de duobus reis. §. vltim. In-
stitut. eodem.* At fideiussor pure accipi non potest, si de-
bitor in diem tantum aut sub condicione obligatus
fuit, ne in duriorem causam contra iuris regulam ob-
stringatur, *l. græce. 8. §. illud commune, lege fideiussor, 57.
D. de fideiussoribus.* Quamuis & correis debendi & fi-
deiussoribus commune illud sit, vt ex vtriusque per-
sona, ratio proprij temporis quod obligationi tacitè
inest habeantur, *l. eandem, 9. §. vlt. de duob. reis. l. si testa-
mento, 49. §. vltim. de fideiuss. iuncta lege continuus, 137. §.
cùm ita. de verborum obligatione.* † Accedit quòd si al- 11
terutrius ex correis debendi personam obligatione
eximere creditor voluerit, siue expresso eo vt alteri
ea res non prodesset, siue nõ expresso (nihil enim re-

ferret dummodò socij non sint) nihilominùs saluam
ac integram habet in correum actionem, nec ea re-
pellitur exceptio quam nos cedendarum actionum
appellamus. Multum namque interest vtrum res ipsa
quæ debetur soluatur, an persona liberetur. Illo casu
vterque liberatur vno tantum soluente. *lege secunda.*
lege tertia. §. vltimo de duobus reis. Isto verò cùm per-
sona duntaxat liberatur manente obligatione, alter
durat obligatus *dicta lege Granius. 71. de fideiuss. dicta*
12 *lege vltima de duobus reis.* In fideiussore contrà. † Nam
liberato reo fideiussor per consequentias liberatus
intelligitur, *lege si fideiussor. 19. D. de dolo.* nec fieri po-
test vt sublata principali obligatione subsistat fide-
iussoria, quæ non nisi accessoria est. Quòd si debitor
non ipso iure, sed tantum per exceptionem puta pa-
cti de non petendo liberatus proponatur, constat
quidem non competere fideiussori exceptionem ce-
dendarum actionum quæ non nisi ratione confide-
iussorum datur, cùm aduersus reum indemnis serua-
ri possit mandati actione aut negotiorum gestorum,
sed tamen prodest vt iam diximus pacti exceptio fi-
deiussori, nisi merè in personam conceptum pactum
fuit *dicta lege & heredi. 21. §. vltimo cum lege sequent. D.*
de pact. Ex his igitur apparet correum debendi qui se-
rè in omnibus alio iure censeatur quàm fideiussor
13 pro fideiussore haberi non posse. † Sed præcipua ra-
tio illa est quam nos initio attigimus: quod si correi
debendi vice mutua fideiubere intelligerentur, con-
sequens esset ei qui solidum soluisset competituram
pro partis repetitione mandati actionem si manda-
tum præcessisset, aut negotiorum gestorum si manda-
tum nullum interuenisset, *lege ex mandato. 20. §. 1. D.*
mandat. quod tamen nusquam est proditum, vt pluri-
bus dicemus infra capitulo sexto & septimo. Dices
fortasse malas esse superiores omnes Ioannis colle-
14 ctiones & ratiocinationes. † Nam & cùm ita acce-
pti sunt correi vt vice mutua fideiubeant, constat ta-
men posse creditorem contra vnum ex correis sic a-
gere vt non tanquam fideiussorem conueniat pro
parte, sed in solidum tanquam correum & principa-
lem debitorem. Siquidem mutua illa fideiussio non
impedit aut immutat correorum obligationem. Por-
rò eo casu quo interueniente etiam expressa fideius-
sione correus tanquam correus in solidum conuenia-
tur, nemo dixerit eandem correi quam fideiussoris ra-
tionem esse, quia non tam illud inspiciendum est, an
qui conuenitur fideiusserit, quàm quo iure & an qua-
si fideiussor conueniatur. *dict. l. reos. §. 11. de duobus reis.*
Ergo quemadmodum ea res non facit, quominus ve-
rum sit correos vice mutua fideiussisse, cum expressè
fideiusserint, ita, inquies, non potest recta esse conse-
cutio si ob id solum quòd in toto ferè iure alia correi,
alia fideiussoris ratio est inferre quis velit, nullam in-
ter eos initam videri tacitam fideiussionem. Verùm
respondeo, imò rectissimam esse consecutionem
hactenus vt inferri possit: Correum qui non nisi
tanquam correus obligatus est hoc ipso fideiussisse
non videri, nec fieri posse vt alio iure quàm quasi
correus conueniatur. Alioqui nihil interesset an cor-
rei simpliciter accepti essēt, an ita vt vice mutua fide-
iuberent: quod tamen satis apertè Papinianus negat
15 in *dicta lege reos.* † Quòd verò Ioannes exceptio-
nis loco addebat, *Nisi correi socij essent*, meritò dis-
plicuit Cuiacio, quia tametsi societas in plerisque
tantum præstet quantum mutua fideiussio, non po-
test tamen inducere præsumptionem tacitæ fideius-
sionis. Quin vel eò minus quòd ea fideiussio nullius
planè effectus esset hinc dicimus, si duo correi de-
bendi sint socij pactum vnius alteri prodesse, non
quòd alter ille pro fideiussore habendus sit, sed quia
eius qui pactus est interest, vt à correo qui absens
fuit nihil petatur, quoniam qui solueret idipsum
correo societatis iudicio reputaret *leg. 3. §. nunc de ef-*
fectu de liber. legat. quod non contingeret inter eos
qui socij non essent. Toties enim vnius conuentio
alteri prodest quoties paciscentis principaliter in-
terest vt prosit. *dicta lege & heredi. 21. §. vltim. de pact.*
cum seqq. Inde etiam fit quod Papin. scribit *in l. si duo.*
10. de duobus reis. Compensationem quam alter ex
correis obiicere posset, ab altero quoque posse obii-
ci si socij sint non aliter. Hinc denique ne singula
recenseam quod idem Papin. *in l. eandem. 9. §. penult.*
eno eodem. Pactum vnius ex depositariis correis cui
culpa remissa est prodesse alteri, ita demùm si socij
sint & culpa communis interuenerit, *Culpa*, inquam,
communis quia socius pœnam, quam ex propia culpa
meruisset socio reputare non posset *l. qui proprio. 46.*
§. item contrà de procurat. lege si communis. 9. lege si ex
duobus. 17. §. primo de noxal. action. Nec sanè vllus iuris
locus est qui Ioannis sententiam tueatur, vt ex iis
apertiùs constabit, quæ nos infrà tractabimus capi-
tul. 16. *ad l. in lege. 62. D. ad legem falcidiam.* † Restat 16
vt eiusdem Cuiacij quoque nouam opinionem om-
nium improbabilissimam refellamus, qui etsi fatetur
cum Ioanne, correos debendi vice mutua fideiube-
re non videri, contendit tamen quod ante eum ne-
mo vnquam dixit, videri eos mutuo intercedere *ex*
l. vir. vxori. 17. §. mulier & Titius ad S. C. Velleian. Pror-
sus insubtiliter. Etsi enim non ignoro aliud esse fi-
deiubere, aliud intercedere, latiùsque patere inter-
cedendi quam fideiubendi vocabulum: Tamen
quisquis intercedit eum necesse est aut fideiussorem
esse aut sponsorem, aut mandatorem, aut promisso-
rem, aut adpromissorem, aut constitutorem, aut de-
nique aliud quid simile, quorum omnium nihil est
quod de correo debendi commodè dici possit. † A- 17
lioqui nihil causæ fuisset cur iure vetere correi se-
pararentur ab intercessoribus, & iure nouo. Nam
cùm Iustinianus Nouell. 4. *De fideiussor.* beneficium
ordinis dedisset omnibus non modò fideiussoribus
& mandatoribus, sed etiam intercessoribus, quid e-
rat cur posteà Nouell. 99. idem priuilegium produ-
ceret ille ad correos? Aut cur daret iis beneficium
diuisionis quod iam antè ab Hadriano datum confi-
deiussoribus & mandatoribus ex eadem æquitatis ra-
tione tractum fuerat per interpretationem ad con-
stitutores tanquam qui essent quoque intercessores
l. vltim. C. de constitu. pecun. † Nec verò moueri vir do- 18
ctissimus debuit *ex d. §. vltim. l. vir vxori ad Velleian.*
Est enim locus ille de muliere correa debendi facta
in fraudem Senatusconsulti, habétque specialem ra-
tionem quam nos in superioribus iam sæpiùs incul-
cauimus, quòd cùm obligationis correorum prętex-
tus quæritur in fraudem legis ad obligandam eam
personam quæ vtiliter fideiubere non posset, æquis-
simum sit non tantùm pro intercessore quolibet, sed
etiam pro fideiussore haberi eum qui in fraudē cor-
reus factus est. Si non in eius vtilitatem pecunia ver-
sa sit. Ne aliter posito iure facilè legi fraus fiat, indu-
cto eo, vt qui quasi intercessor obligari non posset
tanquam correus obligaretur. Itaque finge ad indu-
cendā Senatuscōsulti Velleiani exceptionē nō suffi-
cere vt mulier quocūque modo intercesserit, nisi etiā
fideiusserit. An eò minùs in specie *d. §. vlt.* locus esset
Senatuscōsulto? Imò esset. Alioqui perinde fraus fie-
ret Senatusconsulto muliere constituta correa de-
bendi

bendi si non tantùm pro intercedente, verùm etiam pro fideiubente haberetur. Non est igitur hac parte separanda intercessio à fideiussione. Similiter si Titius & filiusfam. correi facti sint cum ad solum filiumfamilias perventura esset pecunia, ideò duntaxat adhibito Titio ne quasi fideiussor filiifamilias auxilio senatusconsulti vteretur, dicimus Titio, dandam vtilem exceptionem aduersus fraudem *dict. l. item si 7. alias l. sed Iulianus §. idem ait si duos de S.C. Maced.* Non alia ratione quàm quia pro fideiussore habendus sit qui in fraudem correus factus est ob hoc ipsum ne fideiussor esse videretur. Proinde nec aliud iuris esset si solis filiisfamilias fideiussoribus non etiam aliis quibuscunque intercessoribus Senatusconsulti exceptio prodesse posset. Vt intelligamus nihil hîc intercessionem differre à fideiussione. Extra hos casus & si qui sunt similes numquam correus debendi censetur vice mutua fideiubere tametsi nihil ad eum peruenerit, vt superiore capite
19 ostendimus † Nec quod Græci eos ἀλληλεγγύους vocant quicquam facit. Id enim ideò factum videri potest quod accommodatius nihil haberent ad exprimendam vno nomine vt solent potestatem obligationis, quæ inter correos sic contrahitur ab alterutro etiam ad quem nihil peruenit perinde solidum peti possit ac si tanquam correi fideiussor obligatus esset. Aut ob id etiam fortassis quod plerumque sic accipi correi solerent vt inuicem quoque fideiuberent, quandoquidem ea cautio creditori nocere posse non videbatur. Fefellitque fortassis ea res Tribonianum vt quod ab Hadriano & Iustiniano inductum iam fuerat beneficium diuisionis & ordinis fauore fideiussorum, idem ille in correis etiam inducendum putaret, quasi eadem æquitatis ratio subesset. cùm tamen non solùm iuris constitutio. sed ipsa quoque conuentionis substantia omnino repugnaret: quemadmodum docebimus infra cap. 4. ad Nouell. 99. Fefellit etiam virum doctissimum Iacobum Cuiacium vt in quæstione ista intercessionem à fideiussione separandam putauerit, quòd non aliter sibi visus est posse explicare Venuleij contextum *in §. 1. l. si ex duobus. 12 De duob. reis.* De cuius sententia quoniam per obscura est, necdum à quoquam vt mihi videtur percepta, superest vt nonnulla subiiciamus.

CAPVT III.

Explicatur subobscurus necdum intellectus Venuleij locus in l. si ex duobus 12. §. 1. De duob. reis.

SVMMARIA.

1 *Verbum* constitui *in d. §. 1. esse præteriti actiui, non infinitiui passiui.*
2 *Quæ sit Venuleij sententia in primis d. §. verbis?*
3 *Correos in d. §. dici non posse Titium & pupillum, à quibus impar suscepta est obligatio.*
4 *Diem & conditionem obligationi adiectam non inducere disparitatem in substantia obligationis.*
5 *Differre causam duriorem à dispari.*
6 *Disparitatem in substantia obligationis esse, quum vnus ex correis in solidum obligatur, alius autem vel nullo modo, vel tantum secundum quid.*
7 *Obligationis substantiam ex ipso contractu & negotij gestione, non ex euentu æstimari.*
8 *Non semper correos esse, qui simul obligantur, & quidem singuli in solidum.*
9 *Titium & pupillum quorum in princ. d. §. mentio fit, correos non esse.*
10 *Titium & Stichum Sempronij seruum à quibus creditor stipulatus est, in altera specie d. §. correos debendi non esse.*
11 *Serui personam in dicta specie correorum constitutioni impedimento esse.*
12 *An seruus ille dominum correum reddere possit?*
13 *An, si tantundem sit in peculio serui, quantum in obligatione, dominus correus constituatur?*
14 *Refutatur Doctorum interpretatio ad illa Venuleij verba*, quanquam si seruus spoponderit, in actione de peculio &c.
15 *Seruum à pupillo in dictis verbis non separari.*
16 *Cur in dicto versiculo addita sint verba illa*, in actione de peculio?
17 *Dubitandi causa, propter quam videbatur, Stichum seruum, qui se cum Titio obligasset, Titij correum fieri posse.*
18 *Titium & filiumfam. si eo animo spondeant, vt duo rei fiant, vtiliter & tanquam correos obligari.*
19 *Sententia horum verborum*, ac si liber fuisset.
20 *Duplicem in seruo conditionem spectandam esse.*
21 *Respondetur ad rationem dubitandi suprà propositam.*
22 *Filiumfamilias & seruum, quod ad actionem de peculio parum aut nihil differre.*
23 *Cur filiusfamilias correus constitui possit seruus non item?*
24 *Alia interpretatio ad dictum versiculum affertur?*
25 *Titium & Stichum seruum correos constitui non posse propter disparitatem obligationis in substantia.*
26 *Cur eo casu Titius solus in solidum, non autem serui dominus de peculio obligetur?*
27 *An eo casu Stichus seruus pro interuentore accipiendus sit?*
28 *Aliam esse hac parte pupilli locupletioris facti, aliam verò Stichi serui rationem.*
29 *Venuleij responsum ad eam speciem pertinere in qua nec pupillus locupletior sit factus, nec in rem domini versa sit, aut ex causa peculiari debita pecunia.*
30 *Probatur ex Venuleio correos debendi vice mutuâ non intercedere.*

ET constructio & interpretatio verborum quibus Venuleius hoc loco vtitur ambigua est. Sic enim habent, *Si à Titio & pupillo sine tutoris autoritate stipulatus fuero eadem decem, vel à seruo, & quasi duos reos promittendi constitui, obligatum Titium solum Iulianus scribit, quamquam si seruus spoponderit, eadem in actione de peculio obseruari debent ac si liber fuisset.* † Putat autem 1
Accursius verbum illud *constitui* esse infinitiui passiui, cùm tamen apertissimum sit esse præteriti actiui, vt denotat præcedens illa particula *&*, quæ sequentia superioribus sic coniungit, vt appareat referri non posse ad id quod sequitur *Iulianus scribit.* Nam etsi dempta particula *&* ita scriptum esset *Iulianus scribit quasi duos reos promittendi constitui obligatum Titium solum* nullius planè sensus lectio esset, nisi legeres quomodo quidam ob hanc causam legunt *obligatúmque*, non vt vulgò *obligatum.* At vulgata non solùm rectior, sed sola recta est. Sunt enim ista prorsus contraria duos promittendi reos constitui, & Titium solum obligari. Siquidem duobus correis debendi ritè & vtiliter constitutis, vtrumque perinde & æquè obligatum esse necesse est. Nisi rursum ad Azonis interpretationem confugias, qui correos in proposita specie cõstitutos fuisse ait sola animi destinatione, quasi verò non de illo quæreat Iuriscõsultus an reuera correi facti sint, non item an sola animi destina-

3 tione. † Venuleij igitur in primis verbis ſententia
hæc eſt,ſi à Titio & à pupillo ſine tutoris autoritate
ſtipulatus fuero eadem decem, aut à Titio & à ſeruo
ea mente,vt duos promittendi reos conſtituerem, nō
ideo tamen correos videri ſactos, ſed obligatum eſſe
ſolum Titium, idque Iuliano quem Venuleius re-
fert,viſum eſſe. † Ratio nec obſcura eſt,nec inelegás.
5 Illa nimirum quòd correi dici non poſſint à quibus
impar ſuſcepta eſt obligatio,quemadmodū elegan-
ter Papinianus ſcribit *in l.eandem.9.§.1.eod.tit.* Atqui
cùm à Titio & à pupillo ſine tutoris auctoritate ſti-
pulatus ſum,conſtat Titium in ſolidum obligari(po-
nimus enim nihil eſſe, quod impediat ne obligari
poſſit) pupillum autem non aliter quàm ſi locuple-
tior factus ſit,ex Diui Pij conſtitutione : Atq; ita ne-
gari non poteſt,quin ab iis impar ſuſcipiatur obliga-
tio cùm ſi pupillus nulla ex parte locupletior factus
ſit nullomodo obligetur ſaltem ciuiliter, Titio inter-
ea manente ciuiliter obligato : Si verò pars pecuniæ
ad eum peruenerit, pro ea duntaxat parte obligatio
contrahatur,quòd ad eam pertinet, quòd ad Titium
verò in ſolidum. Ergo correi eſſe non poſſunt. Plané-
que falſum eſt,quod Accurſius,Bartolus,& cæteri o-
mnes contrà ſcribunt eſſe correos, & diſparitatem in
obligationis ſubſtantia non impedire correorum cō-
ſtitutionem. Repugnat enim Papinianus euidentiſſi-
4 mè ſupradicto loco. † Nec ſimile eſt,quod dici ſolet,
Ex duobus reis promittendi alium purè, alium in dië
vel ſub conditione obligari poſſe.*l.ex duob.7.eo.tit.* Id
enim fit,non quia diſparitas illa, quæ ex diei aut cō-
ditionis adiectione naſcitur reduci ſperetur ad pari-
tatem, vt Bartolus loquitur *in dict. l.eandem. §.1.&
ad dict.l.ex duobus.* Sed quoniam adiecta dies aut
condicio non inducit diſparitatem in ſubſtantia ob-
bligationis. Dies namque non impedit ne ſtatim ob-
ligatio naſcatur, licet ante diem nulla ſit petitio:
Condicio autem licet remoretur natiuitatem, vt ita
dicam obligationis,tamen iam inde ab ipſo initi con-
tractus tempore obligationis initium quoddam con-
ſtitui patitur,ac ſtipulatori ius illud acquiri,vt quan-
docunque eueniens condicio retrotrahatur perindé-
que ſit ac ſi ſtipulatio ab initio pura extitiſſet : Vnde
illud etiam fit, vt eius actionis quæ ex conditionali
ſtipulatione ſperatur ipſa quoque ſpes in heredem
tranſmittatur,*§.ex conditionali Inſtitut. de verbor. obli-
gat.* & qui ſub conditione ſtipulatus eſt, pendente
etiam conditione creditor exiſtimetur, *l. is cui 42. de
oblig. & action.* Quod ſi ita eſt, nec faciet condicio
quominùs ea pendente qui promiſit debitor dici de-
beat,tametſi ab eo peti nihil poſſit. Sunt enim debi-
toris & creditoris nomina correlatiua quorum alte-
ro poſito alterum quoque poni neceſſe eſt, neque ve-
rò debiti exactio cum obligationis ſubſtantia com-
mune quicquam habet. Itaque ſi correi ſic accepti
ſint vt vnus purè alius in diem aut ſub conditione o-
bligaretur,ſicuti non erit impedimento dies aut con-
dicio quominùs ab eo qui purè obligatus eſt totum
interim petatur, ita neque obſtabit quominùs ſta-
tim vtilis correorum obligatio contracta videatur,
licet ea lege vti ne ante diem vel conditionem vr-
geatur is qui non niſi in diem, aut ſub condicione
obligari voluit. Alioqui nec eueniente die aut con-
dicione ſtipulatio conualeſceret, quæ ab initio non
valuiſſet. Illud ſanè verum eſt in duriorem cauſam
accipi eum qui purè obligatur quàm qui in diem vel
ſub conditione, ob idque conſtitutum eſſe vt purè
fideiuſſor dari non poſſit ab eo, qui in diem tantùm
debeat,aut ſub conditione. *l.græcè. 8.§.illud commune
l.fideiuſſo decimaſexta paragrapho,ſed etſi reus. D. de fi-
deiuſſ.* † Sed multùm differt cauſa durior à diſpa- 5
ri, nihilque vetat quin pluribus ad eandem rem ob-
ligatis, par ſit quòd ad omnes obligationis ſubſtan-
tia,vni tamen durior ſit obligatio quam alteri. Qui
enim duriorem aut leuiorem obligationem dicit, ad
obligationis executionem reſpicit potius quàm ad
ſubſtantiam, quæ vt dixi ab executione & petitio-
ne omnino differt. In eóque alia correi alia fide-
iuſſoris ratio eſt. Correus in duriorem cauſam acci-
pi poteſt dum ne in duriorem obligationem: fide-
iuſſor verò etiam in diſparem obligationem dum in
duriorem cauſam. † At in ea ſpecie, quam ex Iu- 6
liano & Venuleio tractamus, diſparitas eſt in ip-
ſa obligationis ſubſtantia, quod nec Bartolus diſ-
fitetur. Pupillus enim quem cum Titio tanquam
correum ſpopondiſſe ponimus, eſt omnino incapax
ſuſcipiendæ ſine tutoris autoritate ciuilis obligatio-
nis præterquàm vno illo caſu quo factus ſit locu-
pletior. Quæ porro diſparitas maior eſſe poteſt quàm
vt vnus ex correis in ſolidum obligetur, alius au-
tem vel nullomodo, vel tantum ſecundum quid?
† Quare nec aliud eſſe putabo ſi fingas totam pe- 7
cuniam cuius ratione contracta fuerit correorum
obligatio, ad pupillum ſic perueniſſe, vt locuple-
tior in totum factus ſit. Etſi namque hoc caſu fu-
turum eſt vt pupillus ex ſupradicta Pij conſtitutio-
ne in ſolidum obligetur perinde ac ſi pupillus non
eſſet, fit tamen id occaſione potiùs quàm iure vt v-
tar verbis Iurec. *in lege tertia, de riuis.* id eſt non tam
quòd pupillus in ſolidum obligari verbis potuerit,
quemadmodum Titius, quàm quia ex facto ſic acci-
derit vt in ſolidum ſit reipſa locupletatus:abſurdúm-
que eſſet obligationis ſubſtantiam eam dici,quæ non
ex ipſo contractu & negotij geſtione, ſed ex euentu
æſtimaretur : nec quod pupillus eo caſu ſicut & Ti-
tius in ſolidum obligaretur, facit vt ſtatim correi cē-
ſeri debeant. † Poteſt enim fieri vt ambo obligentur 8
& quidem ſinguli in ſolidum, nec tamen ſint correi,
nempe ſi vnius obligatio ex ſtipulatione, alterius ve-
rò ex re ipſa proficiſcatur, quamuis eodem tempore
non reſponderint,licet ſecus ſit in eis correis de qui-
bus per vnicam ſtipulationem obligandis actum eſt
d.l.ſi ex duobus in princ.l.duos.6.§.vlt.eod tit. Cur enim
quæramus quo tempore aut quibus verbis facta ſit
reſponſio, cùm non ex reſponſione obligatio naſca-
tur, ſed ex eo,quòd qui reſpondit locupletior factus
eſt? Certè cùm verborum obligatio contrahitur,dici-
mus obligari eum ex correis, qui ex tempore reſpon-
dit,non etiam eum qui ex interuallo *d. l. ſi ex duobus.
& d.l.duos.§.vlt.* quia cōtinuus actus ſtipulātis & pro-
mittentis eſſe debet *l. continuus.137.de verb.obligat.* † 9
Concludamus igitur ſi à Titio & pupillo ſine tutoris
autoritate ſtipulatus ſim quaſi correos accepturus,
nullo caſu fore eos correos, præſertim verò ſi non ſit
pupillus in totum factus locupletior. Hunc enim ca-
ſum à Iuliano & Venuleio tractatum fuiſſe ex eo ap-
paret quod aiunt Titiū ſolum obligatum eſſe : Cùm,
vt diximus,pupillus ſi locupletior factus eſſet,aut pro
parte,aut in ſolidum obligaretur. Niſi quis verba le-
gis velit intelligere de obligatione quæ verbis con-
trahatur,in qua fieri nequit vt vnquam Titius pupil-
lum correum habeat, ne tùm quidem cùm pupillus
locupletior factus eſt, quia quod eo caſu obligatur
fit non ex vi ſtipulationis ſed ex reſcripto Diui Pij
non tam ad id reſpicientis quod pupillus promiſerit,
quàm quod locupletior factus ſit. Nā & citrà promiſ-
ſionē ſi locupletior factus eſſet perinde teneretur vt
docuimus

docuimus *lib.8. cap.5.* & dicemus pluribus cùm sepa-
10 ratim de pupillari tractabimus obligatione. † Alia
species à Venuleio proposita illa est, si à Titio & à
Sticho seruo Sempronij stipulatus sim & quasi duos
promittendi reos constituerim. In qua similiter con-
cludit solum Titium obligatum esse, & consequenter
non esse contractam correorum obligationem. Nam
si contracta esset, ambo essent obligati. Ratio eadem
ipsa est quam in pupillo attulimus, quæque generali-
ter locum sibi vindicat, quòd correi esse non possint à
11 quibus impar obligatio suscipitur. † Immò hoc plus est
ad impediendam correorum constitutionem adhibita
serui persona, quòd nullo modo nullóque casu obli-
gari ciuiliter seruus potest: quippe qui iure ciuili ha-
ctenus tantùm sit cognitus vt pro nullo & mortuo
habeatur. Pupillus verò vt dixi vno saltem casu obli-
gatur ciuiliter etiam sine tutore, scilicet si factus sit
12 locupletior. † Planè quoniam ex promissione seruus
obligatur naturaliter, euenit vt dominum quoque
obliget de peculio. Sed non facit ea res vt vel vtili-
ter ipse correus debendi fiat qui non obligatur ciui-
liter vel correum reddat dominum, quia neque igno-
rans correus quispiam fit, licet ignorans dominus ex
contractu serui obligetur de peculio, neque obligatio
illa domini peculio tenus potest vlla ratione videri
par obligationi Titij quæ & absolutè & in solidum
13 contrahitur. † Proinde non distinguemus an plus mi-
núsve sit in peculio quàm in obligatione. Quamuis
enim tantundem consequi possim actione de peculio
aduersus Sempronium, quantum ex stipulatu aduer-
sus Titium, non ideò tamen futurum sit vti ne dispar
sit Titij & Sempronij obligatio, quia semper verum
est sic contractam obligationem vt Titius omnimo-
do & absolutè in solidum teneatur. Sempronius verò
nō nisi de peculio, ne repetam quod dixi correum de-
bendi ex stipulatu fieri non posse eum qui ipse non
spoponderit, inutilémque ex ea causa esse serui pro-
missionem. † Nec puto quisquam ex interpretibus
14 dubitaret quin supradicta omnia vera essent, adeò
sunt aperta & explorata, nisi scrupulū iniecisset quod
apud Venuleium sequitur, *quanquam si seruus spopon-
derit, in actione de peculio eadem obseruari debent ac si li-
ber fuisset.* Sic enim ea verba vulgò nostri acceperunt
quasi eandem speciem Venuleius prosequatur de Ti-
tio & Sticho & Sempronij seruo correis debendi cō-
stitutis. Et hoc sibi velit, vt vtilis sit in vtriusque per-
sona obligatio, ac in solidum agi possit cum Sticho
aut potius cum Sempronio Stichi nomine de peculio,
quemadmodum si Stichus liber homo fuisset in soli-
dum ex suo contractu conueniretur. Quod si ita esset
non video qua subtilitate assequi possemus ne secum
Venuleius pugnaret. Nam in præcedentibus de seruo
nō secus ac de pupillo qui sine tutoris autoritate pro-
misisset locutus, negauit valere eiusmodi correorum
obligationem, dixitque solum Titium obligatum es-
se, id est non etiam pupillum, non etiam seruum eiús-
15 ve dominum. † Deinde cum postrema hæc legis ver-
ba nullomodo conueniant pupillo, fatendum esset
Venuleium distinguere hac parte pupillum à seruo,
faciliusque admittere vt seruus fieri correus debendi
possit quàm pupillus. Alioqui cur de seruo tantùm
non item de pupillo loqueretur si eandem vtriusque
causam esse arbitraretur? Atqui diximus multò minus
seruum quàm pupillum fieri correum posse, longéque
magis disparem esse obligationem adhibita serui quā
pupilli persona, quoniam pupillus vno saltem casu &
ciuiliter & in solidum obligari potest, seruus autem
16 nullo. † Denique illud obseruandum est, non ita ge-

neraliter Venuleium dicere, Seruo promittēte eadem
obseruari debere ac si liber fuisset, sed addere *in actio-
ne de peculio*, nō agitur in quæstione proposita, quæ sci-
licet non ad actionem de peculio pertinet, sed ad cor-
reorum debendi constitutionem. Nostri verò prorsus
hîc desipientes sic interpretantur ac si scriptum esset
simpliciter & generaliter, cùm de correis constituen-
dis agitur, nihil referre seruúsne an liber homo se cum
Titio obligauerit, quod non minus à Iurecōsulti ver-
bis sensuque quàm à iuris ratione alienum sanè est. † 17
Quid ergo sibi vult, inquies, hic versiculus? Dubitan-
di nimirum causam continet, propter quam videba-
tur, Stichum qui cum Titio se obligasset, Titij correū
fieri posse, non secus ac si filiusfamilias tanquam cor-
reus spopondisse proponeretur. † Nam si Titius & 18
filiusfamilias Sempronij eo animo stipulāti mihi spo-
pondissent vt duo rei fierent, dubitari non posset quin
vtiliter & tanquam correi obligarentur, quia filiusfa-
milias ex omnibus causis obligatur tanquam paterfa-
milias & ideò agi cum eo tāquam cum patrefamilias
potest, *l. filiusfamilias. 39. de oblig. & action. l. tam ex con-
tractibus. 57. de iudic.* Nec quod filiusfamilias nihil ha-
beat vnde soluere possit præterquam ex peculio, ad rē
facit: non magis quàm si ex duobus patribusfamilias
correis constitutis alter esset locupletissimus, alter nō
soluendo. Mihi namque imputare debeo qui cùm
correos acciperem, inopis æque ac diuitis correi fidem
sum secutus: neque ferendum est vt obligationis sub-
stantia ex soluendi facultate aut facilitate considere-
tur. Cùm itaque in filiofamilias tale ius obtinet, vide-
ri fortasse poterat, non aliud in seruo obtinere debe-
re. Cuius scilicet eadem ferè semper soleat esse ratio
quæ filijfamilias, maximè verò in actione de peculio.
Hic enim dominum ille patrem de peculio obligat
contrahendo. † Et quod lex ait, *ac si liber fuisset*, non a- 19
liam sententiam habere potest quam quæ interpreta-
tioni nostræ respondet *ac si filiusfam. fuisset.* Neque e-
nim liber quisquam est ex cuius contractu detur a-
ctio de peculio, præterquam filiusfamilias. † Cúm- 20
que in seruo duplex conditio spectanda sit, vna quod
seruus est non liber, Altera, quòd in alterius potesta-
te: si per hypothesim tollas seruitutem, superest ius
potestatis quod efficit vt adhuc filiofamilias compa-
rati seruus debeat potius quam patrifamilias. Nam fi-
liusfamilias ita est in aliena potestate vt tamen non
eò minus sit liber. Cur non ergo in correorum obliga-
tione constituenda idem ius erit serui quod filijfami-
lias quemadmodum esset in actione de peculio? Et
hæc sanè perelegans erat dubitandi ratio. † Sed pro 21
Iuliano & Venuleio respondendum est quod iam in-
dicauimus, valde interesse vtrum de cōstituendis cor-
reis agatur, an de actione De peculio. Nam actio de
peculio quoniam contra patrem aut dominum datur,
non contra seruum ipsum aut filiumfamilias, ex per-
sona patris & domini æstimanda est, non ex persona
filijfamilias aut serui. † Porrò æquè actio de peculio 22
est contra dominum atque contra patrem, cum & v-
terque sit liber habens in alium ius potestatis, & pu-
blicè intersit vt ex seruorum contractibus domini de
peculio teneantur perinde ac patres ex contractibus
filiorumfamilias. Inde igitur fit vt quod ad actionem
De peculio attinet, aut nihil aut perparum intersit
inter filiumfam. & seruum, quia nec quicquam inter-
est inter patrem & dominum. † At cum de correis cō- 23
stituendis agitur, illud tantùm inspiciendum est vt
qui tanquam correus obligari vult, possit obligationē
talem suscipere, ex qua perinde ac correus obstrictus
videri possit, vt appareat parem ab vtroque correo

ſuſceptam obligationem. Hoc verò in ſerui perſonam
cadere non poteſt ſi Titio correus fieri velit, quia non
eſt in ſerui poteſtate vt ciuiliter ſe obliget quemad-
modum Titius obligatur. In filijſfamilias perſonam
cadit rectiſſimè, quoniam vt dixi ex omnibus ille cō-
tractib. ad inſtar patrisfamilias obligatur, vtpote per-
ſonam habēs integram, iureque ciuili cognitam cùm
caput habeat in ciuitate. Neque enim perſonam inte-
24 gram faciunt facultates, ſed iura ciuitatis. † Poteſt e-
tiam licet minus eleganter meo iudicio verſiculus is
de quo diſputamus aliam admittere interpretationē.
Hanc videlicet, vt dubitandi ratio illa ſit, quòd ſi ſer-
uus ſolus ſpoponderit mihi ſtipulanti, perinde obligat'
dominum quatenus eſt in peculio, atque ſeipſum ob-
ligaret in ſolidum ſi liber ſuique iuris eſſet. Quidni
ergo dicat aliquis ſi ſe cum Titio correum conſtitue-
rit, hactenus ſaltem vtiliter contracta obligatio vide-
25 bitur vt ipſius domin' mihi de peculio teneatur? † ſed
facilis reſponſio eſt, impediri conſtitutionem correo-
rum propter diſparitatem in obligationis ſubſtantia,
quæ diſparitas nulla eſſe poteſt cùm ſolius ſerui pro-
26 miſſio interuenit. Dices fortaſſe, † At ſi diſparitas in
obligationis ſubſtantia impedit correorum conſtitu-
tionem, cur admittimus potiùs obligari ſolum Titiū
& in ſolidum quàm Stichi dominum de peculio. Illa
ſiquidem ratio diſparitatis ſuadere videretur, vt vel
neuter obligaretur, vel vt vterque eo ſaltem modo
quo fieri poſſet, hoc eſt Titius in ſolidum. Stichi do-
minus peculio tenus. Reſpōdeo Titium obligari, quia
quo caſu correorum conſtitutio impeditur, non ideò
impeditur obligatio ſingulorum, ſi aliud nihil obſtet
vt conſtat ex hac ipſa lege in princip. ſicut nec ſi plu-
res ſint rei ſtipulandi, quorum alius vtiliter, alius inu-
tiliter ſtipulatus ſit, *l. ſi duo. 128. de verb. oblig.* Finge ex
iis quos ſtipulator quaſi correos obligare volebat fuiſ-
ſe alterum præſentem, alterum abſentem, ſolus præ-
ſens obligabitur, non etiam abſens, *l. his verbis. 8. eod.
tit.* Non enim ſub conditione interrogatio fit in v-
triuſque perſona, vt ita demum obligetur vnus ſi al-
ter quoque reſpondeat aut reſpondendo obligetur, *l.
duos. 6. eod.* Obligari autem Titium ſolum & in ſoli-
dum, Stichi verò dominum nullo modo, id eſt ne de
peculio quidem, quoniam negari non poteſt, quin Sti-
chus hoc caſu alienæ obligationi interuenerit. Atqui
certiſſimi iuris eſt, ſeruum non ſolùm ſi fideiuſſerit,
aut mandauerit, ſed etſi alia quauis ratione pro alio
interuenerit non obligare dominum de peculio, in
eoque diuerſam eſſe ſerui & filijſfamilias rationem, *l.
3. §. ſi filiusfamilias cum ſeqq. D. de pecul* niſi eùm aut in
rem domini aut ex cauſa peculiari facta interceſſio
eſt, *l. quoties. 47. §. 1. eod. l. ſeruus inſcio. 19. & ſeq. D. de fi-
deiuſſ.* In eoque cum viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio
27 mihi conuenit. † Sed an Stichum hoc caſu pro inter-
uentore accipimus, quod vt ille putat correis debendi
vice mutua intercedere licet non fideiubere videan-
tur? Minimè: Idque ſuperiore capite iā refutauimus.
Imò potius ob hoc ipſum quod non ſint correi, nam ſi
eſſent correi Titius & Stichus, nec fideiuſſiſſe nec in-
terceſſiſſe vice mutua viderentur, ideoque haud du-
biè ex promiſſione ſerui dominus ſaltem de peculio
obligaretur. At quoniam non ſunt correi propter diſ-
paritatem ſuſceptæ obligationis, vt diximus, & tamen
eadem decem ſoluere ſpoponderunt, neceſſariò con-
ſequens eſt vt vice mutua interceſſiſſe videantur, ac
proinde vt ex eo contractu ſerui ad peculiarem cau-
28 ſam nil pertinente dominus nullomodo obligetur. †
Pupilli alia ratio eſſet ſi poneres factum eum locuple-
tiorem, is enim ſi eadem decem cum Titio tanquam
correus debendi promiſiſſet, quamuis correus deben-
di non eſſet vt diximus, nihilominus obligaretur in
quantū factus eſſet locupletior Proinde dici non poſ-
ſet quod Venuleius ait ſolum Titium obligatum in-
telligi. Et quod ille pupilli ſine tutoris autoritate pro-
mittentis & ſerui eandem rationem conſtituit, moue-
re nos debet vt intelligamus tractare eum de pupillo
non facto locupletiore. Niſi malis pupillum factum
locupletiorem comparare domino in cuius rem verſa
ſit pecunia cuius nomine ſeruus ſpoponderat. Nam
eo caſu proculdubio dominus teneretur ad finem vſ-
que verſæ in rem ſuam pecuniæ, *d. leg. quoties. 41. §. 1. de
pecul.* atque ita fieret vt parum referret an pupillus ſi-
ne tutore, an ſeruus ſine domini voluntate ſpopon-
diſſet, quemadmodum enim pupillus ex proprio ita
dominus ex ſerui contractu ad eundem vſque modū
vtiliter conueniretur. † Sanè quod vtróque caſu pla- 29
cet Venuleio Titium ſolum obligatum intelligi, pro-
bat manifeſtiſſimè ad eam ſpeciem reſponſum perti-
nere in qua nec pupillus locupletior factus fuerit, nec
in rem domini verſa ſit aut ex cauſa peculiari debita
pecunia quam ſeruus ſpopondit. † Igitur tantùm ab- 30
eſt vt Venulei locus probet quod vult Cuiacius, cor-
reos debendi vice mutua intercedere videri, vt potius
contrarium ex eius interpretatione inferri oporteat.
Non enim alia ratione mouetur Venuleius vt neget
obligari dominum ex contractu ſerui tanquam inter-
uentoris, qui cum Titio correus debendi fieri vole-
bat, quàm quòd correi facti non eſſent, id enim quod
ait ſolum Titium obligatum eſſe: ita innuens, ſi Sti-
chus correus factus fuiſſet, futurum vt ex eius con-
tractu dominus ſaltem de peculio conueniri potuiſ-
ſet, quod tamen falſum eſſet ſi obligatio quam quaſi
correus debendi ſeruus contraxiſſet pro interuentio-
ne acciperetur.

CAPVT IV.

Quid noui induxerit Iuſtiniani conſtitutio, Nouell. 99.

SVMMARIA.

1 *Rationes propter quas dicta Nouella ad correos debendi ſimpliciter acceptos pertinere non videatur.*

2 *Quænam rationes authorem in contrariam ſententiam impulerint?*

3 *Quid dicta Nouella contra veteris iuris rationem ſit introductum?*

4 *Quid ex dicta conſtitutione operetur illa in correis conſtituendis conuentio, vt ſinguli in ſolidum teneantur?*

5 *Quid iuris ſi correi ſimpliciter accepti ſint non adiecto eo vt ſinguli in ſolidum teneantur?*

6 *Iure vetere ſingulos correos in ſolidum obligatos fuiſſe, licèt de ſolidi obligatione nihil expreſſum fuiſſet.*

7 *Reſpondetur ad* §. final. l. reos. 21. ff. de duob. reis, *& nonnulla in eius contextu emendantur?*

8 *Declaratur & explicatur* l. his verbis. 8. ff. eod. tit.

9 *Quando diuiſionis beneficium correis debendi ex Iuſtiniani conſtitutione ſit neceſſarium.*

10 *De diuiſionis beneficio inter confideiuſſores, & quando illis competierit?*

11 *Duplex differentia inter diuiſionis beneficium quod à Iuſtiniano correis debendi, & illud quod ab Hadriano confideiuſſoribus conceſſum eſt.*

EXiſtimabam † aliquando non pertinere Nouel- 1
lam hanc ad correos debendi, ſimpliciter acce-
ptos, ſed ad eos tantùm qui ſe alterna mutuaque fide-
iuſſio-

iussione obligassent. De quibus & Papinianus tractat
in *l.reos.11.de duob.reis.* Quam in sententiam non illud
solùm me mouebat, quod Nouellæ verba hoc ipsum
sonare videntur apertissimè, sed illud etiam quòd à
vera iuris ratione nimis abhorreat si quis à Iustiniano
constitutum velit, vt correi debendi non aliter in so-
lidum obligati intelligantur, quàm si nominatim id
expressum sit, longè verò magis, vt hoc quoque ex-
presso non prius tamen conueniri possint singuli quã
appareat correum pró parte conueniri non posse, quia
2 fortè absens sit aut lapsus facultatibus. † Nunc autem
vt contrà sentiam illud facit, quod video Correos de-
bendi passim à Græcis ἀλληλεγγύους vocari, & quos
Iustinianus initio Nouellæ alterna fideiussione obli-
gatos dixit, postea reos simpliciter dici, illis verbis, *Sic
enim & omnes rei obligabuntur.* Item quod non ignoro
frustra iuris rationem quæri in iis Iustiniani constitu-
tionibus quæ à veterum prudentum autoritate dis-
sentiunt: Illud postremò quòd præfatur ille ad eam se
legem decurrere exemplo eius iuris quod iam antè in
fideiussoribus induxerat. Quid enim necesse erat ad
alternos mutuósque fideiussores producere quod iam
in simplicibus fideiussoribus fuerat constitutum, si al-
terna fideiussione obligatos alios intelligeres quam
qui sunt correi debendi? Igitur quamuis correi sim-
pliciter accepti dici non possint alterna fideiussione
obligati, secundum ea quæ in superioribus disputaui-
mus, rectè tamen ab interpretibus omnibus cùm ve-
teribus tum recentioribus accepta est constitutio de
correis debendi, quos Græcè ἀλληλεγγύους quidem,
sed Latinè non æquè feliciter alterna fideiussione ob-
3 ligatos possis dicere. † Verùm hoc posito magna in-
currit dubitatio, num ea Iustiniani lege sit immutata
vetus illa correorum constituendorum ratio quæ toto
veteri iure obtinuerat. In eo namque glossatores dis-
sentiunt. Crebriore tamen nostrorum calculo receptũ
est nihil immutatum esse in modo vt illi loquuntur
constituendi correos debendi, sed tantùm in modo
exigendi & exequendi, id est singulos quidem ab ini-
tio in solidum obligatos intelligi etiam si dictum nõ
sit, sed tamen non nisi pro parte conueniendos. Id ve-
rò probare non possum. Sic enim Iustinianus scribit,
*Si quis alterna fideiussione obligatos sumat aliquos, siquidẽ
non adiecerit oportere & vnum horum in solidum teneri, o-
mnes ex æquo conuentionem sustinere: si vero aliquid etiam
tale adijciatur seruari quidem pactum, non tamen mox ab
initio vnumquemque in solidum exigi, sed interim secundũ
4 partem, &c.* † Ex quibus verbis apparet quoties con-
uenit vt singuli in solidum teneantur, vtilitatem con-
uentionis non in eo elucere quod statim singuli pos-
sint conueniri in solidum (habent enim nihilominus
beneficium diuisionis) sed, quod si aliter absens sit aut
minus idoneus, poterit eo constito, alius ex ordine in
solidum conueniri. † Ergo, si pactum non interuene-
5 rit vt in solidum quisque teneatur aliud obseruari Iu-
stinianus voluit, vt quamuis vnus ex iis absens sit aut
non soluendo, alius tamen pro parte duntaxat tenea-
tur. Id enim est quod ait *omnes ex æquo conuentionem su-
stinere.* Alioqui dicendum erit inutilem fore adiectio-
nem illam *vt in solidum quisque teneatur*, quod tamen
apertissimè Iustinianus negat cùm distinguit, an cor-
rei simpliciter accepti sint non adiecto eo vt singuli in
solidum teneantur, an tale aliquid adiectum sit. Et
verò vulgare tritumque est, verba omnia in cõtracti-
bus apposita operari debere, quoties ea interpretatio
accipi potest quæ faciat vt operentur. Quod si ita est,
non igitur sufficiet scriptum esse, factos duos pluresue
ve promittendi correos ad obligandum vnumquem-
que in solidum, nisi præterea expressum sit vt in soli-
dum singuli obligentur. † Proinde fatendum est, cor- 6
rectum esse hac parte ius vetus, quod proculdubio ta-
le fuit, vt satis esset cõstitui correos simpliciter, vt eo-
rum quisque in solidum obligatus diceretur, etiamsi
de solidi obligatione nihil expressum fuisset, *l.2.& 3.l.
eandem.9.in princ.& §.1.de duob.reis.* Nec obstat quod 7
scriptum est in *l.reos.11.in fin.eod.* Cùm ita cautum in-
ueniretur, *Tot aureos rectè dari stipulatus est Iulius Car-
pus, spopondimus ego Antonius Achilleus & Cornelius
Dius*, partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum
singulos in solidum spopõdisse, ita vt duo rei fierent:
Illa enim verba, *singulos in solidum spopondisse*, adiecta
sunt ex abundanti, potuissetque ratio alia sufficere,
quia non fuerat adiectum vt duo rei promittendi fierent, vt
in *l.3.ibi cùm hoc autem inter eos fit vt duo rei constituan-
tur.eod.tit.& in princ.* eiusdem §. *cùm tabulis* idem Pa-
pinianus scribit, cùm tabulis esset comprehensum, il-
lum & illum cẽtum aureos stipulatos, virilem partem
singulos stipulatos videri, ideò duntaxat quod adie-
ctum non fuerat, *ita vt duo rei stipulandi essent.* Neque
enim illud præterea Papinianus requirit, adiectum
fuisse vt singulis in solidum deberetur. Ac sanè, aliter
posito iure ineptos facias iureconsultos, qui tot locis
scripserint, Plures correos stipulandi, habere singulos
in solidum actionem. Et vicissim, Plures correos debẽ-
di in solidum esse obligatos. Quis enim de eo dubita-
ret si non aliter fieri possent plures correi stipulandi
aut promittendi, quàm adiectis illis verbis *in solidum?* 8
† Quò etiam pertinet, *l. his verbis.8.eod.tit.de duobus
reis*, in cuius fine verba illa *aut si minus*, ita sunt acci-
pienda, si duo rei facti non sint, vt proinde nihil causę
sit cur ei obiiciatur, *l.2.eod.tit.* † Habent igitur hodie 9
correi beneficium diuisionis exemplo fideiussorum,
eo demum casu quo singuli se in solidum obligaue-
rint. Nam si non sit adiectum vt singuli in solidum
teneantur, diuisionis beneficium inter eos non est ne-
cessariũ, qui ab initio non nisi partes debent. † Quod 10
etiam olim non dissimiliter Papinianus in confideius-
soribus respondit in *l.inter.51.in prin.de fideiuss.* vbi tra-
ctat ille, multum interesse an solidum & partem viri-
lem quisque ex confideiussoribus promiserit, an verò
solidum aut partem virilem: Priore siquidem casu be-
neficio diuisionis locum esse, nempe quoniam verum
est solidum esse in obligatione præcisè, virilis autem
portionis mentionem, aut frustra factam, aut ideò for-
tasse ne dubitationi locus relinqueretur, an creditori,
si vellet actionem suam diuidere liceret. quod vtique
semper licet, etiamsi dictum non sit, *d.l.inter.51.§.duo,
versic.planè.* Posteriore verò casu non esse locum diui-
sioni, id est, frustrà quæri de diuidendo debito, cùm
solidum non sit pręcisè in obligatione. nimirum quo-
niam obligatio ipsa alternatiua est solidi aut partis, at-
que ideò in electione est cuiuslibet ex fideiussoribus,
an solidũ an virilem velit soluere. Vnde fit, vt eligen-
te fideiussore solutionem partis, videatur pars tantùm
fuisse ab initio debita, quemadmodum si solidum sol-
ueretur, dicendum esset solidum ab initio debitum
fuisse: nam in obligationibus alternatiuis, tum demũ
scitur quid ab initio fuerit in obligatione, cùm ele-
ctio secuta est: atque ita proculdubio intelligi Papin.
debet. † Cæterùm, hoc distat beneficium diuisionis 11
quod correis debendi à Iustiniano concessum est, ab
eo quod iam olim Hadrianus in fideiussoribus indu-
xerat, quod in fideiussoribus personæ beneficium ta-
citam conditionem habere intelligitur, si is, contra
quem diuisio postulatur, & pręsens sit & idoneus. At,
inter correos non eò minus diuiditur obligatio quòd
ex iis, alter sit aut absens aut egenus. Nam distinctio
illa quam Iustinianus adhibet, an qui non conueni-

tur sit absens aut minus idoneus, ad eum tantũ casum
pertinet. sicuti diximus, quo conueoerit vt in solidum
singuli essent obligati. Itaque alio etiam respectu interest
inter duplex hoc beneficium diuisionis, quòd
diuisio fit inter correos ipso iure, & sola Iustinianeæ
legis potestate, sicut & diuisio illa actionum hereditariarum
inter coheredes ex lege duodecim tabularum
l.1.C.si cert.pet a. At, inter fideiussores non ipso iure fit,
sed per exceptionem inductã beneficio epistolæ Hadriani.
l.inter fideiussores.26.cum seq.ff.de fideiuss. quamuis
Iustinianus Hadriani exemplo motum se dicat, vt
quod in fideiussoribus iam constitutum erat, produceret
ad correos, quos vel eò maximè constat fideiussorum
iure non censeri. quia nec possunt, quod ad diuisionis
beneficium attinet, nec si ponas inuicem eos
fideiussisse, quia neque possunt videri confideiussores,
nullo alio principali debitore existẽte, cùm iidem
illi sint principales debitores. Porrò. cùm Iustinian. in
beneficio diuisionis indulgendo, non distinguat ad
quem ex correis pecunia peruenerit, neque nos distinguere
debebimus: præsertim cùm à nobis in superioribus
probatum sit, non semper fideiussoris loco
habendum eum ad quem pecunia peruenit.

CAPVT V.

Abrogatum à Iustiniano Papiniani responsum quod extat in §.duo rei, l.inter eos. 51.De fideiuss.& malè à nonnullis emendatum.§.vltim.l.si res.27.eod.

SVMMARIA.

1 *Creditorem vetere iure non cogi inter omnes correorum fideiussores actionem diuidere, sed inter eos duntaxat qui pro singulis interuenerant.*

2 *Ex Iustiniani lege creditorem cogi inter dictos fideiussores actionem diuidere, licet adiectum sit vt singuli in solidum teneantur.*

3 *Viriles portiones eo casu non ex fideiussorum, sed ex correorum numero constitui.*

4 *An, si correi debendi exceptioni diuisionis & ordinis renuntiauerint, & fideiussores postea accepti contraria pactione sibi non prospexerint, ius vetus hac parte seruandum sit?*

5 *Quid iuris si fideiussores accepti sint antequam à correis exceptioni diuisionis & ordinis renuntiatum fuisset?*

6 *Cur inter fideiussorem qui principalis est, & illius fideiussoris fideiussorem obligatio non diuidatur?*

7 *Emendatur* §.vlt.d.l.si plures.

8 *Fideiussorem posse diuisionem impetrare aduersus confideiussorem, nec non contra confideiussoris fideiussores.*

1 SVpradictis † cõsequens esse puto, vt ex Iustiniani
Nouella 99.*de duob. reis.* correctum quoque sit elegans
illud Papiniani responsum, quod extat in §. *duo
rei.leg.inter eos.51. de fideiussor.* vbi scriptum est: si duo
rei promittendi separatim dederint fideiussores, inuitum
creditorem inter omnes fideiussores actionem
diuidere non cogendum: sed inter eos duntaxat qui
pro singulis interuenerunt. Nam ratio quæ Papinianum
mouere poterat illa erat, quòd constitutis simpliciter
duobus correis debendi, licet vnum sit debitum,
vna summa, vna obligatio. *l.3.§.vlt.de duob.reis.* ea
tamen obligatio in cuiusque persona quasi singulorũ
propria consistit. *l.eandem.9.§.vlt.l.si reus.13. eod.* Inde
enim fit, vt quod ad fideiussores alterutrius pertinet,
perinde sit ac si solus ille pro quo intercesserunt obligatus
esset, cùm ipse in solidum teneatur, *leg.cùm duo.
40.de fideiuss.l.si plures.9 de pact.* Atqui correus ille nõ
haberet beneficium diuisionis aduersus correum, nõ
magis quàm si correum nullum haberet, *l.3.§.vbi duo.
l.reos.11.in princ.D.de duob.reis.l.2.& 3.C.eod. l. cum apparebit.47.D.locat.l.reos.23.C.
de fideiuss. l.si non singuli
5.C.si cert.pet.l.si duo.16.D. de constit. pecul.* Ergo nec ipsius
fideiussores audiendi erunt, si postulent diuidi
obligationem inter se pro dimidia. Nam quod ad eos
ad beneficium diuisionis spectat, qui non sunt confideiussores,
eodem loco habentur, ac si nullomodo fideiussores
essent, id est, vt nihil magis ex eorum persona
liceat alterius correi fideiussoribus, qui soli conueniuntur,
virilium portionum rationem inducere, constat
autem eos qui diuersarum stipulationum fideiussores
sunt, licet eiusdem pecuniæ nomine, non esse
cõfideiussores, nec rem aut personam vnius eiusdémque
debitoris facere confideiussores: sed identitatem,
vt ita dicam, stipulationis: hoc est, si simul eodemque
tempore interuenerint *l.si a.Titio.43.de fideiuss.* Aut si
diuersis quidem temporibus, sed alter tamen alterius
contemplatione, vt in *l.si Titius.48.eod.tit.* & vt Pap.
loquitur in *l.si plures.38.de adminis. tutor. in periculi societatem.*
† At hodie, ex Iustiniani lege, cogitur credi- 2
tor inter correos debendi actionem diuidere: non solùm
si simpliciter accepti sint, sed & (quod magis mirum
est) si adiectum sit vt singuli in solidum teneantur.
Consequens ergo est, vt inter omnes simul singulorum
correorum fideiussores actio diuidatur, quę inter
correos ipsos diuideretur: Ne aliter posito iure fatendum
sit, in duriorem causam obstrictos fideiussores
contra iuris regulam, *l.grece 8.§.illud.l.qui.34.l. testamento.49.§.vlt.de fideiuss.*
† Sed hactenus tamen, vt 3
ex correorum non ex fideiussorum numero, viriles
portiones constituantur. Nam si pro Titio Mæuius &
Sempronius, pro Caio Lucius Attius, & Cornelius fideiusserint,
sic diuisio facienda erit, vt non quintam
debiti partem singuli, sed quartam Mæuius, quartam
Sempronius, sextas Lucius Atticus & Cornelius debeant
singuli, quia dimidiam Titius, aliam dimidiam
Caius deberet. † Si tamen correi debendi, vt hodie 4
fieri assolet, exceptioni diuisionis & ordinis renunciauerint,
& fideiussores postea accepti contraria pactione
sibi non prospexerint, ius vetus obseruabimus, vt
inter eos tantùm fideiussores actio diuidatur qui pro
singulis interuenerunt, quoniam non potest fauore fideiussorum
induci ius nouum ex persona reorum, qui
iuris noui beneficium respuerunt: neque rursum ex
persona fideiussorum qui non sunt confideiussores, vt
diximus, cùm separatim intercesserint. † Loquor de 5
fideiussoribus postea acceptis, quia, si accepti essent
antequam à correis debendi renunciatum fuisset exceptioni
ordinis & diuisionis non posset exceptio fideiussoribus
semel quęsita iis adimi facto correorum,
l.vltim.de pact. nil obstante eo quod aduersus correos
habituri essent mandati actionem, quoniam ipsorum
intersit minus soluere potius quàm solutum repetere,
leg.si stipulatus.15.in prin.de fideius. † Hinc verò illud 6
etiam apparet, quam rationem habeat quod Vlpianus
scribit in *leg.si plures.25.§.vlt.eod.tit.de fideiuss.* Si fideiussor
fuerit principalis & fideiussor fideiussoris non
posse secundum hunc fideiussorem desiderare, vt inter
se & cum fideiussorem pro quo fideiussit, diuidatur
obligatio. Ille enim, inquit, rei loco est non fideiussoris,
nec potest reus desiderare, vt inter se & fideiussorem
suum ea diuisio fiat. Proinde, ait si ex duobus
fideiussoribus alter fideiussorem dederit, aduersus
eum quidem non diuidetur obligatio pro quo inter-

uenit.

uenit, aduersus confideiussorem magis est, vt diuidatur.
7 † Sic enim omnino legendum est, quomodo libri omnes habent, non vt ex recentioribus quidam optimè alioqui de iure nostro meritus docuit, qui pro *confideiussorem* mauult legere *confideiussoris confideiussorem*, siquidem confideiussorẽ Vlpianus illo loco haud dubiè intelligit eum qui à reo principali datus fuerat non qui fideiussore, sunt enim illi confideiussores, nõ item qui ab vno ex iis datus est fideiussor. Et consequeter locus est inter eos beneficio diuisionis.
8 † Quamquam & illud quoque verum est fideiussorem posse diuisionem impetrare non solùm aduersus confideiussorem, sed etiam contra confideiussoris sui fideiussores confideiussorésque. Omnium quippe par & eadem ratio est. Nec magis acutè faciunt qui fideiussores à correis debendi datos hac parte separant ab aliis fideiussoribus, quasi beneficium diuisionis habere non debeant, sola illa ratione quòd plures correi vnius tantum loco habeantur. Etsi enim ita est, cur non tamen illorum fideiussoribus idem beneficium detur, quod vnius debitoris fideiussoribus non denegaretur?

CAPVT VI.

Correó debendi qui totum soluit mandati actionem aduersus correum non competere, ad l.1.aliàs.2.C.de duob. reis & emendatio l.qui fide.56.D.mandat.

SVMMARIA.

1 *Refutatur ratio eorum qui putant correo debendi qui totum soluit mandati actionem aduersus correum competere.*
2 *Mandati actionem regulariter paucisque casibus exceptis ei competere non posse, qui suum magis quàm alienum negotium gessit, licèt mãdatum præcesserit.*
3 *Correum qui totum debitum soluit suum magis quam alienum negotium gessisse.*
4 *Si qui ex pluribus correis obligari non possint, vel non rectè responderint eos qui rectè responderant solos & insolidum obligari.*
5 *In pluribus fideiussoribus idem iuris esse, qui tamen beneficium diuisionis & exceptionis cedendarum actionum habent, quod correi non habent.*
6 *Differentia inter correos & fideiussores quod ad obligationis soliditatem, & causam.*
7 *Quid sequatur ex eo quòd singuli correi proprio nomine obligentur?*
8 *Repurgatur à duplici mendo* d.l.qui fide.
9 *Eum pro quo inuito vel ignorante quis mandato meo fideiussit, mandati conueniri non posse, quamuis pecunia fideiussoris liberatus sit?*
10 *Liberationem eo casu debitori contingere, non mandati mei, sed solutionis a fideiussore factæ potestate.*

QVod in superioribus probauimus, Correos debẽdi non aliter vice mutua videri fideiussisse, quàm si nominatim id actum sit, nec rursum pro fideiussore semper habendum eum ad quem pecunia non peruenit, facilè mouere nos potest, vt intelligamus quàm verum sit, quod nos hoc capite & sequentibus, probãdum suscipimus. Correo debendi, qui totum debitum soluit, nullam omnino aduersus correum actionem competere, nec si totum ille soluerit, ad quem nihil ex
1 pecunia peruenerat. † Ac primum de mandati actione videamus: etsi enim ex iis etiam qui actionem aliquam correo dandam putant, plerique fatentur post Accursium ad *l.1.C.de duob.reis.* mandati iudicio locũ hic non esse. Non desunt tamen qui contra sentiant, siue quod non dubitantes quin actio alia dari debeat, nullam videant, quæ occurrat accommodatior, siue quòd existiment, correum, præsertim qui accipit pecuniam cuius nomine obligatio contrahitur, hoc ipso mandare videri correo, vt se obliget, quod patitur secũ fieri correum illum, cuius alioqui nihil intersit. argu. *l.qui patitur.18.l.si remunerandi.6.§.si passus.leg.qui fide.53.D.mand.l.semper aut non prohibet.60 de R.I.* Verùm hanc nos rationem iam satis superque refutauimus, cũ ostendimus pro fideiussore non habendum eum, ad quem nihil peruenit. Pro tali enim vtique habendus esset, si correus, qui totam pecuniam accepit, mandasse intelligeretur, cùm non nisi vtroque correo præsente obligatio correorum constitui possit. Neque sanè ex tot iuris locis, qui extant in Pandectis & in Codice de correis debendi & actione mãdati, vllus est, qui correo contra correum actionem mandati accommodet. Quomodo enim mandati possit conueniri, qui nec mandauerit, nec pro mandante habeatur? *l.ex mãdato.20.§ 1.cum l.seq.d.l.qui fide.53.l.si præcedente.58. & pass.D.mandat.* Nec ad rem pertinet, quòd actoris pecunia liberatus sit is qui conuenitur.
† Illud namque duntaxat inspiciendum est, quoties mandati agitur, 2
an mandatum aliquod, siue expressum, siue tacitum præcesserit, non actoris pecunia, reus liberatus sit, *d.l.qui fide. & d.l.si præcedente.* Quin & eo quoque casu quo mandatum præcessit, mandati tamen actio regulariter ei competere non potest, qui suum magis quã alienum negotium gessit. *l.1.§.idem Pomponius quærit si apud te.14.* in illis verbis, *nec mandati teneris quia meã rem gessit. D.deposit.* Dixi *regulariter*, quoniam casus quidam excipiendi sunt, quos Paulus tractat in *leg.si mandauero.22.§.interdum.D.mand.* Vtputa, si debitor meus periculo tuo debitorem suum mihi deleget aut si rogatu fideiussoris, cum reo experiar, Quibus & addi ille potest de quo eleganter Tryphoninus in *l.tutor datur.69 de fideiuss.* Si fideiussor ex causa non fideiussionis, sed tutelæ, soluerit, quod primũ ob fideiussionem debuerat. Etiam postquam ex ea causa tempore liberatus est: habet enim nihilominus actionem mandati contra reum promittendi, inspecta scilicet, vt lex ait, causa debiti potius quam titulo actionis, cũ idcircò teneatur ex causa tutelæ, quia potius debitor fuerat ex causa fideiussionis, & à seipso exigere debuerat: quod si fecisset, non fuisset tempore liberatus, & haberet obligatum debitorem actione mãdati: nemo autem dixerit audiendum reum, si imputare fideiussori velit, cur non potius ex causa fideiussionis soluerit, cum, si id factum esset, tãtò magis ille fideiussori teneretur, facit *l.si pupilli.§ vlt.l.si autem.8.l.atquin.19.D.de negot.gest.l.si tutor.14.de tutel.& ration.distr.l.item veniunt.20.§.cùm prædiximus de hered.pet.l.si negotia 31.l.qui mutuam.56.§.non ideò.D.mandat.* Extra hos casus, & si qui alij sunt similem habentes rationem, vix est, vt mandati agere possit, qui suum potius quam alienũ negotium gessit, licet ei mandatum fuerit: multò minus verò, si nihil ipsi mandatum sit.
† Atqui correus, 3
qui totum debitum soluit, nullum à correo mandatũ habuit, ac tametsi ponas habuisse, suum tamen negotium gessit, non correi, cùm esset ille in solidum obligatus, *lege secunda & tertia de duob.reis.* Et quidem suo nomine non alieno, vt non solùm ex eo constat, quod ante Iulianum diuisionis beneficium habere non poterat, *l.reos in princ.11.eodem tit.l.si plures.27.§.vltim. de fideiuss.l.cùm apparebit.47.D.locat.* (quod tamen iam olim competebat omnibus pro alio obligatis, *l.penult.*

de fideiuss. inter. adeoque iis qui pro aliis se constituis-
4 sent principales debitores, *l. vlt. Cod. de constit. pecun.* †
Sed ex illo etiam, quòd si fortè ex pluribus correis
debendi alter obligari non possit, siue quòd alteruter
duntaxat responderit, *vt in l. duos reos. 6. de duob. reis*, si-
ue quòd vnus hodie, alius die sequenti, *vt in lege si ex
duobus. 12. in princ. eodem.* Siue denique quòd ex iis al-
ter sit pupillus, qui sine tutoris autoritate spoponde-
rit, *d. l. si ex duob. § 1.* is nihilominus, qui rectè respon-
dit, solus & insolidum obligatur, dictis legibus. Quod
sanè iniquum esset, & à iuris ratione prorsus alienũ, si
ita se res haberet, vt vni ex correis totum soluenti pa-
rata foret mandati actio, aliave vlla contra correum
pro partis repetitione. Siquidem ita posito iure, fieret
vtique iniuria ei, qui contra id quod actum esset, in
solidum proprio nomine obligatus reperiretur argu.
5 *l. idem. 14. D. de instit. act.* † Nec est quod quis obiiciat,
idem contingere in fideiussoribus, vt si ex pluribus
quidam obligari non possint, cæteri in solidum obli-
gentur, *l. si Titius. 48. de fideiuss.* quos tamen cõstat be-
neficium habere diuisionis & exceptionis cedenda-
rum actionum. Nam respondeo: Pluribus fideiussori-
bus ita acceptis, vt in solidum singuli teneantur (de
illis quippe tantùm hic loqui possumus, vt ad quos
solos beneficium diuisionis pertineat, *lege inter eos. 51.
de fideiuss.*) itemque correis debendi commune illud
6 esse, quòd in solidum singuli obligari volunt. † Sed in
eo tamen differre, quod fideiussores alieno nomine
obligantur. Ideoque licèt ex iis quidam obligari ne-
queant, subsistit nihilominus cæterorum obligatio in
solidum, propter obligationem principalis debitoris,
qui in solidum teneretur. At in correis debendi, tam-
etsi ponas eos vice mutua intercedere, nec proprio no-
mine in solidum obligari, sed pro parte ex persona
propria, pro parte verò ex persona correi: Non possis
dicere, quęnam aut vbinam sit obligatio illa principa-
lis, cui possit accedere fideiussoria, quoties eorũ alter
obligari non potest. Et ob id fateri te necesse est, illo
casu, eũ qui solus obligatur vel nõ obligari in solidũ (quod
tamẽ Iurisconsulti affirmant supradictis locis,) vel nõ
nisi proprio nomine obligari, cùm fieri nequeat, vt tã-
quam fideiussor obligetur eius nomine, qui non est
obligatus, *l. fideiussor. 26. in princip. eodem titul. de fideiuss.*
7 † Quòd si admittas, obligari eos singulos proprio no-
mine, illud statim consequens, eum igitur, qui totum
soluerit quasi correus, non debere mandati actionem
habere contra correum, quia propter obligationem
suam soluit & suo nomine, tametsi correum ipso iure
liberauerit, argument. *l. Papinianus. 28. iunct. l. qui fide.
53. D. mandat.* Sanè si pro te fiam reus promittendi
certum est posse me contra te agere, aut mandati si
mandaueris, aut negotiorum gestorum si non manda-
ueris, idque etiam priusquam soluam, nimirum, vt me
liberes, *l. si mandatu meo. 45. § si iudicio in fi. eod.* At cor-
reo in correum, siue ante siue post solutionem, man-
dati actionem competere, nuspiam, vt dixi, proditum
est. De actione negotiorum gestorum an competere
8 possit sequenti capite videbimus. † Sed prius admo-
nendum est, corruptũ esse duob. locis Papiniani respõ-
sum in *d. l. qui fide.* Primùm in illis verbis, *alterius mã-
datum secutus fideiussit.* legendum enim est *alterius* nõ
alterutrius. vt in l. vlt. D. de duobus reis alterius, non *ali-
cuius*. Deinde in fine legis, vbi sic scriptum est, *id enim
9 contingit etsi sine mandato meo pro alio soluas.* † Malo
namque legere *etsi sine mandato meo*, vt non solum ele-
gantior, sed etiam accommodatior sit ratio, qua Papi-
nianus mouetur vt probet, eum, pro quo inuito vel i-
gnorante quis fideiussit me mandante, iudicio man-
dati conueniri non posse, sed me solum, quamuis li-
beratus ille sit pecunia fideiussoris. Nam qui volet
contendere, mandati actione teneri eum qui liberatus
est, ob id tantum quod ego fideiussori mandauerim,
vt pro ipso fideiuberet, idem perinde contendet, ean-
dem mandati actionem multò magis competituram
aduersus debitorem liberatum, si me mandante, quis
pro eo soluerit. Idem enim concedendæ actionis color
est, quòd mandatum meum intercesserit, cuius vtili-
tas ad debitorem peruenit, qui pecunia actoris libera-
tus est. Et sanè, quid hac parte interest, vtrum alicui
mandauerim, vt pro alio fideiubeat, an vt pro alio sol-
uat? Neque verò quisquam fuerit tam stultus, vt ei,
qui pro alio inuito vel ignorante ex mandato meo fi-
deiussit, actionẽ mandati aliter cõcedere velit, aut cõ-
tra me, aut cõtra debitorẽ liberatũ, quã si solutio secu-
ta sit, cùm nec ante solutionẽ contingat liberatio, nec
regulariter, ob id solum quod quis fideiussit, habere
debeat mandati actionem, sed tum demum cùm sol-
uerit. præterquam certis casibus, quibus receptum est,
vt etiam ante solutionem, fideiussori detur actio man-
dati in id scilicet vt à fideiussionis periculo eximatur,
*l. Lucius. 38. D. mand. l. si pro ea. 10. C. eod. l. fideiuss. 45. D.
do fideiuss l. 1. C. de fideiuss. minor.* At si Papinianum sic
legas, *idem contingit etsi sine mandato meo pro alio soluas*,
elegantissimam & vrgentissimam efficies rationem,
ex qua apparebit, Non ob id, posse fideiussorem man-
dati agere aduersus debitorem liberatum, quòd man-
dante me pro eo fideiusserit, tum soluerit, eumque li-
berauerit. Nam etsi nullo præcedente mandato meo
facta solutio fuisset, etiam inuito aut ignorante debi-
tore perinde liberatio contigisset, neque tamen actio-
nis mandati concedendæ color vllus subesset, quomo-
do nullum prorsus mandatum interuenisset. † Ex quo 10
constat, etiam interueniente mandato, liberationem
debitori contingere, non mandati mei, sed solutionis
ab alio factæ potestate, quæ haud dubiè sẽper illi pro-
dest, cuius siue ignorantis siue inuiti nomine facta est,
vulg. *l. soluendo. 29. D. de neg. gestor. l. soluendo. 23. de solut.*
Proinde fideiussori, qui mandante me pro alio inuito
vel ignorante fideiussit & soluit, non magis actio mã-
dati contra illum danda est, quàm si non mandassem.
Errori causam dedit inscitia exscriptoris, cùm vetere
librariorum more scriptum fortasse esset, ET SINE
MEO MANDATO pro ETSI SINE: quod à nobis
tam sæpe libris superioribus inculcatum est.

CAPVT VII.

Actionem negotiorum gestorum aduersus correum non competere correo, qui totum soluit: nec rursum de in rem verso. ad l. nam & Seruius. 21. & l. ex facto. 30. D. de neg. gest. & l. si pro parte. 10. §. vltim. de in rem vers.

SVMMARIA.

1 *Tres rationes quibus Molinæus probare voluit, correo qui totum soluit, negotiorum gestorum actionem contra correum competere.*
2 *Contrariæ sententiæ fundamenta.*
3 *Negotiorum gestorum actionem ei nunquam competere qui suum negotium gessit.*
4 *Respondetur ad* l. *si non singuli*, & l. si in rem. C. si cert. pet.
5 *Correum qui totum soluit suum duntaxat negotium gerere videri.*
6 *Quando ei qui alienum vel commune negotium gessit, & totum soluit, negotiorum gestorum actio possit competere.*

7 *Fide-*

7 *Fideiussori qui totum debitum soluit, non dari aduersus confideiussores negotiorum gestorum actionem.*

8 *Soluitur primum argumentum pro Molinæo & Accursij sententia allatum.*

9 *Ei qui necesse habuerit aut putauerit necesse habere pro alio, non pro se negotium gerere, negotiorum gestorum actionem competere.*

10 *Cur debitori & coheredi qui pignus commune liberauit & ita negotium suum quodammodo gessit, negotiorum gestorum actio detur.*

11 *Debitori qui solutione pignus rei communis liberauit duplicem pro duplici sublata obligatione, actionem competere.*

12 *An in specie* l. nam & Seruius. ff. de negot. gestor. *actio negotiorum gestorum illis duobus detur, qui tertium quendam pecunia sua ab hostibus dimiserant.*

13 *Ex conuentione inter captiuos & cum hostibus facta in specie* dict. l. *nullam obligationem iure ciuili, sed ex sola æquitate nasci potuisse.*

14 *Alia ratio propter quam in specie* dict. l. *duo illi qui tertium ab hostibus redemerunt actione negotiorum gestorum aduersus eum experiri non possint?*

15 *Tertium illum & eos qui ipsum redemerunt, eo tempore quo eius negotium gesserunt, seruos fuisse.*

16 *Aequitas Prætoria actionis quæ in specie* dict. l. *aduersum tertium illum datur qui a socijs captiuis redemptus non vult illis pretium reddere.*

17 *Conuenitio* dict. l. nam & Seruius *cum lege præcedente.*

18 *Diuersam esse rationem hominis liberi qui captiuus postea reuersi negotia administrauit, & captiui qui pro captiuo redemptionis pretium soluit.*

19 *Eo casu quo captiuus captiuum redemit, non subsidiariæ in factum actioni ciuili, sed Prætoriæ locum esse.*

20 *Captiuos in specie* dict. l. nam & Seruius, *correos debendi non fuisse, sed confideiussores, quorum vni totum soluenti aduersus cæteros confideiussores negotiorum gestorum actio non competit.*

21 *Respondetur ad* l. ex facto. 30. de neg. gest. *& ratio redditur cur in ea lege curatori aduersus subcuratorem negotiorum gestorum actio detur.*

22 *Actionem illam vtilem non directam esse.*

23 *Aliam curatoris & subcuratoris, aliam verò correorum debendi rationem.*

24 *Quo sensu dicatur, negotiorum gestorum actionem omnibus dari, quorum interest eo iudicio experiri?*

25 *An is qui totam pecuniam soluit quam cum correo mutuam acceperat, correi negotium inspecto initio gessisse videatur?*

26. *Constitutorem, expromissorem & fideiussorem soluentes initio inspecto pro alio soluere.*

27 *In duobus reis debendi dici non posse vter pro altero sit obligatus licet tota pecunia vni duntaxat ex correis numerata sit.*

28 *Refutatur pragmaticorum opinio existimantiũ actionem de in rem verso dari debere, quum pecunia in rem vnius ex correis est conuersa.*

1 RES † erit nobis hoc capite cum Accursio, qui ad *l. 1. C. de duobus reis.* ad cuius interpretationem tota hæc quæstio pertinet, sic existimat, Correo, qui totum soluit negotiorum gestorum actionem aduersus correum competere. Quam sententiam à plerisque probatam, Molineus quoque secutus est ad *leg. Modestinus de solut. num. 5.* Accursius nihil prorsus adfert, ex quo suam probet interpretationem tam improbabilẽ. Molineus verò cui familiare fuit ingeniosum agere in comprobandis siue suis, siue alienis opinionibus, quæ à vera iuris ratione abhorrerent, mouetur primùm ex eo, quòd cùm correus qui nihil soluit, perinde obligatus esset in solidum, atque is qui soluit, liberatúsque sit per solutionem à correo factam, negari non possit, quin, eiusmodi solutione, ipsius negotium vtiliter gestum sit. Nec ad rem, inquit, quod vrgente necessitate vel necessitatis suspicione eò ventum sit, vt alterius negotium gereretur *leg. 3. §. hac actione de negot. gestor.* sufficit namque vtiliter gestum esse, & agentis interesse. *l. actio. 47. eod.* Addit quod Paulus ex Seruio tractat in *l. nam & Seruius. 21. eod. titul.* Cùm tres à Lusitanis capti essent, & vnus ea conditione missus, vt pecuniam pro tribus adferret, ac nisi rediisset, vt duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reuerti noluisset, atque ob hanc causam illi pro tertio pecuniam soluissent: æquum fuisse, Prætorem in eum reddere iudicium, scilicet, vt ille interpretatur, negotiorum gestorum. Id enim suadere videtur & titulus, sub quo lex posita est, & finis legis præcedentis. Mouetur postremo quòd contutori aduersus contutorem, & magistratui aduersus collegam magistratum, eadem negotiorum gestorum actio competat, si quid vnus pro altero præstiterit, tametsi in solidum singuli essent obligati *l. ex facto eod. titul.* Cur non igitur, inquit ille correo quoque aduersus correum competet? † Me 2
in contrarium illud mouet, quòd iuris est certissimi, negotiorum gestorum actionem ei nunquam competere, qui suum negotium gessit, *l. creditor. 60. §. 1. D. mandat.* Imò nec retentio ei danda est, *leg. deducta, 58. §. qui post tempus ad S. C. Trebellian.* nisi cum suo, alienum quoque, id est, commune negotium gesserit, *l. in hoc iudicium. 14. §. 1. D. commun. diuid.* de cuius sententia & emendatione scripsimus *libro 2. cap. 2.* Nemo autem nescit, facilius esse, vt retentionem quis habeat quam actionem, *l. 1. § si autem de superfic. l. animus. 156. §. cui damus de regul. iur.* † Inde est quod generaliter proditum legimus, negotiorum gestorum actionẽ ei dandam non esse, cuius pecunia ad suum creditorem peruenerit, licet alienum voluerit gerere negotium, *l. liber homo 36. de negot. gestor.* in postremis verbis, *quod desinit competere si creditori eius soluta sit.* Adde *l. cum pecuniam 43. ibi eius nomine solueret*, & *l. mandatis 46.* in illo loco *si verò propterea emerim ne filius magnitudini iudicio teneretur. D. eo. tit.* Quin etsi in rem communem à pluribus accepta sit pecunia, ita tamen, vt correi facti non sint qui acceperunt, & vnus totum soluerit, datur quidem soluenti partis repetitio, sed per generalem certi condictionem non per negotiorum gestorum actionem, *l. si non singuli 5. l. si in rem communem. 12. C. si cert. pet.* Quantò minus igitur negotiorum gestorum actio aduersus correum dabitur, correo qui totum soluit? † Nam quod 4
in *dict. l. si non singuli & d. l. si in rem.* alia constituitur correorum ratio, alia eorum qui correi non sunt, non eò pertinet, vt correo actionem negotiorum gestorum accommodare debeamus, sed vt nullam potiùs, nisi quam ipsi creditor aduersus correum mandauerit, vt constat apertiùs *ex l. si diuisa. 13. C. de locat.* † Illud enim verissimum est, quod nos superiori capite probauimus correum teneri suo & proprio nomine totum debitum soluere, non solum si correum habeat qui sit vtiliter obligatus creditori, sed & si obligatio correi non subsistat, *l. duos reos. ff. l. si ex duobus. 12. in princ. & §. 1. de duob. reis. l. si duo. 128. de verb. oblig.* Ideóque perinde suum duntaxat negotium gerere videtur cùm totum soluit licet per con-

ſequentias correum liberet, ac ſi eum non liberaret.
Non enim idcirco liberat quod pro eo ſoluat, ſed quia
pro ſeipſo ſoluens efficiat, vt tota obligatio extingua-
tur cuius nomine correus acceptus fuerat, argum. *l. ſi*
6 *ſi ex pluribus. 16. de accept. iunct. l. 2. de duob. reis.* † Adde
quod etiam cùm quis alienum negotium gerit, ſi tale
illud ſit, vt nec ſuum proprium poſſit explicare niſi a-
lienum quoque gerat, negotiorum geſtorum agere
nullomodo poteſt, *leg. heredes. 25. §. non tantum 16.* in il-
lis verbis. *quoniam hic propter ſuam partem cauſam ha-
buit gerendi & ideo negotiorum geſtorum actio ei non com-
petit. D. famil. erciſcund.* Tunc enim ſolùm compete-
re poteſt negotiorum geſtorum actio ob id quod in re
communi geſtum eſt, cùm potuit ſocius partem ſuam
ita adminiſtrare, vt ſocij quoque partem adminiſtra-
re non cogeretur, *l. ſi communem. 40. de negotijs geſtis, leg.
ſi quis putans. 6. §. ſine autem* verſic. *hoc autem*, & verſic.
cæterum D. commun. diuid. Atqui non auditur correus
qui partem duntaxat debiti offerat. Igitur ſiue ſuum
ſiue commune gerat negotiũ cùm totum ſoluit, quo
iure obſecro liceat ei aduerſus correum agere nego-
7 tiorum geſtorum? † Alioqui ſi vnum illud inſpicien-
dum eſt, quod per ſolutionem à correo factam cor-
reus quoque liberatur, quidni eadem ratione conclu-
dimus pluribus acceptis fideiuſſoribus eiuſdem obli-
gationis nomine ſi vnus totum debitum ſoluerit dã-
dam illi aduerſus cęteros confideiuſſores negotiorum
geſtorum actionem? Vtique enim vnius ſolutione
cæteri omnes liberantur, & tamen conſtat nullam eos
inuicem habere actionem niſi ſi qua ſoluenti ceſſa ſit,
l. vt fideiuſſor. 39. D. de fideiuſſ. Nimirum, quia quod
vnus ex confideiuſſoribus totum ſoluit facit ſuo no-
mine, & vt ſeipſum liberet, quamuis per conſequen-
8 tias cæteri confideiuſſores liberentur. † Reliquum
eſt, vt ad rationes quibus aduerſarij mouentur re-
ſpondeamus. Ac primùm quod obijcitur ex *§. penul.
l. 3. de negot. geſtor.* locum eſſe actioni negotiorum ge-
ſtorum etiam ſi neceſſitate aliqua vel neceſſitatis ſuſ-
picione vrgente alienum quis negotium geſſerit, faci-
9 lem habet reſponſionem: † debet namque intelligi
de negotio quod quis neceſſe habuerit aut putauerit
habere neceſſe pro alio gerere, pro ſe autem nullomo-
do. Exemplum accommodatum ſumi poteſt ex *leg.
curatorem. 6. D. eodem titul.* in curatore qui teſtamento
aut alia ratione inutiliter datus negotia minoris geſ-
ſit. Hic enim interdum neceſſe habet gerere, puta
ſi agnouerit legatum ſibi eodem teſtamento reli-
ctum, *l. vltim. D. de confirm. tutor.* Et quamuis alias ne-
ceſſe non habeat, ſi tamen geſſerit cùm putaret cogi
ſe poſſe vt gereret. æquum eſt dari ei actionem nego-
tiorum geſtorum in eumque viciſſim, *dict. leg. curato-
rem.* Idem in cuiuſlibet curatoris heredibus tracta-
ri poteſt, ſi quid ipſi poſt curatoris mortem geſſerint
per iuris imperitiam quaſi obligati, cum in eos ad-
miniſtrationis officium non tranſeat. *l. curatore. 17. Co-
10 dic. de negot. geſtor.* † Subiici aliud exemplum po-
teſt ex *l. 3. Cod. eodem. de debitore qui pignus commune li-
berauit.* Etſi enim iuris illa ratio quam ſupra attuli-
mus facere videtur, vt familiæ erciſcundæ iudicium
inter coheredes aut communi diuidundo inter cæte-
ros locum habere debeat potius quam negotiorum
geſtorũ, cùm hic qui pignus liberauit, cauſam habue-
rit totius negotij gerendi propter partem ſuam, *dict.
l. ſi communes. 40. D. eod. dict. l. heredes. §. non tantum fa-
mil. erciſcund.* Singulari tamen quodam iure compe-
tit hoc caſu negotiorum geſtorum actio propter ſub-
latam obligationem principalem & perſonalem, cu-
ius intuitu cùm eſſet inter debitores ipſo iure diuiſa.

non cogebatur vnus ex debitoribus partem condebi-
toris ne quidem coheredis ſoluere. *leg. 1. Cod. ſi vnus
ex pluribus hered. leg. idem erit. 14. D. de inſtitut. action.*
† Itaque ſicut qui ſoluit ad liberandum pignus rei 11
communis duplicem tollit obligationem perſonalem
vnam, realem alteram, quarum illa non tantum diui-
dua eſt, ſed etiam diuiſa, hæc verò indiuidua, ita pro
qua parte tollit perſonalem quæ aduerſus condebito-
rem exercenda erat, acquirit ſibi actionem negotio-
rum geſtorum, quoniam ſuæ partis ſolutione poterat
conſequi liberationem. Qua verò parte tollit actio-
nem realem quærit ſibi actionem Communi diui-
dundo aduerſus condebitorem, quia nec partem ſuam
debiti ſoluendo pignoris partem vllam liberare po-
tuiſſet. Cæterùm nil ea res ad quæſtionem noſtram
pertinet quia quod vnus ex correis commune debi-
tum cogitur totum ſoluere non fit vt alienum ne-
gotium gerat, ſed vt ſuum proprium: quæ res omni-
no excludit actionem negotiorum geſtorum quem-
admodum diximus. † Quod autem obijcitur ex *d. l.* 12
nam & Seruius, mouere minus poteſt. Non enim ait
lex locum eſſe actioni negotiorum geſtorum in illa
ſpecie, ſed æquum eſſe Prætorem reddere iudicium in
eum, cuius nomine ſoluerant illi qui apud hoſtes re-
manſerant, propoſita nimirum, vt puto actione in fa-
ctum pro non ciuili & ſubſidiaria, quæ competere
ſolet quoties vulgaribus actionibus locus eſſe non
poteſt, *l. 1. & paſſ. de praeſcript. verb. ſed praetoria.* Ibi e-
nim non potuiſſe agi negotiorum geſtorum ex eo ap-
paret, quod duo illi, qui pro tertio ſoluerant non ali-
ter liberari ab hoſtibus poterant, quàm ſi pro eo quo-
que ſoluerent. Comparandi ergo ſunt potius ei qui
pro re communi aliquid impendit, cùm alioqui par-
tem ſuam expedire non potuiſſet, quem diximus ne-
gotiorum geſtorum agere non poſſe, ſed familiæ erciſ-
cundæ vel communi diuidundo, *dict. leg. ſi communes.
& dict. §. non tantum.* Nec quod lex præcedens de a-
ctione negotiorum geſtorum tractauerat facere de-
bet, vt quam actionem Seruius dabit, eandem inter-
pretari debeamus, cùm diuerſæ ſint ſpecies diuerſique
iuris loci, ex diuerſis locis deprompti, licet per Tribo-
niani fortaſſis inſcitiam malè coniuncti. Sed & il-
lud actionem negotiorum geſtorum in ea ſpecie im-
pedit, quod conuentio præceſſerat, vt ſi tertius ille, qui
ab hoſtibus dimittebatur, non rediret, duo alij qui re-
tinebantur pro eo quoque ſoluerent: eique pactioni
tertius ipſe conſenſerat, ſeque tamen rediturum &
pro alijs quoque pecuniam allaturum receperat. Quis
enim vnquam dixit, quod ego pro te præſente & con-
ſentiente ac quodammodo mandante promiſerim &
ſoluerim poſſe me iudicio negotiorum geſtorum abs
te repetere? Mandati potius actio danda eſſet, quæ
tamen cum actione negotiorum geſtorum nunquam
concurrit: † quanquam illud etiam vtrique obſtat, 13
quod inter captiuos & cum hoſtibus facta conuen-
tio fuerat, ex qua proinde nulla inter captiuos naſci
obligatio iure ciuili potuerat: Nec conſequenter a-
ctio, niſi & obligationem & actionem æquitas illa in-
duceret, quod apertè dolo malo faciat, qui aliorum
pecunia dimiſſus ab hoſtibus fidem neque hoſtibus
neque conciuibus ſeruare velit: ſicut euenit cum ali-
quid facio, vt des, & poſteaquam feci, ceſſas dare, *l. na-
turalis. 5. §. quod ſi faciam de praeſc. verb.* † Et verò non 14
eſſe hoc caſu locum actioni negotiorum geſtorum ex
illo etiam apparet, quòd ſi pro captiuo redimendo
liber pecuniam dediſſet, captiuus ille ſeruus factus
eſſet redimentis quouſque ſeipſum luiſſet pretio
reddito, *leg. in bello. 12. §. ſi quis ſeruum captum. leg. ſi quis*
redemt.

redemptio. 13. l. si quis ingenua. 21. D. de capt. & postlim. l. 2. Cod. eod. l. senatus. 43. vlt. de leg. 1. Nulla igitur ciui-
lis actio redimenti contra redemtum competere po-
tuisset, vt nec domino contra seruum. ac sanè cum ca-
ptiuus quandiu apud hostes est reuera sit seruus ho-
stium, & consequentet pro nullo habeatur, reuersus
autem fictione postliminij nunquam captus fuisse vi-
deatur, non potest dici negotium ciuis Romani gessis-
se. aut quam aliam obligationem aduersus eum quæ-
sisse, qui pro captiuo redimendo pecuniā dedit. Quæ
res fortasse causam præbuit constitutionibus quibus
cautum est, vt captiuus redemptus sit seruus redimē-
tis. Esset enim ius illud iniquissimum & à fauore li-
bertatis Romanæ alienissimum si quo alio ciuili &
ordinario remedio indemnitati redimentis consuli
15 potuisset. † In ea verò specie quam Paulus ex Ser-
uio tractat, in *d. l. nam & Seruius.* etsi non potest locus
esse constitutionibus, quoniam qui tertium redeme-
rant iidem captiui erant nec proinde seruum vllum in
dominio habere poterant, hoc ipso tamen multò mi-
nus habere possint actionem negotiorum gestorum,
cùm eo tempore quo erant serui negotium eius ges-
serint qui etiam tum seruus erat, vtpote qui non nisi
ea lege & conditione dimissus fuerat vt rediret, pre-
ciúmque redemptionis per se aut per alios captiuus
exsolueret, sicuti de Atilio Regulo scriptum legi-
mus, non videri eum postliminio reuersum, quia pro-
miserat se Carthaginem reuersurum, *l. postliminij. 5. §.*
16 *captiuus. D. de capt. & postlim.* † Neque tamen ea res fa-
cere debet vt impunitus sit dolus eius qui à socijs ca-
ptiuis redemptus non vult illis precium reddere, imò
tantò æquius est aduersus eum succurri subsidiaria in
factum actione, non ciuili, sed prætoria, id est extraor-
dinario quoque Prætoris auxilio cum ciuile prorsus
deficiat. Quoniam verum est eo tempore quo auxiliū
petitur agi rem inter ciues Romanos qui inuicem &
agere & conueniri possunt, aliorúmque pecunia redē-
17 ptum hunc qui conuenitur. † Eóque nimirum perti-
net huius legis coniunctio cum praeced. Nam cum §.
vlt. l. atquin natura. 19. scriptum esset, ei qui captiui ne-
gotia administrauit dādam actionem negotiorum ge-
storum aduersus eum quandocunque reuersum: addi-
ta quoque & expressa dubitandi ratione illis verbis,
etiamsi eo tempore quo gerebantur dominum non habuerūt.
Opportunè comprobatio illa subijcitur in *d. l. nam &
Seruius*, quod eo quoque casu quo captiuum pro ca-
ptiuo vtiliter quid gestum sit, puta in causam redem-
ptionis iudiciū eo nomine à Prætore reddi oporteat.
Hoc. n. difficilius admittendum videbatur propterea
quòd inter captiuos res acta esset, quā cùm liber ho-
18 mo captiui negotia gessit. † Cæterùm quæ ratio dat
actionem negotiorum gestorum cùm homo liber ca-
ptiui postea reuersi negotia administrauit, non potest
eadem facere vt redemptionis precium quod à capti-
uo pro captiuo datum est, negotiorum gestorū actio-
ne repetatur. Illo enim casu etsi administrationis tem-
pore negotia quæ gerebantur dominum non habe-
bant, erant tamen eiusmodi quæ & per ciuem Roma-
num geri, & ex ipsa gestione meliora fieri poterant.
Isto autem nihil aliud gerebatur nisi vt captiuus ca-
ptiui pecunia redimeretur. Proinde vtriusque perso-
na obstabat ne qua tunc ex ipsa gestione obligatio
19 nasceretur. † Propter quam causam licet in manifestis-
sima æquitate, stricto tamen iure omni prorsus actio
deficere videbatur. Et reuera deficere fatetur Paulus
cùm ita scribit, *æquum esse Prætorem in eum reddere iudi-
cium*, vt intelligamus ne subsidiariæ in factum actio-
ni ciuili, locum esse de qua in *titul. de præscript. verbor.*
sed vel Prætoriæ tantum quæ ciuili subsidiaria est, vel
quod fieri fortassis probabilius, iudicio de dolo ar-
gum. *dict. leg. naturalis. §. quod si faciam. de præscr. verb.
iunct. l. iuris gentium. 7. §. 2. D. de pact. & §. at cum dd. d.
l. naturalis.* † Verum vt ad propositam de duobus cor- 20
reis quæstionem redeamus, etsi admitteremus in spe-
cie *d. l. nam & Seruius.* competere negotiorum gesto-
rum actionem, nil tamen ad rem id faceret. Non enim
proponebantur eo loco plures correi debendi facti,
sed potius confideiussores, vt probant verba illa *vti
pecuniam pro tribus adferret*, & quod sequitur *vt duo
pro eo quoque pecuniam darent.* Nam qui correi de-
bendi constituuntur, pro se non pro alio singuli in
solidum obligantur. Quanquam vt diximus non
magis confideiussori qui totum soluit, actio nego-
tiorum gestorum accommodanda est aduersus confi-
deiussorem, quàm correo aduersus correum. *dict. l. vt
fideiussor. 39. D. de fideiussor* vbi obseruandum est sic lo-
qui Modestinum vt dicat fideiussori aduersus con-
fideiussorem actionem dandam non esse. Non enim
id tantum sibi vult nullam stricto iure competere,
sed neque vllam ex æquitate dari debere. † Iam vero 21
quod Molineus obijcit ex *l. ex facto. 30. de negot. gest.*
facillime dilui potest. Nam quod curator Reipublic.
constitutus ad siliginem emendam præstare coactus
est ob culpam subcuratoris, ideo repetit actione ne-
gotiorum gestorum, quod licet soluere cogatur pro-
prio nomine tanquam obligatus ex facto subcurato-
ris, præstat tamen ob factum ipsius subcuratoris cui
soli culpam suam nocere æquū est. Id enim est quod
Iulianus ait *vt id ei saluum esset, quod causa eius damnū
cepisset.* Imò verò potest hodie curator eiusmodi pete-
re vt non nisi excusso subcuratore qui malè gesserat
conueniretur, præsertim cum subcurator ille non ab
ipso electus esset, sed à Republica constitutus arg. *l.
2. C. de hered. tutor. l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. non gesser. l.
tres tutores. 55. D. de admin. tut.* Itaque nihil vetat in ea
specie dari negotiorum gestorum actionem curatori
in subcuratorem sicut & tutori in curatorem, & ma-
magistratui in collegam, quæ haud dubiè nō daretur
si ob id debitum ex communi gestu aut negligentia
contractum alius pro alio quidpiam dependisset. Tū
enim necessaria esset vtilis illa actio quæ deficiente
iuris ratione à posterioribus imperatoribus introdu-
cta est, de qua in *l. 1. §. tractemus. de tutel. & ratio. distr.
& in l. 2. § sin Reipublica. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* vt
pluribus docebimus *infr. ca. 11.* † Sed & illud hîc mo- 22
nendum est quod nec Accursius ignorauit, licèt Mo-
lineus dissentiat, actionem illam negotiorum gesto-
rum quam Iulianus in *d. l. ex facto.* dandam putat cu-
ratori in subcuratorem, tutori in contutorem, magi-
stratui in collegam magistratum, non esse directam
(quomodo enim directa competeret, ei qui ex pro-
pria persona fuit obligatus vt solueret?) sed vtilem
sicut & eam quam Papinianus dat in specie, *l. liberto.
31. seq. eod. tit.* ad exemplum institutoriæ, vt constat ex
l. idemque. 10. §. idem Papinianus. D. mandat. Distinctā
tamen planéq; diuersam ab actione illa vtili de qua
in *d. §. nunc tractemus.* Est enim hæc vtilis actio nego-
tiorum gestorum, illa vtilis actio tutelæ vt pro Moli-
neo aut Azone potiùs contra Accursium ad eum lo-
cum disputabimus. † Cæterùm alia correorum deben- 23
di ratio est, vt neque directa neque vtili negotiorum
gestorum actione inuicē experiri possint, quia non so-
lū ex propria persona & obligatione, sed etiam ex pro-
prio facto singuli in solidū cōueniuntur. † Denique si 24
quis obijciat quod generaliter scriptū est in *l. actio. 47.
de neg. gest.* negotiorū gestorū actionem omnibus dari

Kk 2

quorum intereſt eo iudicio experiri, reſpondebo de-
bere id ita intelligi, vt nihil referat directa, an vtili
negotiorum geſtorum actione quis experiatur, quem-
admodum lex ait, ſed tamen illud etiam omnino re-
quiri, vt cætera omnia concurrant, quæ ad eiuſmodi
actionem dandam ſunt neceſſaria, inter quæ ſanè vel
illud maximè vnum eſt, vt alienum negotium actor
geſſerit non proprium, & alterius obligandi, non pro-
prij aut communis negotij expediendi gratia, vt ſu-
25 prà probauimus. † Dicat fortaſſe quiſpiam eum qui
ſoluit totam pecuniam quam cum correo mutuam ac-
ceperat, non quidem gerere negotium correi in eo
quòd ſoluit, cum ſuo nomine ſit ille obligatus, ſed in-
ſpecto initio iam tum geſſiſſe cùm ſe in ſolidum obli-
gauit non niſi partem accipiens pecuniæ, arg. *l. ſi filiuſ-
familias. 15 D de in rem verſ.* vbi filiusfamilias qui con-
ſtituit, deinde ſoluit quòd pater debuit licet pro ſe vi-
deatur ſoluiſſe, quia conſtituit, dicitur tamen in rem
26 patris vertiſſe Sed nego hæc eſſe ſimilia. † Qui enim
conſtituit ſe ſoluturum quod alius debet, pro alio ob-
ligatur, non ſecus ac fideiuſſor, *l. 1. §. debitum cum ſeqq.
de conſtit. pecun.* quamuis ad validitatem conſtituti nõ
tam inſpiciendum ſit, an perſona extet, quæ debeat,
quàm vtrum aliquid ſit, quod debeatur, *l. hactenus. 11.
eod.* Imo & expromiſſor quamuis ille ſit qui pro non
obligato obligatur tanquam reus principalis, *l. & ele-
ganter. 7. §. ſeruus pactionis. D. de dolo. leg. aliquando. 13. in
princ. ad SC. Vellean. l. ſi verò. 64. §. ſed et ſi reum. D. ſolu.
matr. l. quis libertinus. 37. in fin. de oper. libert.* intercedere
tamen dicitur, *l. quamuis. 8. §. ſi conuenerit ad Vellean.*
Proinde quamuis conſtitutor aut expromiſſor ſoluat
ideò quia conſtituit aut expromiſit, verum tamen eſt
initio inſpecto ſoluere eum pro alio, ſicut & fideiuſ-
ſorem, qui nec ob aliam cauſam ſoluit quàm quia fi-
deiuſſit. Et conſequenter, quod ſolutum eſt ex cauſa
conſtituti facti pro patris debito, negari non poteſt,
27 qui in rem patris verſum videatur. † At cõtrà, in duo-
bus reis non poteſt dici vter pro altero ſit obligatus,
cùm vtrumque eadem obligatio teneat, & quidem æ-
què principaliter, nec alterutrius debitum altero ſit
antiquius. Neque quod pecunia ad vtrumque perue-
nerit quicquam facit. Videtur enim vnuſquiſque ab
initio partem pecuniæ accipiendo in ſolidum obligari
voluiſſe, ſui potius gerẽdi negotij cauſa, hoc eſt, vt vi-
ciſſim correus qui non niſi partem pecuniæ mutuam
accipiebat obligaret ſe in ſolidũ, quàm vt correi ne-
gotium vllomodo gereret: Quaſi videatur creditor
neutri partem pecuniæ daturus fuiſſe, niſi ſe vterque
in ſolidum obligaſſet. Idque facit natura ipſa & qua-
litas negotij quod agitur, quoniam pluribus eodem
momento eadémque forma obligatis, non poſſis dice-
re vter pro correo voluerit obligari, nec ſi mutuò, quod
magis mirum eſt fideiuſſerint: cùm mutua illa fide-
iuſſio in ſolidũ ſubſiſtere nequeat, quin vterque prius
in ſolidum obligatus ſit. ſiquidem pro non obligato
in ſolidum fideiuſſor in ſolidum accipi non poteſt: fa-
cit, *l. item ſi. 9. §. vlti. cum quatuor ſeqq. de ſtipulat. ſeruor.*
Idémque erit licet tota pecunia vni duntaxat ex cor-
reis numerata ſit, *l. propter mutuam. 4. Cod. de duob. reis.*
quia cũ pecunia data mutua ſtipulatio interponitur,
non id agitur, vt obligatio ex numeratione naſcatur,
deinde per ſtipulationem nouetur, ſed id potius vt ſo-
la ſtipulatio teneat, & implendæ tantùm ſtipulatio-
nis gratia numeratio fieri intelligatur, ideóque vnus
tantùm contractus eſt, ſiue numeratio pecuniæ præ-
ceſſerit ſiue ſubſecuta ſit, *l. ſi ita fuero. 6. §. 1. & l. ſeq. D.
de nouat.* Cui conſequens eſt, vt non minus principali-
ter obligetur correus cui pecunia non fuit numerata
quàm is cui numeratio facta eſt. Igitur neque nego-
tiorum geſtorum, neque de in rem verſo agere cor-
reus, qui totum ſoluit aduerſus correum nullomodo
poteſt, præſertim cùm ea actio nonniſi ex contracti-
bus filiorumfamilias aut ſeruorum in patres vel do- 28
minos comparata ſit, *l. 1. & paſſ. De in rem verſo.* † In
quo paſſim decipiuntur pragmatici noſtri actionem
de in rem verſo dantes quoties agitur de pecunia in
rem & vtilitatem alterius conuerſa. Planè ſi duo rei
pater & filius fuerint, poteſt fieri, vt etiam de in
rem verſo pater teneatur ſcilicet creditori non filio,
pura ſi pecunia ad patrem peruenerat, *leg. ſi pro par-
te. 10. §. vltim. de in rem verſ.* vbi tamen pro *tibi* legen-
dum puto *ſibi* in illis verbis *& filius creditum tibi ſol-
uiſſet.* Tractat enim illo loco Vlpianus de pecunia
credita filiofamilias ſiue iuſſu patris ſiue quaſi cor-
reo patris, & ſoluta creditori filij, quam ſanè conſtat
in rem patris verſam videri ſi pecunia quam prior ille
creditor dederat cui nunc ſolutum eſt ad patrem ipſũ
peruenerat. Cæterùm vel maximè vnus hic locus
probat ex contractu correorum non naſci de in rem
verſo actionem ne quidem creditori aduerſus vnum
ex correis, multò minus inter correos ipſos. Nam &
quam Vlpianus dat eo loco, teſtatur ille non ex nego-
tij geſti natura, ſed ex ſolo euentu competere: quod
non ſatis bene ab interpretibus noſtris acceptum aut
explicatum videtur.

CAPVT VIII.

Neque communi diuidundo actionem cor-reo aduerſus correum dandam eſſe, neque condictionem ex l. ſi & me & Titium. 32. D. de reb. cred.

SVMMARIA.

1 *Negotiorum geſtorum actionem nunquam concurrere cum actione communi diuidundo.*
2 *Ratio propter quam actio communi diuidundo correo qui totum ſoluit aduerſus correum non datur.*
3 *Argumentum pro Molinei ſententia allatum ſoluitur.*
4 *Quo ſenſu dicatur pluribus correis ſtipulandi vel debendi ſactis ius obligationis, aut onus debiti eſſe commune?*
5 *Communi diuidundo iudicium nunquam competere pro iure quod plurium ſit in ſolidum.*
6 *Multum intereſſe inter correum qui totum ſoluit, & ſocium qui in rem communem aliquid impendit.*
7 *Socium, qui ſocio heres non extiterit, ex delicto vel contractu ſerui communis conuentum, non in ſolidum, ſed peculio tenus condemnari, & quantum ex bonis alterius ſocij conſequi poterit.*
8 *Cur in correis debendi ſecus obtineat?*
9 *Quo pertineat quod dicitur, ex perſona ſerui communis dominos non fieri correos debendi?*
10 *Reſpondetur ad* d. l. ſi & me & Titium, *à Molineo oppoſitam.*
11 *Nec eo prætextu correo condictionem dandam eſſe, quaſi ex re correi, qui totum ſoluit, locupletior factus ſit correus qui nihil ſoluit.*
12 *Correo qui totum ſoluit damnum non infligi, nec cum eius iactura locupletari alterum correum, qui creditæ pecuniæ partem accepit, nullam verò reſtituit.*

QVam † parũ ſibi cõſtet ac ſatisfaciat Carolus Mo- 1
lineus in eo, quod Accurſ. ſecutus dat correo de-
bẽdi qui totũ ſoluit actionẽ negotiorũ geſtorũ aduerſ.
correũ, vel ex hoc maximè intelligi poteſt, quod idem ille
in Dolanis prælectionib. ad *l. in lege. 61. D. ad l. ſal. n. 19.*

& 25

& 25. dat correo actionem communi diuidundo. Quã
tamẽ certum est nullo vnquam casu cum actione ne-
gotiorum gestorum concurrere, sed aut hanc dunta-
xat competere aut illam. Neque enim negotiorum
gestorum agere potest qui suum negotium gessit, vt
superiore capite probauimus, neque rursus Commu-
ni diuidundo qui de alio obligando potius quàm de
communi negotio gerendo cogitauit, *l. in hoc iudicium.*
14. leg. si quis cum. 29. leg. si quis putans. 6. §. fine autem.
D. commun. diuid. l. heredes. 25. §. non tantùm. D. famil. er-
ciscund. Postea verò quàm à nobis ostensum est cor-
reo qui totum soluit non posse aduersus correum dari
negotiorum gestorum actionem videamus an com-
2 muni diuidundo dari debeat. † Me illa semper ta-
cito mouet, vt nullam prorsus dandam esse putem,
quòd vt in superioribus disputauimus correus qui
totum debitum exsoluit, suum proprium non etiam
alieuum aut commune negotium gessit cùm esset il-
le in solidum proprio nomine obligatus, non secus at-
que si solus obligatus fuisset. Nec quod eiusdem so-
lutionis potestate correus quoque per consequentias
liberetur inducere magis potest actionem Communi
diuidundo, quàm si fideiussor id soluerit cuius nomi-
ne & debitor principalis & alij confideiussores erant
obligati. Nam & perinde dici posset facta per vnum
ex fideiussoribus solutione debiti, quod & ab omni-
bus debebatur & à singulis exigi poterat, partam cæ-
teris omnibus liberationem. Neque tamen vllo vn-
quam iuris locu proditum est actionem Communi di-
uidundo ex ea causa competere, quod sanè nec nisi
3 absurdissimè tentare quisquam possit. † Mouetur
potissimum vir meo iudicio parũ subtilis ex eo quòd
ius stipulationis dicatur commune inter correos sti-
pulandi & debitor communis in *l. si rem aliquam. 3. §.*
si duo. D. de nouat. & in l. qui hominem. 34. § si duo de solu-
tion. quod sanè verissimum est licet correi non sint so-
cij, vt idem ille contra Accursium & Bartolum dispu-
tat. Ergo, inquit, deficiente actione pro socio inter
eos qui socij nõ sunt locum habere debet actio Com-
muni diuidundo, *l. 1. & tot. tit. D. commun. diuid. l. si in*
re. 19. D. de noxal. action. Ego verò, vir bone, nego
4 consecutionem. † Nam quod dicimus factis pluri-
bus correis debendi vel stipulandi ius obligationis
aut onus debiti esse commune, non ita accipiendum
est vt perinde sit commune, ac si partem in eo quis-
que in diuisam haberet, sed id significamus vnicuique
ex correis stipulandi ius idem competere totum de-
bitum exigendi in solidum ac si solus ille stipulatus
esset, Vnumquemque ex correis debendi perinde to-
tum debere atque si solus esset obligatus. Sunt verò
ista longè latéque differentia si Florentino credimus
qui in *l. licet. 7. D. deposit.* ita scribit. *Itaque hoc casu in*
solidum vnusquisque videtur deposuisse quod alter est cum
rem communem plures deponunt. Cui simile est quod
Vlpianus tractat in *l. 1. §. antepenultim. eod. tit.* Si duo
deposuerint & ambo agãt, si quidem sic deposuerunt
vt vel vnus totum tolleret, posse singulos in solidum
agere, si verò pro qua parte eorum interesset, tunc in
5 partem duntaxat faciendam condemnationem. † At
nulla iuris parte scriptum reperias Communi diuidũ-
do iudicium competere pro iure quod plurium sit in
solidum, sed pro iis demum rebus quę plurimum sunt
pro partibus diuisis quidem in quota, vt loquuntur,
non in corpore, *d. l. 1. & pass. D. commun. diuid. l. familiæ.*
9. C. commun. vtriusque iudic. l. si vt certo. 5. §. vlt. in illis
verbis, *sed totius corporis pro indiuiso pro parte dominium*
habere. D. commod. Nec sanè naturalis ratio patitur ita
quicquam commune esse plurium, vt in solidum sit
commune, non magis quàm vt eiusdem rei duo plu-
résve in solidum sint domini, *d. §. vlt.* † Neque rursum 6
probabiliter possis dicere. Correum qui totum soluit
ei similem esse qui in rem communem aliquid impẽ-
dit cùm aliter partem suam tueri nõ posset, cui nimi-
rum damus actionem Communi diuidundo vt quod
pro socio præstitit recuperet, puta si communis serui
nomine vnus ex dominis in solidum conuentus, &
damnatus sit, *l. etsi non omnes. 8. §. vlt. cum l. seq. l. si Sti-*
chus. 25. D commun. diuid. iunct. l. si cum vno. 4. D. si ex nox.
caus. agat. l. & ancillarum. 27. §. vlt. D. de pecul. Habet e-
nim ille animũ obligandi sociũ, nec potest videri pro-
prium negotium omnimodo gerere qui pro parte so-
cij (quæ dominij iure diuisa est saltem per quotas, li-
cet non per corpora) aliquid facit vel præstat. Correus
verò solus, ipse proprio nomine & ex propria persona
obligatus est in solidum perinde ac si correum nõ ha-
beret, & ideò negotium suum duntaxat gerit & pro-
prium non commune cùm totum soluit, licet seipsum
liberando correum quoque per consequentias liberet.
† Multúmq; inter hos casus differre ex eo quoq; cõstat 7
quod Iulian. scribit in *l. quare. 28. de pec.* Si neque heres
neq; bonorũ possessor extiterit socio pro quo alius so-
cius ex contractu vel delicto serui communis vrgea-
tur, non debere hunc qui cõuenitur condẽnari in so-
lidũ, sed eatenus dũtaxat quatenus peculiũ apud eum
erit & quãtũ ex bonis alterius cõsequi poterit. Siqui-
dẽ aliter obseruatur in correo qui vtiq; non eo minus
tenetur in solidũ quòd correũ habeat à quo nihil peti
possit, *l. duos. 6. l. si ex duob. 12. in princip. & §. 1. de duob. re-*
reis. Deniq; cũ obligationis cõmunio ex re ipsa vel ro-
tem proficiscitur, eatenus tantũ constitui & subsistere
potest quatenus res ipsa patitur, *l. si tibi. 17. D. de pact.*
l. cum vlera. 6. C. de numer pecun. l. si cum quo. 7. de aqua
& aquæ pluu. arcen. † Et ob id si apud alterum ex socijs 8
cui cõmunis seruus fuit nullũ sit peculium, placet nul-
lomodo eũ teneri socio, quia nec eum liberare socius
ære alieno vllomodo intelligitur, *d. l. & ancillarum §.*
vlt. Nẽmpe quoniã vt obligaretur, faciebat tantũ ratio
peculij. At quod correus in solidũ licèt non solus obli-
gatus est, nõ fit ex alia re vlla quàm quia solidum quã-
uis nõ solus stipulandi promiserit. Proinde cùm & ex
persona sua & ex propria stipulatione cõueniatur, ne-
gare non potest quin si totũ debitum soluat suum so-
lius negõtiũ gerat. † Eoq; pertinet quod dici solet ex 9
persona serui communis non fieri dominos correos
debendi, *l. habebat. 13. §. vltim. cum l. seq. D. de instit. a-*
ction. quia non in solidum singuli, sed de peculio tan-
tùm, & ex vnius facto obligantur, *d. §.* Tametsi qua-
tenus est in peculio, possit creditor cum vnoquoque
eorum in solidũ experiri ne in plures aduersarios di-
stringatur qui cum vno contraxit, *d. l. vl. l. & ancillarũ.*
† Quod verò idem Molineus correo qui totum soluit 10
dat contra correum condictionem ex *l. si me & Titiũ.*
32. de reb. cred. non possum videre quam habeat ratio-
nem. Illa enim generalis quæ placet Celso *quæ pecunia*
mea ad te peruenit eam mihi a te reddi bonum & æquum
est. ad rem nostram nullomodo pertinet. Neque enim
verum est dicere pecuniam correi qui totum debitum
soluit cùm partem duntaxat pecunia credita mutuam
accepisset, ad correum peruenisse. Peruenit enim
ad creditorem, adeóque peperit soluenti qui in so-
lidum obligatus erat solidi liberationem. Ergo con-
dici nequit neque creditori qui suum recepit bo-
na fide adeóque à debitore, *leg. cum is. 32. §. 1. leg. repe-*
titio. 44. leg. si fideiuss. 59. & pass. de condict. indebit. l. qui
hominem. 34. in fin. de solut. Neque correo qui æque in
solidum obligatus erat, quamuis ipsi quoque solu-

tio profuerit, quoniam iuris regula est. His solis condicendam esse pecuniam quibus quoquomodo soluta est, non item quibus solutio proficit, *leg. his solis. 49. de*
11 *condict. indeb. l. eum cui. 13. C. de obligat. & action.* † Quod si cōdictionem eo prætextu dare velis quasi ex re correi qui totum soluit, locupletior factus sit is qui nihil soluit cùm partem pecuniæ creditæ accepisset, *argu. l. si eum seruum. 23. D. de reb. cred.* Dicam ne hanc quidem posse competere, quoniam licet locupletior factus videatur qui ab obligatione liberatus est, non tamen principaliter hic liberatus est, sed tantùm per consequentias, id nimirum agente correo qui totum soluit vt seipsum duntaxat non etiam vt correum liberaret, vtque ea solutione locupletior ipse nō etiam correus fieret, quippe qui non minus debebat solidum quàm si solus obligatus extitisset. Alioqui possis eadem ratione concludere si plures sint inopis cuiusdam debitoris fideiussores, & ex iis vnus totum soluerit dandam ei aduersus confideiussores cæteros condictionem tāquam factos ex huius qui soluit pecunia locupletiores: quod tamen disertè negat Modestinus in *l. vt fideiussor. 39. de fideiuss.* cùm generaliter & indistinctè scribit fideiussori aduersus confideiussorem dan-
12 dam actionem non esse. † Atqui, inquies, negari non potest quin locupletetur cum aliena iactura correus qui creditæ pecuniæ partem accepit, nullam restituit. Imò verò, inquam, permittendum est vt locupletetur cum iactura correi, quoniam æquè cum ipsius iactura locupletari correus poterat si hunc potiusquam illum eligere creditor voluisset. Videtúrque id tacitè inter eos actum vt damni huius periculum spe paris lucri vnusquisque subiret. Quare imputet sibi qui prior conuentus totum soluit, cur tanquam correus potius quam alio contractus genere obligari voluerit, cur indemnitatem sibi pro parte repromitti non curauerit, cùm partem duntaxat pecuniæ mutuam acciperet, cur denique cùm solueret non adegerit creditorem vt sibi aduersus correum actiones mandaret. Quibus de causis negare etiam audacter possum damnum ei vllum infligi, vt consequens fiat neque ex ipsius iactura correum locupletari, quia quod quis ex culpa sua factóque proprio damnum sentit nec sentire videtur, vt habet vulgata iuris regula.

Capvt IX.

Correo qui totum soluit actionem aduersus correum ex interuallo cedi non posse. Ad l. Modestinus. 76. D. de solut. l. 1. de contr. iudic. tutel. l. cùm alter. 11. C. de fideiuss. l. vt fideiussor. 39. D. eod. Et emendatio leg. cùm is. 36. eod.

SVMMARIA.

1 *Molinei super hac quæstione sententiam legibus contrariam esse.*
2 *Imaginaria æquitatis obtentu à certissima legum sententia non esse recedendum.*
3 *Quanam æquitatis ratione motus Molinæus crediderit correo qui totum soluit actionem aduersus correum ex interuallo cedendam esse.*
4 *Molinei responsio & interpretatio ad* l. Modestinus. ff. de solut. *euertitur.*
5 *Solutionem in specie dictæ legis à contutore eodémque debitore, non ab extraneo factam esse.*
6 Legem 1. C. de contrar. iudic. tutel. *de tutela, non de iudicati actione tractare.*
7 *Verba illa* d. l. 1. heredes iudicati poteris conueni*re, quomodo intelligenda sint?*
8 *Quibus rationibus moti Imperatores in* d. l. 1. *damnato contutori cessionem actionis aduersus contutorem denegauerint?*
9 *An non æquum sit creditorē quo suum ex iudicato aut alia ratione consecutus est, iudicati aut pristinæ tutelæ actionem ei cedere, à quo solutionem accepit?*
10 *An deterior sit conditio tutoris non condemnati & solutionem pro contutore vltrò offerentis, quàm si condemnatus esset?*
11 *An tutori non condemnato soluente, aduersus iam condemnatum contutorem iudicati actio cedenda sit?*
12 *Quæstio & sententia* l. cùm alter C. de fideiussorib. & l. vt fideiussor. 79. ff. eod. tit.
13 *An actio quæ cessa est ante solutionem aut in ipso solutionis actu, aut quam præcedente pacto cedi conuenerit, secuta solutione subsistat?*
14 *Restituuntur quædam verba in* l. cùm is. 36. ff. de fideiussorib.

RIdicula † aut superuacua videri posset hæc disputatio, & vt nostri loquuntur, de indubitabili, nisi 1
dubium faceret, & nostro dignam tractatu autoritas Carol. Molinei qui dum subtilē agit in Dolanis prælectionibus ad *l. Modestinus. 76. D. de solut.* nouam induxit opinionem prorsus antea inauditam, Vt plurib. factis correis debēdi si vnus totum creditori soluerit, licet nec impetrata nec petita cessione vlla cōtra correum, possit tamen creditor etiam post sublatam solutione obligationē cogi præstare correo aduersus correum itémque fideiussori aduersus debitorem actiones. Quæ sententia pugnat apertissimè cùm *d. l. Modest. 76. D. de solut. l. 1. C. de contr. iudic. tutel. l. cùm alter. 11. de fideiuss. l. vt fideiussor. 39. D. eod.* sed apertius cum ipsissima & certissima iuris ratione cuius præcipua sēper autoritas esse debet. Nam cum solutione per vnū ex correis facta omnis obligatio perimatur, ita vt non tantùm correus ipse qui soluit, sed etiam alius correus liberetur, *l. 2. & pass. de duob. reis.* quomodo fieri obsecro potest, vt vel supersit actio aliqua quæ cedi queat perempta iam obligatione, vel cedi possit actio, quæ
nulla superest amplius? † Nam quod Molineus perpetuò nugatur, iniquum esse eum qui coactus & bona fide totum soluerit nullum à legib. remedium habere ad suum pro parte correi consequendum. Quam leue & inane sit constare satis arbitror ex iis quæ in superiorib. disputauimus, constabitque euidentiùs ex iis quæ in sequentib. subiiciemus. Sed quænam rogo temeritas & amētia ista est, nescio cuius æquitatis imaginariæ & vt nostri vocant, cerebrinæ obtentu certissimam iuris rationem cōuellere, leges corrumpere, nihil non audere? Fuit hoc familiare Molineo, nimiū sanè ingenio suo cōfidenti, passimque istiusmodi æquitatis commento abutenti, sed cui tamen adeò sua feliciter successit temeritas, vt etiamnum apud supremas plerasque curias (quarum singulare ius est vt æquitatem stricto iuri præferre semper debeant) præcipua vigeat gratia, non solùm si contra leges legumque rationem sentiat, sed etiam quod in tanta seculi nostri infelicitate magis mirum videri debeat, si quando recedat à receptissimis interpretum omnium sententiis, quas cæteri quantumcunque eruditi iuris magistri ne cogitatione quidem audeant lacessere. Quæ me res mirum in modum offendit, & exagitat. Quis enim controuersiarum inter nos finis erit si vnicuique liceat pro arbitrio æquitates istas comminisci quæ à iuris ratione prudentúmque responsis abhorreant? Nescio autem an nimio impudentiæ istius odio factum sit vt in hunc vsque diem

vix

vix vllam Molinei sententiam aut interpretationem
probare potuerim, ex iis omnibus in quibus placet il-
le sibi tantopere suámque ostentat æquitatem. Sed
3 ad rem. † Mouetur ille non iuris ratione aliqua (ne-
que enim vera iuris ratio pugnare secum vnquam
potest) sed æquitate tantùm illa, quæ minùs diligen-
ter intuenti plausibilis videri queat, quòd in damno
morari non debeat qui ex correis partem duntaxat
pecuniæ mutuatus totum debitum soluit, correúm-
que liberauit ad quem alia pecuniæ pars peruenerat.
Leges tamen permultas congerit quibus probet et-
iam facta debiti solutione actionem nihilominùs cō-
petere, adeóque & interdum cedi debere. Eæ sunt, *l.
§. nunc tractemus. de tutel. & rat. distr. l. 2. in fi. C. de cont.
iudic. tutel. l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. si mandato
de solut. l. ex si res obligata 57. in fin. de legat. 1. l. dominus
Sticho. 23. de pecul. legat. l. Papinianus. 28. alias Pomponius
D. mandat. l. si minoris 25. in fi. de admin. tutor. l. cum pu-
pillus. 21. de tutel. & ration. distr. l. in fi. eadem. 45. §. qui pro
alio de iur. fisc. l. cum possessor. 5. in princ. de censib.* De qui-
bus singulis dicendum nobis erit sequentibus capiti-
bus, quò plenior sit & distinctior disceptatio. Nunc
videndum est quid ad supradicti iuris locos qui pro
communi nostraq; sententia tam aperti sunt, aduer-
4 sarius respondeat. † Ac primùm quod pertinet ad *l.
Modestinus, de solut.* respondet intelligi eam debere de
solutione pro tutore facta non à tutore sed ab extra-
neo. Vt idem sit sensus qui & *legis nulla 5. C. eod.* Solui
quidem posse pro extraneo ignorante adeóque inui-
to, *l. soluere. 53. D. eodem l. soluendo. 39. de negot. gest.* sed
non posse cogi creditorem vt actionibus suis cedat,
nisi ante factam solutionem ita conuenerit. Nec si ce-
dere velit ex interuallo nulla præcedente conuentio-
ne, quicquam eum agere quoniam tota actio solutio-
ne extincta sit, nec enim quisquam pro alio soluendo
alienam sibi comparat actionem. Sed interpretatio
hæc quicquid ille glorietur, tota commentitia est & à
5 Modestini sensu aliena. † Nam verba illa, *post solutionem
sine ullo pacto omne id quod ex causa tutelæ debebatur*, à
quo potiùs solutionem factam esse demonstrant quā
ab ipso debitore hoc est à contutore? Aut cur ab ex-
traneo factam solutionem diuinamus si extranei nul-
lomodo lex meminit? Ratio autem illa qua Modesti-
nus mouetur, *cum nulla actio superfuerit*, an non æquè
locum habet si solutio non ab extraneo, sed ab ipso
tutore eodémque debitore facta sit? Nam si solutio
per extraneum facta, alieno nomine liberat debito-
rem, quantò magis liberabit solutio, quam debitor i-
pse fecerit? *lege manifesti. 17. C. de solut.* Cur non igitur
eo quoque casu idem iuris obtineat, quo eadem ma-
iórque sit ratio. *Vulg. l. illud. 32. ad legem Aquil. l. 3. §. vn-
de etiam de inoff. rupt.* Idq; nominatim & disertè cau-
tum est in *d. l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* quæ tam apertè
loquitur de tutore soluente pro contutore condem-
6 nato vt cauillationi nullus relictus locus videatur. †
Et tamen cauillatur adhuc homo, si Diis placet, non
insubtilis, & respondet eam legem non tractare de a-
ctione tutelæ, nec proinde negare quin cedi ea quan-
documque possit & debeat, sed de actione iudicati
quæ ex iudicato competit, vt constare ait ex illis ver-
bis, *Quod si nomen emisti in rem tuam* (sic enim legen-
dum est, non *suam*) *procurator datus, heredes iudicati
poteris conuenire.* Hanc verò alterius ait esse conditio-
nis quàm pristinam tutelæ, quòd hanc creditor suo
sumptu & opera sine facto & auxilio condemnati
quæsierit, quódque possit esse durior & grauior. Id-
eóque nec cogendum ipsum ea cedere, sicuti nec vti
sententia pro se lata, *l. euidenter. 26. de except. rei iudic. l.
si index. 28. de minor.* qua tamen, inquit, hoc ipso quod
cederet vteretur, ex Paul. Castren. *in l. si actionem. C. de
pact.* Præsertim cùm tutor offerens solutionem pro
contutore non potuerit cogi ex sententia aduersus
contutorem lata, nemo autem possit cogere eum pro
quo soluit nisi illo ipso officio quo soluere cogitur, *l.
cum vendente. 4. C. vbi caus. fiscal. vel diuer. dom. agant.*
vbi Salic. & Castr. *l. minor. 25. annis. 39. D. de eui.* Quam
ob causam in fideiussore de iudicato soluendo specia-
liter receptum est, addit ille, vt iudicati actio ei cedi
debeat etiamsi in secunda vel tertia instantia obten-
ta sit, vt idem ipse notat ad Alexand. *cons. 209. lib. 7.* &
probati existimat *ex leg. cum apud Sempronium penult.
D. iudic. solui.* Nempe quia ex iudicato actio competit
absque nouo processu, vt nostri loquuntur, contra fi-
deiussorem de iudicato soluendo. *Gloss. Cyn. Bartol. &
cæteri ad l. fi. C. de vsu. rei iudic. Gui. Pap. quæst. 29. num. 1.
& quæst. 215. num. 8.* Has atque alias eiusdem ponderis
rationes conquirit miser innouator, vt opinionem
suam tueatur. Non animaduertens verba illa, *nullum
iudicium tibi contra pupillum competit vt delegetur tibi
aduersus liberatum actio.* tam esse generalia vt nō pos-
sint esse generaliora, vt perinde complectantur tute-
læ actionem, atque eam quæ competit ex iudicato.
† Nec verò specialiora sunt quæ sequuntur, *heredes 7
iudicati poteris conuenire.* Non enim ad iudicati actio-
nem pertineat (Deus bone quæ infantia ne dicam a-
mentia in re tam aperta cæcutiisse!) sed *iudicati* lex
ait pro *condemnati* vt & in princip. *si pro tutore iudica-
to*, id est *condemnato* vt significet tutorem qui pro con-
demnato contutore soluerit, si nomen emerit posse
condemnati heredes mandatis actionibus conueni-
re. † Sed & illud obseruare Molineus debuit, Impe- 8
ratores quorum id rescriptum est non iis rationibus
motos fuisse quas ille comminiscitur ad denegandam
cessionem actionis, sed ex eo potissimùm quòd dam-
natus contutor pro quo contutor soluerat, ipso iure
liberatus esset per solutionem. Is enim sensus est illo-
rum verborum quæ sunt præcipuè ponderanda *ad-
uersus liberatum.* Atqui non minùs ab actione tutelæ
liberatus erat, quàm ab actione iudicati. Vnica siqui-
dem actio sufficit ad vtramque tollendam actionem,
quoniam vtriusque vna tantùm & eadem causa est,
cùm nec nouum sit vt vna numeratio sufficiat in va-
rias causas, *lege in numerationibus 44. de solut.* Eadem i-
gitur ratio quæ impedit ne delegari possit ex inter-
uallo post solutionem iudicati actio, faciet ne delega-
ri possit actio tutelæ. Adde quòd actio iudicati nouat
priorem contractum, & actionem quæ ex eo compe-
tebat, *d. l. fin. versic. si enim nouatur. C. de vsu. rei iudic. l.
si fundum. 16. §. si creditor. & §. pluris. D. de pignor. l. vlt.
iudic. solui. iunct. leg. 1. de Prætor. stipul.* de cuius senten-
tia scripsi lib. 9. cap. 1. Quomodo igitur cedi poterit a-
ctio quæ iam per nouationem perempta fuerit? *argu.
legis primæ de nouat.* † Denique quid obsecro interest 9
creditoris qui suum ex iudicato aut alia ratione con-
secutus est actione iudicati aut pristina tutelæ cedere
ei à quo accipit solutionem? Aut cur non hic locum
habeat æquitas illa de qua in *l. creditore. 38. D. de euict.
l. quæsitum. 30. §. fin verò filius. D. pecul.* Id est, Cur non
æquum videri debeat, vel hoc saltem consequi soluē-
tem debitorem, quod sine creditoris dispendio sit fu-
turum? † Alioqui si nec primam tutelæ actionem po- 10
test cedere creditor quia nouata est, nec iudicati pro-
pter eas rationes quibus seipsum Molineus vltrò de-
cipit, sequetur, nullo remedio succurri posse contuto-
ri qui & totum soluere velit, & sibi rectè prospicere
vt in contutorem vllam actionem habeat, qui tamen

fatentibus omnibus actionem haberet ad cogendum pupillum, vt sibi tutelæ actionem delegaret, si nondũ esset illa per iudicatum perempta. Atque ita fieret deterior condicio soluentis contutoris ex facto alieno contra iuris regulas, id est propter sententiam aduersus contutorem latam. Imò & deterior erit condicio tutoris non condemnati, & vltro solutionem offerentis quàm si esset condemnatus. Soluens enim ex condemnatione vtique impetrare posset cessionẽ actionis iudicati, nec ei imputaretur, quod isti Molineus imputat, cur soluat post contutoris condemnationem qui ex ea condemnatione vrgeri non poterat. Quod si ita est permittendum illi erit vt creditorem pupillum cogat contra se agere (quod etiam aberrat à iuris regulis tit. *vt nemo inuit. ager. cog.*) Vt cũ erit condemnatus impetret cessionem actionis iudicati aduersus contutorem æquè condemnatum. Hoc verò quanam obsecro nititur ratione cùm non plus creditor ab eo per iudicem consecuturus sit quàm ipse sine iudice offerat? *ex l. iudicatum solui stipulatione. 16. D. iud. sol. l. si reus. 73. de procurat.* Aut si huic contutori licuit soluere pro contutore iam conuento necdum condemnato, cur non æquè poterit post ipsius condemnationem? An in eo facta videbitur deterior conditio creditoris quòd vicerit, vt ea re deterreatur contutor à solutione facienda, ac non potius ad soluendum excitetur? † Atquin dici solet neminem li-

11 tis contestatione dèteriorem suam facere condicionem, *l. aliam. 29. D. de nouat.* Sed & quamuis iudicati actio, adeóque litis contestatio nouet priorem actionem, *l. delegare. 11. eodem tit. l. solutione. 23 de solut. l. 7. §. 1. idem scribit. D. de pecul.* absurdum tamen sit idcirco existimare nullam ampliùs cedi posse actionem. Alioqui dicendum esset exceptionem cedendarum actionum opponi numquam posse in executionem iudicati, quod tamen manifestè falsum est. *l. si fideiussores. §. 1. de fideiuss. l. 1. §. non tantùm. 18. l. cùm pupillus 21. D. de tutel. & ration. distr.* At si cedi potest condemnato eique soluenti actio iudicati aduersus contutorem non condemnatum, quæro cur non faciliùs cedi possit tutori non condemnato aduersus iam condemnatum contutorem? Itémque si tutor condemnatus habet exceptionem cedendarum actionum, si non cedatur illi actio iudicati contra non condemnatum, quantò facilius habere debet is qui condemnatus non est aduersus condemnatum? Taceo quàm futilis sit ratio illa non cedendæ actionis iudicati, quòd eam creditor suo sumptu & opera sine facto & auxilio condẽnati quæsiuerit. Nam & heres rogatus de restituenda hereditate non eò minùs cogitur actionibus cedere propria stipulatione quæsitis quòd eas ipse opera sua acquisierit: quamuis in hoc differant ab hereditariis quod hæ ipso iure transeunt in fideicommissarium, in illis cessione opus est, *l. si heres pecuniam. 73. D. ad S.C. Trebell.* Ex quibus satis supérque refutata sit Molinei interpretatio ad *d. l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* Cætera enim quæ confirmandæ ipsius gratia ille congerit ex *l. 2. eo tit.* & ex *l. 1. § nunc tractemus. de tutel. & ration. distr.* postea refellimus cap. 11. † Illud subinde viden-

12 dum restat, quid ille respondeat ad *l. vt fideiussor. 79. de fideiuss. D. & ad l. cum alter. 11. C. eo.* Neque verò hic cunctatur, sed ait tractari quidem iis locis de actione principali, non quæ ex iudicio nascitur. At non de illo quæri, an cedi illa ex interuallo possit, sed an sine cessione competet, quod, inquit, vtraque lex negat. Verum apparet satis in *d. l. cum alter*, consultum fuisse Imp. non de illo solùm, An sine cessione possit fideiussor aduersus confideiussorem agere (iam enim ad id responsum fuerat primis illis legis verbis, *cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei aduersus eum qui vna fideiussit non competit.*) Sed de illo etiam, An ex interuallo, & post solutionem ea cessio fieri posset. Ad id verò respondet Imperator sequenti illo versiculo, *Potuisti sanè cum fisco solueres desiderare vt ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, & si hoc ita factum est, cessis actionibus vti poteris.* Sic innuens non obscurè si ita factum non sit, hoc est si fideiussor cùm fisco solueret non desiderauit vt in se ius pignoris transferretur, nullomodo fieri posse ampliùs vt cessis actionibus fideiussor vtatur, id est vt ei actiones cedantur. Quæ etiam sententia est, *d. l. vt fideiussor.* in in qua non solùm negat Modestinus actiones vllas competere fideiussori aduersus confideiussorem, sed etiam tempus indicat quo cedi eas oporteat vt vtiliter cedantur, nimirum *cum alter electus à creditore totũ exsoluet.* Ergo postquam exsoluerit, sera erit cessio tametsi facta sit à volente. Multò magis igitur sera postulatio eius qui petet cessionem quo tempore nulla ampliùs supererit actio quæ cedatur Idque adeò clarum est vt nullo iuris loco videas Iureconsultos dubitare an actio quæ solutione perempta est cedi debeat aut possit ex interuallo (quis enim præter Molineum id vnquam putaret? sed de illo potius, † An quæ ces- 13

sa est ante solutionem aut in ipsa actu solutionis, aut quam pacto præcedente cedi conuenerit, secuta solutione subsistat. Videbatur enim intercidere cùm secuta quandocunque solutio plenam debitori vt diximus liberationẽ adferat, quod fieri non potest quin obligatio extinguatur. Sed subtilissimè obseruarunt iuris autores non tam hoc casu videri peremptam solutione obligationem, quam venditum debitoris nomen solutúmque venditionis precium ab eo qui pro alio soluere coactus fuerit. Quod remedij loco inductum videtur vt iis succurreretur qui pro aliis obligati solutionem recusare non possunt, *l. fideiussoribus. 17. l. cùm is. 36. D. de fideiuss.* in cuius fine verba vt puto sunt inuersa, sicque meo iudicio restituenda, *& ideò quia habet actiones tenetur ad hoc ipsum vt præstet actiones ex l. quod debetur. 51. D. de pecul. l. quòd si in diem. 16. §. vlt. l. item veniunt. 20. §. aut Senatus placere. 17. de peti. hered. l. 2. §. peruenisse de hered. vendit. l. heredem. 14. l. Papin. 28. D. mand.* Idque est quod Modestinus tractat, *in dict. l. Modestinus de solut. & Pap. in l. cùm pupillus. 21. de tutel. & ration. distr. & in l. cùm possessor. 5. in princ. D. de censib.* Manet ergo verissima & inconcussa iuris sententia, Actionem quæ solutione perempta sit ex interuallo cedi non posse. Videamus iam quid ad eas leges respondendum sit quibus abutitur Molineus, vt errorem suum pluribus & grauioribus implicet erroribus.

CAPVT X.

Emendatio & explicatio l. Stichum aut Pamhilum. 95. §. si mandato de solut. l. si minoris. 25. de admin. tut. l. si res obligata. 57. de lega. 1. l. cùm pupillus. 21. de tut. & rat. distr.

SVMMARIA.

1 *Generaliter respondetur ad leges à Molinæo pro sua sententia allatas.*

2 *Cur mandator, cuius iussu pecuniam credidi, soluta pecunia actiones aduersus debitorem etiam ex interuallo præstare tenear?*

3 *Cur*

3 *Cur dicto mandatore soluente debitor non liberetur?*

4 *Cur soluente tutore qui pupillo condemnatus est, ob id quod ipsius pupilli debitorem non exegerit, debitor non liberetur?*

5 *De cedendis actionibus curatoribus qui minori pecuniam eam soluere parati sunt, quod eorum culpa eiusdem pupilli tutores minoris quam oportuerat fuerant condemnati?*

6 *An illis curatoribus, postquam iudicatum fecerunt, minor actiones mandare cogi debeat?*

7 *Emendatur* l. si minoris. 25. ff. de admin. tutor.

8 *Appellationem interdum permitti, etiam quum appellanti aliter succurri potest.*

9 *Fideicommissario, cui res pignori obligata per fideicommissum relicta est, debitum soluente, pignus, non autem debitoris heredes liberari.*

10 *Ratio dubitandi ad* l. 2. ff. quib. mod. pig. vel hypot. soluit.

11 *Cur in specie* l. si res obligata. 57. de lega. 1. *actionum cessio ex interuallo admittatur?*

12 *Respondetur ad* l. Dominus Sticho. 23. de pecul. leg. l. 5. ff. de censib. *à Molineo pro sententia sua defensione allatas.*

13 *Ratio dubitandi in* d. l. 5.

14 *Deesse negationem in* l. cum pupillus. 21. ff. de administ. tutor.

15 *Cessionem petitam in specie* l. in fraudem. §. qui pro alio. ff. de iure fisci. *in ipso solutionis actu petitam intelligi.*

16 *Quaenam inter fiscum & priuatos differentia sit, quum de actionum cessione agitur?*

1 AD † eas omnes leges quas superiore capite à Molineo allatas diximus, vt probet sublata per solutionem obligatione posse nihilominus ex interuallo cedi actionem, vna eademque responsio sufficere posset: Tractati scilicet in omnibus de cedenda actione quæ per solutionem extincta non sit. Idque verissimum est, sed tamen paulò obscurius nisi ad singulas aliqua adhibeatur interpretatio. † Primum 2 verò occurrit, *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. si mandatu de solut.* vbi tractat Papinianus de mandatore cuius iussu tu pecuniam Titio credideris: Et ait, etiam posteà quam pecunia soluta est præstare te debere actiones mandatori contra debitorem, vt ei satisfiat: Nempe quia, vt ille scribit, mandatore conuento & damnato quamuis pecunia postea soluta sit, non tamen debitor liberatur, ideóque iuris ratio non solum patitur vt ex interuallo quantocumque fiat cessio, sed etiam te obligat vt mandatori qui tibi soluit actiones cedas, quòd alioqui futurum sit vt nulla ei pro repetitione contra debitorem actio competat. Neque mandati cùm nihil ille mandatori tuo mandauerit, neque negotiorum gestorum, quandoquidē non potest videri mandator vtiliter gessisse negotiū eius quem non liberauit, *arg. à contrario sensu, l. quamquam. 7 ad SC. Velleian.* Idque & Vlpianus ex eodem 3 Papiniano tractat in *l. Papinianus. 28. D. mandat.* † vbi rationem etiam reddit, cur soluente mandatore debitor non liberetur. Quoniam, inquit, non tam debitoris nomine soluit quàm suo, & propter mandatum suum. Est enim perpetuum vt quod quis suo nomine soluit numquam alium liberet si plures numero licet de eadem re fuerunt obligationes, *l. si quid possess. 31. de petit. hered. l. si pœna. 19. §. 1. de condict. indeb. l. cùm quis. 38. de pecul. l. Paulus respondit. 101. in princ. de solut.* † Ea- 4 démque ratio est vt ibidē Papinianus ait tutoris qui pupillo condemnatus est ob id quòd ipsius pupilli debitorem non exegerit. Quantumuis enim soluat ille pupillo quod alius debuit, non tamen liberat debitorem quia non pro debitore soluit sed pro seipso, hoc est ex causa propriæ condemnationis quam non pro debitore, sed pro seipso solo & ob tutelam à se gestam subiit. Ideóque solum illud remedium ei superest vt tutelæ actione contraria cogat pupillum actionibus suis cedere aduersus debitorem, *d. § si mandatu,* vbi apertum est legendum esse *nos fecisse comparationē,* non quomodo vulgò legitur *non fecisse.* † Idem iuris 5 est in illa quoque specie quam idem Vlpianus ex Papiniano proponit *in l. si minoris. 25 de administra. & peric. tutor.* de minore qui contra suos curatores egit ob id quòd eorum culpa eiusdem pupilli tutores, minoris quàm oportuerat fuerant condemnati. Nam si curatores hi parati sint soluere ex condemnatione quāti interest pupilli, sed tamen petant mandari sibi actiones contra tutores, Papiniano placet (cuius sententia extat *in l. alterius. 20. §. 1. de tutel. & ration. distr.*) posse eos & debere id consequi per doli exceptionē, quoniam actio pristina quæ beneficio restitutionis in integrum salua esse poterat pupillo contra tutores, & cedi & mandari adhuc potest. Sed si iam fecerint iudicatum curatores, proderit, inquit, ea res tutoribus quoniā nihil minori abest qui de præda magis quàm de damno solicitus videbitur, si postquàm à curatoribus suis indemnitatem consecutus est pergat velle aduersus tutores in integrum restitui. Quæ ratio demonstrat apertissimè solutionem à curatoribus factam non in eo prodesse tutoribus, quod ipso iure sint liberati, sed hactenus duntaxat vt opposita doli exceptione repellant minorem qui contra bonā fidem captat prædam ex damno alieno, hisque idem vult consequi. Nam proculdubio si strictum ius inspicias salua manet pupillo aduersus tutores actio, etiam posteà quàm à curatoribus solutionem accepit, quòd non pro tutoribus ipsi soluerint, sed pro seipsis ex causa curationis non benè gestæ condemnatis. Inde igitur fit quod Vlpianus ex Papiniano subiicit, vt mandare actiones suas curatoribus etiam post solutionem & ex interuallo pupillus possit, neque id habet dubitationem. † Sed an mandare cogi debeat 6 difficilius est. Sic enim Papinianus loquitur quasi in minoris arbitrio id positum sit. Et sanè imputari curatoribus potest cur iudicatum fecerint non opposita doli exceptione per quam consecuturi erant vt sibi mandarentur actiones. Nec facilè video quænam ipsis ex iure aut ex æquitate actio superesse possit in minorem postquam satisfecerunt iudicato. Non enim simile est quod idem Vlpianus scribit *in l. si res obligata. 57. de legat. 1.* in illis verbis, *quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per iurisdictionem Præsidis prouinciæ id ei præstabitur.* Ibi namque multò minùs imputari potest fideicommissario qui conuentus hypothecaria soluit creditori hereditario, nec petiit exhiberi sibi actiones contra heredes, ad quos liberandi prædij onus pertinere testator voluerat (legendum enim est *voluerit*, non vt vulgò *noluerit.*) Nimirum quia vt eadem lex ponit, non satis apertè de ea re sententiam suam testator expresserat. Itaque nonnulla suberat quæstio voluntatis defuncti quæ sicut facti est, *l. voluntatis. 7. C. de fideicommiss.* ita facilè prudentissimum quemque potest fallere, *l. 2. D. de iur. & fact. ignor.* At nihil est quod excusare queat imperitiam curatorum qui iudicatum fecerunt non petita aduersus tutores cessione præter errorem iuris, cum proprij facti ignorantiam non possint prætendere, *l. 3. eod. d. l. quamquam 7. D. ad S.C. Velleian. l. cùm putarem. 36. D. familiæ ercisc.*

Errorem portò iuris nocere certum est, *lege regula 9. de iuris & facti ignor.* tantum abest vt prodesse possit ad acquirendam in alios actionem, *lege iuris ignorantia septima.eodem titulo.* Nulla igitur curatoribus qui soluerūt superesse potest actio in pupillum vt actionibus suis cedat, quamuis si vltrò cedere ipse velit,
7 nihil sit quod cessionem impediat. † Cæterum illud quoque obseruandum est quod in *dicta lege si minoris*, Vlpianus ita scribit *posse prouocantes per doli exceptionem consequi vt eis mandentur actiones*. Sic enim videtur innuere, non esse audiendos curatores si post condemnationem quæ transierit in rem iudicatam, petant mandari sibi actiones, sed cogendos eos prouocare à sententia vt in causa appellationis possint ipsi exceptionem doli opponere. Atqui constat posse etiam in executione iudicati exceptionem doli obiici ad extorquendam actionis cessionem, vt & cæteras exceptiones omnes quæ non impugnant iudicatum. *l.1.§.non tantùm.18. leg.cum pupillus.21. de tutel.& ration distr.l.si fideiussores.41. §.1.de fideiuss.* Cur ergo prouocandi necessitas curatoribus iniungatur? Præsertim cùm difficilius permittatur appellatio iis casibus quibus nō est necessaria, vt purà si apud eundem iudicem qui iam cognouit, possit in executione iudicati proponi exceptio quæ ante condemnationem proposita non fuit. *l.cùm non eo die.6. l.vltim.C. quando prouoc.non est necess.* Itaque fit mihi probabile sic potius legendum esse apud Vlp. *posse prouocantes aut per doli exceptionem consequi.* vt ponat ille in arbitrio curatorem an prouocare velint à sententia, an potiùs, quod sanè & tutius est, per doli exceptionem consequi vt mandentur sibi actiones in executione
8 iudicati. † Neque enim nouum est vt interdum appellatio quoque permittatur, etiam cum aliter succurri potest, vt cum minor ex condemnatione læsus est. Potest namque appellare si velit vti iure communi, nec eò minus tamen restituitur si malit contra sententiam *leg. Præses quadragesimasecunda de minor. iunct.leg si pater.8.C.quand prouoc.non est necess.* Et verò Papinianus cuius responsum ab Vlp. relatum extat, vt diximus in *d.l.alterius* 21.§.1.*de tut.& ration.distra.* prouocationem nullam requirit ad opponendam doli exceptionem, aut ad petendam actionum cessionem sed sola doli exceptione curatoribus suc-
9 curri posse ait. † Iam verò quod pertinet ad *l. si res obligata.57.de leg.1.* vt intelligas non probari ex eo loco Molinei sententiam, scire te oportet, Cum alicui per fideicommissum res relicta est quæ alieni pignoris vinculo tenebatur, si fideicommissarius soluat debitum quod ad heredis onus pertinere testator voluerat, liberari quidem pignus, sed tamen non liberari heredes debitoris, quia non eorum nomine sed suo proprio soluit fideicommissarius, putās luendi pignoris necessitatem sibi incumbere. Eiúsque rei argumento est, quòd creditori qui hypothecaria vsus litis æstimationem consecutus est à possessore, actio tamen superest stricto iure contra debitorem vt ab eo debitum possit exigere quamuis doli exceptione repelli possit, quòd bis idem velit consequi. *l. sicut 8.§.vlt quib mod.pign vel hypoth.soluit.* † Quæ du-
10 bitandi ratio est ad *l.2.eo.tit.* in qua non videbatur debitor rem suam vindicans cogendus offerre debitum possessori qui litis æstimationem creditori Seruiana agenti præstiterat, quando eiusmodi præstatione non esset debitor à creditore liberatus. Sed decidendi ratio est, quòd licet non sit ille ipso iure liberatus attamen tutus est doli exceptione *d.§.vlt.* Proinde indemnem seruare debet eum cuius beneficio exceptionem illam quæsitam habeat, haud secus ac si ipso iure liberatus esset, *arg.l.si pecunia.7.§.de legat.1.* Aliud ergo est liberare pignus, aliud verò liberare debitorem. † Quod si ita est vt solutione per fi- 11
deicommissarium facta non liberentur heredes debitoris, quis miretur fieri posse vt etiam ex interuallo ipsi mandare actiones creditor possit, quas adhuc integras habeat? Vt verò etiam cogatur illa ratio facit, quam supra attigimus, quòd nihil imputari possit ei qui in obscura interpretatione voluntatis defuncti non satis expressæ, errauerit. † Eodem modo respon- 12
dendum est, *ad legem dominus Sticho.23. de pecul.legat.* valere in illius legis specie cessionem factam ex interuallo post solutionem, adeóque eum cui solutum fuerat cogi actionibus suis cedere, quia per solutionē factam animo reddendarum rationum potiùs quàm liberandorum debitorum gratia non fuerant debitores liberati: quod apertè Scæuola docet illis verbis, *Manentibus debitoribus pro quibus ipse pecuniam heredibus patronis refuderat.* Cur non ergo cedatur actio, quæ quoniam superest cedi commodè potest? *d.l.in creditore.38.de euict.l.cùm is.36.in fi.de fideiuss.* Ad *l.cùm possessor.5.de censib.* facilis responsio est, tractari eo loco de solutione facta post actionum cessionem, sicque intelligenda verba illa, *nec inutiliter actiones præstantur, tametsi fiscus pecuniam suam recuperauerit*, vt secutam non præcedentem recuperationem ac solutionē demonstrent. Id enim probat ratio quæ subiicitur, *quia nominum venditorum precium recepisse videtur.* Nam cùm post solutionem totius tributi pro prædio debiti nulla fisco supersit actio, nec in personam cum nulla eo nomine personalis vnquam competierit, nec in rē quæ liberata est, fieri sanè nequeat vt venditum videatur nomen quod in rerum natura nullū est. † Du- 13
bitandi autem causa illa fuit quam in superioribus perstrinximus, quòd etiam cùm ante solutionem cessio facta est, videatur tamen actio secuta quandocunque solutione intercidere. Quod apparet manifestiùs ex alio eiusdem Papiniani loco *in d.l.cum pupillus.21. de tutel.& ration.distr.* in illis verbis *quamuis postea iudicatum fiat, tamen actio data non intercedit.* † Eadem 14
enim decidendi ratio sequitur, *quia pro parte condemnati tutoris non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur.* In quibus tamen verbis non dubito quin desit negatio, potiúsve legendum sit *pro parte non condemnati.* Proponebatur enim illo loco facta solutio totius debiti per vnum ex tutoribus condemnatum in solidum, eique cessa actio pro parte scilicet in tutorem non condemnatum. Illud ergo sibi vult Papinianus, pro parte tutoris non condemnati, non tam tutelam redditam quam nominis precium solutum videri, ideóque actionem quæ ante solutionem cessa fuerat, non intercidere secuta quandocunque posteà solutione: facit *l.soluitur.5.§.si conuenerit.D.quib.mod. pign.vel hypoth.soluit.* At pro parte ipsius condemnati tutela sanè reddita dicenda est, non precium nominis solutum, cùm pro ea parte nulla in contutorem actio cedi potuerit, *l.si plures.38.de admin.& pericul.tutor.l. quæsitum.30.§.1.versi.sin vero filius.D.de pecul.* nec rursus ipsi condemnato in semetipsum. Cæterùm probat manifestè ratio illa ne quidē tutori aduersus contutorem vllam actionem ex interuallo cedi posse, cū de illo magis Papin.dubitet, An quæ cessa fuerat ante solutionem posteà interciderit. Non leuior eiusdē 15
Molinei error ille est quòd pro se obiicit Paulum *in l.in fraudem.45.§. qui pro alio de iur.fisc.* vbi scriptum est eum qui pro alio conuentus à fisco totum debitū exsoluit, non iniquè postulare persecutionem bono-

rum

him eius pro quo soluit, in eóque adiuuari etiam per
officium solere. Illa enim verba *exsoluit, soluit*, quibus
lex vtitur non in præteriti temporis vt ipse putat, sed
in præsentis significatione accipienda sunt, hoc est de
cessione quæ petatur in actu ipso solutionis. Nullam
siquidem hac parte differentiam esse inter fiscum &
priuatos constat ex *d.l. cum alter. C. de fideiuss. Item ex
l. si cum pecuniam. pr. 3. & l. vlt. C. de priuil. fisc.* quibus etiã
idipsum apertissimè probatur, quod volumus, ita de-
mum vtiliter cedi posse actiones ei qui pro alio soluit
fisco, si ante solutionem, aut saltem in ipsa solutione
cessio petatur & præstetur, aut de præstanda ea pactũ
16 interueniat. † Quod si quæ inter fiscum & priuatum
hac parte differentia est, in eo tantùm elucere potest,
quòd in priuatorum causis si pignoris liberandi gra-
tia vnus soluerit quod alius debebat, superest aduer-
sus debitorem personalis actio quæ cedi quandocun-
que potest. *d.l. si res obligata.* In causa verò fisci qui in
debitorum bonis ius habet taciti pignoris si fisco so-
lutum sit etiam pro alterius parte nulla prorsus obli-
gatio aut actio superest quam cedere fiscus ex inter-
uallo possit, quippe qui nec aliam vllam actioné ha-
bebat quam quæ coniuncta esset cum persecutione
bonorum eius qui tributo præstando erat obnoxius.
Quomodo enim aliam mere personalem haberet cõ-
tra eum qui neque ex contractu vel quasi obligatus
esset, neque ex delicto vel quasi delicto? Nam & id-
cò induci necesse fuit vt taciti pignoris ius fisco ac-
commodaretur ne alioqui actio ei omnis deficeret
bonis alienatis pro quibus tributum pendi debuerat,
hoc ita cùm de tributo aliisque eiusmodi causis fis-
calibus tractatur. Si enim fiscus pecuniam crediderit
aliterve cum priuato contraxerit, iure communi v-
titur, nec deterioris condicionis esse debet quàm
priuatus.

CAPVT XI.

Ad §. nunc tractemus l. 1. D. de tutel. & ration. distr.

SVMMARIA.

1 *Conuenientia* l. 2. C. de contrar. iudic. tutel. *cum* d. §. nunc tractemus.

2 *Vno ex tutoribus totum debitum soluente alios contuto-res liberari.*

3 *Præcipua dubitatio dicti* §. nunc tractemus.

4 *In d. §. non de actione cessa agi, sed de vtili quæ citra cessionem competit.*

5 *Cur vtilis illa actio introducta sit, & ex quo iure ori-ginem trahat?*

6 *Negotiorum gestorum actionem vtilem, non directam contutori in specie d. §. competere potuisse.*

7 *Non competiisse si ex communi gestu, sed ex solo facto tutoris conuentus aut condemnatus tutor soluisset.*

8 *Vtilem actionem in* d. §. nunc tractemus. *de vtili tu-tela, non de negotiorum gestorum actione intelligen-dam esse.*

9 *Quo iure inductum fuerit vt contutores diuisionis be-neficium habeant?*

10 *Aliis rationibus probatur vtilem tutelæ actionem in specie d. §. competere.*

11 *Non semper illam vtilem actionem tutori qui soluit ad-uersus tutorem competere.*

12 *Non si ex dolo communi tutor solidum præstiterit.*

13 *Ex sola æquitate hanc vtilem actionem inter contutores à Diuo Pio introductam & accommodatam esse.*

14 *Quænam sit ratio illius æquitatis, differentiæ inter fide-iussores, & contutores aliosque administratores?*

15 *Soluitur argumentum ex* d. §. nunc tractemus *à Mo-linæo petitum.*

VNus † hic tantùm iuris locus est qui pro Molinei 1
errore quem nos exagitamus nonnihil scrupu-
li inicere posse videatur. Sic enim Vlpianus scribit,
Si fortè quis tutor ex facto alterius tutoris condem-
natus aliquid præstiterit vel ex communi gestu, nec
ei mandatæ sint actiones, constitutum esse à Diuo
Pio, & ab Impp. Seuero & Antonino, vtilem actio-
nem tutori aduersus contutorem dandam. Cui con-
uenit *l. 2. C. de contr. iudic. tutel.* quæ est Imp. Antonini,
in illis verbis *actiones aduersus contutores tuos mandari
tibi a pupilla desiderabis vel vtili actione vteris*. Nec re- 2
sponderi illud potest quod ad alias Molinei obiectio-
nes superiore capite respondimus, Posse hoc casu cedi
actionem post solutionem ideò quòd solutione ex-
tincta non sit obligatio. Cùm certissimi iuris sit vno
ex tutoribus soluente alium contutorem liberari, *l. 1.
C. eod. tit. de contr. iudic. tutel. l. Modestinus. 76. de solut.*
Neque mouet quòd tutor hic qui totum soluit, sol-
uerit proprio nomine, qui scilicet proprio nomine in
solidum tenebatur, *l. cùm interdictæ. 6. in fin. C. arbitr.
tutel. l. 2. in fin. C. de diuid. tutel.* Nempe quoniam vna
eadémque causa est quæ tutores omnes obligat vi-
delicet tutelæ, & consequenter vna omnium eadé n-
que obligatio, *l. vlt. D. rem pupill. saluam. fore* nec tam
propter contutorem quàm propter tutelam soluit,
qui solidum præstat quod ex causa tutelæ debeatur,
cùm singulis tota administratio iniuncta videatur.
*l. 1. C. si ex plurib. tutor. vel curat. l. decreto. 24. §. 1. de ad-
minist. tut.* nisi quibusdam duntaxat à magistratu
concessa fuerit cæterisque prohibita, *l. 3. §. appar. et &
per totum eo. tit. l. legitimos. 5. §. in legitimis de legit. tutor.*
Et tamen ei qui solidum soluit non eo minùs com-
petit repetitio pro parte contutoris, qui æque vel ad-
ministrauerit vel in administrando negligens fuerit:
Nimirum quia pro ea parte solutum fuit propter
contutoris factum aut culpam: quod non contingit
in mandatore qui soluit propter mandatum suum. *l.
Papinianus. 28. D. mandat.* Nec in correis aut confide-
iussoribus, qui totum soluunt propter propriam sin-
gulorum promissionem. † Illa igitur manet dubita- 3
tio, cùm vno ex tutoribus soluente cæteri liberentur,
qua ratione fieri queat vt ei qui soluit vtiliter cedi
possit actio ex interuallo aduersus contutores. Id
enim est quod Molineus defendit & ex locis supra-
dictis probari putat. Ego verò perpetua illa ratione
moueor, vt putem non magis hoc casu quam alio vl-
lo valere cessionem actionis factam ex interuallo,
quod fieri nullomodo queat vt cedatur actio quæ
amplius nulla est, qualis illa, quæ solutione prorsus
extincta fuit, idque tam apertè scriptum est, *in d. l. 1. C.
de contrar. iudic. tutel. & in d. l. Modestinus*, vt nihil scri-
bi potuerit apertius † Neque verò si benè inspicias 4
contrarium probatur *ex d. §. nunc tractemus*, in quo,
manifestum est non de actione cessa agi, sed de vtili
quæ citra cessioné cõpetit. Quæ enim cessa & manda-
ta est, directa dici debet non vtilis, cùm sit illa ipsa
quæ penes cedentem erat, eaque vtatur cessionarius
non ex persona sua sed ex persona cedentis tanquam
procurator in rem suam constitutus *dicta l. 1. d. qui sti-
pendia. 9. C. de procurat.* † Ea porrò vtilis actio non a- 5
lia ratione introducta est quàm quòd post factam
solutionem directæ locus esse ampliùs non possit.
Introducta autem fuit non tam ex iuris ratione ali-
qua quam ex æquitate idque ex rescriptis Impera-
torum cùm Iureconsultorum autoritas non suffice-

ret. Etsi enim plerisque casibus iuris autores introdu-
xerint vtiles actiones, iis scilicet quibus directa actio
deficiebat, siue quòd legis vel edicti Prætorij verba
manca essent, siue quòd stricta iuris ratio deficeret,
soláque æquitas dari actionem suggereret, quoties
tamen æquitati iuris ratio prorsus obstitit, vix reperi-
rias vnquam ausos eos fuisse actionem dare. Tunc e-
nim fuit necessaria Imperatoris autoritas, *l.1. C.de le-
gibus*, quomodo contigit in ea specie de qua tracta-
mus. Nam cùm ipso iure tutor in solidum teneatur
vt diximus ex contutoris administratione perinde at-
que ex sua, & consequenter soluisse videatur pro ob-
ligatione propria quicquid soluit ex facto & pro par-
te contutoris (quamuis habeat beneficium diuisionis
exemplo fideiussoris si contutor præsens sit & soluē-
do, *d.§.nunc tractemus.*) fieri certè non poterat vt a-
ctionem tutelæ vtilem ei accommodarent iurecon-
7 sulti in contutorem. † Fateor potuisse negotiorũ ge-
storum actione conueniri eum ex cuius facto contu-
tor quid præstitisset, quod & in Collegis magistrati-
bus obtigebat, *l. ex facto 30 de neg. gest.* Sed nego cum
Accursio quicquid garriat Molineus ad *d. l. Modesti-
nus num 5.* fuisse eam directam actionem (quo enim
iure directa competeret ei qui ex propria persona ob-
ligatus erat vt solueret?) Dico fuisse vtilem, sicut &
eam quam Papinianus dat in specie *l. liberto, 31. eod. tit.
ad exemplum institoriæ, & probat l. idémque. 10. §. idē Pa-
pinianus. D. mandat.* Dico eam actionem vtilem non
aliter cōpetiisse quàm cùm ex solo facto tutoris con-
demnatus aut conuentus contutor soluisset, non etiā
si ex communi gestu. Ideò autem competiisse quia
damnum à contutore solutum, non tam ex causa tu-
telæ quàm ex mala contutoris administratione pro-
cesserat: vt suprà docuimus c. 7. ex illis Iuliani verbis,
id ei ei solutum esse quod eius causa damnum cepisset. Pro-
inde in alios omnes casus quibus actio illa vtilis ne-
gotiorum gestorum aut locum habere nequeat, puta
si ex communi gestu negligentiáve condemnatus v-
nus ex tutoribus totum soluerit, aut inutilis futura sit
fortè ob inopiam debitoris quæ post susceptam tute-
lam superuenerit, cum neque actio negotiorum ge-
storum nascatur ante solutionem factam pro alio, *l.
1. & pass. de neg. gest.* neque priuilegium vllum habeat
8 tacitæ hypothecæ, *l. pen. C. eo.* † Necessarium & æquis-
simum fuit introduci vtilem illam actionem de qua
Vlp. in *d. §. nunc tractemus.* Quæ proculdubio vtilis tu-
telæ non negotiorum gestorum actio intelligēda est,
vt contra Accursium & cæteros Molineus disputat
post Azonem, cum quo & ego hac parte sentio: cùm
eam competere ex rescriptis Imperatorum Vlpianus
dicat eo quoque casu, quo vtilem negotiorum gesto-
rum Valerius Seuerus & Iulianus iam dederant in *d.
l. ex facto*: quos constat sub Hadriano floruisse annis
aliquot ante Antoninum Pium qui Hadriano succes-
9 sit. † Vnde illud etiam est quod in specie *d. l. ex facto*,
nullam illi dant exceptionem ordinis aut diuisionis
contutori conuento ex facto contutoris, quæ tamen
hodie proculdubio competit. Nempe quòd ius illud
nondum inductum esset per epistolam Hadriani a-
liásque posteriorum Imperatorum constitutiones, de
quibus in *l. tres fratres. 55. §. non solùm de admin tuto. l.
vlt. C. de diuid. tutel. 1. & 2. C. si tut. vel curat. non gesser.*
Nam quod obtinet vt contutores habeant benefi-
cium diuisionis receptum est non lege aliqua specia-
li, sed exemplo fideiussorum, *d. §. nunc tractemus.* In fi-
deiussoribus verò idipsum constitutum fuit per epi-
stolam Hadriani. Etsi enim iam ante Hadrianum idē
Prætoribus placuisse testatur Paulus *lib. 1. sentent. tit.*
20. non fuisse tamen in vsu ius illud Prætorium vel ex
eo maximè constat quod iureconsulti passim ad epi-
stolam Hadriani hoc beneficium diuisionis referunt,
*l. inter fideiussores. 26. & l. seq. §. præterea. D. de fideiuss. i-
témque* Iustin. in *l. vlt. C. de consti. pecu. & in §. si plures.
Instit. de fideiuss.* † Ergo ne à proposito aberremus vti- 10
lis illa actio de qua in *d. §. nunc tractemus*, de vtili tu-
telæ non negotiorum gestorum actione omnino in-
telligenda est, quod & non obscurè innuit text. *d. l. 2.
C. de contr. iud. tut.* & non malè quis fortasse probet, ex
l. 2. §. ius Reipublicæ. de admin. rer. ad ciuit. pertin. vbi idē
Vlpia. scribit actionem quæ pro facto collegæ in col-
legam decerni solet ei qui pro altero dependit, ex æ-
quitate competere. Nimirum vt ego quidem existi-
mo, propter rescriptum illud Antonini Pij, quod licet
de contutoribus tantum loquatur, prudentum tamen
interpretationes ad alias quoque personas & causas
similes tractum est trahíque potuit. Alioqui iuris sa-
nè ratio obstaret quominus eadem actio quæ in Col-
legam decernitur ei quoque daretur qui pro collega
quid dependisset si nulla cessio facta proponeretur,
neque ex sola æquitate ita respondere Iureconsulti
potuissent: eo præsertim casu quo nulla suberat ne-
cessitas competente iam vtili negotiorum gestorum
actione, vt diximus ex *d. l. ex facto.* † Sed neque vtilē 11
illam tutelæ actionem existimandum est omni casu
cōpetere tutori qui soluit aduersus contutorē. Quid
enim si plures tutores ideò teneantur quod tutelę ip-
sis iniunctæ administrationem suscipere noluerint?
Habebunt quidem nihilominùs beneficium diuisio-
nis si omnes soluendo sint: sed si ex iis quidam nō sint
idonei, cæteri ita onerantur vt ne quidem adigere pu-
pillum possint ad cedendas in contutorem actiones.
Qua enim fronte id desideraturi sint cū propria quis-
que contumacia puniatur? Inquit Papin. in *l. si plures.
38. de admin. & peric. tutor.* Igitur nec tacitam illam v-
tilem habebunt. Cuius scilicet dandæ ratio alia non
est quàm vt in eius quæ mandari debuit, nec manda-
ta est locum substituatur. † Quam ob causam nec eo 12
casu competet quo quis ex dolo communi solidū præ-
stiterit, *d. §. nunc tractemus, vers. plane si ex dolo*: quam-
uis competat si ob ea quæ cùm geri deberent omissa
sunt, vnius ex tutoribus condemnatio facta sit. Huic
enim condemnationi neque dolus causam dat neque
contumacia, sed lata culpa quæ cùm fuit communis
periculum eius ad vtrumque spectare æquum est, *d. l.
2. C. si tu. vel curat. non gesser.* licèt aliàs dici soleat latam
culpam dolo comparari, *l. quod Nerua. 32. D. deposit.* in
eóque erit etiam generalior actio vtilis tutelæ quàm
vtilis illa negotiorum gestorum de qua in *dict. l. ex fa-
cto*: quæ iudicio meo non potest hoc casu competere
illi qui totum soluens, propriæ non alienæ negligen-
tiæ pœnas luit. An enim potest hic videri alterius
gessisse negotia? Non magis vtique quàm si solueret
ob alterius fraudem cuius particeps ipse fuerit, *dict. l.
ex facto*, in illis verbis, *ita tamen si non sit consciús frau-
dis.* † Vt verò Molinei obiectioni satisfaciamus, il- 13
lud videndum superest. Cur vtilem hanc tutelæ a-
ctionem inter contutores Imperator Pius induxerit,
eiúsque exemplum sicuti postmodum alij Imperato-
res. An ex iuris ratione aliqua? Minimè: sed ex sola æ-
quitate cui ratio ipsa iuris penitùs repugnabat, *d. l. 2.
§. ius reipub. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* At qua æqui-
tate? An ob id solùm quòd cùm periculi societas in-
ter contutores inita videatur, vt Papin. loquitur in *d.
l. si plures.* æquum sit quòd vnus pro alio soluerit, id
eum eadē actione repetere? Atqui eadē æquitas face-
re deberet vt in cōfideiussoribus pluribus idē ius ad-
mitten-

mittendum esset, quod tamen nusquam est proditũ. Nam fideiussori qui totum soluit, nec aduersus confideiussorem actionem sibi mandari curauit nulla actio danda est, *l. si fideiussor. 39. de fideiuss.* id est nec directa nec vtilis. Neque ad eos tractum est per interpretationem rescriptum Diui Pij quomodo ad Collegas magistratuum cæterosque Reip. administratores.
14 † Alia ergo æquitatis ratio quærenda est quæ ad solos tutores, curatores, magistratus, aliosque si qui sunt similes administratores pertineat. Illa autem esse videtur, quod hi omnes non ex voluntate, sed ex necessitate obligantur. Cogente quippe lege vel iudice cũ inuiti quoque tutelam suscipere cogantur nisi adferant excusationem. Fideiussores verò non nisi vltro & ex propriæ voluntatis arbitrio obligantur. Quò minus iis succurrendum est cùm se in eam necessitatem ipsi cõiiciant, *arg. l. si fideiussor. 7. §. si necessaria. D. qui satisd. cogant.* tutorib. verò cæterisque administratoribus multo facilius, ne iis tam damnosum sit officium quod ex necessitate susceperint, *arg. l. videlicet. 29. ex quib. caus. mat.* Vnde illud etiam est, quod fideiussorib. hactenus succurritur, vt ei qui soluit cogatur creditor vendere cæterorum nomina, *l. fideiussoribus. 17. ff. de fideiuss.* Tutoribus autem ita succurritur, vt electionem habeant an actionis cessionem petere, an vtili tutelæ iudicio experiri malint, *d. l. 2. C. de contra. iud. tut.* Nec eò magis repelletur pupillus, quòd nullas fortè actiones, tutori soluẽti mandare possit, cùm alia ratione, id est vtili illa tutelæ actione liceat sol-
15 uenti tutori à contutore consequi indemnitatem. † Igitur vt ad Molineum redeamus, errat ille turpiter cũ ait, Facta solutione per vnum ex tutoribus superesse aliquam actionem. Ideò, inquit, quòd ipso iure vtilis tutelæ competat contra collegas etiam si nihil actum sit de cessione. Quasi plus sit competere vtilem ipso iure quàm mandari directam & cedi posse. Nam imò verò nulla ipso iure actio competit, neque directa sine cessione, neque vtilis: sed tamen ex æquitate vtilis accommodatur, nõ alia, vt prædiximus ratione quam quòd directa cedi amplius non possit: In damno autem morari tutorem, qui totum siue coactus soluerit siue vltrò cùm posset implorare beneficium diuisionis, iniquissimum certè videatur. Vtilis porrò accommodatur non ex edicto Prætoris aut prudentum interpretatione, sed ex Imperatorum autoritate, sine qua non magis tutori in collegam, quàm fideiussori aduersus confideiussorem daretur actio.

CAPVT XII.

Correo qui totum soluit non competere vtilem actionem aduersus correum. Et obseruata Triboniani manus in l. alterius 20. in princ. ff. de tutel. & ratio. distr.

SVMMARIA.

1 *Verba illa in* d. l. alterius, sed æquitatis ratione suadente per vtilem actionem, &c. *Triboniani non Papiniani esse.*
2 *Non eandem esse in specie huius legis æquitatis rationem quæ in specie* d. §. nunc tractemus.
3 *Singularis casus quo distinctio personarum facit, vt ex vno debito alterius rationem sumi oporteat.*
4 *Indicatur Tribonianismus in* l. quidam. ff. ad S. C. Velleian.
5 *Prætorem non posse in eas res quæ nec expressè, nec tacitè obligata sunt, quasi Seruianam dare.*
6 *Noua emendatio & lectio* d. l. quidam eiusq; sensus.
7 *Difficilius esse inducere vtilem actionem ex stipulatione rem pupilli saluam fore, quam vtilem tutelæ actionem.*
8 *Casus singularis, in quo quis præcisè ad factum cogitur ob id solum vt postquam fecerit, agi cum eo possit.*
9 *Vtilem tutelæ actionem inter contutores a prudentibus induci non potuisse.*
10 *Cur inter correos debendi vtili actioni locus esse non possit, & quæ sit differentia inter correos & contutores?*
11 *Quæ ratio diuisionis beneficium inter contutores olim induxerit?*

NOn † est superioribus contrarium quòd aduersus genuinam iuris rationem videtur Papinianus vtilem introducere in specie *l. alterius. 20. in prin. de tutel. & ration. distra.* vbi cum ille scripsisset: Si alterius curatoris heres minor, vt maiore pecunia condẽnatus in integrum restitutus sit ex eo tamen non dari materiam litis aduersus alium curatorem instaurandæ quasi minore pecunia condemnatus, si non sit eius ætatis actor cui subueniri oportert, Subiicit, *Sed æquitatis ratione suadente per vtilem actionem ei subueniri inquantum alter releuatus est oportet.* Dicam ingenuè quod sentio. Videtur mihi totus hic versicul⁹ esse Triboniani potius quàm Papiniani, non solum quod verborum contextus ipse minus sit elegans quàm vt Papiniano tribui debeat, sed etiam quia iuris ratio prorsus impediat ne in ea specie vtilis vlla actio accommodari possit. Neq; enim restitutio in integrum impetrata aduersus vnum caput sententiæ prodesse potest contra cætera eiusdem sententiæ capita si ea pars litis in qua restitutio in integrum admissa est cæteris speciebus non cohæreat, nec si inter easdem personas agatur, *l. etiam 29. §. 1. l. auxi. 47. §. vlt. de minor.* Multò minus igitur si adsit personarum aduersitas, quæ sanè fieri non potest, vt capitum sententiæ connexitatem non impediat, vt in ea specie quam Papinianus tractat, in *d. l. alterius.* Cæterùm nihil ea quæstio commune aut simile habet cum quæstione *§. nunc tractemus. l. 1. eod. tit.* de qua proximo capite diximus: † Nec 2
eadem æquitatis ratio suadet, vt apud Papinianum admittamus vtilem actionem contra eum qui pro se habeat rem iudicatam aduersus quam nulla amplius proponi queat in integrum restitutio: Non magis quàm vt creditori cui ex eiusdem pecuniæ debitoribus quidam plus parte sua soluerint, quidam minus, liceat indebiti soluti condictionem impedire prætextu debiti ab aliis non soluti, *leg. Paulus respondit. 101. de solution.* † Nimirum distinctio personarum facit, 3
vt ex vno debito alterius rationem sumi non oporteat: excepto casu valde singulari, *l. quidam. 29. ff. ad S. C. Velleian.* vbi Paulus ait, si is qui volebat tecum contrahere cum facultates tuas suspectas haberet cum muliere contraxerit & ab ea pignus acceperit, illa verò à te, iuuari quidẽ illam Velleiano, indeq; fieri, vt neque pignus, quod illa dedit, neque quod tu ipsi dederis teneatur creditori: Sed non sine ratione Prætorem facturum si non tantum personalem subducta muliere in principalem debitorem, hoc est in te dederit actionem, sed etiam in eas res quas tu mulieri obligare voluisti. Ideò fortasse quòd ab initio id actum erat, vt tecum ille contraheret, persona verò mulieris interponeretur, vt pro te intercederet, colórque intercessioni contra Senatusconsultum quæreretur. Itaque subducta persona & obligatione mulieris actionem in te dari necesse est non restitutoriam, hoc est ad restituendam pristinam obligationem, quæ nulla vnquam fuit, sed ad hoc potius vt instituatur obligatio, hoc est, vt perinde obligeris eodémque ob-

ligationis genere quo ipsa mulier est obligata. Fingê per stipulationem & pignorib. datis obligatam mulierem. Tu quoque quasi ex stipulatu & ac si pignora creditori dedisses conuenieris, *l. quamuis. 8. §. si cum essem, eod. tit.* Porrò quæ hoc casu vtilis actio competit, non ciuilis est, quomodo esset si ex prudentum interpretatione descenderet, quales sunt illæ de quibus in *tit. De præscript. verb.* sed Prætoria, eámque à Prætore dandam esse nominatim scribit Paulus, vt quiuis intelligat non potuisse eam sola prudentum autoritate introduci.

4 † Quanquam ne quid dissimulem non parum suspectus mihi est versiculus ille, *sed non sine ratione, &c.* feréque est, vt Tribonianum mihi redoleat magis quàm Paulum, in eo præsertim, quod contra manifestissimam iuris rationem dat actionem hypothecariam in eas res debitoris quas creditori obligatas non esse Paulus proximè dixerat. Fateor posse interdum debitorem, qui mulieris personam in senatusconsulti fraudem interposuit conueniri ex quasi stipulatu à creditore cui nihil ipse promiserit *d. §. si cum essem.*

5 † Sed in eas res quæ nullomodo, id est, nec expressè nec tacitè sint obligatæ, vt quasi Seruianã dare Prætor possit longè difficilius est, quantocunque æquitatis prætextu nitare. Est enim ius tacitæ hypothecæ in eam rem comparatum, vt si quando deficiẽte pignoris conuentione rem obligari æquitas suggerat pignoris vinculum tacitè contractum intelligatur *tot. tit. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* At nemo dixerit casum hunc ex iis esse qui habent priuilegium tacitæ hypothecæ, idque Paulus apertè negat, cùm ait *eas res quas mulier ab his pro quibus intercedebat pignori accepit, creditori mulieris obligatas non esse.* Et ratio euidens est, quia non creditori mulieris, fed ipsi

6 mulieri fuerant obligatæ. † Itaque totum illum sequentem versiculum vel à Triboniano additum facile crederem, vel si quid in eo Pauli est ita restituendum, vt legamus, *sed non sine ratione prætorem facturum si subducta muliere in principales debitores dederit actionem.* Vt eius loci sensus idem sit qui & *dict. §. si cum essem,* vbi dat quidẽ Vlpianus creditori mulieris actionem ex quasi stipulatu aduersus eum qui nihil spopõderat, sed de hypothecaria in eas res quæ obligatæ nõ erant, verbum nullum. Certè quàm difficile sit inducere vtilem actionem ex æquitate contra iuris rationem, vel ex eo maximè nec ineleganter conijci potest quod scriptum legimus in *l. non quasi. 4. §. sed enim. D. rem pupill. sal. for.*

7 † Tutorem qui cauit rem pupilli saluam fore omnino non teneri ex ea stipulatione, id est nullomodo, itémque nec fideiussores eius si tutelam ipse non gesserit, quia, inquit Vlpianus, nec tutelæ actio eum qui non gessit tenet: Sed hanc tamen differentiam esse inter actionem tutelæ & ex stipulatu, quòd vtili actione tutelæ conueniri potest qui non gessit, quoniam suo periculo cessauit: At ex stipulatu vtili actione nec ipse nec fideiussores eius teneri possunt. Igitur, inquit Vlpianus, Erit ille ad administrationem compellendus propterea vt stipulatione quoque ista possit teneri. Quis verò hîc non miretur, non inductam potius autoritate Iureconsultorum vtilem actionem ex stipulatu contra tutorem qui non gessit eiúsque fideiussores, ob eam, ipsam æquitatem quæ vtilem tutelæ actionem induxit? Maximè cum vtriusque actionis eadem causa sit, eadémque vis & potestas, *l. cum pupillus. 9. & seqq. eo. tit.* Nempe multò difficilius est inducere vtilem actionem ex stipulatione quæ non nisi verbis, & quatenus verbis expressum est contrahitur *d. l. 1. l. quicquid. 99. & pass. de verb. oblig. l. pen. iudic. solui.* quàm actionem tutelæ quæ tota ex bona fide nascitur, & ex sola officij susceptione secutáque mala administratione aut in administrãdo negligẽtia, *l. pro officio. 20. C. de admin. tut.* † Estq; hîc valde singu- 8
laris casus in quo contra vulgares iuris regulas cogitur quis præcisè ad factũ etiam citra actionẽ ob id solùm vt postea quã fecerit agi cũ eo possit, ne alioqui in ei⁹ potestate sit damnũ infligere pupillo ex propria negligentia, & tamen facere ne stipulatio vnquã cõmittatur. Neque .n. agi potest ex stipulatione non cõmissa, *l. qui Romæ. 122. §. Agerius. de verb. oblig. l. si cõmissa. 13. D. rem rat. haber.* Sanè posteaquã commissa erit, hoc est statim atq; tutor administrationem attingere cœperit, nõ erit vtique cogẽdus in singula momenta facere & administrare ad hoc vt pro tota tutela possit cõueniri, *l. 5. §. 1. de admin. tut. l. 5. de magistr. conuen.* Sed tum demũ succedere incipiet obligatio eius quod interest Rem pupilli saluã fore, vt in omnib. faciẽdi obligationibus, *l. si quis ab alio. 13. § vlt. de re iudic.* præsertim ex prætoria stipulatione descendentibus, *d. l. si cõmissa. l. vlt. de prætor. stipul.* † Quòd si vtilẽ ex stipulatu 9
actionem inducere tota iuris prudentia nõ potuit, ne fauore quidẽ pupilli pro quo tam manifesta vrgebat æquitas, & cui iam ipso iure vtilis tutelæ actio cõpetebat, quis putet (vt ad institutã aduersus Molineum disputationẽ redeamus) induxisse prudẽtes aut inducere potuisse vtilẽ actionẽ inter contutores? Aut quis existimet vtilem actionem absq; cessione dandam esse generaliter iis omnibus qui pro altero soluerint puta confideiussorib. & similib. personis? Præsertim cùm si qua inter confideiussores actio esset, ea nõ alia quam ex stipulatione esse deberet quando fideiussores non nisi ex stipulatu possint obligari *l. 2. §. ius republica. de administ. rer. ad ciuit. perti. iuncta l. blandum. 12. C. de fideiuss.* Sic vtilem ex stipulatu actionem pro dote Iustinianus inuita iurisprudentia induxit in *l. vnica. Cod. de rei vxor. act.* quam ex prudentib. nemo quantęcunque autoritatis vnquam inducere potuisset. † Sanè inter 10
correos debendi siuę per stipulationem siue qua alia ratione constitutos vtili actioni locus esse multò minus potest, quoniam quod singuli soluunt, non ob alterius correi factum soluunt, sed ob propriam promissionem in eóque differunt à contutoribus, quorum si quis soluat solidũ, licet id soluat quod debebat proprio nomine, habet tamen partis repetitionem, quia verum est pro ea parte solutum fuisse propter factum & culpam contutoris, qui æquè vel administrauerit, vel administrando negligens fuerit quemadmodum initio superioris capitis docuimus. † Quæ 11
etiam ratio induxisse videtur, vt cùm inter correos debendi non esset olim locus beneficio diuisionis, *l. 2. 3. l. reos. 11. in pr. D. de duob. reis. l. 2. & 3. C. eo. l. reos. 23. C. de fideiuss. l. si non singulis. C. si cert. pet.* inter contutores tamen esset, *d. § nunc tractemus.* Fuit enim beneficium diuisionis ius singulare illorum qui pro aliis soluerent, *l. penult. D. de fideiuss. tut. l. vlt. C. de constit. pecun. l. si duo. 16. D. eo.* Etsi autem contutores ex propria obligatione singuli conueniuntur, *l. si plures. 38. D. de admin. tutor. l. cum interdictæ. 6. ad fin. C. arbit. tutor. l. 2. in fin. C. de diuid. tutel.* Attamen non tam tutela eos obligat (cùm fieri possit, vt tutori pupillus debeat contrario iudicio tutelæ, *l. vlt. C. de contr. iudic. tutel.*) quàm mala administratio aut cessatio in administratione: id eóque cùm alij ex aliorum facto aut negligentia quid pręstant, perinde pro alio pręstare dicẽdi sunt, atque si alieno tantum non etiam proprio nomine obligati essent: Et consequenter æquissimum est diuidi inter eos actionem ac si essent fideiussores quibus ob hanc causam Vlpianus eos comparat in dies, *§ nunc tra-*

tractemus.non etiam correis debendi. Isque sensus videtur, *l.vlt.D.rem pupill.salu fore*. in illis verbis, *nam æquitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse*.

CAPVT XIII.

Cogẽdum esse creditorem ei ex correis qui totum soluit actione sua, aduersus alium cedere si ante solutionem aut in ipso actu solutionis cessio petatur.

SVMMARIA.

1 *Contraria Bartholi & aliorum sententia, eiusque fundamentum.*
2 *Rationibus & legum authoritate firmatur noua authoris opinio.*
3 *Eliciuntur duo axiomata ex* l.rem hereditariam. ff. de euictionib.
4 *De sententia* l.cùm apparebit.47.ff.locat.
5 *Respondetur ad* l.in lege.62.ad l.Falcid. *pro Bartholi sententia allatam, & differentia proponitur inter plures correos & eum qui sit correus & heres correi.*
6 *Distinguendum esse, an correi sint socij necne.*

1 Refutato † errore Molinei existimantis creditorem qui ab vno ex correis debendi solutionem acceperit cogendum esse, vt ei aduersus alium cedat suis actionibus etiã ex interuallo, altera nobis planè contrarius nec tamen leuior nostrorum error diluendus est qui putant vulgò post Bartolum ad *l. Modestinus. 76. de solutio*. non posse cogi creditorem vt vni ex correis solidum soluenti vllas præstet in correum actiones. Fatentur posse cedere si velit, sed negant cogendum si nolit. Moti tantùm ex *l.in lege.62. D. ad legem falcid*. vbi Vlpianus ex Iuliano scribit si duo rei promittendi fuerint vel duo rei stipulandi, sic in lege falcidia seruandum esse, vt si quidem socij sint, in ea re diuidi inter eos debeat obligatio, atque si singuli partem pecuniæ stipulati essent vel promisissent, sed si societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse in cuius bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahi. Quid enim inquiunt, interesse videretur, An correi socij essent necne, quomodo lex illa distinguit, si ita ius esset vt cessionis remedio succurri posset ei qui totum soluisset? Nec sanè leuis obiectio est minus acutè intuenti. Nos tamen & facilè & more nostro apertè respondebimus si prius nouam opinionẽ nostram probauerimus, quæ illa est vt correo qui totum soluit, cogendus sit creditor præstare
2 suas in correum actiones. † Ac primum iuris & æquitatis ratio hoc sanè euincit. Cui enim non æquum videtur vel hoc saltem consequi correũ qui soluit, quod sine dispendio creditoris futurum est? Inquit. *l. in creditore.58.D.de euict.l.penultim.D.de distract.pign.l.cùm is.36.D.de fideiuss.* Dolo facit vtique creditor qui solutionem petens recusat præstare actiones quas nullo suo incommodo præstare possit: ob idque per doli exceptionem cogendus est, vt præstet, vt omnium apertissimè Papinianus probat in *l.rem hereditariam.65.D. de euict*. in illis verbis, *nec remedio locus esse videbatur vt per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori de-*
3 *det præstarentur: quia non duo rei facti proponerẽtur*. † Qui locus non solum illud docet quod volumus, Quoties duo correi debendi facti proponuntur cogendum creditorem opposita doli exceptione, vt ei qui soluit cedat suis actionibus, sed etiam, quod nos tota ista disputatione præcipuè agimus, Correo qui totum soluit nullam prorsus actionem contra correum competere nisi quæ cessa sit. Illa namque verba *nec remedio locus esse videbatur*, ostendunt manifestè hoc vnum remedium correi superesse, qui certè remedio non egeret si quam suo iure aduersus correum haberet actionem pro soluti repetitione. Sed & idem ille locus probat optimè quod nos contra Molineum proximè disputauimus, non aliter valere cessionem illam quàm si ante solutionem aut in ipso actu solutionis facta vel promissa sit, cum non nisi per doli exceptionem extorqueatur, cui tum demum locus est cùm agitur ad solutionem non posteaquàm facta solutio est, & solutione prorsus extincta obligatio. † Nec 4
aliud Marcelli iudicium est in *l. cùm apparebit 47. D. locat.* vbi tractat proculdubio de correis debendi ex causa locationis vel venditionis (nam & ex iis causis fient ex cæteris correi fieri possunt, *l.item quæritur. 13. §.duo rei.eodem titul.l.eandem.9.D.de duobus reis*) & ait si emptor conductórve pluribus vendent, vel locant (id est vendentibus vel locantibus, quomodo legendum est, non vt vulgò *vendentem vel locantem*) singulorum in solidum personam intuitus probetur, posse quidem tentari non nisi ad præstationem partis singulos esse compellendos si constabit omnes esse soluẽdo. Sed tamen iustius & constantius dicendum esse Etiamsi soluendo omnes erunt, electionem conueniẽdi quem velit non auferendam actori, si, inquit, actiones suas aduersus cæteros præstare non recuset. Ergo si recuset ei præstare à quo solidum exigit, non erit permittendum vt solidum exigat, opposita nimirum doli exceptione. † Quid ergo respondebimus ad Vl- 5
pianum & Iulianum in *d.l.in lege*? Nempe tractari eo loco de correo debendi qui non solùm sit correus, sed etiam correi heres. Aliam verò planéque diuersam rationem esse plurium correorum, aliam eius qui & correus sit & heres correi. Hoc enim casu licet vna eadémque persona duas, id est duarum obligationes sustineat, quia cùm vtraque par est & æqualis, dici nõ potest vtra vtram absumere debeat, *l.si reus.13.de duobus reis*. fieri tamen nequit, vt aliqua fiat cessio cùm sibi contra seipsum cedere nemo possit, non magis quàm sibiipsi aut pro aliquo apud eundem esset obligatus, *l.tutor pupilli.19.D. ad S.C. Vellean. l. heres à debitore, 21.§.fermo tuo. l. Granius. 71. D. de fideiuss.* Cùm verò plures sunt correi, nihil est, quod prohibeat vni cedi actionem contra alium, *dict.l.rem hereditariam.dict.l.cum apparebit*. Et hoc sanè casu quo cessio facta sit fateor nihil referre, an correi socij sint necne, quia tantundem præstat cessio, quantum societas. † Sed non 6
ideò tamen minus vtilis est illa distinctio, An correi sint socij necne, vt sciatur quid iuris sit siue cessio facta non fuerit, fortè non petita per imperitiam aut negligentiam correi soluentis, siue fieri etiam non possit obstante ratione illa, vt ita dixerim incompatibilitatis, quæ occurrit in specie, *dict.l.in lege*. His enim casibus longè alia ratio est correorum sociorum alia non sociorum, vt in sequentibus disputabimus, capite 16.

CAPVT XIV.

Si correo nulla actione cedere creditor possit, an cedendarum actionum exceptione repellatur, & an pro parte, an in solidum fieri vllo casu cessio debeat.

SVMMARIA.

1 *An creditor, qui, quas habebat actiones, facto suo amisit, exceptione cedendarum actionum a correo totum soluente repelli possit?*

2 *Quibus, & quando ea cedendarum actionum exceptio competat?*

3 *Differentia inter exceptionem cedendarum actionum, & exceptionem doli mali*

4 *An exceptione cedendarum actionum repelli possit creditor, qui cum vno ex confideiussoribus pactus de non petendo solidum nihilominus ab alio exigit?*

5 *Dissimilitudinis ratio inter correum debendi & mandatorem.*

6 *Cessionem, quum fit à creditore vni ex correis, pro parte duntaxat fieri debere.*

7 *Confideiussoribus, constitutoribus & mandatoribus actionem duntaxat pro parte cedi solere.*

8 *Correos debendi iure vetere beneficium diuisionis inuito creditore non habuisse.*

9 *An post renunciationem beneficio diuisionis à fideiussoribus factam, fideiussori qui totum soluere paratus est creditor actionem in solidum cedere possit contra eum quem fideiussor ex cæteris confideiussoribus eliget?*

10 *Quid absurdi sequeretur si fideiussori totum soluenti, aduersus eum quem vellet ex confideiussoribus actio in solidum à creditore cederetur?*

11 *Quo casu doli exceptio correo accommodetur aduersus creditorem recusantem præstare actiones quas habet?*

12 *Reijciuntur exceptiones duæ à Molinæo allatæ, quibus correo aduersus correum actionem in solidum cedi posse putauit.*

13 *Casus quibus refert cui ex correis pecunia numerata sit, & cuius culpa stipulatio commissa sit.*

14 *Casus quo correo totum soluenti non cogitur creditor vllas in correum, ne quidem pro parte præstare actiones.*

1 QVod † proximè diximus, Correo qui totum soluere paratus est, cõpetere remedij loco exceptionem doli aduersus creditorem si recuset ille præstare actiones quas aduersus correum habeat, suadere videtur, vt si quas habebat facto suo amiserit, quod cõtingere multis in modis potest, multò magis ea exceptione repellatur. Finge absolutum correum à iudice propterea quòd in eum creditor ineptè egisset, *vt in l. 1. §. si apud duos. D. depos.* Finge tempore liberatum aut exceptione pacti conuenti de non petendo tutum esse, *vt in l. idem in duob. 25. D. de pact.* aut denique alia qualibet ratione personã ipsius obligatione exemptã fuisse, *vt in l. Grauius. 71. de fideiuss. l. vlt. D. de duob. reis.* Ego tamen probabilius arbitror, vt non cogatur creditoris actionibus cedere quas amplius non habeat, quia nec aliam ob causam tenetur, vt eas præstet quã quòd eas habeat, arg. *l. cùm is. 36. l. vt fideiuss. 39. de fideiuss. l. Modestinus. 76. de sol.* Neque igitur exceptione
2 cedendarum actionum repellendus erit. † Competit quidem huiusmodi exceptio aduersus eos omnes qui quas præstare coguntur actiones præstare nolunt, vel non possunt si eas forte suo facto amiserint. Sed ita tamen si omnimodo eas præstare teneantur, non itẽ si vt in correis euenit nõ alia ratione præstare eas teneantur, quàm quòd habeant. Indéque est quod Papinian. *in l. rem hereditariam 65 de euict.* non ita loquitur, vt dicat, creditorem, qui ab vno ex correis solidum exigit cedendarum actionum exceptione repellendum esse, sed tãtùm opposita doli exceptione cogendum, vt quas habet aduersus correum actiones eas præstet. † Multùm verò differt exceptio 3
cedẽdarum actionum ab exceptione doli. Fieri siquidem potest vt quis actiones quas prius habebat amiserit, adeóque facto suo, citra dolum tamen. Quo casu, id est dolo nullo interueniente, vtique doli exceptionem nemo dederit. Et sanè est, quod imputare sibi debeat correus qui conuenitur, cur ab initio sibi melius non prospexerit, atque indemnitatem à correo stipulatus non sit, cùm sciret obligationem à se suscipi eius pecuniæ nomine quæ tota ad correum erat peruentura. Nam cùm potuerit creditor vno promissore contentus esse, cur non ei liceat alterius personam liberare saluo tamen ipsius obligationis iure? *l. eandem. 9. §. 1. l. vlt. de duob. reis. d. l. Grauius. 71. de fideiuss.* Alioqui prodesset correo liberatio correi, siue per sententiam siue per pactum de non petendo, siue qua alia denique ratione contigisset: quod tamen negatur supradictis locis, nisi cum correi sunt socij, *d. §. si apud duos. d. l. idẽ in duob. l. 3. §. nunc de effectu delib. leg.* † Quæ 4
ratio facit, vt quod nemo fortasse hactenus dixit affirmare audeam, neque ista exceptione cedendarum actionum repelli creditorem, qui cum vno ex confideiussoribus pactus de non petendo solidum nihilominus ab alio exigat. Nam & in fideiussoribus idem constitutum est, quod in correis, vt vnius pactum alteri non prosit, *l. fideiussoris. 27. D. de pact.* Prodesset verò si faceret, vt pro parte repelli posset agens creditor ob id solum quòd pro ea parte nulla cedere actione posset. In eóque minus versatur periculum fideiussoris, qui licet nullam ex cessione habeat actionem aduersus confideiussorem, habiturus tamen est suo iure contra principalem debitorem aut mãdati, si mandatum aliquod interuenerit, aut negotiorum gestorum, si nullum, *l. ex mandato. 20. §. 1. D. manda.* Solis mandatoribus hac parte succurri oportuit, *l. Stichum aut Pãphilum. 95. §. pen. D. de solut.* quia scilicet non alia quàm cessa actione possent repetere quod pro alio soluissent, vt sequenti capite pluribus dicemus. † Quod cũ 5
ita sit, mirari fortasse quis ob hoc ipsum possit. Cur nõ mandatori potius quàm fideiussori correum comparemus cùm tam sæpe dixerimus, Correo debendi qui totum debitum soluit nullam aduersus correum ex persona propria competere actionem aduersus correum pro partis repetitione, sed tantummodò si qua cessa sit? Verum dissimilitudinis ratio euidens illa est, quòd correus qui totum soluit licet alium liberet, pro se tamen non pro alio soluit, cùm sit ille non intercessor, sed æquè principalis debitor ac si solus deberet, *l. 2. l. 3. §. vbi duo. l. duos reos. 6. d. l. eandem. 9. §. 1. & pass. de duobus reis. l. si duo. 128. de V. O.* Mandator verò tametsi propter mandatum suum soluat, ideóque nec debitorem ipso iure liberet, hoc ipsum tamen quod mandauit fecit quasi intercedens pro debitore, qui postea principaliter obligatus est, ob idque in damno morari eum certè iniquissimum esset, *dict. l. Stichum. § penultim. de solut. iunct. l. Papin. 28. D. mand.* Quomodo dicimus filiumfamilias qui constituit se soluturum & soluit quod pater debuit, licet pro se videatur soluisse, quia constituit, in rem tamen patris vertisse existimandum, *l. si filiusfamil. 15. D. de in rem vers.* † Sed illud hîc videndum superest, cùm 6
cessio fit à creditore vni ex correis an pro toto debito an pro parte duntaxat fieri debeat. Etsi enim magis commune placuit ex Accursij sententia ad *l. 1. Cod. de duobus reis*, nõ nisi pro ea parte virili fieri debere, sunt tamen qui contra sentiant, ratione illa quòd eum ex correis à quo nihil creditor exigit, poterat ipse si voluisset in solidum conuenire: Quasi hac etiam in re

dispar

dispar conditio sit correorum & confideiussorum.
7 †Nam si vnus ex confideiussoribus totum soluat debitum, fatentur omnes non posse actionem ei cedi in
solidum contra cæteros fideiussores, sed pro eorum
duntaxat portionibus, nimirum quoniã habituri sint
illi beneficium diuisionis aduersus confideiussorem
agentem, non secus ac contra ipsum creditorem iure
scilicet iis quæsito ante cessionẽ creditoris, quòd proinde nec si per secutam cessionem iis adimi potuit.
Quod & de contutoribus tractari potest quoniã habent illi quoque beneficium diuisionis exemplo fideiussorum, *§. nunc tractemus. de tutel. & ration. distr. l. si plures. 38. de adm. & pers. tut.* Et similiter de mandatoribus, *l. penult. de fideiuss. tut.* Quomodo accipi omnino
debet quod Modestinus respondit, in *l. si fideiussor. 41. §. 1. de fideiuss.* Si in solidum condemnatus sit vnus ex
mandatoribus posse eum desiderare cùm iudicati cõueniri cœperit, vt aduersus eos qui idem mandauerunt actiones sibi mandentur, scilicet in singulos pro
8 virili cuiusque portione. † At correi, vt sæpius diximus non habebant iure veteri beneficium diuisionis
inuito creditore, *l. reos. 11. de duob. reis. l. si duo. 16. D. de const. pec. l. vlt. C. eo.* Nec si Principis rescriptum in eam
rem impetraretur, *l. 2. C. de duob. reis.* quamuis omnes
quoque soluendo essent, *l. cùm apparebit. 47. D. loc.* Poterat igitur creditor, inquiunt isti, contra eum quem
ex correis elegisset pro arbitrio agere, & ita actionem
cedere cui & contra quem voluisset, vt per omnia similis esset extraneo: quandoquidem inter correos ipsos qui inuicem non cauerunt nullum negotium gestum videri potest, non magis quàm inter extraneos,
id est diuersis obligationibus deuinctos: Quod in fideiussore diuersum est, qui nõ semper extraneo comparatur. *l. si mandata. 59. §. 1. D. mandat.* Sanè postquàm
Iustiniano placuit, vt fideiussorum exemplo correi
quoque beneficium diuisionis habeant Nouell. 99.
non est qui neget idem prorsus iuris hodie in correis
quod in fideiussoribus etiam quod ad actionis cessio-
9 nem pertinet obseruari debere. † Sed cùm vt plurimùm & correi & fideiussores ita accipi soleant, vt beneficio diuisionis nominatim renuncient, consequẽs
fit, vt ea renunciatione adhibita, quod ad correos attinet, ius vetus sequi oporteat, quod autem ad fideiussores, non magis ei prodesse possit, quod ex epistola Hadriani beneficium diuisionis habere potuerint,
quàm si nunquam habuissent, cùm hodie non habent
propter renunciationem. At si ita esset, licet ei ex fideiussoribus qui totum soluere paratus esset petere,
vt mandarentur sibi à creditore actiones in solidum
contra eum quem ipse confideiussor vellet ex cæteris
fideiussoribus, vt ab eo quem eligeret totum consequeretur nulla facta confusione aut deductione pro
ea parte quam soluens ipse debuisset si ab initio creditor singulos in viriles conuenisset. Quo admisso,
quæro qua ratione possit hic fideiussor qui solidum
repetit, recusare quominus ei qui conuenitur easdem
quoque actiones in solidum præstet: cùm vtique auferri ei non possit beneficium quod habet exceptionis cedendarum actionũ. Ita ergo fiet vt contra hunc
ipsum fideiussorem qui nunc agit postea acturus sit
is, qui nũc conuenitur. Eoque tandem per circuitum
deduci rem oportebit, vt vel perpetuis litium anfractibus fideiussores inquietentur, vel inter omnes si
reus non sit soluendo totius debiti onus diuidatur.
At respondebunt fortasse, hunc fideiussorem qui cessas habeat à creditore actiones in solidum contra cæteros confideiussores, cogendum non fore, vt cedat
contra seipsum, sed tantum aduersus alios. Erit ergo,
inquam, venale hoc casu beneficium, non tãtùm creditoris, sed etiam confideiussoris si vni ex confideiussorib. magis quam alteri fauere velit, vt beneficio heredis scripti proditum est in specie *leg. filium 20. D. de bonor. poss. contr. tab.* Atqui nullo vspiam iuris loco ita
scriptum reperias, quod tamen si verè & ex iuris ratione diceretur non erat prætermittendum. † Sed & 10
illud etiam absurdi sequetur, vt si reus principalis sit
non soluendo aut difficilioris conuẽtionis, quod plerumque euenit cùm aduersus confideiussores agitur:
totum fideiussionis onus & periculũ ei incumbat qui
postremo loco conuenietur, meliorq́; conditio futura
sit eius qui prior conuentus fuerit ob id solùm quòd
prior conuentus sit: quæ res abhorret sanè à naturali
intellectu. Quare concludendum est siue de confideiussorib. agamus, siue de correis [idem. n. hac parte tractatus est.] ei qui in solidũ cõuenitur non nisi pro virilib. portionib. in cæteros mandari actionem oportere Nam & si ab initio creditor correos singulos aut
cõfideiussores ex æquis partib. conuenisset (quod vtique facere poterat, *d. l. reos. 11. D. de duob. reis*) qua fronte aut contra quem potuissent illi actionis cessionem
postulare? † Neque verò alio casu iuris autores doli 11
exceptionem accommodant correo aduersus creditorem recusantẽ præstare actiones quas habeat, nisi vno illo quo in solidũ conueniatur à creditore, *d. l. cùm apparebit. 47. D. loc. l. rem hereditariam. 65. D. de euict.* Idque licet non in correis dehendi, in aliis tamen, quorũ eadẽ ratio est, plerisq; prudentum respõsis ita scriptũ legimus, *d. l. si plures. 38. de admin. & per. tut. l. cùm pupillus. 21. de tutel. & ration. distr. l. quæsitũ. 30. §. 1. ver. sin verò filius sit de pecul. l. cùm possessor. 5. de censib.* † Nec ad- 12
mittendas puto quas Molineus, ad *l. Modestinus de fidei. n. 25.* subiicit exceptiones: quarũ prior illa est, Nisi, inquit, totũ negotium ad aliũ spectet, *vt in l. si non singuli. 5. C. si cert. pet. & in l. propter. 4. de duob. reis.* Posterior
illa: Nisi propter solã correi culpam correus soluerit,
arg. d. l. si plures. 38. de admin. tutor. l. 1. §. planè si ex dolo à contr. sens. & d. l. cùm pupillus. 21. de tut. & rat. distr. Nam
his quoque casib. verum est vtrumque correum æquè
principaliter obligatum esse, & aduersus vtrumque
pro virili cuiusque portione agere creditorem potuisse, ita vt neutri in alterũ præstare actionẽ cogeretur.
Qua ergo fronte possit is qui in solidũ cõuenitur petere vt sibi contra correum mandetur in solidũ actiones? † Neque. n. cùm de correis agitur quicquã refert 13
cui pecunia numerata sit, *d. l. si non singuli, & d. l. propter.* Sicut neque ex vtriusque culpa commissa sit stipulatio. Nisi vno eo casu quo sint socij, quia societatis
iudicio potest correus correo reputare damnum, quod
ex ipsius culpa senserit, *d. l. eandem. 9. in fin. de dub. reis.*
Cui alius etiam addi potest si speciali conuentione inuicẽ correi sibi de indẽnitate cauerint: Extra hos casus imputari singulis potest cur correorum iure obligari voluerint: sibique melius non prospexerit: Adeò
vt nec correo cui tota pecunia numerata fuit, nocere
debeat quòd in ipsum creditor actionem in solidum
mandauerit correo qui totũ soluit. Tantum abest vt
ad cedendas in solidũ actiones adigi creditor possit. † 14
Planè vno etiam casu fieri potest, vt correo qui totum
soluit nõ cogatur creditor vllas in correũ ne pro parte quidem præstare actiones. Nimirum si soluentis
culpa interuenerit, quæ causam dederit committẽdæ
stipulationi, *d. l. si plures in fin.* Si tamen soluenti cedere
creditor velit, non eò minus vtilis erit cessio, vt neque
per doli exceptionem repellatur is qui in culpa fuit,
cum non suo, sed creditoris iure agat & ex ipsius persona qui nulla exceptione repelleretur.

Capvt XV.

Non magis fideiussori quàm correo competere exceptionem cedendarum actionum, Ad l. si stipulatus 15. §. 1. de fideiuss. Et de differentia correorum confideiussorum & mandatorum.

SVMMARIA.

1 *Rationibus noua authoris sententia firmatur.*
2 *Textus expressus in eam adducitur.*
3 *Cur in specie* l. si stipulatus. 15. §. 1. de fideiussor. *Iulianus neget summouendum vlla exceptione creditorem?*
4 *Illam legem à Iuliano scriptam fuisse ante dictatam ab Hadriano epistolam, quæ fideiussoribus diuisionis beneficium concessit.*
5 *Cedendarum actionum exceptionem fideiussori in illa lege denegari.*
6 *Quanam exceptione creditor tota viginti à fideiussore petens in specie dicta legis repellatur?*
7 *An iniquitatis aliquid habeat, quod non magis fideiussori quàm correo exceptione cedendarum actionum succurratur?*
8 *Fideiussorem pro principali debitore solo, non pro cæteris fideiussoribus fideiubere.*
9 *Pluralitatem fideiussorum diuisionis beneficium quidem induxisse, sed non actionum cedendarum exceptionem peperisse.*
10 *Creditorem cui à fideiussore integrum debitum solutum est, non teneri nomina vendere quæ non sint amplius in rerum natura.*
11 *Quod creditor fideiussori totum soluenti actiones quas habet vendere & præstare cogitur, ex sola æquitate introductum esse.*
12 *Casus quo vnus ex fideiussoribus creditorem doli exceptione repellere potest.*
13 *Vno ex pluribus fideiussoribus à creditore liberato, cæteris non eo minus diuisionis beneficium competere.*
14 *Cur si ex pluribus fideiussoribus creditor vnum liberauerit qui soluendo non erat, melior sit conditio confideiussoris qui obligatus manet, quàm si alius liberatus non esset?*
15 *Explicantur quædam in* l. si plures. 27. ff. de fideiussoribus.
16 *Casus singularis quo actionum, quæ cedi non possunt, cedendarum exceptio fideiussori accommodatur.*
17 *Confideiussoribus diuisionis beneficio renuntiantibus cedendarum actionum exceptionem inutilem fore fideiussori, qui in solidum conuenitur.*
18 *Vno tantùm casu, fideiussores qui beneficio diuisionis nõ renuntiauerunt, actionum cessione indigere.*
19 *Cur mandatori cæterisque qui ex propria persona sic soluunt, vt tamen pro alio soluant, cedendarum actionum exceptio competat?*
20 *An quod in* l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. pen. de solut. *de mandatore scriptum est, ad fideiussorem sit extendendum?*

1 ERit † hoc παράδοξον apud eos omnes, qui inueteratos nostrorum interpretum errores pro Delphicis oraculis amplectuntur. Nemo enim ad hunc vsq; diem vnquam dixit, quod nos hoc capite disputandũ probandúmque proponimus, Fideiussori siue solus sit, siue confideiussores habeat, exceptionem cedendarum actionum competere non posse. Imò verò inter alia pleraque beneficia quæ fideiussorum fauore introducta sunt vel hoc vnum maximum & præcipuum est, si nostris interpretibus credimus quod illi appellant, exceptionis cedendarum actionum. Mouet me primũ quod in toto iure locus nullus est qui probet huiusmodi exceptionem fideiussoribus accommodandam esse. Quod apparebit manifestè, cum ad eos omnes responderimus quibus mouentur nostri vt contra sentiant. Deinde quod nos proximo capite iam attigimus, Pactum de non petendo factum cum vno ex fideiussoribus aliis confideiussoribus non prodesse, siue in personam siue in rem conceptum sit, *l. fideiussores. 23. D. de pact.* Nam prodesset vtique si facere deberet, vt ob eam creditor repelleretur, quòd pro parte eius cum quo pactus fuisset nullam præstare posset actionem. Quid enim refert, an tale pactum prosit correo hactenus, vt pariat exceptionem pacti de non petẽdo, aut in factum subsidiariam, an vt præbeat exceptionem cedendarum actionum? Cùm vtriusque exceptionis idem effectus futurus sit, ille nimirum vt creditor summoueatur. † Sed ne idipsum nobis obiiciatur quod nos aliis obiicimus, textum habemus quẽ non video quomodo effugere Doctores possint. Is est 2
in *l. si stipulatus. 15. §. 1. de fideiuss.* vbi Iulianus scribit, Creditorem qui in viginti acceperat duos fideiussores, si ab vno quinque acceperit ne ab eo quicquam peteret, tum ab alio petat quindecim nulla exceptione summoueri posse. Ergo neque exceptione cedẽdarum actionum. Et tamen constat non posse in ea specie cedi actionem vllam aduersus confideiussorẽ qui tutus est exceptione pacti de non petendo. Siquidem paria sunt, nulla prorsus actione cedere, Et eâ cedere quę sit inutilis & inefficax propter competentem reo exceptionem: maximè verò cùm ex pacto factóque cedentis proficiscitur ius exceptionis quæ actionem eneruat & debilitat. † Quanquam illud mirari quis 3
fortasse nec abs re possit quòd in hac specie Iulianus negat summouendum vlla exceptione creditorẽ. Cur non enim liceat fideiussori à quo quindecim petuntur, exceptionem & beneficium diuisionis obiicere, vel inuito creditore qui sponte & accepta vltrò pecunia alium ex fideiussoribus liberauit? Nam qui ex fideiussoribus aliqua exceptione tutus est, non ei similis videri debet qui nihil habet vt cõfideiussori beneficium diuisionis eripiat, sed illi potiùs qui satisfecit: cùm habeat quod obiiciat petitori: quemadmodũ in eo qui tempore liberatus est. eleganter Papinianus respondit, *in l. si pupillus. 45. de adm. & peric. tutor.* † Ac 4
sanè fatendum est meo iudicio, Iulianum qui Hadriani temporibus floruit, ita scripsisse ante dictatam ab Hadriano epistolam illam quæ fideiussoribus beneficium diuisionis dedit. Alioqui nec tam celebrem constitutionẽ ignorasset vir prudentum omniũ consultissimus, & Imperatori charissimus, quo scilicet iubente perpetuũ Prætoris edictum cõposuit, neq; contra ius apertissimũ, & æquissimum respondisset. † Planè quod ad cedendarum actionum exceptionẽ perti- 5
net, nec negare quisquã potest quin eam Iulianus fideiussori deneget cùm ait creditorẽ nulla posse exceptione summoueri, nec mirari cur ita respõdeat quãdo alia nulla iuris parte exceptio illa fideiussori accõmodatur. Quòd si tota viginti creditor petat à confideiussore, exceptio ei oberit in quinque vt Iulianus subiicit: † Exceptio inquam, non pacti (neque enim 6
pactũ vnius ex confideiussoribus alteri prodest, vt diximus) sed doli, quia in dolo sit creditor qui contra bonã fidẽ velit bis idem consequi. Nam licet non sint soluta illa quinque tanquã pars debiti, sed ob hoc ipsũ nequicquã ab eo, qui soluebat peteretur (quæ dubitandi causa erat) cũ tamen petendi aut soluendi alia ratio non fuerit quàm quia debebatur, perinde est

acsi

ac si in diminutionem debiti quinque illa soluta essent. Exemplo eius quod dicimus, Mulierem quæ pecuniam tuo creditori promisit ne pro te intercederet hoc ipso intercessisse videri, perindeque acsi intercessisset Velleiano adiuuari, *l. debitrix. 19. in princip. D. ad Senatusconsf. Velleianum.* Et hæc ad Iulianum obiter ad-
7 notasse sufficiat. † Ne quis autem iniquum esse putet ius illud quod nos inducimus vt non magis fideiussori quàm correo succurratur exceptione cedendarum actionum, obseruandum est multò minus iniquum videri id debere in confideiussore quàm in correo: siquidem correus nullam prorsus in correum nisi ex cessione habet actionem vt indemnis seruetur, si fortè nihil aut non totum ad eum peruenerat. Fideiussor verò etsi aduersus confideiussorem agere nullomodo potest, habet tamen paratam actionem mandati aduersus debitorem principalem si mandatum interuenerit, sin minus negotiorum gestorum, *l. ex mandato. 20. §. mandat.* qua actione abunde illi suc-
8 cursum est vt indemnitatem consequatur. † Nec mouere debet quòd fideiussoris interesse possit pristinam potius habere creditoris actionem fortè propter priuilegium causæ, vel temporis, vel hypothecæ. Itémq; vt agat aduersus confideiussorem, si principalis debitor aut egenus sit aut difficilioris conuentionis. Hic enim locum sibi vindicat ea ipsa ratio quam nos in correis debendi vsurpauimus, quòd imputare sibi debeat qui pro tali debitore & quidem solo non etiam pro confideiussoribus fideiusserit, quique cautius non sit negotiatus. Aliud enim est fideiubere pro debitore principali, aliud pro fideiussore aut confideiussore, *l. si plures. 27. §. vlt. de fideiuss.* Et cùm plures fideiubent pro eodem debitore, creditor quidem omnium fidem æquè sequitur: At fideiussores non alter alterius, sed singuli solius debitoris fidem intuiti videntur. Ex quo illud nascitur vt ei ex fideiussoribus qui totum soluit nulla fiat iniuria si nulla illi actio datur aduersus confideiussorem de quo sibi oligando numquam
9 ille cogitauerit. † Dices fortasse plures confideiussores qui se pro eodem simul obligauerint periculi societatem intuitos videri, vt Papinianus loquitur, in *l. si plures. 48. de admin. & peric. tutor.* & quò plures fuerũt eò facilius ad subeũdam fideiussionis aleam accessisse, quasi tantò minore futuro periculo quanto plures essent illi inter quos diuidendum foret. Nam & inde fit vt beneficium diuisionis inter eos locum non habeat qui non sunt cõfideiussores, hoc est qui simul nõ fideiusserunt, & alter alterius contemplatione, licet pro eadem summa & apud eundem creditorem interuenerint, *l. si a Titio. 43. l. si Titius. 48. de fideiuss.* Sed respondeo rationem hanc diuisionis quidem beneficium inducere, & ob id Papinianum in *d. l. si plures* ita loqui vt *periculi societatem excipere* dicat elegantissimè pro eo quod vulgò dicimus *obijcere exceptionem diuisionis.* At cum cedẽdarum actionum exceptione nihil commune habere: cuius scilicet longè dispar & dissimilis ratio est, quippe quam fideiussores nõ tam ex propriæ obligationis conditione quàm ex creditoris persona
10 & iure sibi velint acquirere. † Fateor hactenus succursum esse fideiussoribus vt ei qui soluit cogatur creditor vendere cæterorum nomina. Eoque nimirũ pertinent leges ferè omnes quas nostri congerunt vt istã cedendarum actionum exceptionem adstruant, *l. fideiussorib. 17. l. cum is. 36. l. vt fideiussor. 79. D. de fideiuss.* Sed vt cogatur creditor vendere omnia quæ amplius non sint in rerum natura fortè si cum debitore ipso fecerit pactum personale de non petendo, aut si alios confideiussores gratis aut aliquo accepto liberauerit, aut vt, quia vendere non potest nomina quæ proprio facto amisit, propriam quoque amittat actionem contra hunc qui non est liberatus, nullibi certè scriptum
reperias. † Nam & eo casu quo saluas habet creditor 11
actiones quas præstare potest in fideiussores cæteros, quod placuit cogendum illum actiones eis præstare & vendere, non tam ex necessitate aut ratione iuris aliqua introductum est, quàm ex æquitate illa, quòd inhumanum videretur non cogi creditorem id saltem præstare quod sine vllo suo dispendio aut incommodo præstare posset, *l. in creditoris. 38. l. rem hereditatis. 65. D. de euict. l. quæsitum. 30. §. fin verò filius de pecul.* Idque verbum ipsum *succurrendi* demonstrat quo passim iuris autores vtuntur, cùm tractant de remedio quod iure deficiente ex sola æquitate ita introducatur, vt vni prosit nec obsit alteri. Hoc enim est quod dici solet, quæ vni prosunt nec alteri nocent faciliè concedi debere. Atqui noceret creditori remedium quo de agimus, si quoniam aduersus liberatos confideiussores nulla cedere actione posset, suam quoque amitteret. Eaque res non tantùm à iuris ratione abhorreret, sed etiam ab æquitate, qua tamen sola exceptiones omnes nituntur. An verò ea saltem subiicietur limitatio, si non appareat dolo malo fecisse creditorem, quominus fideiussori à quo solidum exigit actionibus vllis cedere posset? Siquidem in toto ferè iure ita comparatũ est, vt parum intersit an quid habeas an dolo malo desieris habere, & pro possessione dolus est vulgata iuris regula. Verùm non video qua ratione dici possit dolo malo quicquã facere eum qui iure suo vtitur, *l. si duorum. 42. D. de act. emp.*
† Nisi fortè proponas tam euidentem dolum vt debiti iactura non immeritò coercendus sit. 12
Finge post oblatam creditori ab vno ex fideiussoribus solutionem petitámque cessionem maluisse creditorem alium fideiussorem liberare, ab isto deinde totum debitum exigere. Quidni exceptione doli repellatur? Extra hũc casum imputari potest fideiussori à quo solidum petitur, non solùm cur sibi melius non prospexerit vt antè diximus, sed etiã cur non fuerit diligentior in soluendo priusquam liberati es-
sent confideiussores † Nec simile est quòd si vnum ex 13
pluribus confideiussoribus creditor liberauerit, non eò minus cæteris competet beneficium diuisionis, *l. si pupillus. 45. de admin. & peric. tutor.* Id enim habent illi iure suo & ex diui Hadriani epistola, adeoque inuito creditore non ex ipsius creditoris persona, *l. inter fideiussores. 27. D. de fideiuss. l. vlt. C. de constit. pecun.* Ideoq; nec æquum est vt vllo creditoris facto iis adimatur. At competentem creditori actionem à quo alio habere possint quàm ab ipso creditore? Rursus contra creditorem ad hoc ipsum agere vt actione cedat, quo iure possint priusquam debitum & quidem totum obtulerint? *d. l. cum is. 36. d. l. fideiussoribus. 17. De fideiuss. l. cũ alter. 11. C. eod. d. l. Modestinus. 76. de solut.* Ergo si quid antea creditor fecerit per quod actionẽ quam aduersus alios fideiussores habebat amiserit, totũ id inculpatum est, nec eo nonune quicquam ipsi imputare fi-
deiussor potest, à quo solidum exigitur. † Illud magis 14
mirum videri possit quod tamen ego verissimum arbitror, si ex pluribus fideiussoribus vnum creditor liberauerit, qui iam tum soluendo non erat, melioris condicionis fore confideiussorem qui obligatus manet quàm si alius liberatus nõ esset. Habiturum enim diuisionis beneficium quod non haberet, si inanem cõfideiussoris obligationem sola ipsius inopia faceret, *d. l. inter fideiussores.* Hæc ideò tam variè quoniam eo quoque casu quo vnius ex fideiussoribus inopia cæteris cõfideiussoribus æquitatem diuisionis eripit, iis ta-

men hactenus succurrendum est vt quoad eius fine
creditoris incommodo fieri queat, indemnitatis sal-
tem spe non fraudentur. Quid enim si is qui nunc i-
nops est fiat postea ditior? Cur non perinde cogatur
fideiussoriæ obligationis periculum præstare atque si
eo tempore diues fuisset, quo creditori solui oportuit?
(Neque enim præcedens inopia actionem peremerat
aut extinxerat, sed tantùm inanem & inefficacem
reddiderat, *l. nam et.6. D. de dolo.*) Id verò non aliter e-
uenire potest quàm si eam actionem quæ in fideius-
sorem inopem competit creditor transferat in confi-
deiussorem soluentem, vt quæ nunc inanis est pro-
pter inopiam, fieri possit vtilis & efficax superuenien-
tibus quandocunque facultatibus. Alioqui nec ditior
fiat qui nunc inops est vlla tamen actione tenebitur,
15 *d.l. vt fideiussor.39. de fideiuss.* † Atque ita accipiendum
puto quod scriptum est in *l. si plures.27. eod restituendã
actionem in pure acceptum.* Id est, ita tamen vt illi purè
accepto cedatur actione competenti aduersus confi-
deiussorem condicionalem qui in eo tempore reperi-
tur non soluẽdo. Proinde si per creditorem stet quo-
minus ea cedatur actio siue quòd nolit ille cedere, si-
ue quod cedendi potestatem sibi præripuerit, non est
ei permittendum vt aduersus alium confideiussorem
agat in solidum, ne ita fiat vt ipsi adimere videatur
16 beneficium diuisionis quod ille non dederit. † Itaque
singularis hic casus est in quo actionum quæ cedi nõ
possint cedendarum exceptio fideiussori accommo-
danda est: Nimirum propter coniunctum beneficium
diuisionis. quod licet creditori obiici nequeat pro
partibus fideiussorum qui non sunt soluendo, *d.l. inter
fideiussores.l.1.§. tractemus. de tutel. & ration. distr.* inter i-
psos tamen fideiussores saluum esse debet, in eum sal-
tem casum, quo alter ab altero pro eius parte conse-
qui indemnitatem aliquando possit. Id námque ne-
cessariò exigit periculi societas, quæ ab initio inter fi-
deiussores contrahitur, *d.l. si plures.38. de admin. tut.* Ita
fit vt inopia vnius ex fideiussoribus cæteris confide-
iussoribus noceat in eo quòd creditori totum exigen-
ti æquitatem diuisionis obiicere non possunt, totiús-
que debiti solutionem repræsentare coguntur: sed nõ
tamen in eo nullam spem habere debeant repetendæ
quandocunque partis à fideiussore inope qui si diues
esset partem debiti agnoscere & soluere teneretur.
Denique inopia vnius nocet quidem à quo interea
solidum exigitur, sed non prodest inopi vt omnino li-
beretur, verùm hactenus duntaxat vt non frustrà cũ
17 eo nunc agere creditor velit. † Ergo si confideiusso-
res vt fieri assolet beneficio diuisionis renunciauerint
cedendarum actionum exceptio inutilis erit fideius-
sori qui in solidum conuenitur aduersus creditorem,
quando beneficium diuisionis solum illud est, vt dixi-
mus, quod cedendarum actionum exceptionem vtilẽ
18 adeoque necessariam facere potuit. † Qui non renun-
ciauerunt aut non indigent cessione si in solidum cõ-
ueniãtur, cum Hadriani epistolam pro se habeant [si-
ue à confideiussore exigi pars possit, siue ideò non
possit quòd eum creditor liberauerit.] Aut si quo ca-
su indigent cessione, vno nimirum illo quo propter
vnius inopiam totum fideiussionis onus ad cæteros
deuoluitur, cessionem fieri æquum est, & consequẽ-
ter exceptione cedendarum actionum repelli credi-
torem si aut nolit cedere, aut ideò non possit ꝙ fecerit
19 etiam citra dolum ne posset. † *In mandatore* & cæteris
qui ex propria persona sic coguntur soluere, vt tamen
pro alio soluant nec in eum vllam habeant actionem,
contrarium nõ immeritò responsum est vt si per cre-
ditorem factum sit ne actionibus suis iisque ad vin-
cẽdum efficacibus possit cedere exceptione istâ sum-
moueatur siue proponas ideò non posse cedere, quòd
ob litem ineptè institutam fuerit condemnatus, siue
quòd cum principali debitore pactum fecerit de non
petendo in personam conceptum. Ratio est ne facto
culpáve creditoris in damno morentur ij qui fidem
suam [quam intercedendi potius quàm donandi ani-
mo pro alio obstrinxerunt] bona fide liberare parati
sunt: Quod sanè contingeret si nulla ipsis actio præ-
staretur: quippe cùm ex persona propria nullam ha-
beant, qui scilicet propter suam propriam obligatio-
nem soluerunt, nec alium ipso iure liberauerunt. † Id- 20
que est quod Papinianus respondit in *leg. Stichum aut
Pamphilum.9.§. penult. de solut.* qui locus cùm disertè
de mandatore loquatur non debet trahi ad fideiusso-
rem quomodo à nostris incautè, ne dicam imperitè
tractus est quasi ex rationis vt loquuntur identitate.
Apertissima enim illa est aduersitas & diuersitatis ra-
tio, quòd fideiussori qui totum soluit optimè consul-
tum est etiam citra cessionem, cum proprio iure & ex
natura gesti negotij obstrictum habet debitorem a-
ctione mandati vel negotiorum gestorum sicuti dixi-
mus. At mandator qui pro debitore principali soluit
nullam habet in eum actionem nisi quam à creditore
ipso acceperit. Quòd si dicas mãdatori huic idipsum
imputari posse quod nos in superioribus & fideiusso-
ri & correo imputari posse diximus, cur sibi melius
non prospexerit? Respondebo imputari etiam posse
creditori cur suam aduersus reum actionem facto suo
amiserit aut inefficacem fecerit, cùm sciret aut scire
deberet æquum fore vt quãdocunque soluenti man-
datori, cui alio remedio consultum non esset, ea cede-
re cogeretur.

CAPVT XVI.

Quantum intersit an correi debendi aut stipulandi socij sint necne, Ad l. in lege 62. D. ad leg falc.

SVMMARIA.

1 *Quid sit effectus societatis inter correos?*
2 *Quid attendendum quum quæritur in virius reorum debendi aut stipulandi bona computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahi?*
3 *An si correi socij non sint, & alteruter eorum sit incapax liberationis, liberato capace incapax liberetur, vel liberato incapace capax liberationẽ consequatur?*
4 *Molinei opinio refutatur, non distinguentis an correi socij sint nec ne, quum de cedendis actionibus agitur.*
5 *Eiusdem explicatio ad* d.l. in lege. *reijcitur.*
6 *Multum in specie dicta legis interesse, an correi debendi vel stipulandi socij sint necne?*
7 *An in dicta specie in arbitrio heredis correi debendi positum sit ex qua causa soluat, vel in arbitrio heredis correi stipulandi ex qua causa ipsi soluatur?*
8 *Reijciuntur Bartholi & aliorum ad superiorem legem distinctiones.*
9 *An quod vnus ex correis stipulandi à debitore consecutus est, cæteris communicare cogatur?*
10 *Bartholi distinctio ad hanc quæstionem remouetur.*
11 *Distinguendum esse an correi stipulandi socij sint, necne.*
12 *Respondetur ad Bartholi obiectionem.*
13 *Nihil commune habet ius ipsum liberationis quæ solutione acquiritur, cum iure acquisitionis quæ fit ex accepta solutione.*
14 *Adiectum solutionis duntaxat causa nullam omnino ius in obligatione & acquisitione habere.*

15 *In quo*

15 *In quo differat correus stipulandi ab eo qui solutionis tantùm causa obligationi adiectus est, in quo item ambo conueniant?*

16 *An nullum remedium supersit correo credendi, vt à correo cui totum solutum est indemnitatem consequatur.*

1 QVantum † referat an correi debendi aut stipulan-
di socij sint necne, ex eo apparet, quòd quoties
ferè de correis prudentes disputant hac vna passim v-
tuntur distinctione: vt puta, cùm quæritur an con-
uentio facta cum vno ex correis debendi prosit alteri,
Nam si socij sint, prodest: si minùs nõ prodest, *l. idem
duob. 25. D. de pact. l. eandem 9. §. vltim. & seq. D. de duob.
reis.* Item cùm disputant An creditor qui vni ex cor-
reis debendi heres extitit in solidum agere contra al-
terum possit. Si enim socij fuerint non potest, si non
fuerint potest, *l. Granius 71. vers. cùm altero autem de fi-
deiuss.*
2 † Denique ne singula recenseamus, cùm quæ-
runt in vtrius reorum debendi aut stipulandi bonis
computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bo-
nis detrahi, Nempe si socij fuerunt in vtriusque bonis
id cõputatur, aut ex vtriusq. bonis detrahitur pro par-
tibus societatis, sin socij non fuerunt computatur in
bonis aut detrahitur ex bonis dũtaxat eius cui solui-
tur aut qui soluit. *l. in lege 62. D. ad leg. falc.* Ratio est
quia cùm societas inter correos vt inter cæteros bo-
norum omnium communicationem inducat *l. 1. §. 1.
pro socio.* quicquid correus præstat licet ex propria o-
bligatione dummodò non ex culpa propria id socio
reputat iudicio societatis, *l. 3. §. sed quid socij de lib. le-
gat. iunct. l. si communis 9. & l. si ex duobus 17. D. de no-
xal. action.* Et vicissim quicquid correus credendi con-
secutus est cogitur communicare correo socio etiam
incapaci, *l. si is qui duas 29. de liber. legat.* Vnde nostro-
rum illud brocardicum vulgare desumptum est, in-
capacem fieri capacem per capacem. † Quòd si correi
3 socij non sint, & alteruter sint incapax liberationis,
puta si duos habeam reos debendi Titium & mulie-
rem quam posteà vxorem duxerim, & velim Titium
per acceptilationem liberare donandi animo, non
ideò tamen liberabitur mulier quæ Titij socia non est
sed solus Titius si ipsi non mulieri accepto tulerim.
Neuter verò si in persona mulieris concepta sit acce-
ptilatio, quoniam ab initio non tenuit, *l. si sponsus, 5. §.
1. D. de donat. int. vir. & vxor.* Non enim commixta Ti-
tij extranei persona facere potest vt pro parte mulie-
ris donatio valeat, cùm non idcirco causa vtriusque
sic commixta sit quin separari possit, vt ibidem Vlpia-
nus subiicit in *§. generaliter*, quod vtique secus esset si
socij proponerentur, & Titio non mulieri acceptum
fecissem. Eadem igitur ratione si vtrique dummodò
non mulieri soli, *d. l. si is qui duas.* Quæ ratio omnium
maximè mouet vt sentiam. Correo qui socius non est
totum soluit nullam prorsus contra correum actionẽ
competere. Quid enim obsecro interesset an pro socio
an qua alia actione correus in correũ ageret vel à cor-
reo conueniretur, si vtriusque actionis idem foret ef-
fectus? Et cõsequenter quò pertineret illa distinctio,
4 An correi socij essent an nõ? † Tanti autem momenti
est hæc ratiocinatio vt Molineus qui correo in correũ
actionem omni casu dãdam putauit, quemadmodum
à nobis in superioribus tractatum & disputatum est,
coactus fuerit eò vsque progredi amentiæ vt dixerit
nihil hac parte referre an correi socij sint necne.
5 † Quod quoniam pugnat apertissimè cùm *d. l. in lege*,
comminiscitur ille, subtiliter si Diis placet, verba illa
Vlpiani, *in pendenti esse, &c.* non respicere electionem
soluendi aut petendi in qualitate vt ille loquitur, he-
reditaria aut propria quomodo cæteri omnes inter-
pretes rectissimè intelligunt, sed respicere ius ipsum
obligationis, hoc est eò pertinere vt quæratur pro qua
parte in heredis bonis computari aut ex ipsis detrahi
oporteat id quod debetur. † Quasi nihil intersit An 6
correi socij sint vel non: Sed tantùm An ex societate
appareat pro qua parte socij sint, Vt societatẽ requirat
Vlpianus exempli loco potiùs quàm quòd in correis
non socijs aliter respondendum existimet. Quo sanè
stultius nihil dici potest, cùm in hoc vno totã vim di-
stinctionis consistere Vlpianus moneat, An inter cor-
reos societas aliqua fuerit necne: quod & aliis omni-
bus locis suprà citatis mirificè congruit. Sed & verba
illa *in vtriusq; bonis computari*, nullomodo hãc admit-
tunt interpretationem, vt perinde sit acsi scriptum es-
set quo modo ille explicat *pro qua parte in vtriusq; bo-
nis computari oporteat.* Id enim proculdubio Vlpian.
sibi vult in alterutrius duntaxat bonis computandum
esse, aut ex alterutrius bonis detrahẽdum id quod de-
betur, prout ex propria vel hereditaria persona solue-
tur id aut exigetur: nec fieri posse vt in vtriusque bo-
nis cõputetur aut ex vtriusque bonis detrahatur. Nisi
cum partim ex propria, partim ex hereditaria persona
solutio fiet aut exactio. † Neque verò vt æque insub- 7
tiliter idem Molineus putat, in arbitrio heredis cor-
rei debẽdi positum est, ex qua causa soluat. Si enim ex
propria persona conueniatur, vtique soluere non po-
terit tanquam heres correi: sin ex hereditaria, non po-
terit soluere ex propria. Erit ergo id in arbitrio credi-
toris *l. reos 11. de duob. reis l. inter eos 51. §. duo rei D. de fi-
deiuss.* Et ex contrario si correus stipulãdi correo heres
fuerit, potest esse in arbitrio debitoris vtrum ei sol-
uat tanquam correo stipulandi, an potiùs tãquam he-
redi alterius correi *l. 2. l. 3. §. vbi duo de duob. reis.* Rectè
igitur Vlpian. concludit in pendenti esse in vtrius bo-
nis computari oporteat id quod debetur, aut ex vtrius
bonis detrahi, hoc est quousq; appareat ex qua causa
solutum sit, si modò correi non fuerint socij. Nam si
socij fuerint nihil est in pendenti, sed pro iisdem por-
tionibus diuisio debiti facienda est ex quibus fuerunt
socij, ac proinde ex æqualibus & virilibus si aliæ non
appareant. *l. si non fuerint 29. D. pro socio.* Valeat ergo
Mulineus cum suis istis insipidis stupidisque subtili-
tatibus. † Sed valeant etiam Bartoli cæterorùmque 8
interpretum non minùs futiles & commentitiæ illæ
distinctiones, an correi per stipulationem facti sint, an
alio quouis contractus genere: Item an ex causa lu-
cratiua an onerosa. Nunquam enim Iureconsultos ita
distinxisse reperias, sed ad id tantùm respexisse, an
correi siue debendi, siue credendi socij aut non socij
proponerentur. † Itaque in quæstione illa quæ nobis 9
hoc loco breuiter tractanda est, an quod vnus ex cor-
reis stipulandi à debitore consecutus est, cogatur cõ-
municare ceteris, etsi scio improbatam vulgo optimã-
que ratione sententiam Accursij qui ad *l. si Titio &
Seio 16. de legat. 2.* scripsit communicationi locum esse
indistinctè inter eos quoque qui sunt correi credendi
ex causa lucratiua. † non tamẽ persuaderi vt distingui 10
oporteat quomodo Bartolus distinguit, *ad l. ex duob.
de duob. reis*, an obligationis causa lucratiua fuerit an
onerosa, vt posteriore casu fiat communicatio, *ex l. si
in re communi 19. D. de noxal. action. l. si & me & Titium
32. de reb. credit.* Priore non item *ex d. l. in lege 72. D. ad
leg. falcid.* præter quàm inter socios, *l. Granius 17. de fi-
deiuss. l. eandem 9. §. pen. de duob. reis.* † Mihi enim pro- 11
babilius semper visum est meliorem esse debere con-
dicionem occupantis, *ex l. 2. l. 3. §. vbi duo. D. eod. l. si rem
aliquam 31. §. 1. D. de mutat.* nec aliter cogendum exa-

ctore communicare quod accepit quàm si correi stipul andi socij proponantur, *d.l. in lege l.item in duobus 25. de pact. l. 3. §. nunc de effectu de liber. legat.* Neq; enim correus stipulandi qui occupauit rectè comparatur ei qui ex persona serui cōmunis quid perceperit, de quo agitur in *d.l. si in re commun.* Cùm hic iure dominij quod cōmune est, ille verò iure proprio egerit & obtinuerit, *argum. l. licet. 17. D. depos.* Sicut & refert multùm, An pecunia tua ad me peruenerit sine causa, quę res locum facere solet condictioni, *d.l. si & me & Titium 22. de reb. credit.* an verò pecunia eius cui tu credideras, & à quo passus fueris me tecum & totum stipulari. Ferè namque est vt mihi donasse videaris sub ea conditione si prior exigerem *arg. item si 7. alias leg. sed Iulianus §. nam solum. D. ad S.C. Macedon.* Id enim est quod dici solet, donatum videri quod non iure cogente concessum est. *l. donari 19. D. de donat. l. donari de regul. iuris.*

12 † Neque contrarium est quod nonnulli pro Bartolo obiiciunt *ex d.l. 3. §. vbi duo de duob. reis. & ex l. qui hominem 34. §. 1. de solut.* Eum qui hominem duobus correis stipulandi debeat liberari si partem eiusdem hominis vni, partem alteri soluerit. Non enim ex eo sequitur quod illi inferunt, Ad vnumquemque ergo ex stipulatoribus partem hominis peruenire debere: cùm imò verò ideò receptum id esse Papinianus dicat, quia vni solutum videtur quod pluribus correis

13 stipulandi solutum est. † Porrò nihil commune habet facultas soluendi aut ius ipsum liberationis quę ex solutione acquiritur cum iure obligationis aut acquisitionis quæ fit ex accepta solutione. Nam etsi separatim correi singuli ita stipulati essent, *si ille non dederit, mihi dare spondes*: nemo dubitauerit quin si vni soluerit debitor ab altero quoque liberetur. Id. n. facit cōditio stipulationis, *l. si Titius 9. de verb. oblig.* Neque tamen ideò quisquam dixerit quod vni solutum est

14 alteri quoq; quæsitum esse. † Sic etiam dicimus adiecto solutionis causa perinde ac stipulatori ipsi vtiliter solui posse adeóq; inuito stipulatore *l. si quis stipulatus. 57. §. 1. de solut.* Et tamen constat eum qui non nisi solutionis causa obligationi adiectus est nullum omnino ius habere in obligatione multò minùs in acquisitione quæ fit ex causa illius obligationis. Ob idque nec petere potest nec nouare, sed tantùm solutionem quæ offeratur accipere. *l. cui rectè 10. D. de nouat.*

15 † Etsi autem nō ignoro, minùs rectam esse comparationem correi stipulandi & adiecti solutionis causa, quoniam vterque correus stipulandi ad obligationem ponitur, non ad solutionem, & quod correo stipulandi soluitur, non alterius nomine ei soluitur, sed suæ obligationis causa, adeò vt nec valeat solutio si in ipsius persona obligatio non constiterit quemadmodū eleganter Paulus tractat, *in l. si duo 128. de verb. oblig.* Hactenus tamen valere potest comparatio vt intelligamus, Non si quod vni ex correis soluitur alteri solutum videtur ad acquirendam soluēti liberationem, ideò statim consequens esse, vt quod is cui soluitur sibi acquirit, correo quoque nō socio acquirere existimetur. Eadem quippe ratione inferri posset, quod adiecto soluitur ipsi acquiri quādoquidem parit ea solutio liberationem.

16 † An igitur remedium nullum supererit correo credendi ad quem negotium aut in totum aut pro parte pertinebat vt à correo cui totum solutum est, indemnitatem consequatur. Nullum penitus. Nam remedio cessionis quod inter correos debendi necessarium esse diximus sup. cap. 13. vtrique locus esse non potest, vt facilè quiuis intelligit. Restat vt imputare sibi debeat qui cum rē suam siue in solidum siue pro parte ageret, correum adhibuit ad stipulandum nec sibi cauit diligentiùs. Planè cùm totum negotium ad eum solùm spectat ex correis credendi qui totum exegit, nec Bartolus ipse negat correo nullam actionem competere vt quod alteri solutum est sibi communicetur. Qua enim fronte id desideraret? Cæterùm ille semper casus excipiendus est nisi correi sint socij. Tunc enim haud dubiè societatis iudicio inuicem sibi tenentur: nec quisquam dubitat quin hoc casu pro socio actio inter correos siue debendi, siue credendi locum habeat.

CAPVT XVII.

Nullam prorsus actionem correo debēdi qui totum soluit competere aduersus correum non socium. Et obseruata interpretis aut Triboniani manus in l. 1. quæ aliàs 2. C. de duob. reis.

SVMMARIA.

1 *Ratio propositæ sententiæ.*
2 *Dictam l. 1. alias 2. interpretibus in proposita quæstione dubitandi causam præbuisse.*
3 *Legem primam* tit. C. de duob. reis, *ab Accursio & aliis tanquam subdititiam reiectam fuisse.*
4 *Versiculum* & ideò si probaueris &c. *d.l. 2. cum primis eiusdem legis verbis non conuenire.*
5 *Non rectam esse illationem in dicto versiculo factam.*
6 *Authenticam sequentem non posse ad dictum versiculum accommodari.*
7 *Alia ratione probatur illum versiculum suppositiitum esse.*
8 *Non posse quemquam condemnari nisi conueniatur, nec conueniri sine actione.*
9 *An deficiente actione ordinaria, extraordinaria aut subsidiaria, officio iudicis mercenario vel nobili locus esse possit?*
10 *An iniquum sit totum onus debiti communiter contracti ad alterum correum solum pertinere.*
11 *Cur in fideiussoribus diuisionis beneficium inductum sit?*
12 *Cur iure vetere fideiussoribus potius quàm correis succursum fuerit, quid item inter eos commune olim fuerit, & nunc sit?*
13 *Quando inter correos vel confideiussores danda inuicem actionis ratio vel æquitas subsit?*
14 *Alia ratio propter quam correo qui totum soluit actio aduersus correum non socium non competat?*
15 *Refutatur præcipua ratio propter quam correo totum debitum soluenti actio cedenda videtur?*

QVæ † hucusque toto ferè libro disputauimus eò pertinent vt appareat, quod nos hoc capite concludimus, Nullam prorsus actionem correo debendi, qui totum soluit competere aduersus correum non socium pro soluti repetitione. Nam si neque mandati agere potest, neque negotiorum gestorum, neque de in rem verso, neque condictione vlla, neque directa aut vtili creditoris actione citra cessionem, an non omnino consequens est, nullam prorsus habeat? 1

† Neque puto quisquam ex nostris interpretibus de eo dubitasset nisi tenebras omnibus offudisset, quod in *l. 1. quæ aliàs 2. C. de duobus reis* apertissimè contra scriptum est his verbis, *Et ideò si probaueris te conuentum in solidum exsoluisse, rector prouinciæ iuuare te aduersus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.* Fatebor ingenuè. Locus mihi suspectissimus est, neque dubito quin totus hic versiculus sit irreptitius, siue Triboniani, siue quod fortasse probabilius fuerit, scioli cuiusdam interpretis esse velis. Nam 2

vt ea

vt ea taceam quæ in superioribus ex vera rectâque
iuris ratione disseruimus, & illud præsertim quòd
correus qui totū soluit idipsum soluit quod proprio
debebat nomine, tametsi correum quoque liberet. I-
tem quòd soluenti correo remedium cessionis neces-
sarium esse dicitur, *in l. cum apparebit 47. D. locat. & in*
3 *l. rem hereditariam 56. D. de euict.* † Me illud non parū
mouet quod iam video totam legem primam illius
tituli quæ Accursio & veteribus glossatoribus igno-
ta fuit subditiriā esse nec nisi interpreti adscribi pos-
se, eique non minus imperito quàm audaci, cùm re-
ctam sententiam nullam habeat, vt nouissimè docuit
4 Iacob. Cuiacius Obseruat. 5. cap. 35. † Sed illud magis
vrget quòd versiculus hic de quo disputamus nullo-
modo conuenit prioris legis sententiæ. Nam ex eo
quòd primum lex ait creditorem prohiberi non pos-
se quominus debitum exigat à quo velit, cùm duo
sunt eiusdem pecuniæ rei promittendi, nō video qua
ratiocinatione inferre possis quod sequitur, *& ideo si*
conuentus vnus solidum soluerit succurrendum ei aduersus
correum. Quid enim hoc cum illo commune habet?
Aut quid vetet solidum exigere posse creditorem à
correo debendi, nec tamen vllam soluenti actionem
saluam esse in correum? Finge ex correis eum qui nō
soluit obligari ab initio vtiliter non potuisse, *vt in l.*
duos 6. l. ex duob. 11. in princ. & §. 1. D. eo de duob. reis Vel
cùm ab initio vterque correus vtiliter acceptus esset,
alterius tamen personam obligatione exemptam aut
per deportationem, *vt in l. vlt. eod.* aut per confusionē
vt in l. Græcum. 71. D. de fideiuss. aut per sententiam iu-
dicis, *vt in l. 1. §. si apud duos 43. D. deposit.* Quis dixerit
alterum correum idcirco liberari? Id enim negant
5 Iureconsulti supradictis locis. † Atqui si recta est il-
latio ista *& ideo &c.* id vtique prorsus consequens es-
set, quandoquidem omnibus illis casibus euenit vt
correo qui totum soluit nullo remedio succurri pos-
sit aduersus correum qui solutionis tempore iam erat
liberatus, ex ratione posita, *in l. & ancillarum. 27. in fi.*
D. de pecu. quia nec liberare vllomodo ære alieno eum intel-
ligitur. l. idem erit 14. vers. certè vbicunque. D. de instit. a-
6 *ction.* † Sed & obseruandum est Authent. hoc ita, quę
statim sequitur, non posse ad posteriorem hanc legis
partem accommodari, sed tantùm ad priorem, vt non
temerè suspicari liceat posteriorem quam nos irrepti-
tiam esse contendimus in Irnerij libro defuisse. Nam
verba illa *hoc ita* demonstrant satis, voluisse Irnerium
accommodare suo more Nouellam Iustiniani ad id
7 quod proximè & immediatè præcedebat. † Postremò
me illud omnium maximè mouet quod quisquis ver-
siculum hunc supposuit cùm nec sciret nec scire pos-
set quænam actio correo aduersus correum compete-
re deberet, non ausus est, neque verò potuit exprime-
re quamnam competere putaret; sed simpliciter &
obscurè ita loqui maluit, *rector prouinciæ iuuare te non*
8 *cunctabitur.* † An verò rector prouinciæ ex officio suo
condemnabit correum nulla in illum proposita actio-
ne? Minimè. Neque enim potest quisquam condem-
nari quin conueniatur, nec rursus conueniri sine a-
ctione, *l. si pupilli 6. §. videamus de negot. gest.* An autem
ex officio suo & ex æquitate dabit vtilem actionem?
Fateor non esse id nouum, eo demùm casu quo ordi-
naria actio non competit, vt in specie *l. nam & Seruius*
22. eod. l. quædam 9. in princ. D. de edend. † Sed & scio
9 proposita actione competenti multa venire officio
iudicis quæ iure actionis peti non possunt, *l. qui per*
collusionem 49. §. 1. de action. l. centum 8. de eo quod cert. lo.
At si actio nulla sit aut ordinaria aut extraordinaria
vel subsidiaria, nego posse locum esse officio iudicis
mercenario, vt nostri vocant, id est quod subseruit a-
ctioni. Nobilis fortasse locus esse possit, & ex eo in-
terdum sequi condemnatio nulla quoque proposita
actione, vt aliquid nostris largiamur: At non eo casu
quo ius resistit & actionem nasci prohibet, *arg. l. obli-*
gationes 27. de oblig. & action. Id verò contingit cùm
quis suum reuera gessit negotium nec sibi alium obli-
gare voluit. Tunc enim nec iuris nec æquitatis ratio
patitur vt ex coactu alius obligetur, ne videatur a-
ctus operari vltra intentionem agentis, quod ex vul-
gari nostrorum brocardico fieri nunquam potest *l. nō*
omnis 19. D. de reb. cred. l. 1. §. eum qui. D. de const. pecun.
Nec rursus ignoro interdum contingere vt si quis suo
tempore non petierit actiones sibi exhiberi, quarum
exhibitionem petere poterat, id ei per iurisdictionem
præsidis prouinciæ ex interuallo quoque præstetur, *vt*
in l. si res obligata 57. de legat. 1. Sed iam suprà docui
cap. 10. longè aliam rationem esse fideicommissarij de
quo agitur in *d. l. si res obligata. & correi debendi*, quod
pertinet ad impetrandam ex interuallo siue actionis
iure siue officio iudicis actionum quæ cedi debuerūt
exhibitionem. † Verùm, inquies, An non iniquissimū 10
sit totum onus debiti quod ob pecuniam mutuam
communiter acceptam contractum est ad alterum so-
lum pertinere? Ita sanè rudi & imperito cuiq; videa-
tur. Nam & ob hanc causam Iustinianus Nouel. 99.
de duob. reis. beneficium diuisionis inter correos exē-
plo fideiussorum introduxit, vt constat ex illis verbis,
& non commune debitum proprium cuiuspiam fieri onus.
Quæ res suadere forsitan possit vt versiculum quem
tollimus *ex l. 1. C. de duob. reis.* non tam interpreti ad-
scribendum quis putet, quàm Triboniano, ad Iusti-
niani constitutionem vt facere solet respicienti: sed si
ita est, nihil dici potest Triboniano imperitius. Nam
quod Iustinianus æquitate ista motus correis benefi-
cium diuisionis concedendum putauit, ostendit ma-
nifestè ita ius esse, vt correo qui totum soluit nulla
prorsus in correum actio dari debeat. Alioqui quid e-
rat necesse beneficium diuisionis inducere ad hoc ne,
vt ait cōstitutio, commune debitum proprium cuius-
piam onus fieret si iam antè ad indemnitatem conse-
quendam actio aliqua aut etiam si voles officium iu-
dicis competebat? † Neq; verò in fideiussoribus quo- 11
que aliam ob causam inductam esse credēdum est vt
habeant exceptionem diuisionis, quàm vt ei occurre-
retur iniquitati quæ singulos confideiussores ad to-
tius debiti exsolutionem nulla indemnitatis spe reli-
cta obligabat. Cæterùm quemadmodum non possis
ex eo inferre confideiussorem qui totum soluerit siue
diuisionis beneficium vltrò omiserit siue qua ratione
amiserit, indemnitatem à confideiussore consequi de-
bere, [*obstat enim l. vt fideiussori 39. D. de fideiuss.*] Ita
neque potest æquitas illa facere vt correus debendi
qui totum soluit aliquam aduersus correum habere
debeat actionem. Nam ante Iustinianum iuris ratio
prohibebat ne correi fideiussoribus comparari pos-
sent quod pertinebat ad beneficium diuisionis, quo-
niam non alieno, sicuti fideiussores, at proprio nomi-
ne singuli obligantur. Post Nouellam verò Iustiniani
absurdum sanè fuerit hoc ipso meliorem facere condi-
cionem correorum quàm fideiussorum quod parem
eam Iustinianus fecerit. † Nam vel inuito Iustiniano 12
ea semper mãsit iuris veteris ratio quæ suaderet suc-
currendum magis esse fideiussoribus quàm correis,
quòd remedio & auxilio digniores sint qui alieno
nomine sunt obligati, quàm qui suo. Illud sanè vtrius-
que commune fuit iure vetere, ac etiamnum est vt
nullam inuicem actionem habeant nisi quæ cessa sit

vtiliter & ſuo tempore, qooniam & actiones & obligationes omnes pendent ex negotio contracto, *l.5.§. conuentionales de verb. obligat.* negotium autem inter correos & confideiuſſores nullum geritur, cùm non inuicem contrahant, ſed correi quidem debendi cum ſolo creditore, confideiuſſores verò etiam cum debitore ſi mandatum interuenit, alioqui quaſi cõtractus eſt, qui inducit actionem negotiorum geſtorum, *l.ex*
13 *mandato 20.§.1. D mandat.* † Nulla igitur inter correos & confideiuſſores ipſos dandæ inuicem actionis ratio aut æquitas ſubeſt. Niſi proponas ex ea cauſa factos correos aut confideiuſſores quæ ipſa facere poſſit vt alter alteri præſtare indemnitatem debeat. Illud namque ſemper inſpiciendum eſt quænam ſit cauſa debiti, *arg. l. intor 69. D. de fideiuſſ.* Sed ſi aliud nihil ſit quod correo in correum aut fideiuſſori in confideiuſſorem dari actionem ſuadeat niſi quòd correi aut cõfideiuſſores fuerunt, imputet ſibi qui ab initio cautiùs negotiatus non ſit, indemnitatémq; à correo vel confideiuſſore non ſuit ſtipulatus, quique ex poſt facto cùm ſolidum ſolueret petierit vt mãdarentur ſibi aduerſus obligationis ſocium actiones, quod ſuo iure & poſtremi remedij loco facere poterat, *d.l.cùm apparebit 47. locat. dict. l. rem hereditariam 65. de euict.*
14 † Quibus iuris & æquitatis rationibus illa etiam addi poteſt, quòd qui ex correis debendi prior conuentus & ſolidum ſoluere coactus fuit, poterat non conueniri ſi alterum correum creditor elegiſſet, ab eóque ſolidum exigere maluiſſet. Quod ſi eueniſſet, damnum vtique ſolus ille alius ſentiret, quod nunc ſentit is à quo exactum fuit. Eſt itaque quòd de ſe potiùs ſinguli conqueri debeant qui mutuum hoc actionis periculum quod effugere poterant vltrò incurrerint. Nec eorum quiſquam audiendus eſt ſi petat id quod in contrarium euentum non erat poſtulaturus *l. penult. C. de ſolut.* † Præcipua illa ratio affertur quæ actionis æquitatẽ ſolucti correo indulgere videatur, quòd verum ſit eius pecunia correum liberatum eſſe. ſed iã ſæpius in hoc tractatu monuimus non ex eo fieri vt qui totũ ſoluit pro correo ſoluiſſe videri debeat, quia cùm eſſet ipſe in ſolidum obligatus, proprio nomine ſoluere debuit, perinde ac ſi ſolus debuiſſet neq; correum habuiſſet. Quod autẽ correus qui equè ſolidum debebat æquè liberetur, fit per conſequentias quoniã vna tantùm numero fuit correorum omnium obligatio, *d.l.2. vbi duo de duob. reis.* quam proinde ſolutione ab vno facta totam extingui neceſſe eſt, *l. ſi ex pluribus 16. de acceptilat.* Quò etiam pertinet quod ſcriptum eſt *in l. nihil intereſt. 12. §. vlt. de inoff. teſtam.* filium teſtatoris qui cum Titio eiuſdem pecuniæ reus fuerat, liberatione Titio legata per acceptilationẽ Titij liberatum ab inofficioſi actione non ſubmoueri. Id enim aliam rationem non habet, quàm quòd acceptilatio facta Titio nõ videatur facta filio correo, tametſi liberationis, & acceptilationis commodum perinde filius conſequatur ac ſi ſibi ipſi facta eſſet, aut Titius totũ debitum ſoluiſſet. Alioqui ſi acceptilatio Titio facta filio quoque facta videretũt ſummouendus vtique eſſet filius à querela inofficioſi teſtamenti quaſi qui lucrum ex teſtamento ſenſiſſet. *d. l. nihil intereſt. l. ſi pars 10. §. vlt & paſſ. eod. tit. de inoff. teſtam.* Quæ cùm ita ſint nõn puto dubitandum quin audaciori & imperitiſſimo interpreti tribuendum ſit quod in *d. l. 1. C. de duob. reis.* ſcriptum legimus, Eum ex correis qui conuentus in ſolidum exſoluerit à rectore prouinciæ iuuandum eſſe aduerſus eum cum quo mutuam pecuniam communiter acceperat. Idque luce meridiana clarius ex ſuperioribus liquere arbitror.

CAPVT XVIII.

An pactum vnius ex correis credẽdi aut debendi proſit noceátve alteri. Et de emendatione l. ſi vnus 27. D. de pact. & l. ſi duo 34. D. de recept. qui arbitr.

SVMMARIA.

1 *Pactum vnius correi debendi alteri correo ſocio in totum prodeſſe debere.*
2 *Modo pactum illud ſit in rem, non in perſonam conceptum.*
3 *Factum vnius ex correis debendi, excepta culpâ & dolo, cæteris correis etiam non ſociis nocere:*
4 *Cur pactum vnius ex correis difficiliùs proſit correo non ſocio, quam noceat?*
5 *In correis ſtipulandi meliorem eſſe occupantis & ſolutionem accipientis, conditionem.*
6 *Adeo vt ſi ex pluribus correis ſtipulandi vnus ſolutionem exigere cœperit, ne quidem alius ſoluere debitor poſſit.*
7 *An communem obligationem vnius ex correis ſtipulandi inſcio altero nouare poſſit?*
8 *Venuleij ſententia, & rationes.*
9 *Neratium, Aristonem, Paulum & alios à Venuleio diſſenſiſſe.*
10 *Reijcitur Roberti emendatio* ad l. ſi vnus ff. de pact. *& Cuiacij ad principiũ eiuſdem legis interpretatio.*
11 *Nihil intereſſe correorum ſtipulandi vtrum correus nouationem donandi animo, an vero in rem ſuam fecerit: & cur hæc diſtinctio admittatur in filio cui peculij adminiſtratio conceſſa eſt?*
12 *Compromiſſum ab vno ex correis ſiue debendi ſiue ſtipulandi factum cæteris non nocere niſi ſocij ſint.*
13 *Emendatur* l. ſi duo. 34. de recept. qui arbitr. *&* l. ſi vnus in princ. ff. de pact.

PLuribus conſtitutis correis debendi aut credendi eleganter quæri ſolet an pactum factúmve vnius alteri prodeſſe debeat vel nocere. † Et quod ad correos quidem debendi pertinet, conſtat ſanè eatenus prodeſſe debere quatenus intereſt paciſcẽtis *leg. idem in duobus 25 cum præcedentibus. D. de pact.* Intereſſe verò tum maximè videri ſi ſocij proponantur. *l. Grauius 71. de fideiuſſ. l. eandem 9. §. pen. de duob. reis.* cum *l. ſeq.* cùm quod ab vno exigetur, fit ille ſocietatis iudicio pro parte à ſocio repetiturus, *leg. 3. § nunc de effectu. D. de liber. legat. l. in lege 62. D. ad leg. falcid.* Ideóque correo ſocio prodeſſe pactum correi neceſſe eſt, non pro ea duntaxat parte quam à ſocio correo repetere poſſet, verùm etiam in totum nequicquam repetat: Alioqui eueniret vt quaotulumcunq; eſſet quod exigeretur à correo qui pactus nõ fuiſſet, id ille pro parte à correo eſſet repetiturus *d. l. 3. § nunc de effectu.* Proinde partis cõſideratio facit vt pactum correi prodeſſe correo debeat in totum. † Adhibita tamẽ ſemper diſtinctione 2
illa an pactum in perſonã cõceptum ſit an in rẽ. Nam cùm merè in perſonam conceptum eſt, nõ magis prodeſſe debet correo quãtumuis ſocio, quàm ſi ſocietas nulla interueniret. Et ſi enim hoc etiam caſu paciſcentis maximè intereſt propterea quòd correus non eò minùs regreſſum aduerſus eum habiturus ſit iudicio ſocietatis. Tamen non tam vtilitas debitoris hac parte intuenda eſt quàm vtriuſque paciſcentium volũtas. Quemadmodum ſi cum debitore pactum perſonale factum ſit de nõ petendo nõ poteſt ea res prodeſſe fideiuſſoribus, tametſi actionem habituri ſint & repetitionem aduerſus debitorem qui pactus fuit,

l. niſi

2 *l. nisi hoc actum.22. cum seqq. D. de pact.* Semper enim &
in omni conuentionum genere sequimur id quod a-
3 ctum est. † Factum sanè vnius ex correis debendi no-
cet cæteris etiam non socijs, *l. penult. D. de duob. reis. l.*
vlt. D. eod. præterquam si agatur de mora per dolum
vel culpam alterius contracta, suam enim vnicuique
culpam & multò magis dolum nocere æquum est, nō
etiā alteri, *l. mora.32. §. sed si duo. D. de vsur. l. in condem-*
natione.173. §. vnicuique de regul. nec distinguemus an
correi socij sint necne, *l. eandémque. §. pen. de duob. reis.*
Nam societas vniuersalis bonorum quidem omnium
communicationē inducit, *leg. 2. D. pro socio.* sed culpam
quæ sit vnius ex sociis non idcirco cōmunem facit, *l. 1.*
§. si apud duos.43. D. deposit. & d. l. eandem. §. pen. in illis
4 verbis, *si communis culpa intersit de duob. reis.* † Quod si
quis miretur quamobrem pactū vnius ex correis dif-
ficilius prosit correo non socio quàm noceat: Respon-
debo id fieri quia per liberam personam nihil nobis
acquiri potest nisi quatenus interest paciscentis, *l. &*
licet.15. D. de constit. pecun. l. si quis solutionis.24. §. vlt. de
vsur. l. 1. in prin. quod vi aut clam. l. stipulatio ista.38. alte-
ri de verb. oblig. Dices nec in potestate alterius esse de-
bere condictionem meam deteriorem facere, *l. 1. §. vl.*
& l. 2. D. quod vi aut clam. l. soluendo.39. de negot. gest. l. ne
in potestate.26. de recept. qui arbitr. l. de pupillo.5. §. si plu-
rium de oper. noui nunciat. Sed hæc non sunt similia Im-
putari namque potest correo qui nihil fecit cur hoc
ipsum saltem fecerit quod cum alio impudentiore se
obligauit: siquidem sciuit aut scire debuit, ex iuris ra-
tione illam obligationis condicionem futuram vt si-
bi nocere posset factum correi, vt proinde quod ex
facto correi damnum sentit ex propria culpa sentire
videatur, *§. pen. Inst. quib. mod. re con. oblig. §. vl. Instit.*
5 *de societ. facit l. si Titius.48. D. de fideiuss.* † In reis verò
stipulandi sic comparatum est vt scientia vnius alteri
noceat, *l. item si.7. alias l. sed Iulianus. §. non solum. D. ad*
S.C. Maced. meliórque sit condicio occupantis, hoc
est eius qui prior in iudicium rem deduxerit, *l. 2. D. de*
duob. reis. l. si rem aliquam.31. §. 1. de noua. aut solutionem
acceperit adeóque debitum acceptum tulerit. *d. l. si rē.*
§. 1. de nouat. l. & per iusiurandum.13. § vlt. l. si ex plurib.
16. de acceptilat. Acceptilatio si quidē solutioni com-
paratur, *l. in diem.5. eod. tit. l. non solum.7. §. 1. de liber. le-*
6 *gat.* † Idque adeò verum est vt si ex plurib. correis sti-
pulandi vnus agere cœperit, ne quidem soluere aliis
debitor possit, *l. ex dub.16. de duob. reis.* ac si separatim
singuli stipulati essent. *Si illi non dederis mihi dare spon-*
des. l. si Titius 9. de verb. oblig. aut ac si correus stipulā-
di solutionis tantum causa adiectus fuisset, *leg. si quis*
stipulatus.57. §. 1. de solut. licet in cæteris recta non sit
correi & adiecti comparatio vt diximus cap. 116. *ex l. si*
7 *duo.128. de verb. oblig.* † De illo certè dobitatū fuit in-
ter iuris autores, an communē obligationem nouare
vnus ex correis inscio altero possit. Nam Venuleius,
in *d. l. si rem aliquam.31. §. 1. de nouat.* generaliter scribit,
vnumquemque ex correis stipulandi perinde sibi ad-
quisisse ac si solus stipulatus esset. Excepto eo, inquit,
quòd etiam facto eius cum quo commune est ius sti-
8 pulationis, amittere debitorem potest. † Ex quo in-
fert ille, si vnus ab aliquo stipuletur nouatione quoq;
liberari eum ab altero posse, cùm id specialiter agitur
vt fiat nouatio. Præsertim quod eam stipulationem
quæ nouationis causa fit solutioni similem esse existi-
memus, *l. 1. l. nouatione.18. eod.* Alioquin, ait, quid dice-
mus si vnus delegauerit creditori suo cōmunem debi-
torem, isque à debitore stipulatus fuerit? Aut mulier
fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi
eum doti promiserit? His omnib. casib. putat ille de-
bitorem ab vtroq; liberari. Pro qua sententia facit eti-
iam iuris regula quæ habet eum cui rectè soluitur eti-
iam nouare posse, præterquam si quis solutionis causa
adiectus proponatur, *l. cui rectè.10. eod. tit. l. rescriptum.*
10. §. vbi. cum ll. seqq. D. de pac. † Sed tamen aliud visum 9
est Neratio Atilicino, Proculo & Labeoni, quos vt in
quæstione dubia fieri solet, Paulus refert, & sequitur,
in l. si vnus.27. in prin. eod. tit. Vt pactum vnius ex argē-
tariis etiam sociis, itémque ex correis stipulandi, aliis
non noceat, nec si in rē pactus sit, adeóq; nec nouare
alius possit, quamuis ei rectè soluatur: Quibus verbis
potissimā Venulei rationē destruit. non. n. cuicunque
solui potest ei & nouare licet. Nā & his, inquit, qui in
nostra potestate sunt rectè soluitur quod crediderunt,
nec tamē nouare obligationē possunt, *l. non adeò.25. D.*
de nouat. sicut nec is qui non nisi solutionis causa adie-
ctus est, *d. l. cui rectè.* Denique placet Paulo, illud tan-
tū stipulanti permittendū esse vt solus possit solidum
petere, item vt ei soli totum debitum solui possit. † I- 10
taque frustra laborāt nostri in istis conciliandis quos
vltrò dissentisse apertissimū est. Ridendusq; nescio an
culpādus magis Ioannes Robertus qui *lib. 1. Senten. ca.*
25 Paulo manus infert vt duobus locis reponat *donare*
pro *nouare.* Nec felicior Iacob. Cuiacius qui Paulū in-
telligit de nouatione facta donādi animo, vel per pa-
ctū de non petendo: quod inquit, pactū non sit legiti-
mus modus tollendæ obligationis, *d. l. si vnus §. pactus*
ne peteret. Quasi verò possit aut potuerit vnquam fieri
nouatio per pactum, quam vtique cōstat non nisi per
stipulationem fieri posse vnquam e potuisse, *d. §. pa-*
ctus. l. 1. & pass. de nouat. D. & C. Aut quasi quicquam
intersit correorū stipulandi, vtrū nouationem correus
fecerit donandi animo, an verò in rem suam propriam
vt in iis exēplis quæ Venuleius proponit † Quod au- 11
tē distinctio hæc adhibetur in filio cui administratio
peculij permissa est, *l. vlt. D. de nouat.* aliā rationem ha-
bet, quia plus iuris habet filius in peculio cuius liberā
nactus est à patre administrationē quā habeat correus
in communi obligatione. Omnino siquidē filio vidē-
tur permissa, nisi vt donet. quoniam donare perdere
est, *l. filiusfamilias.7. D. de donat. l. contra 28. § si filius. D.*
de pact. l. 1. §. 1. D. quæ res pignor. oblig. poss. vbi scriptum
est nec pignori dari pro alio posse à filiofamilias rem
peculiarem, licet administrationem peculij liberam
habeat, quòd eā sit species quædā donationis licet pro
se aut pro parte obligare eā possit adeóque alienare, *l.*
si conuenerit.18. §. vlt. cum. l. seq. D. de pign. act. Illud verò 12
tā stipulandi aut potius credendi quā debendi correis
commune est quod ab vno ex iis factū compromissū
non aliter nocet cæteris quàm si sint socij, *l. si duo.34.*
D. de recep. qui arbitr. Ideo fortasse q; proximè accedat
ea res ad culpā, ob idq; nec procuratori constituto ad
rē petendā permissū est de lite cōpromittere sicut nec
trāsigere, nisi aut speciale mādatū habeat aut genera-
le cū libera administrādi potestate, *l. procurator.62. D.*
de proc. Cæterū obseruādū est q; meo iudicio apertissi- 13
mū videtur, in *d. l. si duo,* erratū esse, legēdúmq; *nec à te*
petitur quod ego petero, vt recta sit & accommodata ratio
ad id quod Paul[9] tractat. Apparet etiā ex eo loco mē-
dū aliud subesse, in *d. l. si vnus.27. in prin. de pac.* falsúq;
esse quod ibi ex eodem Paulo traditur de argentariis
sociis. Nam proculdubio vnius ex argentariis sociis
pactum nocet cæteris, *d. l. si duo.* itémque prodest, quo-
modo idem Paulus prædixerat in *d. l. duob. 25. eod. titul.*
de pact. Quare nec dubito quin dictio illa *Socijs* in
textum irrepserit ex glossa imperiti alicuius interpre-
tis non animaduertentis, posse plurium argentariorū
nomina simul ire, & consequenter vni ex iis exactio-

nem in solidum competere, licet non sint socij, *d. l. si duo* Idque euidentius ex eo intelligitur, quod ibidem Paulus subiiciens idem in duobus reis stipulandi obtinet quod de argentariis dixerat, non loquitur de correis stipulandi sociis, nec ea actio *socij*, quam nos in legis principio tollimus, ibi repetita est.

Capvt XIX.

De correis testamento factis, itémque de sententia & emendatione l. eandem. 9. l. si id quod in fin. de duob. reis. & veterum iuris autorum obseruata dissensio.

Svmmaria.

1 *Quando plures correi siue credendi siue debendi fieri intelligantur?*

2 *Correos constitui non posse, si personarum aut rerum quæ in obligationem deducuntur, qualitas aut conditio repugnet: vbi tria repugnantia exempla afferuntur.*

3 *Triboniani manus notatur* in l. si id quod. ff. de duob. reis.

4 *Illam Triboniani additionem iuris rationi repugnare.*

5 *In specie* d. l. si id quod. *Titium & Seium qui stipulati sunt decem aut fundum qui sit Titij, correos stipulandi non esse.*

6 *Quibus verbis correi debendi in testamento constituantur? vbi de sententia* l. eandem, ff. eod. tit.

7 *Reijcitur emendatio ad illa* d. l. verba Titius & Mæuius sempronio decem dato.

8 *Alternatiuos creditores vel debitores correos constitui non posse.*

9 *Refutatur opinio Molinæi existimantis correos difficilius fieri testamento quam contractu.*

10 *Pro qua parte singulos hæredes conueniri oporteat quum correi testamento facti non sunt?*

DVorum pluriúmve correorum debendi credendive constitutio an hodie post Iustiniani Nouel. 99. eodem modo fiat quo fiebat olim, iam satis superq;
1 disputauimus in superioribus cap. 4. † Illud tantum hic repetendum est non aliter fieri plures correos siue debendi siue credendi quàm si hoc agatur, *l. 2. l. 3. §. vbi duo. l. duos reos. 6. l. his verbis. 8. & pass. D. de duobus reis.* Agi verò toties intelligendum est quoties aut ex conuentionis verbis, aut ex habito tractatu aliisve rerum argumentis constat creditorem plurium debitorum fidem in solidum secutum esse, vel debitorem pluribus creditoribus in solidum fidem suam obstrinxisse, *l. eandē. 9. in princ. D. de duob. reis. l. 1. §. si apud duos. 43. D. deposit. l. creditor. 60 §. duob. mandat. l. si vt certo. 5. §. vlt. cum seqq. D. commod. l. cum apparebit. 47. D. locat. l. si ex duob. 13. de tutel. & rat. distrah.* Alioqui non ex eo solo quòd vel vnus pluribus vel vni plures nominatim promiserint correi constituti videbūtur, sed in viriles portiones obligationis executio diuidetur. *l. reos.*
2 *12. §. cum tabulis de duob. reis.* † Sed & illud præterea requiritur ad correorū constitutionē, vti ne personarum aut rerū quæ in obligationē deducuntur, qualitas aut cōdicio repugnet, *l. si id quod. 15. eo. tit.* vbi tria huiusmodi repugnantiæ exēpla Caius ponit si vsusfructus nomine qui vni relictus fuerat plures stipulētur: si dos promittatur marito & alteri qui maritus nō sit: denique; Titius & Seius stipulentur decem vel rem quæ sit Titij. His. n. casibus ideò non fiunt plures correi stipulandi quòd in vtriusq; persona subsistere non possit obligatio propter naturam & qualitatem rei quæ deducitur in stipulationem. Nā & vsusfructus & dotis ius personale est, & rem suam stipulari nemo potest vulgat.
iurib. † Quod cùm ita sit non abs re quis miretur, cur 3
vltima legis sententia corrigatur finalibus iis verbis, *Sed dicendum est, vt si decem alteri soluantur ab altero liberetur.* Et hic quoque videor mihi non obscurè Triboniani manum, & cerebrinam æquitatē agnoscere, cùm & parum eleganter contexta sit additio [debuerat enim scribere, *Sed dicendum est liberari.* nō quomodo scriptum est, *vt liberetur*] & omnino repugnet germanæ iuris rationi. † Nam si in illa specie, cùm Titius 4
& Seius stipulati sunt decem aut fundum qui sit Titij, non sunt Titius & Seius duo correi stipulādi [nō esse verò fatendum est neque Tribonianus ipse negaret] fieri sanè non potest vt solutio vni facta liberet ab alio debitorem præsertim ipso iure. Saltémque debuerat potius subijci tuendū debitorē exceptione doli si post solutionem vni factam ab alio vrgeatur, vt in *l. si stipulatus. 15. §. 1. de fideiuss.* & aliis similibus. † Alioqui nec illud admittendum erit quod Papinianus 5
scribit in *d. l. eandem. 9. §. 1.* Non fieri duos reos depositi si ex duobus penes quos res deposita sit vni remittatur culpa, non etiam alteri. Quo enim id obsecro pertinet, nisi vt sciamus vno ex ipsis liberato alium nihilominus in obligatione remanere? Nā quis alius effectus esse potest illius quæstionis, an sint duo correi debendi, necne? At neque iuris ratio patitur vt diuidatur stipulatio ac in specie proposita Titius & Seius correi sint stipulandi quod ad decem attinet, non etiam quòd ad eā rē quæ iam sit Titij, vt propter adiectā Titij personam idem sit ac si sola decem in stipulatum deducta essent. Cur enim auferatur promissori electio quam sibi saluam esse voluit soluendi rē Titij, id est eius æstimationē si id malet? † In correis te- 6
stamento constituēdis idem iuris obtinet. Nā si vel à pluribus heredib. vel plurib. benè meritis personis legatum aut fideicommissum relictū fuerit, constat nō fieri plures reos debendi credendive nisi hoc ipsum testator voluerit, suámque voluntatem aut expressserit aut non obscúris argumentis confirmauerit. Quæ sententia est *d. l. eandem in princip.* vbi Papinianus scribit testamento fieri duos reos debendi si testator ita dixerit, *Titius & Mæuius Sempronio decem dato.* Nam verbum illud *dato* cùm sit singularis numeri, vtrumque singulatiter, hoc est singulos in solidum obligat: nec admittit contrariam interpretationem de legati debito in viriles diuidendo. Cui vtique locus fieret si ita scriptum proponeretur, *Titius & Mæuius Sempronio decem danto.* Tunc enim singuli partes dare iussi viderentur. † Quod minùs diligenter obseruatū fuit 7
ab iis qui apud Papinianum legendum putant *Titius aut Mæuius Sempronio decem dato.* Certū enim est correos debendi hoc modo fieri testamento non posse, quemadmodum nec duos reos collegatarius si ita scriptū sit, *ille aut ille fundum habeto, l. si Titio aut Seio. 16. l. cum quidam. 24. de leg. 2.* His enim speciebus nō solùm vnum legatum est, sicut & cùm illud aut illud legatum est *l. si illud aut illud. 27. eod.* [quod vtique pluribus etiam cōstitutis correis similiter contingeret *l. 3. §. vbi de duob. reis*] sed etiam ab alterutro duntaxat non ab vtroque herede, aut alterutri tantùm, non itē
vtrique legatario relictum videri debet. Si quidem 8
in alternatiuis debitoribus non vterque debet sed alteruter, & in alternatiuis creditoribus non vtrique debetur, sed alterutri, quemadmodum & in debitis alternatiuis non vtrumque est in obligatione, sed alterutrum duntaxat *l. plerumque. 11. §. vlt. de iur. dot.* cum similibus. Id verò à constituendorum correorum ratione prorsus alienum est, quorum ea condicio est vt vterque in solidum obligationem in se suscipiat

piat aut sibi acquirat, *d.l.2.3.& pass. de duob reis. l. si duo.*
128. de verborum oblig at. Ideóque in *l. si ex toto.8.§. si v-*
ta scriptum de legat. 1. ita scriptum est, *quasi si duo rei*
promittendi, &c. vt appareat in ea specie correos pro-
9 priè non esse † Neque leuior error est Caroli Moli-
nei qui ad *l.an leg.62. D.ad leg.falcid.* scripsit difficilius
fieri correos testamento quàm contractu, nec in du-
bio præsumendum testatorem voluisse correos facere.
Id enim absurdissimè dicitur & cõtra Papiniani sen-
tentiam in *d.l. eandem.* Leges autem quibus ille niti-
tur vt probet in dubio viriles partes deberi aut here-
ditarias, nec à singulis heredibus posse in solidum e-
xigi [sunt verò penè innumeræ] ad eos casus perti-
net quibus plures heredes generaliter onerati sint,
non ad eum quem Papinianus tractat, cùm vnusquis-
que in solidum oneratus est: Nimirum cùm testator
10 ita dixit, *Titius & Maeuius Sempronio decem dato.* † Pla-
nè eo casu quo correi testamento facti non sunt, ele-
gans quæstio est, Pro qua parte singulos heredes con-
ueniri oporteat, id est, an in viriles, an in hereditarias.
Papinianus enim magis probat debeti viriles in *l.non-
numquam 24. D. ad Senatusconsultum Trebell.* quod &
iam antè Papinianum Neratius senserat in *l.si heredes.*
124. de leg.1. Ea fortassis ratione quod cùm heredum
personæ siue omnes siue non omnes nominatæ & e-
numeratæ sunt, videantur heredes onerati non tam
quasi heredes [quæ res in luceret diuisionem in par-
tes hereditarias] quàm quòd nominati sint, proindeq;
virilium portionum rationem haberi voluisse testator
credendus sit. Paulus contra post Attilicinum Sabinũ
& Cassium magis esse putat vt inducantur heredita-
riæ portiones omni casu, propterea quòd hereditas ea
sit quę heredes obligat, *l.siue à certis.17. D.de duob.reis.*
At Pomponio in *l.turpia.54.§.vlt.de leg 1.* media quæ-
dam sententia placuit, vt si non omnes heredum per-
sonæ nominatæ sint, viriles partes debeant qui nomi-
nati sunt, sin omnes, hereditarias: Itaq; ridiculi sunt,
nostri qui tantopere laborant in istis malè concilian-
dis, quos vltrò dissentiisse manifestissimum est, Pom-
ponij tamen sententia vt media ita probabilior for-
tasse videri potest.

CAPVT XX.

Omissam exceptionem cedendarum actionum non magis quàm exceptionem ordinis aut diuisionis locum facere condictioni. & de differentia correorum, fideiussorum & mandatorum. Ac emendatio l. 2. C.de fideiuss.tutor. l.penul. D.eod. l.vlt C. de constit.pecun.

SVMMARIA.

1 *Quibus iuris locis & rationibus Molineus probauerit correo, qui cedendarum actionum exceptionem per iuris errorem omisit, condictionem competere.*
2 *In quo differat exceptio cedendarum actionum ab illa qua competit ad impensas deducendas, aut retinendam seruitutem.*
3 *Eum qui exceptione perpetua tutus soluit, indebiti condictionem habere.*
4 *Respondetur ad* l.heres.21.ff.ad S.C.Trebell. *à Molineo obiectam.*
5 *Omissionem exceptionis cedendarum actionum non impedire quin ex solutione sequatur liberatio.*
6 *Retorquetur contra Molineum argumentum quo probare voluit correo qui totum soluit actionem ex interuallo cedi posse.*
7 *An exceptio non factæ excussionis vel diuisionis omissa condictioni locum faciat?*
8 *An si vnus ex pluribus fideiussoris heredibus totum soluat, condictioni indebiti sit locus?*
9 *Emendatur* l. pen. de fideiuss tut. & l.vlt.C.de const. pecun.
10 *Alia æquitatis ratione exceptionem diuisionis, alia condictionem indebiti inductam fuisse.*
11 *Fideiussores, qui beneficio diuisionis renuntiauerunt plures simul in solidum conueniri posse, ita tamen vt vnõ soluente cæteri liberentur.*
12 *Conuento in solidum vno ex correis cæteros interea inquietari non debere.*
13 *Creditorem qui in vnum ex correis pro virili ex persona partis solutionem accepit, contra alium postea in solidum agere non posse.*
14 *Aliud hac parte in fideiussoribus veteri iure obtinuisse.*
15 *Emendatur* l.2.C.de fideiussor.tut.
16 *Cur olim creditori permissum non fuerit, vt reum & fideiussorem simul in solidum conueniret?*
17 *Aliam mandatoris, aliam fideiussoris esse rationem.*

SI † cui cedendarum actionũ exceptio competeba 1
omissa ea per errorem iuris [vix.n. est vt error fact
in hanc speciem cadere possit] simpliciter soluerit, pu-
tant nostri perinde locum esse condictioni, ac si quod
solutum est fuisset indebitum. Sic enim Molineus, ad
l.Modestinus.76.nu.18. D de solut post glos. magnam à
Bart. & cæteris probatam, *ad l.cùm 11. D. de fideius. ex l.*
sed et si me putem.22.§.1.& l qui exceptionem 40 § si pars.
D.de condict.indeb. l heres.21. D.ad S.C. Trebell. quibus
locis datur condictio ei qui seruum prædium tradidit
sine seruitute, aut domum sine deductione impensa-
rum: itémque heredi qui non deducta falcidia totam
hereditatem ex fideicõmisso restituit quasi plus debi-
to hi omnes soluerint, arg. *l.si is cui.45. de cond. indebit.*
Mihi contra videtur. † Neque enim dici potest omis- 2
sam exceptionem facere vt indebitum sit quod re ve-
ra fuit debitũ, cùm exceptio talis est quæ ius personæ
tantum respiciat nõ etiam ius ipsum debiti, *l. quod no-*
mine.8.cum trib.seqq.eo.tit. in quo sanè differt exceptio
cedendarum actionum, de qua disputamus, ab illa
quæ competit ad impensas deducendas aut retinen-
dam seruitutem, si quidem prædium quod tradi de-
buit seruitute retenta, si sine seruitute traditum sit in-
debitum fuisse videri potest. Adeò vis seruitutis rem
ipsam afficit. Quid enim aliud sunt iura prædiorum
quam ipsa prædia qualiter se habentia? vt ait *lex quid*
aliud de verborum signific. Quemadmodum & impen-
sæ in rem alienam factæ si tales sint quas deduci æ-
quum sit, rem ipsam ita afficiunt vt ob eas retineri res
quodãmodo pignoris iure possit, licet reuera pignus
nullum eo nomine contrahatur. † Proinde nec mi- 3
rum est condictioni locum esse si sine vlla impensa-
rum deductione fundus traditus sit qui ex ea causa
poterat retineri, quandoquidem exceptione doli tu-
tus esse poterat is à quo fundus sine impensarum de-
ductione petebatur, *l.planè.38. D.de hered.pet.* Quę ex-
ceptio doli perpetua est, *l.purè.5.§.vlt.de dol.excep.* qui
autem exceptione perpetua tutus soluit, habet pro-
culdubio indebiti condictionem, *d.l.qui exceptionem.*
† Nec rursus simile est quod nostri obiiciũt *ex d.l. he-* 4
res.21. D.ad S.C.Trebell. Loquitur enim illa lex de eo
qui cùm posset falcidiam retinere totam hereditatem
restituit per errorem facti, existimans fortè satis sibi
pro quarta superfuturum, vt ostendunt verba illa, *nec*
cauit sibi stipulatione proposita. Nam stipulatio, si plus
quàm per leg. falc. de qua textus ille sentit, tunc ne-

cessaria esse potest cùm in facto incertum est an legi
falcidiæ locus futurus sit necne, *l.1.ill.tit.* Nos verò de
illo loquimur qui omisit exceptionem cedendarum
actionum, per errorem non facti, qui in hanc speciem
5 vix cadere potest vt prædiximus, sed iuris. † Quem
condicere nullomodo posse ex eo apparet euidentius,
quod non impedit ea omissio quin ex solutione se-
quatur liberatio, *ad l. Modestinus.76. de solut. l.1. C. de
contr.iudic.tutel.leg.cùm alter.11.Cod.de fideiuss.* Nam si
locus esset condictioni, vtique impediretur liberatio,
quemadmodum ex contrario secuta liberatio impe-
dit condictionem, *leg. si pœna.1.§.19.leg.si fideiuss.59. de
condict.indebit.l.vltim.D.de tribut.actio. l.qui hominem.
34.§.vltim.l.cùm quis.38.§.1.de solution.* præterquam in
singulari casu, *l.Neratius.63 de condic.indeb.* quam nos
6 *supr.lib.2.*explicauimus. † Atque ita fortissimè retor-
queri contra Molineum potest argumentum quo ille
potissimùm nititur, *ad dict.l.Modestinus, numer.18.* vt
probet ei cui competebat exceptio cedendarum a-
ctionum si soluerit cedi etiam ex interuallo actionem
posse. Quoniam, inquit, condictioni indebiti locus est
si actio non cedatur. Imò verò actio nulla superest
quæ cedi possit, cum solutione quæsita sit liberatio,
7 ob idque nec competit condictio. † *De exceptione* nõ
factæ excussionis, an si omissa sit faciat locum condi-
ctioni eadem quæstio esse potest, sed minus dubia. Et-
si enim non desunt qui putent locum facere post glo.
*ad d.l.si rem.20.de condict.indeb. & Castrens.in d.l.si pœ-
na.19.§.vltim.eod.* Bartolus tamen negat in *l. Iulianus
eodem titulo.* Et rectè. Neque enim exceptio illa ius
ipsum debiti respicit, sed personam eius qui conueni-
tur quam huius beneficij fauore dignam esse visum
est. Idémque, sed multò apertius obtinet si de exce-
ptione diuisionis quæratur. Nam cùm non ipso iure
competat, sed beneficio epistolæ Hadriani, vt sæpius
monuimus, & ita si opponatur, consequens est, vt si v-
nus ex cofideiussoribus totum soluerit licet confide-
iussor fuerit soluendo, repetere tamen non possit, vt e-
leganter Papinia. tractat in *l.si testamento.49.§.prin.D.
8 de fideiuss.* † vbi addit quod magis mirũ videri queat,
idem quoque admittendum esse in vno ex pluribus
fideiussoris vnius heredibus totum soluente. etsi e-
nim constat ipso iure & ex lege duodecim tabularum
diuidi obligationem inter coheredes, ea tamen diui-
sio quæ ex multiplicatis heredum personis inducitur
facere non potest vt indebitum videri debeat quod
in persona defuncti reuera fuit debitum, *leg.2.§.ex his
de verborum obligationib.* nec quæ ratio æquitatem di-
uisionis inducit inter confideiussores aliásque similes
personas vt ei succurratur qui pro alio soluere cogi-
9 tur, potest etiam inducere condictionem indebiti. †
Fateor diuersam speciem actionis non excludere di-
uisionis æquitatem, *l.pen.D.de fideiuss.tutor.* Sic nam-
que eo loco legendum videtur, *si enim quod datur pro
alio soluitur, cur diuersa species actionis æquitatem diui-
sionis excludit?* Quò etiam pertinet, *l.vltim.Cod.de con-
stitut.pecun.* in qua nec dubito quin legendum sit ex
*d.l.penult.æquitatis enim rationem diuersa species actionis
excludere nullomodo debet.* Sed non possis similiter dice-
re, æquitatem diuisionis, species actionum diuersas
admittere debere, aut vt melius loquar cõdictionem
inducere, quandoquidem condictio indebiti prorsus
distat ab exceptione diuisionis, neque cum ea quic-
10 quam commune habet. † Et licet vtraque summa ni-
titur æquitate, alia tamẽ æquitas est quæ diuisionem
inducit, alia quæ cõdictionem. Qui obiicit exceptio-
nem diuisionis, aut vt Papiniani verbis vtar, *in l.si plu-
res.38.de admin.tut.* qui periculi societatem excipit fa-
tetur se etiamnum debitorem: Qui condicit, negat se
vnquam debuisse. † Inde fit vt si fideiussores benefi- 11
cio diuisionis renunciauerint, quod hodie passim fie-
ri assolet, plures simul in solidum conueniri possint,
exemplo correorum qui Iustinianeæ Nouel.99. bene-
ficium abiecerunt, itémque mandatorum de quibus
in *l.creditor.60.§.duobus.D.manda.* Scilicet dummodo
protestetur creditor nolle se plus debito consequi, sed
vnica solutione contentum fore, *arg. l.1.§.quia autem.
D.quod legat.* Adeò verum est à singulis debitum esse
quod ab omnibus in solidum exigi potest. Quin etsi
ea protestatio omissa sit, non eò minus sequi poterit
condemnatio, sed ita tamen vt vno soluente cæteri
quoque liberentur. Idipsum enim officio iudicis con-
tinetur, & actioni tacitè inest, *l. & hoc distinctio.35.§.
vltim.D.locat.l.in omnibus.43.l. Stichum aut Pamphilũ.
95.§.naturalis de solut.* Tametsi pluribus simpliciter
condemnatis qui in solidum singuli conuenti fuerant
non nisi pro virilibus ex iudicato conueniri quisque
possit, *l.1.& 2.C.si plur.vna senten.condemn.fuer.l.si mã-
datu Titij.59.§.Paulus respondit vnum.D.mandat.* † 12
Obseruandum tamen est in eo disparem esse condi-
cionem correorum, confideiussorum & mandatorum
vt hoc corollarij loco subiiciamus, quòd conuento in
solidum vno ex correis debendi cæteri interea non
sunt inquietandi, sed quę in illos actio creditori com-
petit, in id tantùm superest quod à conuento seruari
non potuerit: neque enim vnius electione alij liberã-
tur, sed solutione duntaxat, *l.1.§.si apud duos.47.depo-
sit.leg.si quis alicui.27.§.vltim.mandat.leg.si mandatu.
13.D.de fideiuss.leg.si ex toto.8.§.1.de leg.1.l.reos.23.C.de
fideiuss.* Eaque sententia est, *l.si per imprudentiam.§.fi-
nal.de euict.leg.quoties.47.§.si creditor de pecul.* nec hac
parte quicquam differt ius nouum à vetere. † Sanè 13
nemo dubitat, quin liberum sit creditori actioné quã
in plures correos habet ita diuidere vt aduersus vnũ-
quemque pro virili experiatur, *l.reos.11.D.de duob.reis.
l.inter eos.51.§.duo rei.D.de fideiuss.* q. si fecerit, subinde
pœnitere, & cõtra vnũ ex iis in solidum agere postea
non potest. † In fideiussoribus equidem nouo iure i- 14
dem obtinet postquam Iustiniano placuit in *l. vltim.
C.de fideiuss.* vt vno ex fideiussoribus electo cęteri non
liberentur. Sed iure vetere aliter obseruabatur, sola
namque vnius ex fideiussoribus electione cæteri li-
berabantur, adeóque ipse debitor multóque magis
debitoris ipsius electione, fideiussores, *leg.si mandatu.
45.§.vltim.D.mand.Paulus.lib.2.Sentent.titul.17.§.vlt.*
quod nos pluribus tractauimus, *lib.1.cap.17.ad l.heres.
21.§.quod si stipulator.D.de fideiuss.* vbi ob hanc causam
legendum esse diximus, *æquè decendum est fideiussorem
non manere obligatum.* Nisi quis vulgatæ lectionis
tuendæ gratia magis probet vt electio bonorum de-
bitoris non liberauerit personam fideiussoris, aut
contra, sed tantum electio personæ, quod nec
obscurè innuere Papinianus videtur in *l.3.de separat.*
itémque quod scriptum est in *l.cùm quis.38.§.de pecu-
lio.l.egisti.84.de solut.* † Eodem pertinet, *l.2.C.de fide- 15
iussor.tuto* in cuius principio verba illa *& soluente,* pro-
culdubio sunt irreptitia, siue à Triboniano addita
putes, siue ab imperito aliquo interprete respiciente,
ad Iustiniani constitutionem, in *dict. l. vltim. C. de fi-
deiuss.* potius quàm ad ius illud quod Alexandri, cuius
ea lex est, temporibus obtinebat. Inanem enim faciũt
& ridiculam illius loci sententiam: Quæ certè illa est,
sola rei electione liberari fideiussorem. Quantò ma-
gis igitur solutione per eum facta? Prius ita si sim-
pliciter acceptus sit fideiussor. Nam si vel indemni-
tatis nomine fideiusserit, vel quod idem est, ré pupilli

sal-

saluam fore promiserit, vtique poterit etiam post condemnatum & exactum reum conueniri, in id nimirum quod à reo seruari non potuerit? Certè exceptio illa quæ ponitur in versicul. planè. non potest accommodari ad regulam conceptam de reo electo & soluente, sed ad regulam de reo electo nec soluente Et tamen dici solet exceptionem de regula esse debere.
16 † Hinc etiam illud est quod placebat olim, non esse permittendum creditori vt reum & fideiussorem simul in solidum conueniret *l. 1. eod. titul.* Nempe quoniam ita ius erat vt alterutro in solidum electo alter liberaretur, nisi fideiussor fuisset indemnitatis vt diximus aut iudicio sisti. Nam & hic lata duntaxat sententia non etiam electione liberabatur, *l. 1 vbi Accurs. D si ex noxal caus. agat.* cōstat sanè fideiussionem huiusmodi non durare in executione sententiæ, *l. græcè. 8. §. & post litem D. de fideiuss.* vbi distinguit Vlpianus an iudicati actionis nomine fideiussor acceptus sit, an litis exercitationis vt hoc casu post sententiam iuuandus sit exceptione, illo non item. Exceptione inquam, quia liberatio non contingit ipso iure, cùm nō ad eum finem feratur sententia vt condemnati fideiussor liberetur. Multò minus durabit fideiussio in causa appellationis. argu. *l. cum apud Sempronium,* vbi Bart. *iudic. solui.* Sed etsi non sit lata sententia ac perempta duntaxat instantia vt nouam inchoari necesse sit, non tenebitur fideiussor quoniam alia instantia est Gloss. in *l penultim. Cod. de fideiuss.* † Mandatoris longè 17
alia ratio est. Nam si eum creditor ex mandato conuenerit, siue nondum condemnatio secuta sit, siue condemnatus ille prouocauerit, ipse etiam debitor conueniri & olim poterat & hodie potest, *dict. l. Stichum. §. si mandatu de solut. dict. l. creditor. 60 in princip. D. mandat.* quia nec soluente mandatore debitor tamen ipso iure liberatur, *leg. Papinianus 28. eod.* vbi ratio illa redditur, quia quod mandator soluit, proprio nomine soluere intelligitur, ac propter mandatum suum, potius quàm debitoris liberandi causa Est autem generale & perpetuum, quod nos in superioribus monuimus sæpius vt quod quis suo proprio non debitoris nomine soluit non liberet debitorem, *leg. si quod possessor. 31. de hered. petit. l. si pœna. 9. §. 1. de condict. indeb. l. cum quis. 38. § de pecul. in fin leg. Paulus respondit: 101. de solut.*



NOBILISSIMO ET CLARISSIMO VIRO FRATRIQVE SVAVISSIMO FRANCISCO DE SALES,

ANTONIVS FABER S. D.



MAVI te, mi Salesi, & pro eo sanè ac debui colui plurimùm, prius etiam quàm vel tu mihi de facie notus esses, vel ego tibi. Inuitatus nimirum, permotúsque sola percelebris tui nominis fama, & admiratione virtutis, qua nihil est, vt ego quidem existimo, ad sociandas constringendásque hominum vel disiunctissimorum mentes efficacius. Postea verò quàm per humanitatem tuam aditus mihi ad amicitiæ tuæ sacra, & familiaritatis penetralia liber patuit, tantam sensi voluntatis erga te meæ factam accessionem, vt mirarer, puderétque non ita me iam antè affectum fuisse, nullus vt accessioni locus relinqueretur. Sic enim quasi ea quæ oculis cernuntur, mihi visus sum intueri, non solùm quàm me amares, sed etiam quàm amari deberes ab ijs quoque quos nulla tibi neque necessitudinis, neque officiorum magnitudine deuinxisses. Nam quis obsecro, nisi planè insulsus, [illegible], *tam multa, támque præclara ingenij tui decora & ornamenta non suspiciat, amet, veneretur? Illud verò quam mirabile, nouúmque in ista ætate, quæ in integrum restitutionis auxilium implorare adhuc posset, si quid fortè superioribus annis per inconsultam facilitatem peccasses, eam te sapientiæ, eruditionis, & eloquentiæ laudem assecutum, coniunctis Theologiæ ac Iurisprudentiæ grauissimis dissimillimísque studijs, vt cum in vtraque scientia excellere te omnes videant, in vtra tamen excellas discernere nemo possit. Sed sunt ista fœcundi excultique ingenij, potius quàm recti animi dotes, quas licet non nisi perpaucis datas*

-quos æquus amauit Iupiter,

faciliùs tamen admirari, fortassis inuidere tibi etiam amici possent, quàm ob eas amare te cæteri, qui aliam amandi rationem non haberent. Amo ego magis tuam illam probitatem, prudentiam, tēperantiam, æquanimitatem, cæteráque id genus beati, optiméq; à natura & philosophia subornati animi bona, quæ in alijs non nisi rarissimè singula, in te vno sic elucent vniuersa, vt neque maleuolorum inuidorúmve calumniis obscurari queant, neque non amari & coli ab omnibus, præterquam si qui essent tam malè

nati, vt virtutem ipsam odisse, summæ virtutis opus esse arbitrarentur: etsi hoc quoque ad felicitatem tuã accedit, quod tuis laudibus omnes, vt æquum est, fauent. Hinc illa singularis erga te propensio Serenissimi Ducis nostri, qui Senatoriam dignitatem quam plerique alij ambire tam anxie solent, tibi nuper nihil minus cogitanti vltro iam destinauit, confestim haud dubiè collaturus, si plus apud te prudentissimi Principis iudicium, totiúsque amplissimi ordinis nostri expectatio, ipsa denique ratio, quàm modestia tua valuisset. Inde etiam quod aspernatus es hucusque verecundiore, quàm par esset, cunctatione, ac nescio quo ætatis prætextu (quasi ætatis vitium, aut delictum illud sit, quòd ante ætatem perfectè sapere didiceris) eximia ista virtutis insignia, ideò fortasse, quòd eiusmodi pleraque non pauci etiam sine virtute sunt assecuti: Hoc vnum tibi ad veram gloriam satis esse ducens, quod tanti Principis, optimorum etiam & eruditissimorum omnium qui te norunt conspirantia studia iudiciáque merueris, quæ sane virtus sola & assequi potuit, & promereri. Ego verò qui semper pluris faciendum credidi, si virtutum ac scientiarum præmia quis mereretur, quàm si possideret, sic te amo & obseruo tanquam ijs quoque plenum honoribus, à quibus temperasti: nec quicquam est quod te malim esse quàm Salesium, vt ea te prosequar obseruantia, quæ & sanctissimo Episcopo debetur, & grauissimo Senatori. Taceo, quàm multas habeam proprias, planéque meas colendi tui causas, quas innumeris tuis in me beneficijs publicè priuatimque testatas vellem ego maximè, si per ingenioli mei tenuitatem liceret, publico etiam aliquo testimonio ingenuè profiteri, & iusta constantique gratiarum actione sic complecti, vt non minus gratum me ac memorem, quàm tibi deuinctum posses agnoscere. Neque rursum ignoro, quantum amori tuo vel ob id maximè debeam, quòd dulcissimum fratris nomen inter nos commune ac familiare esse voluisti, vt quod vnum honestissimo vtriusque desiderio negabatur, quoniam à natura impetrari non poterat, validioribus amicitiæ artibus extorqueremus: nec dubitare quisquam posset, quin verè fraternus esset amor, qui & abs te in me proficisceretur, & à me vicissim tibi redderetur. En igitur leuidense tibi in eam rem munusculum ex promptuario Coniecturarum mearum, in quibus etsi scio nihil esse quod vel tuis meritis, vel cupiditati meæ, vel denique mutuæ necessitudinis nostræ dignitati respondeat, omnia tamen consecutum me putabo, si efficere potero vt hoc quantulocunque monumento arctissimæ coniunctionis nostræ memoria feliciter ad posteros præferatur: Non quòd vsque adeò nihil blandiar vt ista sperem, vel conijciam aut æterna fore, aut longiores annos ferre posse, sed quia nihil est quod tam in optatis habeam, quàm vt si quod nominis mei post cineres vestigium extabit, neminem tibi me amiciorem fuisse, aut amicitiam tuam pluris vnquam fecisse omnes intelligant. Id pro incredibili tua erga me beneuolentia æquè tibi optatissimum & iucundissimum vt esse cupio, ita fore spero & confido. Bene vale, frater suauissime, & me, vt facis, ama. Ex vrbe Camber. 12. Cal. Decembris 1595.

ANTO-





ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO Sabaudiæ Senatu Præsidis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber duodecimus.

CAPVT I.

Diuisio debiti an & quando ex partis petitione inducatur, & obseruata Triboniani additio in l.inter eos.51.§.1.D.de fideiuss.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris Doctorum distinctio in hac quæstione.*
2 *Reiecta distinctione probatur actionis diuisionẽ ex partis petitione vel solutione nunquam præsumi, nisi solutio vel petitio ad partem eius qui soluit expressis disertisque verbis referatur.*
3 *Tribonianismus obseruatur in* d.l.inter eos.ff.de fidei.
4 *Quam vim habeat vox* conuenit *Papiniano familiaris?*
5 *Soluta parte debiti ab vno ex confideiussoribus non inducendam idcirco debiti diuisionem.*
6 *Differentia inter beneficium diuisionis, & actionis diuisionem.*
7 *Creditorem qui actionem aduersus fideiussorem diuisit posse vsque ad litis contestationem pœnitere.*
8 *Plus esse,* confideiussorem aut correum pro sua parte & persona soluere vel conueniri, *quam* suo nomine soluere.
9 *Facta diuisionis interpretationem non ex iure, sed ex coniectura voluntatis creditoris sumendam esse.*
10 *Respondetur ad* l.vlt.C.de fideiussor.
11 *Actionis diuisionem non fieri per solam contestationem, siue singuli in solidum, siue nulla solidi aut partium mentione facta fideiussores conueniantur.*
12 *Quid agere debeat creditor qui partem petit vel accepit ab vno ex fideiussoribus, ne actionem diuisisse videatur?*



Quæri solet ab interpretibus, An qui ab vno ex pluribus correis debendi aut confideiussoribus partem debiti extra iudicium solutam accepit, aut per iudicem vt solueretur petiit, actionem suam quam in solidum contra singulos paratam habebat, diuisisse credendus sit. † Et vulgò magis pro-
1 bata est illa distinctio quam tradunt nostri, *ad leg. si creditores.18. C.de pact.* An pro parte tantùm vnus ex pluribus iudicio conuentus fuerit, an verò singuli pro partibus. Hoc enim posteriore casu non etiam priore factam videri diuisionem, *ex l.liberum.17. l.reos. 23. C. de fideiuss. iunct. l.inter eos.51. §.1. D.eod.* Solutione verò extra iudicium facta siquidem beneficio diuisionis locus esse non poterat propter renũciationem aliámve causam, puta quòd ita concepta esset stipulatio, *solidum aut partem virilem dari,* vt in *d. l.inter eos in princ.* diuisam intelligi actionem, *d.l.si creditores,* præterquã si ex testamento debitum proponatur, *l.si ex toto.8.§.1. de leg.1.l.ille aut ille.25. de leg.3.* Sin autem diuisionis exceptio obiici poterat, elegisse potius quam diuisisse creditorem existimandum, *d.§.1.l.inter eos.* † Mihi 2
contra probabilius semper visum est, vt numquam actionis diuisio præsumatur ex partis solutione vel petitione, nec si suo nomine se soluere correus aut confideiussor dixerit, nisi solutio vel petitio ad partem eius qui soluit vel conuenitur, non tantùm tacitè fortassis ex solutæ vel petitæ quantitatis cum virili comparatione, sed expressim disertisque verbis referatur? Mouet me primum quod Pomponius ait, in *d. l. si ex toto §.1* sic ita scriptum sit, *Lucius Titius heres meus aut Manius heres meus decem Seio dato*, cùm vtro velit Seium acturum, sed ita tamen vt si cum vno actum sit & solutum alter liberetur. Quasi, inquit, duo rei promittendi in solidum obligati fuissent: Sed etsi ab altero partem petierit, liberum ei esse ab alterutro reliquum petere: idémque fore etsi alter partem soluisset. Qui locus cùm de legato loquatur, & quid in illo iuris sit constituat, ex comparatione obligationis correorum promittendi, an non apertissimè subuertit nostrorum distinctionem, ex qua parte separant hac in re vltimas voluntates à contractibus? Mouet me rursum, quod in *d.l.inter eos. §. 1.* Papinianus disertè scribit eum ex cõfideiussorib. qui soluit partem pecuniæ debitæ non liberari quin possit de residuo conueniri, & quidem in solidũ si cæteri confideiussores non sint soluendo, pro parte verò si sint soluendo. Subditque rationem perelegantem his verbis, *eam enim quantitatem in eos qui soluendo sunt diuidi conuenit quam litis tempore singuli debent*. † Quod si ita est, vt est, Triboniani 3
certè potius quàm Papiniani erunt sequentia illa quæ interpretes nostros fefellerunt, *Sed humanius est & si alter sit soluendo litis contestationis tempore per exceptionẽ ei qui soluit succurri.* Nam non solũ præcedentem sententiam destruunt optima iuris ratione subuixam, verum etiam ei repugnant euidentissimè. Sunt enim hæc prorsus contraria, Eum fideiussorem qui partem pecuniæ soluerit non debere solutionem residui recusare, aut in solidum aut pro parte secundùm supradictam distinctionẽ, & posse eum vti exceptione. Poterat quidem ita scribi, Actionẽ pro residuo superesse contra eum qui partem soluerit, sed iuuandum eum exceptione [Illud enim ad ius strictum, hoc ad æquitatem ipsam referretur.] At vt recusare ille non de-

beat residui solutionē, quomodo Papinianus loqui-
tur,& vt exceptione iuuari debeat, contraria omnino
& repugnantia sunt: in qun Papinianum prudentum
omnium prudentissimum impegisse quis vnquam si-
4 bi persuadeat? † Accedit quod vsurpat verbum illud
satis sibi familiare *conuenit*, quo significare solet non
quod inter omnes constat, vt imperitè quidam existi-
mant, sed quod ille nō minùs æquitati quàm iuri cō-
gruum arbitretur. Tribonianus contrà humanitatis
verbo passim abutitur quoties inhumanas & impias
illas suas manus veterum prudentum scriptis infert.
5 † Cæterùm quamuis ea additio Tribonianea perin-
de legis vim habeat acsi esset Papinianea, non tamen
inde possis colligere quod interpretes volunt, soluta
parte debiti ab vno ex confideiussoribus inducēdam
idcirco debiti diuisionem. Aliud enim est competere
fideiussori qui partem soluit beneficium diuisionis,
quod Tribonianus voluit, aliud verò sola partis solu-
tione diuidi actionem, quod illi affirmant, nos nega-
6 mus. † Siquidem beneficium diuisionis hactenus tan-
tùm nocet creditori vt residuum cogatur ab illis pe-
tere qui nihil soluerunt, sed ita tamen si sint soluēdo
tempore litis contestatæ non etiam si sint egeni & i-
nopes. At diuisio actionis cùm fit vsque adeò nocet
creditori, vt quamuis cæteri soluendo non sint, ne-
queat tamen de residuo aduersus eum agere à quo
partem debiti vel petiit vel accepit *dict. leg. liberum*, in
illis verbis *petitionem diuisam redintegrari iuris ratio*
non patitur. † Quod tamen ita videtur intelligendum
7 si litem contestatus sit creditor. Nam vsque ad litis
contestationem posse eum pœnitere qui actionem
diuiserit probant non malè eiusdem contextus verba
illa *antequam lis aduersus omnes fideiussores contestare-*
tur, item sequentia, *at nunc post litis contestationem*. Mo-
uet me denique textus apertissimus *dicta leg. si credi-*
tores 18. *Codic. de pact.* cuius tota ratio pendet ex iis
verbis *pro sua persona soluentem*, vt illa ostendunt, *si*
probaueritis, ne quis dubitare posset quin ita demùm
diuisisse debitum creditor videretur si partem peteret
pro parte & persona debitoris conuenti, aut partem
acciperet pro parte & persona debitoris soluentis.
8 † Plus enim est confideiussorem aut correum pro sua
parte & persona soluere vel conueniri quàm suo no-
mine soluere, vt constat ex *dicta leg. inter eos §. primo.*
vbi agitur de fideiussore qui soluit siue suo siue rei
promittendi nomine, & tamen negat Papinianus, i-
deò diuisam videri actionem, quæ sanè diuisa esset si
pro sua parte aut persona fideiussor soluisset. *d. l. si cre-*
ditores. iunct. d. l. si ex toto, §. 1. de leg. 1. † Et iuris huius
9 ratio aperta illa est quæ mouere interpretes debuit,
quod factę diuisionis interpretatio non ex iure sumi-
tur, sed ex coniectura voluntatis creditoris, qui sicut
cogi non poterat vt actionem diuideret ita nec diui-
dere voluisse facilè credendus est, sed eo demum casu
quo voluntatem suam aut expresserit, aut non obscu-
ris indiciis declarauerit, quod tum cōtingit cum par-
tem petit vel accepit pro parte & persona conuenti
vel soluentis debitoris. Illo enim casu diuisionis factę
interpretationem ea ratio inducit, quòd si pro residuo
vrgeretur qui iam pro parte & persona sua soluisset
vel conuentus esset, iam pro alio vrgeri videretur. Id-
que est quod ait *d. lex si creditores. ne alter pro altero e-*
10 *xigatur*. † Nec ad hunc casum pertinet Iustiniani cō-
stitutio in *l. vlt. C. de fideiuss.* vbi cautum est, vt nō sola
electione aut contestatione sicut anteà fideiussor li-
beretur. Aliud enim est litem contestari, vel vnum ex
fideiussoribus eligere, aliud verò actionem diuidere.
11 † Non igitur per solam contestationem fiat diuisio
siue singuli in solidum, siue nulla solidi aut partium
mentione facta conueniantur: qui sensus est illorum
verborum, *actione diuisa quidam post litem contestatam.*
&c. apud Papinianum, in *d. leg. inter §. cum inter.* Quā-
uis enim dici soleat in iudicio quasi contrahi *l. 3. §. i-*
dem scribit. de pecul. non solet tamen qui petit litém-
que contestatur, suam condicionem ex eo facere de-
teriorem. *l. aliam 29. D. de nouat.* Planè si ante litis cō-
testationem facta sit diuisio *vt in d. §. cùm inter.* hacte-
nùs nocebit secuta contestatio vt redintegrari peti-
tio nō possit, ratione illa optima, quòd in iudiciis qua-
si contrahatur. Eáq; sententia est *d. l. liberum. & d. §.*
cùm inter. † Illud vtique non improbo quod pragma- 12
tici suadent, vt protestetur creditor qui partem petit
aut accipit nolle se actionem diuidere, vel ob hoc i-
psum ne locus dubitationi relinquatur: Protestatinnia
nimirùm potestate quę pristinum ius protestantis sal-
uum tuetur. *l. Nesennius 34. de neg. gest. l. 1. §. sciendum.*
D. de tribut. act. l. pro herede 20. D. de acquir. hered. Id e-
nim est quod dici solet, ea quæ dubitationis tollendę
gratia ex abundanti adiiciuntur ius commune non
lædere, *l. quæ dubitationis 81. de regul. iur. l. qui mutuam*
56. D. mandat.

CAPVT II.

An confessio pactúmve cedentis noceat cessionario ad l. 1. Cod. de oblig. & action. & l. cùm maritus 29. §. vlt. D. de pact. dotal.

SVMMARIA.

1 *Cessione debitoris citra delegationem facta, actiones directas penes cedentem remanere, nec in cessionarium transferri posse.*
2 *An debitor, si cessionem sciuerit, cedenti soluere, aut cum eo pacisci possit?*
3 *Dato nomine in solutum & ex ea causa cessis actionibus directas & vtiles actiones cessionario competere.*
4 *Si cui pro alio soluenti mandata sint actiones in debitorem, ac postea mandator sine herede decesserit; illi mandatario vtilem actionem competere.*
5 *Refutatur Cuiacij interpretatio ad* l. 1. C. de obligat. & action.
6 *Dictam legem de vtili actione, quæ cessionario contra debitorem competit, accipiendam esse.*
7 *Cur in eiusdem legis specie ex solo mandato directarū actionum non transferantur vtiles, siue viuo mandatore, siue post eum mortuum relicto herede?*
8 *Mandatore sine herede mortuo directam actionem deficere, & vtilem mandatario ex æquitate dandam esse.*
9 *An illa vtilis actio mandatario competat, si mandator vel eius heres in rerum quidem natura sit, sed ob absentiam facilè cedere non possit?*
10 *Creditore actiones quas aduersus debitorem habebat alij creditori suo solutionis tantùm gratia mandante, cessionario directas tantùm actiones ex persona cedentis competere.*
11 *Debitorē qui cessionem quoquo modo sciuit cum cedente pacisci vel transigere non posse, quum cessionario vtilis actio ex contractu competit.*
12 *Excipe nisi cessio in solius cedētis commodum facta sit.*
13 *Diuersa hæc esse,* fieri cessionem ad alicuius commodum, & fieri eius periculo.
14 *An possit cedens facere, ne possit debitorem cessum gratis liberare.*
15 *Explicatur* §. vltim. l. cum maritus. ff. de pact. dotal.
16 *Si cessionario directa tantùm actio competat, tam pactum quam confessionem cedentis cessionario nocere,*
licèt

licèt debitor cessionem sciuerit.
17 *Quenam cessionis scientia cedentis vel debitoris noceat?*
1 CEssione† citra delegationem facta certum est non
liberari debitorem quominus à cedente credito-
re conueniri possit *l.pupill9 96.§.fervr de solut.l.si cum
emptore 16.D.de pact.l.3.C.de nouat.* Directis nimirum
actionibus, quæ penes cedentem vel inuitum rema-
nēt, nec in cessionarium transferri vllomodo possunt.
Adeò nostris adhærent ossibus vt interpretes loquū-
tur *d.l.3.l.si heres 70. D.ad S.C.Trebell.* Inde fit vt ces-
sus debitor cedenti soluere non prohibeatur si modò
cessionem ignorauerit, *l.nomen 4.C.quæ res pign. oblig.
poss.* Ergo & de debito pacisci vel transigere cum ce-
dente poterit vt agenti quandocunque cessionario
pacti exceptionem queat obiicere *l.vlt.D.de transact.*
2 † Sed si cessionem debitor scierit priusquàm solueret
aut pacisceretur, multiplici distinctione opus est. Pri-
mùm enim refert valdè, An datum sit nomen in so-
lutum ex eaque causa cessæ actiones fuerint. An verò
creditor creditori suo actiones quas aduersus propriū
debitorem habebat solutionis tantùm gratia manda-
3 uerit. † Priore casu competunt cessionario actiones
non solùm directæ ex persona cedentis, sed etiam v-
tiles ex propria *l.vltim.C.quand.fisc.vel priuat.debit.sui
debit. conuen.poss.* sicut & ei cui nomen venditum est,
*dict.leg.si cum emptore 16.D.de pact.l.emptor 5.C.de he-
red.vel action.vendit.aut legatum l.ex legato 18. C.de le-
gat.aut pignori datum,l.si conuenerit 18.D.de pign.act.l.
nomen 4.C.quæ res pignor. oblig.poss.* Cui etiam is com-
paratur cui pignus nominis venditum est. Perinde
namque vtiles actiones emptori huic competunt at-
que ipsi creditori cui nomen pignori datum fuerat, *l.
postquam 7.l.ex nomine 8.C.de hered. vel action. vendit.*
Idem est si debitoris nomen alicui in dotem datum
4 sit, *l.2.C.de oblig.& act.* † Aut si cui pro alio soluenti
mandatæ sint actiones in debitorem, ac posteà man-
dator sine herede decesserit, de quo agitur, *in l.1. C.
eod.* Non tam quòd emptoris loco hic habēdus sit [ita
enim fieret vt superstite quoque mandatore aut eius
herede vtiles actiones habere deberet, quod tamen
lex negat iis verbis, *quasi ita sunt*] quàm quia æquum
non sit post extinctam sola iuris potestate directam
actionem omni auxilio & remedio destitui eum qui
non aliter soluturus fuerat, quàm si mandatas habe-
ret actiones quique diligenter sibi prospexerat. *arg.l.
5 3.D.de separat.* † In quo turpiter sanè lapsus est Cuia-
cius qui lib.2. Obser.cap.31. legem illam accipit de a-
ctione mandati competente aduersus mandatorem,
Quasi sensus sit, mandatum quod in rem mandatarij
factum est non finiri morte mandatoris *d. leg. illa 31.
C.de donat.* tametsi, inquit, mandator sine herede de-
cesserit. Rogo enim, mortuo mandatore sine herede,
contra quem potest competere vtilis illa quàm lex
6 dat mandati actio? † Est igitur omnino ea lex intelli-
genda de actione vtili contra debitorem ipsum dan-
da pro quo soluerat mulier creditori, & in quem cre-
ditor ipse actiones mandauerat mulieri non vt essent
precij loco, quemadmodum Cuiacius existimat, sed
vt lex ait, in vicem debiti, quòd eo casu mulier quæ
nomen emere poterat si voluisset, atq; ita vtiles quo-
que actiones sibi comparare, maluerat directarum a-
ctionum cessione contenta esse quas habebat credi-
tor, sine qua cessione nullam ei solutio actionem ex
7 persona creditoris dedisset *l.nulla 5.C.de solut.* † Porrò
cùm ex solo mandato directarum actionum non
transferantur vtiles, fieri certè nequeat, vt ex ea ces-
sione vtilis vlla actio mulieri competat, sed directa
tantum siue agat viuo mandatore, siue post eum mor-
tuum relicto herede. Nam ex persona heredis māda-
toris perinde competere potest directa actio atque
ex persona ipsius mandatoris, cùm directæ quoque
actiones sicut cætera defuncti iura omnino in here-
dem transeant.† At si mandator sine herede decesse- 8
rit eo demùm casu directa actio deficit & euanescit,
nulla nimirum superstite persona in qua possit consi-
stere, *l. Stichum aut Pamphilum 95. D. in princip. de so-
lut. l.postquam 5.in princip.D.vt legat.nomin.caueat.* Ob
idque nimirum ex æquitate danda necessariò est vti-
lis, quæ & aliàs competere solet quoties iuris ratio
deficit quæ directam dare posset, vrgétque æquitas
quæ aliquam dari suadeat. Neque enim potest man-
datarius directam exercere ex persona propria, sed a-
gere illum necesse est ex persona alterius, qui porrò
nullus superest cùm mandator sine herede decessit.† 9
Quare nec illud probo quod ad eam legem Baldus
tradidit, non aliud iuris fore si mandator eiúsve heres
aliquis in rerum quidem natura sit, sed absens ita vt
cedere facilè non possit, *ex l.penult.D.ad S.C.Trebell.*
Tractamus enim casum illum quo mandata sit solu-
ti directa in debitorem actio, & quidem in ipso actu
solutionis aut incontinenti, ne alioqui post solutio-
nem nulla supersit actio quæ mandari queat, vt supe-
riore libro disputauimus. Cùm verò id factum est su-
peruacua sit decessione quæstio, nec quicquam causæ
est cur creditoris præsentiam requirat. Nisi proponas
fortassè factam solutionem nullis mandatis actioni-
bus, sed tantùm præcedente tractatu & pacto de iis
mandandis [quod sufficit vt mandari quandocum-
que possint *l. Modestinus 76.de solu.*] Subinde verò a-
buisse creditorem priusquàm vllas mandaret & ab eo
tempore ita abfuisse vt mandare nullas possit. Eo sanè
casu Baldi sententiam non libenter admitterem. Sed
ad rem.† Alia superioris distinctionis pars est, si quas 10
actiones creditor aduersus debitorem habebat, eas a-
lij suo creditori solutionis tantùm gratia mandaue-
rit, in qua specie dico nullas cessionario competere a-
ctiones vtiles, neque ex persona cedentis qui sc. dire-
ctas tantùm habuit cum quibus non possunt vtiles
in eadem persona concurrere, *d.l.1. C.de oblig.& act.
dict.l.3.C.de nouat.dict.l.vltim. §. quand.fisc. vel priuat.*
[directæ siquidem cùm sint pleniores & principales
tollunt vtiles tāquam accessorias & minores, argum.
l.si reus 13.D.de duob.reis.l.si duo 93.D.de solut.] Neque
ex persona propria, quoniam actiones tantùm man-
dare non etiam nomen ipsum in alium transferre ce-
dens voluit, *dict.l.prim.et dict.l.secund. C. de oblig. & a-
ction.* Illud igitur superest vt directas solummodò, &
quidem ex persona cedētis exercere possit.† Ex supe- 11
rioribus autem infero, iis omnibus casibus quibus di-
ximus vtilem actionem cessionario ex contractu cō-
petere, non esse permittendum debitori vt cum cedē-
te paciscatur vel transigat, si cessionem sciuit, vnde-
cumque tandem sciuerit *d.l.vlt. D.de transact.* Ne a-
lioqui actionem alteri contra se competentem facto
suo perimere illi liceat, aut alterius condicionem fa-
cere deteriorem contra receptissimas iuris regulas, *l.si
seruum 91.§.nunc videamus.de verb.oblig.l.si partem 19.
§.1.quem.seruit.amit.l.facta 63.§.si heres. D.ad Senatus-
consultum Trebell.leg.Titio centum 71.§.vlt.de condic.&
demonstr.* aliisque vulgaribus. † Vnus tantùm casus 12
excipiēdus est, si cessio facta sit in solius commodum
cedentis. Tunc enim quodlibet cedentis factum no-
cere cessionario æquum est, quia nec quicquā cessio-
narij interest, vt Paulus Castrensis tractat ad *dictum
§.si heres.* Non idem erit si cessio facta sit ad commo-
dum cessionarij licet periculo cedentis. Aliquatenus

enim cessionarij interest, tametsi soluẽdo sit qui ces-
13 sit, ne alieno facto suum amittat debitorem. † Obser-
uandum autem est, longè hęc diuersa esse, fieri cessio-
nem ad alicuius commodum, & fieri eius periculo. E-
uenit enim plerumque vt cessio fiat commodo cedẽ-
14 tis & periculo tamen cessionarij, & contra. † Caue e-
tiam ne te decipiat quod plerique iactitant ex Bal-
do *ad rubr. C. de reuoc. his quæ in fraud. credit.* Non pos-
se cedentem, in præiudicium debitoris cessi facere ne
possit eum gratis liberare. Id enim omnino falsum est,
vt constat *ex dicta l. 3. C. de nouat. & dict. leg. si cum em-
ptore 16. de pact.* nisi ad eum casum restringatur, quo
facta sit cessio non solùm periculo cedẽtis, sed etiam
15 ad eius solius vtilitatem. † Quod tamen nonnulli vt
Baldum refellant, obiiciunt *§. vltim. l. cum maritus 29.
de pact. dotal.* vereor ne parùm subtiliter faciant. Nam
quod eo loco respondetur, maritum qui vxoris suæ
fratri dotem stipulanti in casum illum si in matrimo-
nio soror decederet, spoponderat, nõ eò minùs teneri
quòd ipsi marito quasdam res mulier legauerat, non
illam rationẽ habet quòd in illa specie donatum fuis-
set fratri inter viuos, vt putat Accurs. [Stipulatus e-
nim fuerat frater in casum mortis] nec rursus, quòd
non licuisset vxori ius fratris qui stipulatus fuerat læ-
dere: sed quia vxor marito legauerat, atque ita nõ fra-
trem à quo nihil legare potuerat, sed heredem suum
onerauerat. Certum enim est iure vetere, nec à lega-
tario, nec à donatario mortis causa, nec ab ipso debi-
tore, nec ab alio denique quàm ab herede legari po-
tuisse, sed tantum fideicommitti, *leg. secun. in fin. Cod.
commun. de legat. Tit. de singul. reb. per fideicomm. relict.
in princ.* Idque est quòd ait *dictus 9. §. vltim. cum etiam
heredes defuncta, tam legatariis quam libertatibus obnoxia
sint.* Ideóque si fideicommissi verbis vsa fuisset testa-
trix quę fratrem stipulari donandi animo permiserat,
valeret vtique fideicommissum, quod à mortis causa
donatario relictũ esset, *l. Seia 11. D. de dot. prælег.* Quod
si mandante sorore frater stipulatus esset non quod ei
donatum soror vellet, dicendum esset mandati actio-
ne sororis hęredibus eum teneri & idcirco exceptio-
ne repellendum esse *dict. leg. Seia.* Etsi enim dici soler
non esse repellendum exceptione illum qui petit
quod non ei à quo petit, sed alij restituturus est. *leg. si
socer 44. §. Lucius. D. solut. matrimon.* cum tamen frater
sit debitor mulieris ex causa mandati, potest à marito
vltrò etiam conueniri ex fideicommisso post episto-
lam Diui Pij, de qua *in leg. si pecunia 77. de legat. prim.
leg. cum quis 37. §. nuptura in fin. de legat. 3.* Illud sanè
verum est quod notat Baldus, *ad leg. secund. Cod. de he-
red. action.* nec de dote mulierem testari posse quando
alij applicata est dos vigore contractus, quem non re-
uocari eius interest cuius lucro cedere dos debeat.
16 † Enimuerò vt ad distinctionem nostram reuerta-
mur, si cessionario vtilis actio ex contractu nulla
competat, sed tantùm directa quæ mandata fuit solu-
tionis causa, magis est vt tam pactum quàm confessio
cedentis noceat cessionario, tametsi cessionem debi-
tor sciuerit adeoque ab ipso cessionario. Nam cùm
non nisi ex cedentis persona possit cessionarius hoc
casu experiri, consequens est, vt ex qua persona agit,
eius factum præstet, *l. ex qua persona 149. de regul.
iur.* Probaturque hæc sententia manifestè ex *dict. leg.
3. C. de noua.* quæ ait posse cedentem agere & debitum
exigere quandiu is cui solutionis gratia mandatæ
sunt actiones, nec litem contestatus est, nec debitori
denunciauit, nec debiti partem accepit. Quomodo
enim peruenire potest ad litis contestationem, quin
saltem per libelli oblationem & editionem aliaque
præparatoria contestationis, debitor cessionem sciat
à cessionario? † Non igitur quælibet cessionis scientia, 17
quamuis ab ipso cessionario causam habeat nocet ce-
denti, aut debitori cum cedente contrahere volenti,
sed ea demum quæ per litis contestationem superue-
nit. Nempe quoniam contestationis effectus ille est,
non solùm vt scientiam inducat cessionis, sed etiam
vt eo tempore cessionarius cum debitore contrahere
videatur, *l. 3. § idem scribit. D. de pecul.* Idem erit effe-
ctus denunciationis, si cessionarius debitori denun-
ciauerat ne creditori solueret. An etsi partem debiti
acceperit. Ita vulgò nostri sentiunt, idque innuere vi-
tur textus *d. l. 3.* Sed aliud tamen probandum est, vt
nos ad eam legem docebimus cap. 6. hîc simus lon-
giores.

CAPVT III.

Solutionem factam cedẽti etiam postquam debitor cessionem resciuit, dummodo nõ ab ipso cessionario, prodesse indistinctè debitori ne à cessionario conueniri possit.

SVMMARIA.

1 *Quo pertineat distinctio superiore capite allata?*

2 *Debitorem qui mandatas actiones aut cessionem nomi-
nis sui factam esse ignorans creditori cedenti bona
fide soluit liberationem consequi.*

3 *Rationes facientes contra debitorem qui cessionem fa-
ctam sciens alteri soluit quam cessionario, cui ex no-
minis cessione vtilis actio quæsita est.*

4 *Duplici ratione ostenditur solutionem cedenti factam à
debitore, qui a quouis alio quam cessionario cessionem
sciuit, dicto debitori prodesse, & liberationem parere.*

5 *Debitorem, si cedens oblatam solutionem recuset, obliga-
tione ac solutione liberari.*

6 *Debitorem, qui post factam à cessionario cessionis denũ-
tiationem creditori cedenti soluit, non vero creditori
soluisse videri.*

7 *Meliorem esse conditionem debitoris cedenti soluentis,
quàm cum cedente transigentis.*

QVę † à nobis superiori capite allata probatáq; est 1
distinctio, An ex qua iusta causa cessum sit nomẽ
debitoris vt cessionarius ex sua quoque persona vti-
les actiones habeat, an vero solutionis tantum gratia
mandatæ sint actiones, ad eam quæstionem pertinet
quam tractauimus, An confessio pactúmve cedentis
noceat cessionario. Sed hæc alia quæstio est, vtrum so-
lutio facta cedenti per debitorem postquam resciuit
cessionem, liberet debitorem faciátque ne à cessiona-
rio conueniri possit. † Addo *postquam resciuit cessionem.* 2
Nam si ignorauerit, nõ habet res dubitationem quin
ex solutione bona fide facta proprio creditori, conse-
cutus sit plenam, securámque liberationem. Idque o-
mnino consequens est ei quod diximus proximè, pos-
se fieri vt debitor sciuerit mandatas contra se à credi-
tore suo actiones, adeóque id ipsum à mãdatario sci-
uerit, neque tamen eò minus cum mandante pacisci
possit aut transigere, sicut & ab eo cõueniri, nisi quid
aliud interuenerit ex iis quæ requiruntur, *in l. 3. C. de
nouat.* Multò igitur magis admittẽdum sit posse eum
creditori suo soluere atque ita consequi liberationẽ,
si mandatas ignorans actiones, aut nominis sui cessio-
nem factam esse, bona fide soluerit. † At cùm resci- 3
uit priusquam solueret, plena disputationis est quæ-
stio, an debeat liberari: præsertim eo casu quo ex no-
minis cessione vtilis actio quæsita sit cessionario. Illa
enim ratio contra debitorem vrget maximè, quòd ei
impu-

imputari possit cur cessionem factam sciens alteri soluerit quàm cessionario. Item quòd neque cedẽtis cui soluitur, neque debitoris soluẽtis facto ius quæsitum cessionario auferri æquum sit, vt nos capite superiore disputauimus, hac vna ratione defendentes nec pactum nec confessionem cedentis nocere debere cessionario, qui vtilem ex cessione habuit actionẽ. † Verius tamen esse puto vt siue nomen venditum vel in
4 solutum datum, aut aliter translatum sit, siue mandatæ actiones, solutionis causa liberetur debitor, qui cedenti soluit etiamsi cessionem sciuerit dummodò nõ ab ipso cessionario: idque esse quod scriptum est, *in l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poss.* Si verba illa bene perpendas, *nondum certior a te factus.* Ratio duplex est, vna iuris, altera æquitatis. Iuris illa est, quod negari non possit quin etiam post cessionem remaneat creditor is qui cessit, scilicet penes quem directa subsistat actio ex qua cõuenire debitorem adhuc potest si cessio citra delegationem facta sit *l. pupillo 96. §. soror de solut. leg. si cum emptore 16. D. de pact. leg. si heres 70. D. ad Senatusconsultum Trebellian.* Cur non ergo solutio vero creditori facta liberabit debitorem? Aut quomodo fieri potest vt solutione tollatur directa actio de quo nemo dubitat, quin vtilis quoque perimatur? Titium enim est solutione omnem omnino tolli obligationem. *Tit. quib. mod. toll. oblig. Instit. l. in numerationibus 44. & pass. de solut.* Æquitatis etiã ratio illa subest, quòd quandiu debitor cessionem nescit ab ipso cessionario, licet aliunde sciuerit, ignorare probabiliter potest an futurum sit vt cessione vti cessionarius
5 quandoque velit, qui necdum vtitur. † Neque verò hoc casu potest obiici quod nouatione aut confessione aut transactione facta euenire diximus, fieri iniuriam cessionario ex facto cedentis. Nam licet factum ipsum interueniat cùm solutionem accipit, tamen factum tale est, quod etiamsi non interueniret nihilominus acquiri posset debitori liberatio: cùm ipso etiã cedẽte solutionem recusante perinde obligatione ac solutione debitor liberaretur. *l. obsignatione 9. C. eod. de solut. l. acceptam 19. C. de vsur. l. qui mutuam 56. §. fideiussor. D. mandat.* Neque enim potest lex interdicere debitori ne soluat ei qui directa actione manet obligatus, ob idque denunciatione aut alio hominis facto opus est ad elidendam hac parte legis potestatem *d. l. 3. C. de nouat. l. heres 21. ad Senatusconsultum Trebel. l. aliud est 106. D. de solut.* vt in dolo constituatur debitor si ei posteà soluat quẽ potuit opposita doli exceptione summouere. *argum. l. si procurator 28. D. de procurat.*
6 *l. si pecunia 77 de legat. 1.* † Ex quo apparet quàm facilè responderi possit si quis obiiciat. Etiam cùm facta est denunciatio, adeóque secuta litis contestatio, manere tamen penes cedentem directas actiones, æquè acsi nec denunciatio nec contestatio vlla facta esset. Quãquam enim ita est, fiunt tamen directæ illæ actiones inutiles & inefficaces propter acquisitã debitori exceptionem doli aduersus cedentem, qui etiam post certioratum à se debitorem de facta cessione nihilominus pergat debitum ab eo petere. Et ideò nec æquum est liberari debitorem qui cedẽti mala fide soluit vt cessionario noceret, cui si soluisset perinde liberationem consequi potuisset. Fereque est vt nec vero creditori soluisse dicẽdus sit. Non enim verus creditor videri potest, qui si debitum petat, exceptione summoueri queat. Vnde illud quoque fit vt si solutionem acceperit non minùs indebiti condictione teneatur, quàm si ipso iure indebitum fuisset quod solutum est. *leg. qui exceptionem 40. D. de condict. indeb.*
7 cum similibus. † Igitur melior est condicio debitoris cedenti soluentis quàm cum cedente transigentis. Vel in hoc saltem quòd transigẽdi nocet si cessionem sciuerit, vndecumque tandem sciuerit quoties nomẽ venditum aut datum in solutum, aut aliter translatum est, *l. vlt. D. de transact.* Soluenti verò non nocet quod cessionem sciuerit nisi ab ipso cessionario de ea certior factus sit *d. l. nomen C. quæ res pignor. oblig. poss.* Simile quidam est, *in l. Titio centum 71. §. vlt. de cond. & demonstr.* vbi imputatur mulieri dotis solutio facta viro, licet vir iure non sit soluendo cum ei quoque legata dos esset, non tamen imputatur factum viri si is vitio suo causa ceciderit, sicut nec imputaretur meo iudicio si vir de dote transegisset. Distinctiones hîc nostri plerasque adferunt, sed omnes futiles & inanes, vt ex sequentibus intelligetur.

CAPVT IIII.

An & quibus casibus etiam post cessionem agere cedens possit, aut exceptione repellendus sit. Et emendatio. §. vlt. l. 27. D. de procurat.

SVMMARIA.

1 *Bartholi in hac quæstione distinctionem à Baldo reprehensam fuisse.*
2 *Cessionem cedentis simul & cessionarij gratia & periculo fieri interdum posse.*
3 *An debitor liberetur qui cedenti soluit cum cessio cessionarij periculo aut commodo facta est?*
4 *Bartoli ad hanc quæstionem distinctio reprobatur.*
5 *Quando cedens, qui in præiudicium cessionis debitum exigit, doli exceptione a debitore summoueri possit?*
6 *Nullam alienationem magis fieri commodo & incommodo acquirentis quam eam quæ fit per hereditatis venditionem.*
7 *Respondetur ad* l. in causæ 27. §. vlt. & l. seq. ff. de procurat. *pro Bartoli distinctione allatam.*
8 *Interdum & citra cessionem domino ex facto procuratoris vtilem actionem competere.*
9 *An in specie dictarum legum vtilis actio domino ex procuratoris cessione competat?*
10 *Verba illa d. l. 27. §. vltim.* directa penitus tollenda, *Triboniani, non Iureconsulti esse.*
11 *Directam actionem quæ procuratori quæsita fuerat in specie* d. l. 27. *non penitus tolli.*
12 *Aliud esse* elidi *actionem, aliud* tolli.
13 *Procuratorem ex stipulatu inuito vel ignorante domino agentem etiam citra cessionem repelli, licèt directa actio penes eum remaneat.*
14 *Creditorem cedentem actionem directam, eam inuito cessionario exercere posse, si cessionarius debitorem de cessione certiorem non fecerit.*
15 *Aliud obtinere si ab alio quàm ab ipso cessionario cessionis scientiam debitor habuerit?*
16 *Cessionarium in agendo cum cedente concurrentem, cedenti præferri.*
17 *Nomine pignori dato creditorem qui dedit solutionem & exigere & accipere posse quandiu creditor de huiusmodi pignoris obligatione certior factus non est.*
18 *Respondetur ad vltimam rationem pro Bartoli sententia allatam.*
19 *Aliam esse rationem venditæ hereditatis, aliam restitutæ.*
20 *Differentia inter exceptionem restitutæ & exceptionem venditæ hereditatis.*
21 *Cessione facta commodo solius cedentis, debitorem, etiamsi cessionem à cessionario sciuerit, cedenti tamen soluere posse.*

22 *An dictus debitor, si malit, possit cessionario soluere à quo certioratus est.*

23 *Quid noris, si pactum inter debitorem & cessionarium interuenerit?*

1 VVulgaris † est Bartoli distinctio ab interpretibus
nostris crebriore calculo comprobata *ad l. facta
63. §. si heres scriptus. D. ad S.C. Trebell.* Vtrum cessio
facta sit ad commodum periculóque solius cedentis,
an verò commodo & periculo solius cessionarij, Vt
priore casu solui etiam post cessionem cedenti possit,
noceátque cessionario factum quodlibet cedentis,
Posteriore non item. Baldus verò ad *l.1. C. de oblig. &
action.* hanc eandem quæstionem tractans rectè notat
mancam esse & imperfectam Bartoli distinctionem,
2 † propterea quòd fieri possit cessio non tantùm gra-
tia & periculo cedentis, *vt in l. item si res. §. Pedius, alias
l. non solum D. de alien. iud. mut. caus. fact.* aut solius cessio-
narij, *vt in d. §. si heres scriptus.* sed etiam interdum gra-
tia vtriusque, pura, si conuenerit vt quod exiget cre-
ditor meus à meo debitore sibi in solutum imputet,
ex qua causa constat huiusmodi cessiones vt pluri-
mùm fieri solere. *l. si conuenerit 20. D. de pign. act.* aut vt
in dotem habeat, *l. si pater filiæ 44. §. quæ debitorem D.
de iur. dot.* † Quo casu quid sentiendum sit Bartolus
3 non aperit. quanquam non obscurè coniici potest sic
eum existimasse, vt quoties cessionarij commodum
aut periculum versatur nihil in eius præiudicium fa-
cere cedens possit. Idem verò Baldus, distinguendos
esse ait tres casus, quorum duo, inquit, sunt indubita-
biles, tertius solus dubitabilis. Indubitabilem illum
esse si debitor cedenti soluerit, ignorans cessionem.
Tunc enim omnimodo liberari, *leg. vlt. D. de transact.*
Item illum si soluerit sciens cessionem, & iura dire-
cta quæ penes cedentem manserant sint elisa. Eo si-
quidem casu non liberari *arg. d. l. vlt. à contrario sensu.*
Tertium dubitabilem hunc esse, si cùm elisa non es-
sent iura directa debitor soluerit scienter sunt enim
qui hoc casu existiment liberationem non continge-
re, *post glos. in d. l. vlt.* Alij contra, secuti gloss. *in leg. no-
men 4. C. quæ res pignor. oblig. poss.* quæ vult non aliter
impediri liberationem, quàm si aut litis contestatio
aut cessionarij denunciatio, aut debiti siue in totum
siue pro parte perceptio secuta sit *ex l.3. C. de nouat.* V-
tra autem opinio verior sit Baldus non aperit. Adeò
sibi visus est parùm hoc scire, qui dicitur nihil igno-
4 rasse. † Ego verò vt distinctionem probare non pos-
sim ex eo moueor, quòd etiam cùm facta est cessio ad
commodum solius cessionarij eiúsque periculo, dire-
ctæ tamen actiones non eò minùs remaneant penes
cedentem, *d. l. vlt. D. de transact. l. si cum emptore. 16. de
pact. l. vlt. C. quand. fisc. vel priuat. l. pupilli 96. §. vxor de
solut.* ob idque ex cedẽtis quoque persona agere ces-
sionarius potest *d. l. vlt. l. postquam l. emptor. C. de hered.
vel act. vẽdit.* Quidni ergo ei solui poterit, nisi ab ipso
cessionario debitor sciuerit factam esse cessionem? vt
proximo capite disputauimus. Nec enim repelli po-
test cedens quasi sine actione experiatur, *l. si pupilli 6.
§. videamus de neg. gest.* quandoquidem, vt prædixi, di-
rectam habet, eamque talem quæ non solùm stricto
iure competat, sed ita etiam vt nulla exceptione pos-
sit excludi: prætetquàm vno illo casu si cum cessiona-
rio pactus sit debitor priusquàm cedens directam e-
xerceret. † Tunc enim submouendus est cedens ex-
5 ceptione doli si debitorem priuare velit cõmodo pa-
cti cum eo initi, cui ab ipso cedente ius paciscendi, a-
deoque debiti exigendi datum est, *d. leg. si cum empto-
re.* Quia cùm ait posse venditorem repelli exceptione
doli, ob pactum per debitorem conuentum cum em-
ptore hereditatis, hoc ipso probat euidenter. Nullo i-
gitur pacto intercedente non ex eo solo repelli posse
venditorem si egat quòd iura sua in emptorem tran-
stulerit, quamuis emptor habeat ex propria persona
vtilem actionem. Alioqui & citra pactum doli exce-
ptio prodesset aut actio denegaretur, *arg. l. sed si tan-
tum 13. D. de pact. l. sicut 8. §. si procurator. D. quib. mod.
pign. vel hypoth. soluit.* † Nec dici potest quod quidam 6
tentant ea ratione id fieri quòd venditæ hereditatis
periculum aliquo modo spectet ad venditorem, ideò,
inquiunt, quòd teneatur docere se heredem, adeóque
interdum de euictione rerum singularum secundum
Accurs. *in l.1. verb. in singulis C. de euict. & in l.2. in prin-
cip. in verb. de euictione D. de hered. vel act. vendit.* Nam
imò verò si qua alienatio vsquam fit periculo & com-
modo incommodóve acquirentis, ea sanè est quæ fit
per hereditatis venditionem, nisi venditoris dolus a-
liquis arguatur *d. l.1. Cod. de euict. d. l.2. & pass. de hered.
vel act. vendit. D. &c* In eóq; iam olim Baldus errauit,
ad d. l.1. C. de oblig. & act. à Castrẽsi meritò notatus *ad
d. §. si heres scriptus dict. l. facta 63. D. ad SC. Trebell,* vbi
paulò ante finem scribit ille, Vendita hereditate ces-
sisque ex ea causa actionibus censeri factam cessionẽ
in commodum, non vtriusque vt Baldus putabat, sed
solius emptoris, vt pote penes quem res ipsa vendita
remaneat, quamuis & precium ad vẽditorem perue-
niat & mutua ex contractu obligatio nascatur. † Mi- 7
nùs verò ad rem facit *l. in causæ 27. §. vlt. & l. seq. D. de
procurat.* quibus locis mouetur Bartolus, & quotquot
Bartoli distinctionem sequuntur. Tractant enim de
actione directa ab initio quæsita procuratori tanquã
procuratori, hoc est alienum negotium gerenti. Quã
vel hoc ipso minùs efficacẽ esse necesse est, quòd pro-
curator ea cedere cogitur iudicio mandati, *leg. possessio
49. §. vlt. D. de acquir. poss.* † Item quòd & citra cessio- 8
nem competit interdum domino ex facto procurato-
ris vtilis actio, vt puta si fuerit præsens, *l. si procuratori
79. de verb. obl.* & si ex re domini stipulatus sit procu-
rator mandato non refragante, *l. quod procurator 68.
D. de procur.* Vtrumque enim coniũctim requirit Cu-
iacius ad *d. l. 79.* sed verène an non alio loco videbimus.
Rursum in omnibus prætoriis stipulationibus, causa
tamen cognita, *l. in omnibus 5. de prætor. stipulat.* de qui-
bus nimirum tractatur in *d. §. vlt. l. 27. & l. 28. de pro-
cur.* † Ac proinde nimis incauti sunt, ne dicam ridicu- 9
li, qui scribunt competere iis locis vtilem actionem
domino ex cessione, *arg. d. l. 49. §. vltim. de acquir. poss.*
Quasi verò fieri possit vt vtilis actio cedatur à procu-
ratore qui non nisi directam habet. Quinimò supra-
dictis locis scriptum est dãdam domino vtilem actio-
nem etiam inuito procuratore, adeoque quod magis
mirandum sit, directam quæ ipsi procuratori compe-
tit penitus tollendam. † Quanquam si quis dixerit 10
Triboniani esse non Iurecõsulti verba illa *directa pe-
nitùs tollenda,* adeoque penitus tollenda, is meo iudi-
cio, id quod est dixerit. Nam vt taceam quod aliàs à
me obseruatum memini istorum ablatiuorum abso-
lutorum vsum Triboniano magis quam prudentibus
nostris familiarẽ esse, † quæro quomodo fieri possit vt 11
directa illa actio quę procuratori haud dubiè fuit quę-
sita tollatur penitus, si verum est quod ait, *d. l. 49. §.
vlt. de acq. poss.* cedi eam à procuratore debere? An cedi
poterit quæ aut sublata iam sit, aut tollenda? Deinde
an non illud quoque omnino repugnat quod scriptũ
est in *d. l. 28.* posse procuratorem agere inuito domino
summo iure, ob idque necessariam esse ad eum repel-
lendum doli exceptionem. Qua enim ratione liceat
procuratori agere qui directam duntaxat actionẽ ha-
buit,

buit, si directa illa penitus tollenda est? aut cur ne-
cessaria sit exceptio ad elidendam actionem quæ iam
12 sit sublata? † Aliud siquidem est actionem elidi, aliud
tolli. Eliditur enim illa demum, quæ competit & sub-
sistit. Deniq; nec fieri potest vt semel nata actio vn-
quam tollatur, nisi iis modis quib obligationes iure
tolli posse placuit, cùm dicatur velut infixa ossibus,
vt nostri loquuntur, *ex l. quis ergo. 26. D de pecul. l. 3. D.*
13 *pro socio.* † Sed quoniam directæ illius actionis quæ
procuratori competit totum commodum peruenire
ad dominum necesse est, vt effectu ipso solius domini
actio esse videatur, parum fuit Triboniano iniuriam
Iureconsulto iurisq; rationi facere, dummodò non fa-
ceret procuratori, vtvt sit non probat textus, *d. l. 28. de
procur.* eum qui post cessionem agat repelli posse ex-
ceptione cessionis à se factæ. Ibi enim procurator re-
pellitur etiam citra cessionem. Repellitur autem non
solùm si agat inuito domino vt malè quidã supplent,
sed etsi eò ignorante, omni denique casu præterquàm
si domino consentiente: Nempe quòd nec in rem
suam datus, nec ad eam rem procurator factus sit,
sed tantum ad stipulandum. Quod Vlpianus probat
eius quoque procuratoris exemplo qui agit iudicati.
14 Nam & hic exceptione repellendus est. † At longè
alia ratio est creditoris cedentis actionem directam
quam sibi ab initio quæsitam habuit. Hic enim ean-
dem sibi nihilominus actionem retinet, cùm ex eius
quoque persona possit cessionarius ipse agere, eám-
que proponere potest vel inuito cessionario: dum-
modo nondum cessionarius ipse debitorem de facta
cessione fecerit certiorem. Sufficit namque scientia
illa ad cedentem summouendum, *d. l. nomen*, tametsi
nec litis contestatio, nec denunciatio non soluendi,
nec denique partis debiti perceptio subsecuta sit vt
infrà docebimus, cùm nouam interpretationem *l. 3.*
15 *C. de nouat.* quæ obstare videtur adferemus. † Non i-
dem erit si ab alio quàm ab ipso cessionario scientiam
cessionis habuerit debitor. Nec enim idcirco prohi-
bebitur cedenti soluere, pacisci tamen aut transigere,
vt supra diximus prohibebitur, *d. l. si cum emptore 16.
de pact. iunct. d. l. vlt. de transact.* Ita fiet vt in debitoris
arbitrio futurum sit vtri velit soluere, cedentine an
cessionario. non etiam cum vtro pacisci velit aut tran-
16 sigere. † Planè si cum cedente in agendo concurrat
cessionarius, non est dubitandum quin cessionarius
præferatur. Et hoc nimirum est quod Paulus scribit
in l. si conuenerit 18. de pignor. act. Si conuenerit vt no-
men debitoris mei tibi sit pignori, ita tuendam esse à
Prætore conuentionem vt & te in exigenda pecunia,
& debitorem aduersus me tueatur si cum eo experiat,
eodem scilicet tempore quo tu ab eo pecuniam exi-
17 gis. † Alioqui constat nomine pignori dato posse cre-
ditorem qui dedit & exigere solutionem, & multò
magis accipere quandiu debitor, cuius nomen pigno-
ri datum fuit, certior factus non est à creditore sui
creditoris de huiusmodi pignoris obligatione, *d. l. no-
men 4. C. quæ res pignor. oblig. poss.* Quò etiam pertinet
quod Vlpian. scribit, *in d. l. 28. & l. procuratores 55. de
procurat.* Procuratori in rem suam dato præferendum
non esse dominum in litem mouẽdam, vel pecuniam
accipiendam. Qui enim, inquit, suo nomine vtiles a-
ctiones habet ritè eas intẽdit, nec propria lite carere
debet. *l. quæ omnia 25. versicul. planè si dicat eod. l. si se non
obtulit 4. de re iudic. l. 1. §. in propria causa D. quand ap-
pell. sit.* Quin etsi is qui directas tantùm actiones ha-
bebat egerit & obtinuerit, tùm in executione iudica-
ti concurrat is qui habet vtiles, hic præferetur, vt no-
stri tractant *ad d. l. 3. C. de nouat.* Sic & olim concur-
rentibus dominis bonitario, vt veteres dicebant, &
Quiritiario, potior erat bonitarij quàm Quiritiarij
causa, vt Vlpianus docet in fragm. Instit. † Obijcitur 18
postremo loco pro Bartoli sententia quod scriptum
in *l. ita tamen. 27. §. qui ex Trebelliano. D. ad Senatusc-
consultum Trebellianum.* repelli posse heredem exce-
ptione restitutæ hereditatis, si post restitutionem à se
ex Trebelliano factam agat contra debitorem here-
ditarium. † Sed respondẽdum est aliam rationem es- 19
se vẽditæ hereditatis, aliam restitutæ. quoniam quod
ad fideicõmissariæ hereditatis restitutionem attinet,
Senatusconsulti autoritate specialiter prouisum est
& heredis indemnitati ne adeundæ hereditatis peri-
culo deterritus adire recusaret, & fideicommissarij v-
tilitati, vt cuius periculo adiretur hereditas solus is a-
ctiones hereditarias vtiliter exercere posset, *l. prim. §.
primo & §. quamquam. iunct. l. 4. eod. titul.* At hereditate
vendita aliterve facta cessione licet in commodum
solius cessionarij nulla lege prouisum est ne liceat ce-
denti etiam post cessionem agere contra debitorem.
quia nec fuit necesse, cùm iis qui contraxerũt indem-
nitas ex ipso contractu salua esse possit, aut si minus,
imputare sibi debeant cur melius sibi non prospexe-
rint. † Indéque illud etiam fieri videtur vt restitutæ 20
hereditatis exceptio sicut heredi nocet si agat, ita ei-
dem prosit si à debitoribus hereditariis conueniatur,
d. §. qui ex Trebelliano Exceptio autem venditæ he-
reditatis non prosit venditori si à creditoribus here-
ditariis vrgeatur, *l. 2. C. de hered. vel act. vend.* Non enim
nisi volens emptor iis respondere cogitur, tametsi ex
natura contractus venditorem indemnem seruare te-
neatur, *l. 2. C. de pact.* Concludamus igitur contra Bar-
tolum aliã causam esse fideicommissarij, aliã cessiona-
rij cuiuslibet etiam cuius solius commodo & periculo
cessio facta sit, nec vlla exceptione repelli cedentem
posse si aduersus debitorem agat, nisi cessionarius aut
cum debitore pactus fuerit, *d. l. si cum emptore*, aut de-
bitore de suo iure certiorauerit, *d. l. 4. C. quæ res pignor.*
quo vno casu tres illi continentur de quib in *d. l. 2. C.
de nouat.* Idémque prorsus iuris est si cessio in vtrius-
que tam cedentis quàm cessionarij gratiam facta pro-
ponatur. † Sed si ad commodũ periculóque solius cẽ- 21
dentis facta sit, quod contingit quoties quicquid exi-
gitur in cedentis vertitur vtilitatẽ, *d. l. 1. in propria cau-
sa. D. quand. appel. sit.* minor quidem dubitatio est quin
cedenti soluere debitor possit, etiamsi cessionem sci-
uerit ab ipso cessionario cuius scilicet nihil interest. † 22
Sed quæstionis esse potest si malit soluere cessionario
à quo certioratus est, cedentique obijcere exceptio-
nem doli, an audiendus sit, maximè verò si pactum
cum cessionario fecerit, Verius tamen est non posse
prohiberi cedentem cuius commodo & periculo ces-
sio facta est quominus iure suo vtatur, nec si cessio-
narius quoque contradicat, cuius etiam nil inter-
sit. † Sed si pactum inter debitorem & cessiona- 23
rium interuenerit, quoniam vtriusque iam inter-
esse incipit vt pactum quod bona fide conuentum
est seruetur, non puto dubitandum quin vtilis futura
sit debitori contra cedentem doli exceptio. Eadem
enim hîc militat ratio qua Vlpianus mouetur in *di-
cta leg. si cum emptore*, illis verbis, *ex quo rescriptum
est a Diuo Pio vtiles actiones emptori hereditatis dan-
das.* Non adfert rationem illam quòd cessio fa-
cta per venditionem hereditatis solius emptoris com-
modo & periculo cederet, sed quòd ex rescripto
Diui Pij emptor vtiles actiones haberet. Atqui fie-
ri facilè potest, vt actiones vtiles emptor habeat,
nec tamen eius periculo facta venditio sit, vt puta si

conuenerit vt nominum hereditariorum rerúmque singularum periculum spectet ad venditorem. Eiusmodi namque conuentionem valere seruandámque esse certum est, neque tamen minus competituras emptori vtiles actiones. Ergo nocebit omnimodo cedenti pactum initum cum cessionario, si modo vtiles ex sua persona actiones cessionarius habuit.

CAPVT V.

Reprobantur aliæ nostrorum distinctiones & interpretationes ad § si heres scriptus. l.facta.63. D.ad S.C.Trebel. & ad §. quod si is.l.4.de dol.mal.except.

SVMMARIA.

1 *Reprobatur Pauli Castrensis distinctio, an sponte cessio facta sit, an ex necessitate.*

2 *Non semper per cessionem ex necessitate factam elidi prorsus & inutilia fieri omnia iura quæ erant penes cedentem.*

3 *Cur in specie* d.§. si heres scriptus. *restituta per heredem scriptum hereditate, si postea ille hereditatis controuersiam passus, victus sit aut lite cesserit, durent tamen actiones in fideicommissarium semel translatæ?*

4 *Sententiam quæ ante restitutionem lata sit aduersus heredem colludentem, non nocere fideicommissario, nocere autem si collusio nulla probetur.*

5 *Procuratorem, qui actionem sibi alieno nomine mandatam domino cedere cogitur, directam tamen actionem retinere.*

6 *Cedentem qui nonnisi vtiles habebat actiones nihil posse in præiudicium cessionarij facere.*

7 *Reijcitur alia Molinæi distinctio.*

8 *Cessione ad commodum cessionarij facta, cedentem si ex directa actione quam penes se retinuit solutionem debitoris fuerit consecutus, totum id cogendum cessionario reddere.*

9 *Cessione facta cedentis commodo & periculo, quicquid cedens post cessionem fecerit cessionario nocere.*

10 *Reijcitur exceptio a Bartholo subiecta, & alia adhibetur.*

1 SIc † euersa Bartoli distinctione, illa quoque nobis exploranda est quam Paulus Castrensis tradidit ad *§.si heres scriptus*, An sponte cessio facta sit, an ex necessitate, vt si sponte obtineant ea quæ suprà diximus: sin ex necessitate nihil prorsus iuris penes cedentem remaneat. Etenim si ex Trebelliano restituatur hereditas habet quidem cessio causam necessariam, *d.l.1.§.1.& d.l.ita tamen.27.§. qui ex Trebelliano ad S.C.Trebell.* Sed nihilominus directæ actiones penes cedentem manent, eæque interdum efficaces, *leg.si heres.70.in princ.eodem titul.* vbi Pomponius scribit, si heres institutus rogatus fuerit hereditatem Titio restituere, & rursus heredi Titius post tempus, sufficere heredi directas actiones, nec vlla retrocessione opus esse. 2 † Nó igitur absolutè verum est quod Castrensis affirmat, Per cessioné ex necessitate factam elidi prorsus & inutilia fieri iura omnia quæ erant penes cedétem. Idem probatur ex *d.§.qui ex Trebelliano*, vbi scriptum est eum qui ex Trebelliano hereditatem iam restituit, & petere posse & conueniri, sed exceptione restitutæ hereditatis aut adiuuari aut submoueri. Adde quod & contingere potest vt aduersus heredem agentem post restitutam hereditatem, non sit locus exceptioni, veluti si res vrgeat, & metuédú sit ne fortè per absentiá fideicómissarij dies actionis exeat, *l.cùm hereditas.49.eod.* Directæ ergo actiones durant etiam post restitutioné, eæq; ad agendum efficaces, licèt non semper ad exigendú. † Nec est contrarium quod in *d.§.si heres scriptus.* Caius respondit, restituta per heredem scriptum hereditate si postea hereditatis controuersiam passus ille moturúque sit aut lite cesserit durare tamen actiones in fideicómissarium semel translatas. 3 Habet.n. id duplicem rationé, vnam quod post hereditatis restitutionem fideicómissarius in omnib. & per omnia heredis loco habeatur, vt proinde aduersus eum non aduersus heredem ipsum exerceri lis debuerit, *d.l.1.& pass.eod.tit.§.restituta. Instit.de fideic. heredit.* Alteram, quam nec Castrensis ipse ignorauit, quòd cùm ea restitutio fiat ex necessitate, actus voluntarij etiamsi præcederent restitutioné, puta cófessio aut collusio heredis, non deberent nocere fideicómissario, cui tamen noceant si subsequens illa translatio & alienatio quæ fit per restitutionem esset voluntaria, *l.si superatus.3.§.vlt.D.de pign.act. l.Præses.5.C.eod.* † Hinc dicimus quod & ibidem Castrés. tractat 4 sententiá quę ante restitutioné lata sit aduersus heredem colludenté non nocere fideicómissario: Nocere auté si collusio nulla probetur, *argu.d.l.cùm hereditas.* Quoniá collusio heredis actus voluntarius est, senté-tia verò actus necessarius, cú reddatur etiam in inuitú, *l.inter stipulantem 83.§.1.de verb.oblig.* Sicut & restitutio hereditatis fit ex necessitate propter voluntaté defuncti & autoritaté Senatuscósulti: cùm tamen si cú actore collusisset atq; ita succubuisset, is qui hereditatem ad se reuera pertinentem postea vendidisset, noceret haud dubiè collusio illa emptori, quoniá & actus esset voluntarius & voluntaria quoque véditio quæ sequeretur. Nó igitur iuuat locus ille Castrensis distinctioné. † Quam & ex iis refellere licet quæ nos 5 proximè de procuratore diximus. Procurator.n. qui actioné sibi alieno nomine mandatá cedere cogitur, ac proinde ex mádati necessitate transferre, *l.possessio.49.§.vlt.de acqu.poss.* tametsi postponatur domino cui etiá citra cessioné vtilis actio cópetit, *l.in causa.27.§.vlt. cú l.seq.de procurat.* directam tamen actioné retinet, adeóque ex ea agere potest vel inuito domino, vt ob eam causam doli exceptio ad eú repellendú necessaria sit, *d.l.28.eo.* † Illud sanè cóstat si facta cessio sit ab eo qui 6 nó nisi vtiles habebat actiones nihil posse cedentem facere in præiudiciú cessionarij, quippe cum hoc casu nihil prorsus iuris cedés in re cessa habeat, quod & Bart. tractat *in l.ex asse.28.D.ad S.C.Treb.ex l.1.§.de illo.D.eo.l.pen.in fin.Cod.eod.* Exemplo eius quod dici solet si emphyteuta qui vtile duntaxat dominium habebat alij emphyteusim constituerit, nihil omnino iuris penes eú remanere, notatur in *l.vlt.C.de iur.emphy.* † At 7 nec illa rursú distinctio probabilis est, quá tamen magis cómuniter probatá esse probandamq; ait Molin. ad Alex.*cons.46.2.dub.vol.5.* An aduersus cedétem regressú habiturus sit cessionarius necne, Vt priore casu ipsi noceat factú cedentis, posteriore non item. An non.n. cessionarij interest nó soluere potius quá solutú repetere? *l.3.D.de compens.l.si debitor.n.de liber.legat. l.stipulatus.15 in prin.D.de fideiuss.* Itaq; eo casu quo admittas iniquú esse, damnú sentire fideicómissarium ex facto cedétis, nó ideò facilius pati debes vt pręiudiciú ei fiat, quòd habiturus ille sit regressum ad repetitioné quandoquidem hoc ipso fit ei iniuria, quòd interea soluere cogitur. Et ex contrario quo casu admitti potest in eo fieri iniuriam cessionario quòd ex facto cedenti soluere compellatur postea repetiturus, illud etiam admitti necesse est, Posse cedentis facto damnum ei inferri tametsi nullus supersit regressus, quia licet hoc casu eueniat vt maius damnum sentiat ces-

sio.

ſionarius, eadem tamen iuris ratio vtroque caſu mili-
8 tat,quæ ex damni quantitate immutari non poteſt. †
Illud ſanè non improbo quod noſtris placet, præſer-
tim Caſtrenſi,ad *d.§.ſi heres ſcriptus.l.facta.63.ad Tre-
bell.* Ceſſione facta ad commodum ceſſionarij, ſi ce-
dēs egerit ex directa actione quam penes ſe retinue-
rit, atque ita ſolutionem fuerit conſecutus,totum id
cogendum illum ceſſionario reddere. Id enim planè
conſequens eſt ei quod ponimus in ſolius ceſſionarij
commodum factam eſſe ceſſionem. At quod in eam
rem Caſtrenſis citat,*l.apud Celſum.4. §.quod ſi is.D.de
dol.mal.except.* non probo, tractat enim illo loco Iu-
rec. de eo qui ſciens emit nomen quod iam debitor
ſoluerat, mandato tamen ipſius debitoris qui ſolue-
rat,& interpoſita ſtipulatione. Ait autem ſi emptor
ex ſtipulatu agat, non idcirco remouendum eum ex-
ceptione doli quòd ſcieris ſolutum nomen, niſi ſit.
paratus venditor reddere quod ceperit. Eſt enim ille
§.iungendus præcedenti,in quo dicitur,eū qui ſciens
emit ſeruum fugitiuum ab illo, qui ſpecialiter cauit
fugitiuum non eſſe, non eò minus poſſe ex ſtipulatu
agere. Agitur ergo ibi de venditione nominis facta
poſt exactionem nos diſputamus de exactione facta
9 poſt nominis venditionem † Veriſſimum quoque il-
lud eſſe arbitror quod ſupradicto loco Caſtrenſis ſcri-
bit, Ceſſione facta in cedentis commodum ei úſque
periculo perinde nocere debere ceſſionario,quicquid
cedens poſt ceſſionē fecerit atque ſi ante feciſſet,quia
10 nec ceſſionarij quicquā intereſſe videri poteſt.†Neq;
verò ſubiicienda eſt exceptio quæ Bartoli placuit, a-
liud exiſtimanti ſi concurrat vnum de tribus poſitis
in *l.3.C.de noua.* id eſt ſi ceſſionarius litem conteſtatus
ſit cum debitore,aut ei denūciauerit ne ſolueret, aut
debiti partem acceperit. Non enim de nominis ceſſio-
ne intelligi lex illa debet, ſed de mandatis actionib.
& quidem in ceſſionarij quoque non in ſolius ceden-
tis vtilitatem,vt proximo capite dicemus Illa potius
exceptio placere Bartolo debuit, quā nos in ſuperio-
ribus attulimus, niſi conuentio aliqua iam inter de-
bitorem,ceſſionarium præceſſerat, cuius ratione dici
poſſit alterutrius intereſſe ne nocere debeat quod ac-
cedente poſt ceſſionem geſtum eſt. Nam cùm ceſſione
in ſolius cedentis commodum facta illa ratio faciat
vt valere debeat quicquid à cedente geſtum eſt quod
neque ceſſionarij interſit neq; debitoris, conſequens
eſt vt ſi alterutrius vel minimum interſit,aliud omni-
no iuris conſtitui debeat.

CAPVT VI.

Interpretatio noua & vera l. 3. C.de nouat.

SVMMARIA.

1 *Dictam legem 3. bene acceptam nihil pro Bartoli ſen-
tentia ſuperius refutata facere.*
2 *Ceſſionem in ſpecie dicta legis nec in ſolutum, nec in ſo-
lius cedentis commodum periculumve factam eſſe.*
3 *Eum cui vtilis actio ex nominis ceſſione competit, de-
bitori factam ceſſionem denunciando cedentis perſe-
cutionem inhibere poſſe.*
4 *Cur in* d. l. 3. *ad impediendam cedentis perſecutionem
litis conteſtatio præcisè requiratur?*
5 *De quo procuratore intelligendum ſit quod dicitur, pro-
curatorem qui in rem ſuam datus eſt ita demum poſ-
ſe vti compenſatione, ſi vice mutua conueniatur poſt
litem conteſtatam.*
6 *Verba illa* d.l.3. ſolutionis cauſa mandauerit actio-
nes, *quomodo ſint intelligenda?*
7 *Mandata directa actione vtilem non competere.*
8 *Multum intereſſe an mandatæ ſint actiones ſolutionis
gratia, an verò ceſſum aut datum ſit nomen in ſo-
lutum.*
9 *Aliud eſſe* mandare actionem, *aliud nomen cedere.*
10 *Creditorem qui actiones ſuas procuratori ſine ceſſione
mandauit, non prohiberi eaſdem exercere.*
11 *Excipe, niſi procurator litem conteſtatus ſit, vel denun-
tiauerit ne mandatori ſolueret, vel debiti partem
iam acceperit.*
12 *Aliud iuris eſſe, ſi creditor nomen debitoris vendiderit
aut in ſolutum dederit, & debitor de facta ceſſione à
ceſſionario certior factus fuerit.*
13 *Debitorem qui aliunde quam à ceſſionario ceſſionem
ſciuit non poſſe creditorem cedentem & debitum exi-
gentem vlla exceptione repellere.*
14 *An parte debiti ſoluta mandatario, mandator à debi-
tore nihil amplius poſſit exigere?*
15 *Sententia* l.4.C.de nouat.
16 *Cur in ſuperiore quæſtione plus poſſit litis conteſtatiō
aut denunciatio a procuratore facta, quam partis de-
biti perceptio?*
17 *Ceſſo vel in ſolutum dato nomine, partis debiti ceſſio-
nem debitori ſufficere, vt creditorem reſiduum peten-
tem exceptione repellat.*
18 *Dictam* l.3. *de mandatis actionibus, non de ceſſione no-
minis intelligendam eſſe.*
19 *Delegatione interueniente debitorem à priſtino credi-
tore liberari.*
20 *Caſus quo ceſſionario vtiles actiones habenti directa
quoque a creditore mandanda ſunt.*

ADuerſus † ea quæ in ſuperioribus contra Barto- 1
lum cæteroſque interpretes diſputauimus, valde
vrgeret *l.3.C.de noua.* ſi eam interpretationem admit-
teret quæ hactenus frequentiſſimis omnium vocibus
probata eſt: ſed cùm dici non poſſit quicquā ab Imp.
Alex. reſcriptum fuiſſe quod abhorreat à vera rectā-
que iuris ratione qua potiſſimum nitimur, nec de illo
quoque dubitare debemus, quin alia eius loci inter-
pretatio quærenda ſit. † Mihi videntur omnes quot- 2
quot videre aut legere contigit interpretes in eo erra-
re: quod exiſtimēt accipiendā eam legem de nominis
ceſſione facta vel in ſolutum, vel in ſolius cedentis
commodum eiuſque periculo: quorum tamen neutrū
dici commodè poteſt. Nam quod lex ait, eum qui cre-
ditori ſuo mādauit actiones in debitorem ſolutionis
cauſa poſſe vi directarum agere vtiliter, id eſt inuito
etiam debitore, tametſi obiiciat ille de ceſſione alteri
facta, dummodo nec lis conteſtata ſit, nec debitū pro
parte ſolutum, nec debitori denunciatum ne ſoluat, v-
tique falſum eſſet in eo qui nomen debitoris ſui in ſo-
lutum dediſſet.† Siquidē certiſſimi iuris eſt, ei cui vti- 3
lis actio ex nominis ceſſione competit, cuiuſmodi ille
eſt cui nomen in ſolutum datū fuit, *l.vlt.C.quand. fiſc.
vel priuat.debit.ſiu debit.conuen. poſſ.* ſufficere ad inhi-
bendam cedentis perſecutionem vt debitorem de fa-
cta ſibi ceſſione certiorem faciat, *l.nomen.4. C. quæ res
pignor.oblig.poſſ.* nec proinde requiri litis conteſtatio-
nem, cùm vel ipſa libelli oblatio tantundem præſtet
ad hoc vt ceſſionem ſciat debitor ab ipſo ceſſionario.
Quā porro præcedere neceſſe eſt moueriq; cōtrouer-
ſiam priuſquam ad litis conteſtationē perueniatur, *l.
ſed et ſi l.25.§.ſi ante de hered.petit.* † At in ſpecie *d.l.3.* 4
requiritur præcisè litis cōteſtatio, nec ſatis eſt motam
eſſe controuerſiam, quia ſolius conteſtationis non et-
iam obligationis libelli effectus ille eſt, vt in iudicio
quaſi contrahi videatur *l.3.§.idem ſcribit D.de pecul.* Li-
tē vt qui procurator erat fiat dominus litis, ita vt aliū
procuratorem ab eo tempore poſſit ſubſtituere, neq;

sine causa reuocari possit, adeoque nec morte mandantis, *l. ab executore 4. §. vlt. de appell. l. neque tutor. 11. l. procuratoribus. 22. & seqq. C. de procurat.* † Cui simile illud est, quod ait *lex, in rem suam. 18. D. de compens.* eum
5 qui in rem suam datus est procurator, ita demum posse vti æquitate compensationis si vice mutua conueniatur post litem contestatam. Quod tamen de illo accipi proculdubio debet, qui directæ tantùm actionis exercitium habuit non etiam vtilem suo nomine & ex propria persona. Huic namque cur denegetur compensandi ius etiam ante litem contestatam cùm proprio nomine paratam habeat actionem? in quo vereor ne hallucinatus sit Castrensis ad eum locum.
6 † Ergo quod scriptum est *in d. l. leg. 3. solutionis causa mandauerit actiones*, non de cesso aut in solutum dato nomine intelligendum est, vt nostri volunt, sed vt verba sonant de mandatis actionibus in eam causam, vt quod creditor exigeret sibi in solutum imputaret: Eodem prorsus sensu quo in *l. seq.* scriptum est, *Si cum ei mandasses exactionem pecuniæ.* Neque enim hac parte quicquam referre arbitror an procuratori nudo mandatæ sint actiones ad exigendam à debitore pecuniam creditoris nomine, an verò creditor mandatoris exactam alieno nomine pecuniam sibi ipsi soluat. Vtroq; n. casu potest mandatarius directam actionem exercere ex persona mandantis, neutro vtilem ex propria, quia nec habet. † Quis nàmq; dicat ob
7 id solùm quòd directa actio mandata sit competere vtilem? aut mãdari etiam vtilem posse ab eo qui eùm directam habeat, hoc ipso vtilem habere non potest? Nam vt alio loco monuimus, non potest vtilis cũ directa concurrere in vna eademq; persona, vtpote quæ nec sit necessaria, nec paris dignitatis, *leg. si rem. 13. de*
8 *duob. reis. l. si duo. 93. de solu.* † Sed hoc ego contendo, multum interesse an mandatæ sint actiones solutionis gratia, an verò cessum sit, aut quod idem est, datum nomen in solutum. Hoc enim posteriore casu actiones vtiles ex cessione competunt. *d. l. vlt. C. quando fisc. vel priuat.* idque ipso iure ita vt speciali cessione opus non sit, quæ nec prodesset ad transferẽdas vtiles actiones quas cedens ipse non haberet, qui directas tantùm habet vt diximus, quam ob causam necessarium fuit rescriptum Diui Pij ad inducendum vt haberet cessionarius ex persona propria quod ex persona cedentis habere non poterat, *l. si cum emptore. 27. D. de pact.* Priore verò casu fieri nequit, vt ex mandato directarum vtiles competant, sed directæ tantùm: quæ cùm sint mandatæ, competunt proculdubio vi & potestate solius mandati, nec nouæ cessioni locus vllus relinquitur. *l. si procuratorem. 8. in fi. l. heredem. 14. D. mãdat. l. emptori. 6. l. filiusfamilias. 14. l. venditor.*
9 *23. de hered. vel act. vendit.* † Quod non satis obseruatũ est à Baldo *ad l. 3. C. de oblig. & act.* vbi post alios disputat, an vtilis actio transeat sine cessione, an verò specialis cessio necessaria sit, de quo itẽ Castrens. dubitat post Accurs. in *l. ex legato. C. de lega.* In eoq; tam imperitè tot tantósque viros errasse tantò magis miror, quòd video non ignorasse illos, Aliud esse mãdare actione, longè aliud, nomen cedere. sic sẽ. Cinus, Baldus & alij docent post glos. *ad l. 1. in verb. mandatas. C. de oblig. &*
10 *action.* † Illa igitur Imperatoris Alexandri quę & nostra sententia est, si creditor actiones suas duntaxat mandauerit procuratori siue nudo, siue in rem suam constituto, nulla tamen nominis cessione facta, non esse prohibendum creditorem eundémque mandatorem quominus easdem actiones quas mandauit exerceat: quia cùm sint directæ non potuerunt ita transferri ex causa mandati vt non in mandantis persona perpetuò remanserint, *l. quis ergo. 16. D. de petit. l. 3. D. pro socio.* neque verò id actum est à creditore cùm eas procuratori mandauit vt illas amitteret, sed potius vt earum fructum & emolumentum facilius consequeretur, procuratore nihil nisi ministerium exhibente, & ex ipsius mandantis persona agente, siue solius mandantis, siue ipsius quoque mandatarij gratia mandatæ actiones proponantur, id est siue nudus procurator sit is cui mandatæ fuerunt, siue in rem suam constitu-
tus. † Sed hoc ita tamen si neque dum litem contestatus sit procurator, neque denunciauerit debitori ne mandatori solueret, neque debiti partem acceperit. 11
Nam si quid horum factum sit, non est permittẽdum creditori vt debitorem vrgeat, & ab eo debitum exigat, ne alioqui eueniat vt ex mandatoris facto hactenus deterior fiat cõditio debitoris, vt vel litis, vel pecuniæ iacturam possit incurrere, si qui vnius tantùm creditoris debitor fuit duobus aduersarijs respondere compellatur. † At si creditor non tantùm actiones 12
mandauerit, verùm etiam nomen ipsum debitoris vendiderit, aut in solutum dederit, difficilius ei permittitur vt debitum exigat, quamuis nec dum cessionarius litem contestatus sit, nec debitori denunciauerit ne solueret, nec debiti partem vllam perceperit, quia licet æquè directas penes se habeat actiones, minus tamen sunt efficaces ad exigendum debitum propterea quòd vtiles habet cessionarius ex sua persona, ob idque ad inhibendam cedẽtis persecutionem, sufficit vt debitor probet scire se à cessionario factam illi ab actore cessionem: quandoquidem si posteaquam id resciuit solueret proprio creditori quem potest doli exceptione summouere, non liberaretur, vt suprà diximus, *cap. 2. & 3. ex d. l. nomen. C. quæ res pignor. oblig. poss.* † Quòd si nondum sciuerit ab ipso cessionario, 13
licet aliunde sciat, quemadmodum si cedenti solueret liberaretur, ita si à cedente conueniatur nullam habere potest exceptionem ex persona & iure cessionarij, quia ius illud tertij est, nec exclusiuum iuris agentis, vt & Baldus fatetur, in *leg. si pater. C. mandat.* licet aliis plerisque locis sibi parum constans aliter atque aliter distinguat. Non addo hic exceptionem illam quam probaui in superiorib. nisi debitor pactus sit cum cessionario priusquam à cedente conueniatur. Neque enim fieri potest vt paciscatur cum cessionario quin ab eo ipso resciat cessionem. Itaque exceptio illa sufficit, *nisi cessionarium debitorem de sibi facta cessione certiorauerit*, vt non illis solùm casus comprehendantur, de quibus in *d. l. 3.* sed alij quoque omnes in quibus succurrendum sit & debitori & cessionario. Cum aliis plerisque modis possit contingere vt de cessione debitor factus sit certior ab ipso cessionario.
† Alius nec leuior nostrorum error est quòd putant 14
soluta mandatario parte debiti perinde extinctum esse ius mandatoris vt nihil amplius à debitore possit exigere ac si mandatarius litem contestatus esset, aut debitori denunciasset ne mandatori quicquam solueret, quasi hoc ipsum disertè expressum sit in *d. l. 3. C. de nouat.* vbi tamen nihil aliud constituitur quod ad hanc rem pertinet, nisi vt si is cui mandata actio est, partem debiti perceperit, non liceat pristino creditori eique mandatori debitam quantitatem petere scilicet integram. Relato nimirum debiti verbo ad tempus mandati, vt ea quantitas significetur quæ mandati tẽpore debebatur. Quod ius habet summam æquitatem adeóque, rationem, quia per solutionem mandatario, factam parte fit debitori liberatio, *leg. vero procuratori. 12. D. de solut.* Cæterùm quemadmodum ex ea solutione non nisi pro qua parte solutum est contingere libera-

liberatio potuit; ita nec ratio vlla est propter quam
creditor qui actiones mãdauerit residuũ exigere non
possit, si neque dũ litẽ contestatus sit procurator, neq;
15 debitori denunciauerit ne solueret. † Idque ꝙ ait lex,
non absurde. 4. C. de nouat. Eum cur mandata erat actio
ad exigendam pecuniam si partem debiti acceperit,
non idcirco posse debitorem pro reliquo liberare aut
mandatori auferre facultatem residui exigendi, qui
tamen vtique vel inuito mandatore posset reliquum
exigere, si litẽ contestatus esset, aut si debitori denun-
16 ciasset ne mandatori solueret *d. l. 3.* † Plus igitur potest
litis contestatio aut denunciatio quàm partis debiti
perceptio, quoniam litis contestatio itémque denun-
ciatio sicuti totum ius debiti respiciunt, ita mandato-
ri in totum nocent, Partis debiti perceptio non item,
quia nec totum debitum afficit, sed eam tantum par-
17 tem quæ soluta est. † Planè si non mandata actio, sed
nomen ipsum cessum proponatur, admittã facilè suf-
ficere partis debiti solutionem ad hoc vt si residuum
petat, cedens repellatur exceptione doli, Nempequo-
niam eo casu de illo tantum quærendum est, an debi-
tor cessionem sciuerit ab ipso cessionario. Fieri autem
nequeat vt nesciuerit, qui debiti partem ipsi cessiona-
rio persoluit. Non enim quod plus minusve soluerit,
18 facere potest vt cessionem magis minúsve sciuerit. †
Ex his appareat quàm ridiculi sint, qui ad illos tres
casus quos Alex. Imp. enumerat in *d. l. 3.* quartum ad-
dunt quo cedens nec agere possit nec exigere: si, in-
quiunt, in instrumento cessionis apposita sint verba
illa quæ hodie ex notariorum stylo passim apponun-
tur, *ponendo & substituendo cessionariũ in locum suum.* Nã
præter id ꝙ clausula illa facere nõ potest quin directę
actiones maneant penes cedentem, qua sola ratione
mouetur Imp. in *d. l. 3.* frustra de cesso nomine dispu-
tes in interpretatione illius legis quæ non nisi de mã-
19 data actione loquitur, vt diximꝰ. † Sanè cum delega-
tio interuenit, nemo dubitat quin à pristino creditore
debitor liberetur & consequenter directæ actiones
nullæ supersint penes delegantẽ, vt disertè scriptũ est
20 in *d. l. 3.* † Restat vnum hoc addendum & obseruan-
dũ, Posse fieri vt etiamsi vtilem actionem cessionarius
habeat ex persona propria post rescriptum Diui Pij,
eius tamẽ intersit directã potius habere. cùm aliquã-
do eueniat vt directa aliũ maioremq; effectũ habeat
nec easdem patiatur exceptiones, *l. minor. 39. §. 1. D. de
euic. Castr. ad l. qui stipendia mi. 4. C. de procur.* Hoc verò
cùm accidit datur actio cessionario aduersus cedentẽ
ad hoc vt directas illas mandet actiones, neque vlla
exceptione repellitur, quasi eius nihil intersit ob id
quod vtiles iam habeat. Verum enim est ipsius in-
teresse.

CAPVT VII.

Cessi nominis periculum an ad cedentem spectet an ad cessionarium, ad §. soror. l. pupilli. 96. D. de sol.

SVMMARIA.

1 *Distinctio a Doctoribus adhibita inter periculum præsens & futurum.*
2 *Subdistinctio inter nomen simpliciter cessum, & æstimatum.*
3 *Reiecta distinctione & subdistinctione ostenditur cessi nominis periculum nullo cedentis dolo vel culpa interueniente, omni casu ad cessionarium pertinere.*
4 *Respondetur ad* l. si conuenerit. 18. ff. de pignor. act. *&* l. nomen. 4. C. quæ res pignor.
5 *Quo pertineat illud quod dici solet, non idem esse actionem cedere, & soluere.*
6 *Aliud esse non liberari cedentem, aliud verò cessi nominis periculo vrgeri.*
7 *Mandatas actiones mandantis periculo esse debere.*
8 *Differentia inter mandatarum actionum & cessionarium nominis.*
9 *Confirmatur superius axioma ex* l. 3. C. de nouat.
10 *Nomen in specie* d. l. 3. *in solutum datum non fuisse. & multum interesse an datum sit nomen in solutum vel quauis alia ratione cessum, an verò solutionis gratia mandatæ sint actiones.*
11 *Castrensis interpretatio ad* d. § soror *reijcitur.*
12 *Cessione nominis simpliciter facta & præsens & futurum periculum ad cessionarium pertinere.*

EST † hæc quæstio superioribus consequens, Vtrum 1
cessi nominis periculum ad cedentem spectet an
ad cessionarium. In qua vulgò nostri distingunt pe-
riculum præsens vt illi vocant à futuro, id est, an ces-
sus debitor iam tum cùm credebatur adeò inops es-
set vt ab eo exigi debitum non posset, an verò post
cessionem inopia superuenerit. Nam cùm inopia su-
peruenit nemo dubitat quin cessionarij sit pericu-
lum, *ex leg. pupilli 96. §. soror. D. de solution.* quem locum
ita Bartolus ibidem explicat, & ad *leg. Mæuia. 49. D.
solut. matrimon.* † Cùm verò iam ipso cessionis tem- 2
pore minus idoneus erat debitor, subdistingunt, An
nomen simpliciter cessum sit an æstimatum, vt puta
pro legato aut debito certæ quantitatis. Si simplici-
ter cessum sit siue in solutum siue solutionis exigen-
dæ gratia, magis probatur vt periculum sit ceden-
tis, hoc est, vt si cessionarius vel nihil vel minus à
debitore cesso exegerit: totum id cedentis damno
sit ex *leg. si conuenerit. D. de pignor. action. leg. nomen. 4.
Cod. quæ res pignor. obligat. poss.* Si verò æstimatum,
placet periculum non minus præsens quàm futurum
ad cessionarium pertinere, ex *dict. §. soror.* Quem I-
mola, Alexand. Castrens. & alij plerique non de fu-
turo periculo intelligunt quomodo Bartolus; sed de
præsenti, at eo tamen casu quo nomen æstimatum
proponatur, hoc etiam addito, Nihil hac parte in-
teresse an debitorem cessum inopem sciuerit cessio-
narius, an ignorauerit. † Ego contra indistinctè ve- 3
rius arbitror cessi nominis periculum omni casu ad
cessionarium pertinere, dummodo cedentis nec do-
lus, nec culpa vlla interuenerit: ex *dict. §. soror.* qui
locus de inope debitore generaliter loquitur, non
adhibita ea distinctione an inopia illa post cessionem
superuenerit necne: nec illa rursum, an simpliciter
cessum sit nomen, an æstimatum. Idem probat *leg.
si nomen. 4. cum leg. sequent. D. de hered. vel action. ven-
dit.* vbi scriptum est, quod rationis loco esse po-
testꝰ, Eum qui nomen cessit causa venditionis [i-
dem verò est si ex alia causa qualibet prætetquam
dotis, vt sequenti capite dicemus] ad hoc solùm
teneri vt præstet verum debitorem & sine exceptio-
ne, non etiam vt præstet locupletem. Quod & scri-
ptum est in *leg. si plus vel minus. 74. §. vltimo. D. de e-
uiction. lege apud Celsum quarta §. quod si is. D. de dol.
except.* Neque verò vlla lex aut iuris ratio est quæ
repugnet. † Nam qui obiiciunt, *leg. si conuene-* 4
*rit. 18. D. de pignor. action. & leg. 4. Codice quæ res
pignor.* vt probent, præsens periculum nominis
simpliciter cessi ad cedentem spectare, faciunt sa-
nè parum subtiliter, cùm nihil adferant ex quo pos-
sit conijci textus illos loqui de inope debitore, &
consequenter de periculo nominis. † Neque rursus 5
contrarium est quod dici solet, non idem esse actio-

nem cedere & soluere, *vt Accurs. notat ad l. legati. 25. de liber. lega.* Id. n. eo pertinet, vt qui nomen cedit non idcirco soluere videatur, ob idque nec liberetur *d. l. pupilli. 96. §. soror. de solut.* Nempe quia rem cessam non facit plene accipientis: Directam siquidem actionem vel inuitus penes se retinet vt superiore capite diximus, ex *l. si cum emptore. 16. D. de pact. l. vlt. de transact. leg. vltim. C. quand. fisc. vel priuat. debit. suis debit. conuen. poss.* iuris autem regula est solutione eius quod debetur ita demum liberationem contingere si id quod soluitur fiat pleno iure accipientis, *leg. Neratius. 63. de*
6 *cond. indeb.* † Sed aliud longè est, non liberari cedentem, aliud verò cessi nominis periculo vrgeri: vt apertè Papinian. respondit in *d. §. soror*, in cuius specie negat liberatum esse debitorem, quoniam delegatio nō interuenerat, nec eò minus tamē periculum cessi nominis ad cessionarium pertinere respondet. Sic dicimus rei venditæ periculum statim atque nudo consensu perfecta venditio est ad emptorem pertinere, *§. cum autem Inst. de empt. & vend. l. 1. C. de peric. & commo. rei vendit* cum similibus, quamuis non nisi secuta traditione adeóque soluto precio aut habita de eo fide dominium nanciscatur, *§. vendita Inst. de rer. diui. l. quod vendidi. 19. de contrah. emp.* Nimirum quia in ipsius potestate est nancisci dominium rei cùm volet, vt cōtra Cuiacium disputauimus *lib. 2. cap. 4.* Sicut & in cessionarij potestate est, non solum, vt debitum exigat vel litē contestetur, vel debitori denunciet ne soluat, sed vt saltem certioret debitorem de facta sibi cessione: quod vnum sufficere probauimus in superioribus ad hoc vt inutilis & inefficax fiat directa illa actio quæ penes cedentem remanserat. Illa sanè distinctio perpetuò necessaria est quā nostri non obseruarunt. An cessio nominis facta sit, an verò mandatæ duntaxat
7 actiones. † Hoc. n. casu licet in rem cessionarij mādatæ proponantur, periculo tamen cedentis esse debent siue nihil omnino siue minus exigatur, dúmodo procuratoris in rem suam constituti culpa nulla arguatur: id est dum non fuerit ille negligens in exigendo debito postquā litem contestatus est, aut debitori denūciauit ne solueret. Alioqui qua fronte obsecro potest is qui mandauit actionem, imputare mandatario cur mandatā non exercuerit, cum nec ipse egerit qui proprio iure agere poterat si debitorem exigere vo-
8 luisset? † Atqui, inquies, Vendito quoque nomine aut in solidum dato directa actio penes cedentem remanet, neque tamē idcirco periculum ad eum pertinet. Verùm sunt ista longè dissimilia, illi. n. qui nec inuito cessionario agere potuit, vtiles actiones ex persona sua habente, neq; à debitore, quippe cessione ab cessionario sciēte solutionem accipere, longè minus imputari potest cur nō egerit, quàm ei cuius solius propria actio fuit, & ex cuius tantum persona non etiam ex propria mandatarius agere potuisset. Denique cessionarius vtiles suo nomine actiones habet, tantundémque iuris ad rem exigendam, quantum si directas quoque haberet, ob idq; recusare minus potest quominus exactionis periculum in se suscipiat: mandatarius proprias nullas habet, sed alienas exercet. Cur ergo ad eū spectabit periculū si nihil sit q̄ illi impute-
9 tur? † Probatur autem hæc sententia non ineleganter *ex d. l. 3. C. de noua.* Nam quod in posteriore eius parte scriptum est periculum non pertinere ad mandatem, sed ad eum in quem translatæ fuerant actiones propter factam delegationē, an nōn ostendit manifestè, in priore specie ex contrario pertinere, quia non erat facta delegatio, sed tantùm mandatæ actiones solutio-
10 nis gratia? † Ex quo apparet euidentius, quàm verum sit quod nos superiori capite contra omnium interpretum sententias docuimus, non fuisse in illa specie datum nomen in solutum, multúmque referre, an datum sit nomen in solutum aut qua alia ratione cessum, an verò mandatæ sint solutionis gratia directæ actiones. Nam si de nomine in solutum dato ageremus pertineret periculum ad cessionarium nulla etiā facta delegatione *d. §. soror.* † In cuius etiam interpre- 11
tatione errat Castrensis quàm maximè, qui liberationem in illa specie idcirco non contingere existimat q̄ cessum à fratre nomen soror simpliciter accepisset, nō in solutum: Quasi si insolutū accepisset aliud respondere Papinianus debuisset. Nam imò verò accepta etiam in solutum nominis cessione, non ideò liberatur cedēs ipso iure quousque solutio secuta sit, sed tātum per exceptionem doli & pacti, vt Papinianus loquitur in *d. §. soror.* si petgat cessionarius, debitum ab ipso petere. Ratione illa quam attulimus, quod qui cedit nomen siue in solutum, siue ex causa venditionis aut alia qualibet, non faciat plenè accipientis. Directam siquidem penes se retinet actionē, quam vt amittat, ne quid plenam impediat liberationem delegationis vsus omnino necessarius est. In eo sanè Castrensi assentior quod ille fatetur cessi nominis periculum ad cessionarium pertinere, non solum si in solutum facta sit cessio, sed etiam si simpliciter. † At non in eo quòd 12
cùm cessio simpliciter facta est non quodlibet periculum ad cessionarium pertinere vult, sed futurum duntaxat, id est inopiæ superuenientis. Eo enim eandem præsentis quam futuri periculi rationē hac parte constituo, etiam cum simpliciter cessio facta est. Nam si in solutum facta sit, nec Castrensis dubitat quin præsens quoque periculum spectet ad cessionarium. Si enim liberationem hoc casu ipso iure contingere voluit, An non prorsus consequens est vt periculū quodlibet cessi nominis ad cessionarium spectare multò magis crediderit? arg. *d. l. 3. in fi. D. de noua.* Quamquam illud malè, vt diximus, hoc benè, & lōgè rectius quàm qui volunt non aliter præsens periculum nominis ad cessionarium pertinere quàm si nomen cessum fuerit æstimatum.

Caput VIII.

In quo dispar sit condicio mariti cui dotis causa nomen cessum est, & alterius cuiuslibet cessionarij. Ad §. si à debitore. l. promittendo. 41. D. de iur. dot.

Summaria.

1 *Maritum cui dotis causa nomen cessum est nec præsens nec futurum cessi nominis periculum ferre teneri.*

2 *Quænam sit hac parte ratio dissimilitudinis inter maritum, & quemlibet alium cessionarium.*

3 *Multum interesse an venditio simplex fiat, an dotis causa.*

4 *An & quando mariti periculum sit, si facta delegatione aut expromissione dos promissa vero fuerit à debitore mulieris, aut alterius pro muliere dotem dantis?*

5 *Quis delegatus, quis item expromissor dicatur?*

6 *An in superiore quæstione expromissor a delegato sit distinguendus?*

7 *Reijcitur Bartholi & Castrensis distinctio ad* l. Mœnia ff. solut. matrimon. *& vera sententia* dict. §. si à debitore.

8 *Maritum qui delegatione facta prudens & sciens secutus est nomen debitoris mulieris, eius periculum ferre teneri, si ab initio debitor pro muliere dotem promittens soluendo non fuerit.*

9 *Non*

9 *Non esse eo casu distinguendum an debitoris inopiam vir sciuerit, an ignorauerit.*
10 *Creditorem qui fideiussorem minus idoneum semel admisit, non posse alium idoneum a debitore petere.*
11 *Excipe, nisi præstanda fideiussionis necessitas ex iudicis officio proficiscatur.*
12 *In quo differt sit conditio mariti, & alterius cuiuslibet cessionarij.*
13 *In cæteris personis nihil interesse inter simplicem cessionem nominis, & delegationem, nec inter cessionem nominis æstimati, & non æstimati.*

1 ETsi † maritus cui mulier debitoris nomen in dotem dedit comparari solet emptori nominis ha-
ctenus vt vtilem quoque actionem suo nomine ha-
beat, & exercere possit, *l. 2. C. de oblig. & action.* non ta-
men in cæteris omnibus eiusdem est condicionis, ma-
ximè cum de nominis cessi periculo ad quem perti-
neat disputatur, iniquum enim fuerit mariti periculo
esse nomen quod in dotem datum est, si fortè aut iam
tùm cùm cedebatur idoneum non erat, aut posteà ci-
tra ipsius culpam soluendo esse desierit, *l. Mæuia 49.*
2 *vbi Bart. & Castr. & cæteri. D. solut. matrim.* † Eiúsque
dissimilitudinis ratio illa videtur afferri posse, quod,
cùm dos datur, id agi intelligitur vt soluto quando-
cumque matrimonio si ita casus feret dos restituatur
nec quicquam ex dote commodi præter fructus pe-
nes maritum, vt nec incommodi remaneat *l. quoties
16. de iur. dot.* vbi propter hanc causam eleganter Vl-
3 pianus ait, † multùm referre an venditio simplex fiat,
an dotis causa. Hoc enim casu si quid fortè vir ab v-
xore propter euictionem rei dotalis cõsecutus sit, de-
bere id eum soluto matrimonio vxori reddere, Quo-
niam, inquit, nõ debet maritus lucrari ex damno mu-
lieris, sufficitque indemnem illum præstari vt neque
damnum neque lucrum sentiat. *l. iure succursum 6. §.
vltim. l. si res æstimata 12. §. si mulier. & l. non solùm 52.
eod. tit.* Tametsi dici soleat eo animo votóque do-
4 tem dari, vt perpetuò sit penes maritum *l. 1. eod.* † Nõ
idem est si quis proponat facta delegatione aut ex-
promissione promissam fuisse viro dotem ab eo, qui
mulieris debitor erat, aut alterius pro muliere dotem
dantis. Tunc enim siue quandam nominis æstimatio-
nem factam dicas, siue delegationem aut expromis-
sionem, est quod imputare sibi vir debeat, qui sciens
& prudens debitoris nomen vltrò secutus sit, *l. pro-
mittendo 41. §. si a debitore. D. eod. tit.* vbi Paulus docet
periculum esse viri, si à debitore mulieris sub condi-
tione dos promittatur, & iam tum debitor cùm sub
cõdicione promitteret soluendo non fuit. Ita demùm
autem pertinere ad mulierem, si cùm initio obliga-
tionis esset soluendo, posteà pendente condicione sol-
uendo esse desierit. Nec enim videri maritum no-
men secutum eo tempore quo exigere non potuerit,
sed tale duntaxat quale initio obligationis fuit. Quò
etiam pertinet textus elegans & subtilis *l. cùm vir 53.
eod.* Etsi verò non ait Paulus factam delegationẽ, hoc
ipsum tamẽ satis exprimit cùm loquitur de mulieris
debitore pro ipsa muliere dotem promittente. † Quid
5 enim aliud est delegare quàm vice sua alium reum
dare? *l. delegare 11. D. de nouat.* Nisi malis quod & puto
verius debitorem hunc pro expromissore haberi po-
tiùs quàm pro delegato, *vt & in leg. debitor 36. de iur.
dot.* Neque enim ponimus fuisse mulierem priùs o-
bligatam marito dotis nomine. Expromissor porrò is
propriè dicitur qui pro non obligato se obligat, *l. &
eleganter 7. §. seruus. D. de dolo. l. si quis accepto 4. de con-
dict. caus. dat. l. aliquando 13. in princip. ad S.C. Velleian. l.
si verò 64. §. sed et si reum. D. solut. matrim. l. qui liberti-
nus 33. §. vlt. de oper. libert.* † Sed quod ad hanc rem per- 6
tinet non differt expromissor à delegato, vtroque e-
nim casu creditor cui fit expromissio aut delegato,
sequitur nomen debitoris siue expromissoris, siue de-
legati, perindéque per expromissionem fit atque per
delegationem, vt obligatus non sit is pro quo fit aut
expromissio aut delegatio †. neque distinguendum 7
arbitror quomodo Bart. Castr. & cæteri ad *d. l. Mæuia.*
solent distinguere an maritus cui mulieris debitor
dotem promisit sciuerit eum iam ipso promissionis
tempore inopem fuisse, an ignorauerit. vt eo dunta-
xat casu quo sciuit præsens inopiæ periculum ad eum
spectet. nõ etiam si ignorauit, quasi id sibi velit Pau-
lus *in d. §. si a debitore*, iis verbis *quòd sciens tale nomen
secutus videretur.* Est enim illius loci longè alia sen-
tẽtia. Illa nimirum, Imputari semper posse ei qui pru-
dens & sciens secutus est nomen debitoris tale quale
ab initio obligationis fuerit. Tametsi námque debi-
torem inopem esse ignorauerit, hoc ipsum tamen sciẽs
& prudens fecit vt quale nomen esset eius qui dele-
garetur aut expromitteret, tale illud sequeretur. Nam
& in cæteris omnibus personis id iuris admittunt no-
stri, *ex l. si nomen 4. cum l. seq. D. de hered. vel action. ven-
dit.* † Cur non ergo idem & in marito? An quia, vt il- 8
li putant, speciale ius est dotis vt neuter coniugum ab
alio decipi debeat? *d. l. iure succursum 6. §. vlt. & d. l. si
res æstimata 12. § 1. de iur. dot.* quod in cæteris licet bo-
næ fidei contractibus secus est, *l. in causæ 16. §. idem
Pomponius de minor. l. item si pretio 21. §. vlt. D. locat.* At-
qui non potest videri deceptus qui iure communi v-
sus est, *l. inter eos 91. §. cum inter. D. de fideiuss. l. nihil con-
sensui 116. §. 1. de reg. iur. l. vlt. C. de in integ. restit. minor.*
Porrò ius commune illud est vt quisquis expromisso-
rem accipit aut delegatum, tale nomen quale est se-
cutus videatur, idque sciens & prudens, hoc est vltrò,
cùm priùs inquirere noluerit quod facere poterat si
voluisset, an soluendo esset debitor néc ne, *d. §. si a de-
bitore.* Nisi in hoc ipso quod delegatio aut expromis-
sio facta est dolus interuenerit, *vt in l. si cum dotem 22.
§. si mulier. D. solut. matrim.* Sequi enim debitoris no-
men nihil aliud est quam proprio suo periculo ab eo
stipulari *l. si mandatu 25. §. pen. D. manda.* Sed & facit
contra Bartolum quod fatetur ille ad *d. l. Mæuia.* no-
minis in dotem dati periculum ad virum pertinere si
ipse nomen æstimatum acceperit, non adhibita ea di-
stinctione an idoneũ sciuerit necne, propterea quòd
vt ille ait & verum est, æstimatio faciat emptionem. *l.
plerunque 10. de iur. dot. l. 1. §. æstimatio. D. de æstimat. a-
ctio.* Quidni igitur & facta delegatione idem admit-
teretur? Nam si hac parte priuilegium aliquod dotis
esset, vtique subsisteret, etiam contracta per æstima-
tionem nominis emptione. Illa enim non simplex
venditio esset, sed dotis causa *vt iam diximus ex dicta
l. quoties 16. de iur. dot.* † In eoq; rectè meo iudicio Ca- 9
strensis reprehendit Bartolum quòd aliud iuris ipse
constituit in nomine æstimato, aliud in delegato. Sed
malè, in eo quod vult vtroque casu distinguendũ esse
an debitoris inopiam vir sciuerit, an ignorauerit, cùm
ex contrario dicere debuerit neutro casu distinctioni
huic locũ esse. Nullus sanè iuris locus est quo probare
illam possis. Ratio verò iuris prorsus repugnat, siqui-
dem bonum nomen facit creditor quisquis admittit
debitorem delegatum aut expromissorem, *leg. inter
causas 26. §. abesse D. mandat.* † Nec alia quoque fide- 10
iussoris causa est. Nam cùm quis fideiussorem minùs
idoneum accepit, comprobasse videtur tanquam ido-
neum *l. si ab arbitro 10. §. 1. qui satisd. cogant. l. 3. D. de*

fideiuss. ob idque sibi imputet. l. 1. §. item quaeritur. D. de separ. Neque actio vlla superesse potest aduersus eum qui fideiussorem idoneum dare debuit siue ad hoc vt dotalium, quod & Bart. ipse fatetur, siue ad id quod interest, nisi dolus interuenerit debitoris affirmantis idoneum fideiussorem, qui non est idoneus, vt benè Castrensis disputat ad *d. l. 3. in fin.* contra Bart. ibidem aliter sentientem post Accurs. *in l. si quis stipulat. su 11a. §. vltim. de verborum obligation.* Adeò autem verum est admissione fideiussoris non idonei liberari eum qui idoneum dare debuit, vt etsi idoneus ab initio datus soluendo esse desierit, non idcirco tamen alium dari oporteat, vt supradicto loco defendit Bartol. *ex dict. l. si nomen 4. de hered. vel act. vendit. l. pupills 96. §. soror de*
11 *solut.* † Nisi cùm ex officio iudicis praestandae fideiussionis necessitas proficiscitur, inquit ille *ex dict. l. si ab arbitro. §. 1. l. si is a quo 3. § vlt. & l. seq. vt in possess. legat. l. Praetor ait 20. § penultim. de operis noui nunciat.* Quòd si haec in fideiussore obtinent, quantò magis obtinebunt in expromissore, aut debitore delegato, vt imputetur creditori si minùs idoneum nomen vltro se-
12 cutus sit? † Itaque in eo dispar erit, condicio mariti & alterius cuiuslibet cessionarij, quòd in marito cum de nominis in dotem dati periculo quaeritur, illa distinctio necessaria est, an delegatio aut expromissio interuenerit necne, vt si interuenerit, periculum spectet ad maritum & quidem tam praesentis quàm futuri temporis, sin minùs, vtrumque ad mulierem. quoniam qui debitoris nomen simpliciter in dotem accipit, dicendus non est illud sequi aut idoneum facere, sed tale accipere quale est, ipsius scilicet mulieris periculo, in cuius etiam dominio dos remanet licet sit in bo-
13 nis mariti, *vt ait l. quamuis 75. de iur. dot.* † At in caeteris personis nihil interest inter simplicem cessionem nominis, & delegationem sicut nec inter cessionem nominis aestimati, & non aestimati. Omni siquidem casu & praesens & futurum cessi nominis periculum pertinet ad cessionarium vt superiore capite probauimus *ex d. l. pupills 96. §. soror de solut. iunct. d. l. nomen 4. & seq. de hered. vel act. vendit.* nisi aliud conuenerit. Nō enim dubitandum est quin conuentione fieri possit vt periculum ad cedentem spectet etiam cum deledatio interuenit. *l. si mandatu 5. §. vlt. D. mandat.*

CAPVT IX.

An exceptio compensationis, aut alia quae obstaret cedenti obstet cessionario.

SVMMARIA.

1 *Cessionario vel mandatario vtilibus actionibus proprio nomine experienti obstare exceptionem in rem, quae cedenti obstaret.*
2 *Exceptionem verò in personam non semper.*
3 *Cessionario mandatis actionibus ex cedentis persona experienti eam exceptionem obstare quae in cedentis personam obijci posset.*
4 *Adhibita tamen distinctione, an cessionarius factus sit procurator in rem suam, an in rem cedentis.*
5 *Quid iuris in vtraque parte seruetur?*
6 *Compensationis exceptionem in rem, non in personam esse.*
7 *Quibus rationibus Bartolus probauerit cessionario compensationis exceptionem obijci non posse, si cessa sit actio priusquam cedenti compensatio obijceretur?*
8 *Supradictam exceptionem perinde cessionario ac ipsi cedenti nocere.*
9 *Sed caeterarum exceptionum exemplo opponendam esse.*
10 *Compensationis exceptionem per facti errorem omissam condictionem indebiti inducere.*
11 *An compensatio propriè exceptio sit?*
12 *Singularis casus quo exceptio quae obstatura erat cedenti, indistinctè cessionario obstat, quamuis vtilem suo nomine actionem exercenti.*

APparet ferè ex superioribus quid responderi possit ad quaestionem illam toties in scholis & foro agitatam, Vtrum exceptio quae obstaret cedenti obstet cessionario. † Nimirum distingui oportere. An v- 1
tilibus actionibus proprio nomine, an mandatis ex cedentis persona cessionarius aut mandatarius experiatur. Priore casu obstabit tantùm ea exceptio quae sit in rem, vt puta pacti, iurisiurandi, simulationis, rei iudicatae, & similes de quibus, *in leg. apud Celsum 4. §. pen. D. de dol. mal. except. l. in hoc iudicium 14. § similiter socios. D. commun. diuid. l. idémque 16. § vlt. D. pro socio. l. si superatus 3. § per iniuriam. D. de pignor. l. fin. de except. rei vendit. l. exceptiones quae personae 7. D. de except. l. inuitus 156. § plerunque de regul. iur. l. vlt. § 1. ad S.C. Vellean. l. doli. 19. vbi Bart. D. de nouat. Idem Bart. & caeteri in l. si quis in rem. D. de procurat. & in l. eius. Cod. de compensat.* † Quae verò in personam competit exceptio 2
qualis est doli mali (ex parte nimirum eius cui obiicitur licet in rem quoque sit ex parte obiicientis. *l. 2. §. 1. l. apud Celsum 4. § pen. de dol. except. iunct. d. l. exceptiones 7. de except.*) ita demùm obstabit cessionario si causam habeat lucratiuam, non item si onerosam, *d. l. apud Celsum. §. si quis autem. & §. autoris leg. purè 5. § penult. in illis verbis, nec enim hic debet exceptione submoueri qui suo nomine agit. eo.* Nisi onerosa illa in fraudem debitoris cessi captata sit, *d. §. autoris. & dict. l. si quis in rem 34. de procurat.* & quidem dolum participante cessionario. Hoc enim omnino requiritur, alioqui fraus cedentis non deberet nocere cessionario quoties habuit cessio causā onerosam. *d. §. autoris & §. si cùm legitima eiusd. leg. vbi etiam Bart. & in d. l. si quis in rem, ex l. & eleganter 7. § pen. D. de dolo l. quid enim 14. eo. l. si procuratorem 8. § 1. D. mandat.* † Posteriore autem casu, id est cùm 3
mandatis actionibus, & ex cedentis persona cessionarius experitur, haud dubiè obstat cessionario ea quoque exceptio quae in personam cedentis obiici posset. Nam qui ex alterius persona agit, easdem pati debet exceptiones sicut & qui ex alterius persona excipit easdem replicationes, *Bald. post Iacob. Butr. in l. qui stipendia. C. de procurat.* Nisi ratio quae faciebat, vt huiusmodi exceptio cedenti obstaret, non habeat locum in persona cessionarij: Id enim aliquando euenit. *l. vlt. in princ. C. de iur. dot. Castrens. ad l. Modestinus 76. nu. 1. in fi. D. de solut.* † Nec distinguemus an cessionarius pro- 4
curator factus sit in rem suam, an in rem cedentis, nisi hactenus vt si in rem suam ea demùm personalis exceptio ei noceat, quae ex ipso negotio de quo agitur proficiscitur: si in rem cedētis indistinctè noceat quaelibet. Etsi enim qui directas actiones exercet tāquam procurator in rem suā, petere potest & debet sibi dari non etiam cedenti vt post Accurs. & Bart. vulgò nostri tradunt, *ad dict. l. qui stipendia. & d. l. si quis in rem suam.* Cogitur tamen in narratione, cedentis personam exprimere, ob idque factum & dolum quoque cedentis ipsi nocere aequum est, argum. *d. l. apud Celsum. §. de autoris. vers. si autem accessione. D. dol. mal. except. l. ex qua persona 149. de reg. iur.* † Eóque pertinet 5
quod tractat Bartol. *ad dictum §. si cùm legitima.* exceceptionem banni vt ille loquitur, & excommunicationis, quae obstaret cedenti, non obstare cessionario tametsi lucratiuam quoq; causam haberi. Quoniam, inquit, nō respicit actionem, sed quid aliud extrinsecum & merè personale. At cùm in rem cedentis agitur,

tur, not et qualibet exceptio personalis, etiamsi ex i-
pso negotio de quo agitur minimè proficiscatur. Ra-
tione illa, quòd quis agendum inhabilis est, non ma-
gis per procuratorem agere possit quàm per seipsum.
Loquitur enim de illo exule qui per se ideò agere
non potest quòd sit inhabilis, non de illo qui idcircò
tantùm agere nequeat quòd absit, de quo in *l. Papi-
nianus exul. D. de minor.* Atque ita Baldus quoque &
Castrens. tractant ad *d. l. qui stipendia.* De compensa-
tionis exceptione dubitatio nonnulla est, an quæ ob-
6 iici poterat cedenti obiici possit cessionario: † Non
quòd quisquam neget quin in rem sit non in perso-
nam, [nam & ob eam causam competit fideiussori
ex persona debitoris, *leg. 4. & 5. D. de compensat.* quæ
non competeret si personæ non rei cohæreret, *dict. l.
except.*] sed quia, vt Castrensis disputat, *ad l. eius. C.
de compens. post Bart. in l. si cùm dos. D. rer. amot.* non tam
7 actionem ipsam afficit, quam exactionem. † Qua ra-
tione defendit ille, non posse cessionario hanc exce-
ptionem obiici si cessa sit actio priusquàm cedenti
compensatio obiiceretur, quia nec priùs actionem e-
lidat, quàm sit opposita. Item quòd nec sit nouum vt
actio quæ inutilis erat penes cedentem, fit tamen vti-
lis penes cessionarium, cessante scilicet ratione inuti-
8 litatis, *d. l. vlt. C. de rer. dot.* † Verius tamen est quod
magis communiter nostris placet, perinde cessionario
ac ipsi cedenti posse obiici compensationem, cùm in
rem sit non in personam, ideóq; afficiat proculdubio
actionem. Quomodo enim afficeret exactionem si
non ipsam quoque actionem afficeret ex qua fit exa-
ctio? Nam & idcirco dicimus compensationem ipso
iure minuere actiones, *§. in bonæ fidei. Insti. de act. l. vlt.*
9 *C. de compens.* † Fateor etiam post Iustiniani constitu-
tionem in *dict. l. vlt.* quæ ius & potestatem compensa-
tionis valde auxit, superesse illud ex iure vetere, vt
exceptionem hanc opponi sit necesse. Exceptio nám-
que est proinde opponenda ex natura exceptionum
omnium, *l. 2. D. eo. l. 2. quoniam 10. C. eo. l. 2. l. exceptio 21.
D. de except.* Sed non facit ea res quominùs actionem
ipsam afficiat & minuat, cæterósque effectus suos e-
xerat ipso iure, *l. si constat 4. C. de compens. l. si ambo 10.
l. postquam 21. D. eo.* Quod etsi non esset, non eò minùs
tamen cessionario nocere hæc exceptio deberet. E-
xemplo cæterarum exceptionum, quas, cùm in rem
sunt, cessionario quoque obiici posse diximus, licet
non priùs actionem elidant, quàm sint oppositæ. *d. l.
2. & d. l. exceptio 21. de except.* Accedit quòd compensa-
tio solutionis vim obtinet, *dict. l. si constat 4. & l. seq. l.
eius 12. & pass. C. de compensa. dict. l. si ambo 10. D. eo.*
10 † Vnde illud etiam fit quod in *d. l. si ambo §. si quis igi-
tur*, scriptum est, exceptionem hanc si per facti erro-
rem omissa sit, inducere condictionem indebiti. *l. qui
inuicem 30. l. qui exceptionem 40. §. si pars de condict. in-
deb. l. quod dicitur 5. §. penult. de impens. in reb. dotal. fact.*
Quamquam scio nostros vulgo hac in re distinguere
post gloss. & Bart. *ad d. l. qui inuicem.* an compensatio
fiat ipso iure, an ipso facto: vt si ipso iure, condictio-
nem inducat, sin ipso facto, non inducat. Sed omninò
malè, vt ego quidem existimo, non solùm quod ho-
die distinctio illa sublata sit per supradictã Iustiniani
constitutionem in *d. l. vlt. C. de compensat.* qua factum
est vt in omnibus actionibus compensatio locum ha-
beat ipso iure, sed etiam quia iuris regula est, Eum
qui perpetua exceptione fauorabili tutus erat, si sol-
uat, posse repetere *d. l. qui exceptionem.* atqui exceptio
compensationis est perpetua & fauorabilis, cùm ideò
detur quòd intersit nostra non soluere potiùs quàm
solutum repetere, *l. 3. D. de compens. l. si stipulatus 15. D.
de fideiuss.* Cur non igitur condictionem indebiti per-
petuò inducet? † Nec me mouet quod Bart. *ad d. l. qui* 11
inuicem scribit, compensationem non esse propriè ex-
ceptionem, sed potiùs actionem cùm dicatur petere
quisquis compẽsat *l. amplius 15. D. rat. rem haber.* adeò
vt neque permittendum sit excommunicato compẽ-
sare quamuis possit excipere. Sic enim Bald. *ad l. quo-
niam Alexandr. ... C. ad l. Iul. de adulter. post Canonistas
in c. cùm inter Ext. de except.* Nam respondeo, Imò ve-
rò si compensatio actio est, multo magis exceptionem
dici debere. Non enim aliam ob causam dicitur actio,
quàm quòd qui compensat, excipiẽdo petat, ac proin-
de agat. Cæterùm prius est vt excipiat, quàm vt age-
re & petere videatur. Idque ex eo apparet, quod si
tale sit debitum cuius nulla petitio competat, putà
quod naturaliter tantùm debeatur, nihilominùs cõ-
pensari potest *l. etiam quod natura 6. D. de compensat.*
Quin & si solutum fuerit condicetur, vt & Bartol. i-
pse fateri cogitur *ad l. qui inuicem in fi.* Cur non ergo
& condici poterit quod compensari poterat tametsi
ciuiliter quoque debebatur? An non absurdum si fa-
uorabiliore iure censeri debitum cuius nulla sit pe-
titio, quàm quod peti potuit? Eadem igitur in omni-
bus ratio esse debet compensationis, & aliarum exce-
ptionum quæ in rem sunt, & fauorabiles, vt & inde-
biti condictionem inducat, & quod ad institutam di-
sputationẽ pertinet, cessionario æquè ac cedẽti obiici
possit † Vnus sanè casus est, quo exceptio quæ obsta- 12
tura erat cedenti, omnino & indistinctè obstat etiam
cessionario, quamuis vtilem suo nomine actionem e-
xercenti, nimirùm cum cessionis & exactionis totum
commodum reuersurum est ad cedentem. Castrens. in
*d. l. qui stipendia 9. C. de procurat. ex notat. in l. fi. eo & per
Bart. in leg. facta §. si heres scriptus. D. ad S.C. Trebell.*
Nam qui agit suo nomine ad alienum commodum,
perinde habendus est acsi alieno nomine ageret, *l. non
solum 39. §. sed interdum. D. de procurat. idem Bart. in d.
l. si quis in rem 34. eod.*

CAPVT X.

An in causa recouuentionis cogatur cessionarius cedentem defendere. Emendata l. si quis in rem 34. & explicata l. pater 70. de procur.

SVMMARIA.

1 *Doctores in hac vt in superiore quæstione distinxisse & subdistinxisse.*

2 *Doctorum interpretatio ad* l. seruum 33. §. vltim. ff. de procurat.

3 *Eorundem exceptio ad subdistinctionem.*

4 *Verba illa* d. l. seruum §. *fin.* nisi ex causa onerosa procurator factus sit *Quomodo à Doctoribus accepta sint?*

5 *Bartoli, & Accursij ad illa verba interpretatio.*

6 *Exemplum procuratoris ex necessitate facti interueniente causa lucratiua, à Castrense allatum.*

7 *Bartoli interpretatio excutitur.*

8 *Vera sententia* l. si quis in rem suam 34. ff. de procurat. *& distinctio in proposita quæstione adhibenda.*

9 *Cur factus procurator in rem suam, si procuratorio nomine agat, mandantem defendere teneatur?*

10 *An in rem suã procurator ex necessitate factus cedentem defendere cogatur?*

11 *Quid iuris si proprio nomine agat in rem suam procurator factus?*

12 *Emendatur* d. l. si quis in rem suam. *& pro procuratorio legitur procurator proprio.*

13 *Vlpianum in* §. vlt. d. l. seruum. *de procuratore in rem suam facto ex causa lucratiua non tractare.*
14 *Cur Vlpiani contextui intertexta fuerit* d. l. si quis. *quæ Caij est?*
15 *Ratio superioris emendationis, & cur locus ille de procuratore proprio nomine agente sit accipiendus.*
16 *Illatio ex distinctione à Caio proposita in* dict. l. si quis in rem.
17 *Procuratorem in rem suam factum, & procuratorio nomine agentem ex legum dispositione ad suscipiendam cedentis defensionem obligari.*
18 *Vera ratio* l. pater. 70. ff. de procurat.
19 *Obseruantur quædam, ad dictam legem.*
20 *Differre in specie* d. l. pater. *legatum, & fideicommissum nominis.*
21 *Dictam legem de fideicommisso nominis, non de legato loqui.*
22 *Respondetur ad* §. si cum legitima. 28. l. 4. dol. expt. *pro Doctorum subdistinctione superius refutata allatum.*
23 *Quando locum habeat distinctio illa, an procurator in rem suam factus sit ex causa lucratiua, an verò ex onerosa?*
24 *An non aliquid intersit quum agitur procuratorio nomine, vtrum lucratiua causa interuenerit, an onerosa?*
25 *Textum* §. vlt. d. l. seruum. *ad eos qui ex causa lucratiua in rem suam procuratores facti sunt non esse coarctandum.*

1 QVæ † à nobis adhibita distinctio est in quæstione
illa, an exceptio quæ obstaret cedenti obstet etiã
cessionario, eandem ferè nostri adhibent cùm quæritur,
an in causa reconuentionis cogatur cessionarius
cedentem defendere. Nam si cessionarius vtili actione
experiatur, & proprio nomine placet, non esse cogendum
cedentem defendere, *leg. si quis in rem. 34. vbi
Bartol. & ceteri. D. de procurat.* nisi cessio in fraudem
facta proponatur, dolum fraudemque participante
cessionario. Quis enim patiatur communem cedentis
& cessionarij dolum debitori cesso fraudi esse? *l. & eleganter. 7. §. penultim. leg. quid enim. 14. D. de dolo. l. si procuratorem. 8. §. 1. D. mandat.* At si mandatis actionibus
& procuratorio nomine cessionarius experiatur, subdistinguendum
putant, Causámne habeat lucratiuam
cessio an onerosam, vt si lucratiuam, vtque cogatur
defendere, *l. apud Celsum. 4. § si cum legitima. D. de dol.
2 mal. except. l. seruum. 33. §. vltim D. de procurat.* † Sic enim
locum illum vulgò intelligunt, vt procedat in
cessione facta ex causa tantùm lucratiua, Ne obstet
quod in *l. sequen.* Caius scribit [quæ altera subdistinctionis
pars est.] Si quis in rem suam procuratorio
nomine agat veluti emptor hereditatis, non debere
eum defendere venditorem qui actiones mandauit.
Cui interpretationi videtur conuenire, *l. pater. 70. eod.
tit. & quod in d. §. si cùm legitima*, Vlpianus apertè di-
3 stinguit causam lucratiuã ab onerosa. † Sed exceptio
tamen vtrique subdistinctionis parti à nostris subiicitur.
Priori quidẽ illa *dummodo cessionarius non ex necessitate
factus sit in rem suam procurator, d. §. vlt. l. seruum.*
Posteriori verò nisi in fraudem gestũ negotium proponatur,
d. l si quis in rem. 34. in illis verbis *si bona fide,
non in fraudem eorum qui inuicem agere vellent gestum sit
4 negotium.* † Nondum tamen constat inter eos quid sibi
Vlpianus velit, in *d. §. vlt. l. seruum.* cùm ait, *nisi fortè
ex necessitate fuerit factus.* Fecit illis dubitationẽ quòd,
vt proximè dixi, eum locum intelligunt de eo procuratore
cui mandatæ sint actiones ex causa lucratiua,
ne alioqui Vlpianus cum Caio pugnet. At difficile est
dare exemplum procuratoris ex necessitate facti interueniente
causa lucratiua. † Quam ob causam sic 5
plerique verba illa accipiunt, ac si scriptum esset, *nisi
ex causa onerosa procurator factus sit.* Atque ita sensisse
videtur Accurs. & post eum Bart. exemplum afferens
non inelegans ex *l. 2. D. famil. erc[i]sc.* vbi agitur de creditorũ
& debitorum hereditariorum diuisione, quam
sic faciendam esse ait, vt iudex singulis pro solido alia
aliis attribuat. Quod cùm fecerit, non tamen illud eueniet,
vt quis ex heredibus solus totum debeat, vel
totum alicui soli debeatur: sed vt siue agẽdum sit partim
suo partim procuratorio nomine agat: siue cum
eo agatur partim suo partim procuratorio nomine
conueniatur. † Castrensis verò ad Vlpianum putat exemplum 6
dari posse in eo cui donata sint centum, deinde
ex necessitate cessum nomen Titij qui donatori
centum quoque debebat. Hoc enim casu, inquit, licet
donatarius causam habeat lucratiuã initio inspecto,
quia tamen in rem suam procurator ex necessitate factus
est, non cogitur donatorem eundémq; cedentem
defendere Sed hoc ego ridiculum arbitror, & falsum,
quoniam initium semper inspiciendum est, *l. si procuratorem. 8. in prin. D. mand. l. 3. §. scio. in fin. D. de minor.* † 7
Facit tamen contra Bartolum, quòd contractus omnes
etiam, quos nostri onerosos vocant, inspecto initio
sunt voluntatis, nulli necessitatis præterquam ex
post facto *l. sicut. 4. C. de oblig. & act.* Nisi fortè quis
pro Bartolo respondeat videri factum ex necessitate
procuratorem in rem suam, eum qui ex causa onerosa
contraxit: siue quòd vix sit vt alienas mandatásque
actiones velit exercere qui alio modo sibi potest consulere,
siue quod interueniente causa onerosa necesse
sit cessionarium aut agere aut in damno morari. Verùm
vtraque interpretatio durior est quàm vt mihi
possit satisfacere. † Diceremque libenter si auderem 8
corruptum videri textum, *dict. leg. si quis in rem suam*,
longeque aliam Vlpiani & Caij sententiam esse quã
vulgò existimetur: Illam nimirum, vt distingui oporteat,
an qui in rem suam procurator factus est proprio
nomine agat, an procuratorio: siquidem fieri potest
vt agat proprio etiam nomine, si contractus talis
proponatur ex quo vtilem quoque habeat actionem
vt contingit in emptore hereditatis aliisque similibus
personis de quibus supra diximus cap. 5. † Cùm agit 9
procuratorio nomine, illa semper ratio facit vt mandantem
defendere debeat, quod perinde sit ac si ille
ipse qui mandauit, experiretur. Quid enim interest,
an quis per seipsum agat an per aliũ? Eaque Prætorij
edicti ratio est, quam Vlpianus quoque eleganter exprimit,
cũ ait æquum Prętori visum esse, Eũ qui alicuius
nomine vt procurator experitur, eiusdem etiam
defensionem suscipere. Imputet enim sibi qui mandatis
actionib. & alieno nomine experiri maluit, cùm
ex propria persona potius agere proprioq; nomine si
voluisset potuisset. † Cui consequens est, vt si ex necessitate 10
procurator in rem suam factus sit, id est, si
coactus fuerit mandatas actiones impetrare & exercere,
propterea quod vtiles aliquid fortasse impediebat,
quod aliquando euenire diximus supra ad fin. c.
6. non ei debeat nocere quod alieno nomine experitur.
Semper enim succurrendum illi est quem necessitas
cogat aliter agere quam vellet. *l. cùm reus. 14. D.
de fideiu. l. 3. D. de separat.* Præsertim cũ in rem suã procurator
factus sit, certétque de damno vitando: quod incurreret
si eum cuius nomine experiri vel inuitus cogitur
etiam defendere cogeretur. † At si proprio agat 11
nomine aliud est. Neque enim illi nocere debet quod
procurator quoque sit, cùm nõ procuratorio, sed pro-

prio

prio nomine agat & ad suum commodum, si modò
bona fide nec in fraudem eorum qui inuicem agere
vellent gestum sit negocium, vt Caius scribit *in d. l. si*
12 *quis*† in qua non dubito quin legendum sit *procurator*
proprio, pro eo quod legitur *procuratorio*, nato fortassis
errore inscitia exscriptoris cùm ita scriptū esset *proc.*
proprio, & exscriptor ille vnicam dictionem esse puta-
rit; eámque nullius sensus, pro qua scribi deberet
procuratorio, & sanè si receptam lectionem tueare nū-
quam facies quin Vlpianus à Caio dissentiat in ea re
de qua certum & exploratum ius fuisse nec dubitan-
13 dum videatur. † Nihil enim est apud Vlpianum in §.
vlt. legis præcedentis, ex quo possit coniici, tractare
eum de procuratore in rem suam facto ex causa lu-
cratiua quomodo nostri intelligunt, potiùs quàm ex
causa onerosa, cum verba illa *si quis in rem suam procu-*
rator interuenerit, sint omnino generalia, & eò magis
ad procuratorem ex causa onerosa, coarctanda, quod
in rem suā procurator constitui ex ea causa soleat fre-
quentius quàm ex lucratiua. Item quòd secundum
nostrorum interpretationem fatendum sit Vlpianum
eum casum prætermisisse qui præcipuè tractandus e-
rat, si procurator in rem suam ex causa onerosa inter-
uenerit. Nec dici potest, ideò supplēdam Vlpiani sen-
tentiam ex Caio in *l. seq.* Apparet enim tam ex præce-
dentibus quàm ex sequentibus id agere Vlpianum,
vt ea omnia diligenter explicet quæ pertinent ad in-
terpretationem edicti De procuratore alieno nomi-
ne agente. Quis ergo credat fuisse mancum aut tam
14 obscurū in eo quod erat vel maximi momenti. † Pla-
nè non solùm accommodatum fuit, sed etiam penè
necessarium, Vlpiani contextum interpolare, & ex
Caio interserere quod scriptum est in *d. l. si quis*, non
esse verum generaliter quod Vlpianus dixerat, si quis
procurator in rem suam factus sit, eum debere defen-
sionem illius suscipere cuius nomine agit. Id enim
fallere si non procuratorio sed proprio nomine agat,
vt puta emptor hereditatis qui post Diui Pij rescri-
ptum vtiles ex propria persona actiones habet, *leg. si*
cum emptore 16. de pac. Hoc verò Vlpianus prætermi-
serat, non quòd ad rem non faceret, sed quoniam in-
terpretabatur verba edicti ad eum tātùm casum per-
tinentia, quo procurator alieno nomine experiatur.
Sic enim habent, *cuius nomine quis actionem sibi dari po-*
15 *stulabit, d. l. seruum §. ait Prætor.* † Sed me omnium ma-
ximè illud mouet, quòd in emptore hereditatis Caius
exēplum ponit. Quid enim erat necesse potius, quàm
in simplici nudóque mandatario licet in rem suā con-
stituto, si de illo tantùm agebat qui in rem suam pro-
curator esset constitutus? Nam & is cui mādatæ sunt
actiones à debitore suo ad exigendam solutionem,
æquè dicitur procurator in rem suam constitutus vt
agere possit procuratorio nomine ex causa onerosa,
tametsi cessio nominis nulla facta sit, vt docuimus su-
pra *c. 6. ad l. 2. C. de nouat.* Et tamen in eo differt ab illo
cui nomen cessum & in solutum datum esset, quòd
ille non tantùm procuratorio sed etiā proprio si mal-
let nomine agere posset. Igitur quod Caius nomina-
tim loquitur de emptore hereditatis, ostendit satis
tractare illum de procuratore in rem suam dato qui
alio quàm procuratorio, nomine, id est suo proprio &
16 agere possit, & agat. † Accedit quòd etiam in heredi-
tatis emptore distinguendum ait Caius, an negotium
gestum sit in fraudem eorum qui inuicem agere vel-
lent, an non. Atqui non esset ea distinctio necessaria
si poneres emptorem non nisi procuratorio nomine
agere. Hoc ipsum enim sufficit vt cogatur vendito-
rem defendere, tametsi fraus nulla interuenerit, cùm
agens procuratorio nomine, agat ex persona vendito-
ris, licet in rem suam, ideoque verbis edicti teneatur,
d. §. ait Prætor. & §. vlt. Tum demùm igitur de fraude
quærendum est cùm stricta iuris ratio emptori fauet
ne venditorem defendere cogatur, id est cum proprio
nomine agit non procuratorio quo casu ratio verbá-
que edicti cessant † Denique nullus alius iuris locus 17
est, quo probari possit eum qui procurator in rem suā
factus est, licet ex causa onerosa, si agat procuratorio
nomine cogendum non esse vt autoris sui defensio-
nem suscipiat sed quotquot leges sunt quæ de huius-
modi procuratore loquuntur, obligant eum ad susci-
piendam defensionem, non adhibita ea distinctione,
an lucratiua causa interuenerit, an onerosa. † Præser- 18
tim *d. §. vlt. l. seruum, & l. pater 70. eod.* quę licet tractet
de mandata actione ex causa legati, aut fideicommis-
si quæ lucratiua est, non tamen illam habet rationem
sed longè aliam quam Scæuola suo more in proponē-
da quæstione iis verbis perstringit, *cum tam tutelæ a-*
ctio quàm pecuniæ creditæ ex hereditate Sempronij defen-
dant. Ex qua infert non aliter mandatam actionem ei
dari debere quàm si defendat heredes à quibus man-
data fuit. † Obserua autem non ita loqui Scæuolam 19
vt dicat, non esse permittendum legatario aut fidei-
commissario nominis vt agat contra debitorem qui in
defendat heredes, sed non esse ferendum vt agat mā-
data actione id est procuratorio nomine Nam si pro-
prio agere vellet, id est vtili actione proposita, quæ
hodie post rescriptum Diui Pij competit, *dict. l. si cum*
emptore 16. de pact. iunct. l. ex legato 18. C. de leg. posset v-
tique, nec heredes defendere cogeretur, si nō in frau-
dem actionis tutelæ factum esset legatum aut fidei-
commissum. Hæc enim exceptio addenda esset, *arg. d.*
l. si quis. † Nisi fortè quis dicat quod ego arbitror pro- 20
babilius, licet à nemine adhuc obseruatum, fuisse hac
in re differentiam inter legatum & fideicommissum
nominis, quod ex legato nominis vtilis actio compe-
tere possit legatario, non item fideicommissario ex fi-
deicommisso, quia toto iure vetere fideicommissi na-
tura illa fuit vt accipi deberet per manus heredis, nec
quicquam iuris in eo haberet fideicommissarius ante
traditionem, vt docuimus lib. 6. cap. 1. Porrò in nomi-
nibus quæ sūt iura & incorporalia, nihil est quod tra-
ditionis loco esse possit præter quàm si actio mādetur
quæ aduersus debitorem competebat, quemadmodū
in seruitutibus constituendis dicimus patientiam pro
traditione haberi *l. 3. §. si iter. D. de act. empt.* † Ideoque 21
ni fallor Scæuola in *d. l. pater.* de fideicommisso loqui-
tur non de legato. At contra, lex ex legato de legato
nominis non de fideicommisso. Nec quod iā olim ob-
tinebat vt per omnia exæquata essent legata fideicō-
missis singularibus. *l. 1. de legat. 1.* ad rem pertinet. Id
enim lōgè diuersam habet interpretationē, quam nos
attulimus dict. c. 1. † Neq; rursum pugnat quod Vl- 22
pianus in *d. §. si cum legitima* separat euidenter cessio-
nem factam ex causa lucratiua ab ea quæ facta sit ex
causa onerosa. Separat enim in quæstione illa quam
nos proximo capite agitauimus, An exceptio doli a-
liáve similis quæ obiici posset in cedentis personam,
obiici possit cessionario: non autem in illa, quam nūc
tractamus, an in causa reconuentionis cogatur man-
datarius actionis in rem suam constitutus mandātem
defendere. Quæ quæstio tantùm ab illa differt quan-
tùm reconuentio distat ab exceptione. Sed neque se-
parat Vlpianus eo loco causam lucratiuam ab onero-
sa, in illum casum de quo quærimus, id est cùm ces-
sionarius mandatis actionibus, & ex persona ceden-
tis experitur. Iam enim superiori cap. diximus, tùm

cogi cessionarium easdem omnino pati exceptiones quas cedēs ipse pateretur, siue ex lucratiua causa siue ex onerosa cessio facta sit. Eadem prorsus ratione, qua nos nunc contendimus cogi procuratorem qui mandatas licet in rem suam exercet actiones mādatorem defendere, quòd non suo sed mandati agat nomine.
23 † Tum igitur locum habet illa distinctio an causa lucratiua interuenerit an onerosa cùm cessionarius suo nomine & vtilibus actionibus experitur: Quo tamen casu fatentur nostri omnes, non esse cogendum procuratorem in rem suam, vt tutoris sui defensionem suscipiat, nec si lucratiuam causam habeat, nisi fraus interuenerit, vt initio capitis retulimus. Omnes inquam hoc fatentur, excepto Castreosi qui ex contrario scripsit nihil interesse directámne actionem cessionarius exerceat an vtilem, sed tantum an lucratiua causa fuerit cessionis, an onerosa: quo ineptius dici nihil potuit. Ratio autem diuersitatis meo iudicio illa est, quòd facilius sit, vt quoquomodo conuento reo excipiendi, quàm reconueniendi facultas detur. Est enim reconuentio noua actio, licet per reum proponatur. nec vlla fit actori iniuria cùm iisdem exceptionibus repellitur, quibus repelleretur is à quo causam habet, licet suo non autoris sui nomine agat: fieret verò si eum quoque defendere cogeretur. Quam ob causam factum etiam putem vt nullo Pretoris edicto opus fuerit ad inducendum, vt exceptio quæ contra cedentem competitura erat, cessionario, licet in rem suam & suo nomine agenti, posset obiici. At opus fuit, vt illo etiam casu quo nec in rem suam nec suo nomine ageret, sed alieno & procuratorio, mandatorem
24 defendere cogeretur. † Quid ergo, inquies, an nullo modo intererit cum agetur procuratorio nomine, vtrum lucratiua causa interuenerit an onerosa? Imò intererit, non quòd ad regulam quæ illa est, vt quisquis procuratorio nomine agit, quáuis in rem suā cogatur mandatorem defendere: sed quòd ad exceptionem illam quam Vlp. ponit *d. §. vlt. l. seruum, nisi fortè ex necessitate factus fuerit.* Nam & qui ex necessitate factus est in rem suam procurator, id est, vt supra interpretati sumus, qui non aliter suum cōsequi potuit quàm si mandatas susciperet & exerceret actiones, si lucratiuam causam habuit omnimodo cogendus est autorem suum defendere: Nempe quia initio inspecto nec videri potest procurator in rem suam factus *ex necessitate*, cùm neque in eum conferri liberalitatem, neque collatam ipsum agnoscere fuerit necesse. Eiúsque rei argumentum & exemplum apertissimum extat in *d. l. pater 70. de procurat.* vbi agitur de fideicōmissario nominis, cui ad fideicommissum consequendum necesse fuit ab heredibus creditoris mandati actiones aduersus debitorem, cùm vtiles ex propria persona nullas haberet, quemadmodum diximus, nec eò minùs tamen placet Scæuolæ cogēdum illum heredes creditoris, qui & tutor debitoris fuerat in tutelæ actione defendere. † Ex quo magis apparet quàm
25 ineptè nostri faciant, qui regulam ab Vlpiano traditā verbis illis generalibus, *si quis in rem suam procurator interuenerat, adhuc erit dicendum debere eum defendere.* ad eos solos procuratores coarctant, qui ex causa lucratiua non etiam ex onerosa in rem suam sint constituti: cùm tamen subiecta exceptio, *nisi fortè ex necessitate fuerit factus*, quę de regula esse deberet, nonnisi ad eos accommodari possit, qui ex causa onerosa mādatas ab aliis actiones susceperunt. Planè tametsi de iis expressim Vlpianus tractasset duntaxat, qui ex causa onerosa alienæ actionis exercendę mandatum suscepissent, ineptè tamen faceres si ex eo inferres, Aliud ergo illum existimasse in iis procuratoribus qui lucratiuam causam haberent. Nemo enim dubitat, vel tacēte Vlpiano, quin longè maiori ratione cogendi sint isti vt eum defendant, cuius nomine experiuntur. Et hæc quidem dixisse sufficiat de quæstione ista in qua nihil nostros vidisse videbit quisquis eos videre volet, deceptos nimirum corrupta lectione vnius illius loci quem nos emendamus, nec animaduertentes fieri nō posse, quin si locus eo quo diximus modo non emendetur, futurum omnino sit, vt Caius non solùm cùm iuris ratione verbisque edicti pugnet, sed etiam cum Vlpiano in *d. § vlt. l. 33. proxime præcedentis.*

CAPVT XI.

Exceptio quæ obstabat deleganti an & quādo obstet ei cui facta est delegatio. Et emendatio §. apud Iulianum l. 4. D. de dol. except.

SVMMARIA.

1 *Duplex differentia inter cessionem nominis, & delegationem.*

2 *Cur delegatus nulla omninò exceptione aduersus eum cui delegatus est vti possit, licet ei per ignorantiam promiserit?*

3 *An eadem sit causa cessionarij quæ eius cui facta delegatio est, si citra delegationem cessio nominis facta sit sciente & consentiente debitore?*

4 *Solam cessi nominis scientiam expresso consensu destitutam debitorem non priuare beneficio exceptionis aduersus cedentem, si ageret, competiturę.*

5 *Debitorem qui exceptionem sibi competentem ignorans cessioni expressim consensit, illius exceptionis beneficio non cadere.*

6 *Nec eo casu distinguendum esse an probabilis ignorantia fuerit, nec ne.*

7 *Eum cui delegatio facta est nulla exceptione repelli posse.*

8 *Duplex circa hanc rem Interpretum distinctio reijcitur, & respondetur ad locos pro ea allegatos.*

9 *Casus quo Dynus existimauit exceptionem quæ competebat aduersus delegantem ei quoque nocere, cui delegatio facta est.*

10 *In superiore quæstione distinguendum esse, an exactionis quæ ex delegatione fiet commodum ad delegantem reuersurum sit, nec ne.*

11 *A mendo repurgatur* d. §. apud Iulianum l. 4. ff. de dol. except.

12 *Verba illa d. §.* dos enim quam maritus ab herede soceri petit &c. *an de marito post diuortium an verò constante matrimonio dotem exigente sint accipienda?*

13 *Vera quæstio & species* d. §. apud Iulianū. *quænam sit.*

14 *Superuacuam id d. § non esse illam quæstionem, vtrum maritus ex mulieris dolo repelli debeat, si ex suo proprio repelli possit.*

15 *Non dubitasse Iulianum quin de ipsius mariti dolo excipere liceret*

16 *Ratio dubitandi & decidendi in illa specie.*

HVcusque diximus de nominis cessione: Nunc de delegatione aliquid subiiciendum est quod ab instituta disputatione non sit alienum † constat 1
autem in eo differre cessionem nominis à delegatione quòd delegatio debiti nisi consentiente & stipulanti promittente debitore iure perfici non potest. Nominis autem cessio siue per venditionem siue qua alia ratione fiat, & ignorante & inuito eo aduersus quem actiones mandantur contrahi solet, *leg. prima, C.*

ma. Codice de nouat. Quia ex differentia illa etiam na-
scitur, vt qui inuitus aut ignorans cessus est, saluas
plerumque habeat exceptiones contra cessionarium,
quas aduersus cedentem ipsum erat habiturus, non
solùm si agat cessionarius ex persona cedentis, sed e-
tiam si ex propria vtilibusque actionibus sibi post re-
scriptum Diui Pij competentibus, secundùm eam ta-
men distinctionem, quam nos suprà exposuimus ca-
2 pit. 9. † Qui verò delegatus est, nulla omnino exce-
ptione vti potest aduersus eum cui facta est delega-
tio, quamuis aduersus delegantem anteà vti potuis-
set *l. si quis delegauerit. 22. D. de nouat. & delegat.* vbi ra-
tionem Paulus reddit, quòd qui se passus est delegari
cùm sciret competere sibi exceptionem, videatur si-
milis ei qui donat, quoniam exceptionem remittere
intelligitur. Sed etsi per ignorantiam promiserit cre-
ditori, idem esse ait vt nulla exceptione iuuari de-
beat aduersus creditorem, quia ille suum recepit, cùm
delegatio solutionis locum & instar obtineat, perin-
deque liberet delegantem qui erat debitor, ac si verè
soluisset, *l. 3. in fin. C. eod. l. quamuis. 8. §. interdum. D. ad
S.C. Vellean.* Iuris enim regula est repetitionem nul-
lam esse ab eo qui suum recepit licet alius soluerit
3 quàm qui debebat *l. repetitio. 44. de cond. indeb.* † Quid
ergo si citra delegationem cessio nominis facta sit
sciente & consentiente debitore. Siquidem fieri po-
test vt cessioni consentiat debitor, neque tamen dele-
gatus videri debeat, quoniam delegationem non
consensus facit, sed stipulatio *dict. l. nisi si fari delegans
non possis*, quòd cùm euenit scripturam nutúmve in-
teruenisse sufficit, *l. delegare. 17. D. eodem.* An eo casu
eadem erit causa cessionarij, qui eius cui facta dele-
gatio est, vt nulla exceptione repellendus sit? Erit vti-
que si exceptionem sibi competere debitor non igno-
rauit. Eadem enim ratio hic locum habet, quam Pau-
lus probat facta delegatione, quòd qui se cedi con-
sentit cùm sciret tutum se exceptione, remisisse ex-
ceptionem videatur si modò cessionarius talis est qui
vtilem ex sua persona actionem exercere possit. Vi-
detur enim consensus ille, cum expressus est, id ope-
rari debere vt debitori commodum pristinę exceptio-
nis eripiat, quasi quodam contractu inter debitorem
cessum & cessionarium interposito. Ne alioquin aut
frustrà, aut fraudandi cessionarij gratia consensus ille
debitoris expressus videatur, cùm sit credibile credi-
toris creditorem eundemque cessionarium qui debi-
toris cessi consensum habere voluit non aliter fuisse
contractuum, nominisque cessionem agniturum, ve-
4 rentem fortasse ne qua exceptione repelli posset. † Sa-
nè sola cessi nominis scientia expresso consensu de-
stituta non vsque adeò debitori nocebit vt exceptio-
nis aduersus cedentem si ageret competituræ benefi-
cium ei adimat: quia & regulare est vt plus operetur
consensus quam nuda scientia, *l. sicut. 8. § non videatur.
D. quib. mod. pig. vel hyp. soluit.* Præsertim in ea re quæ
fieri potuisset inuito quoque & ignorante eo qui sci-
uisse proponitur. Id enim est quod dici solet eum qui
sciens tacet non videri consentire, si contradicere non
potuit quominus etiam inuito se fieret quod fieri sci-
uit, *l. Caius Seius. 39. D. de pignor. act. l. Titius. 8. in fin. D.
de rescin. vendit.* quamuis sibi noceat si expressim con-
sentiat, *l. fideiussor. 26. § 1. in fi. D. de pign. l. apud Celsum.
5 4. § quæsitum. 1. D. de dolo excep.* † At si exceptionem si-
bi competentem ignorauit debitor, cùm cessioni ex-
pressim consentit, nō est æquum vt eodem iure cen-
seatur, quo si facta esset delegatio, quia cùm per eius-
modi cessionem etiam consentiente debitore cesso
factam, non sit liberatus cedens à cessionario qui sal-
uam in cedentem habet pristinam actionem, conse-
quens est vt hic locum non habeat ratio illa qua mo-
uetur Paulus cum delegatio facta est, *quia ille suum re-
cepit*. Qua ratione cessante facit pro debitore cessio
qui per ignorantiam cessioni consentit, quòd eius
facilitatem & imprudentiam circumueniri non opor-
teat. † Adeò vt nec distinguendum sit meo iudicio an 6
probabilis ignorantia fuerit, necne, hoc est an ex pro-
prio an ex alieno facto descendat, cùm satis superque
sit iuris rationem facere pro cesso debitore, nec in
damno vllo morari creditorem. † Quemadmodum ex 7
contrario facta delegatione, nec scientiam ab igno-
rantia distinguimus, nec ignorantiam probabilem ab
improbabili, sed omnimodo tuemur eum cui delega-
tio facta est vt nulla exceptione repelli possit. † In 8
quo miri sunt nostri interpretes, distinguentes, vt in
cessione, an delegatio facta sit ex causa lucratiua an
ex onerosa. Item an delegatus sciuerit exceptionem
sibi cōpetere an ignorauerit. Sic enim Dynus distin-
guebat, quem Bart. refert & probat *ad l. dolo. 19. D. de
nouat. ex l. 2. §. aliud iuris. D. de donat. leg. Iulianus. 7. i. re-
sponsi. D. de dol. except.* Qui tamen loci non de vero de-
bitore delegato tractant de quo nos disputamus, sed
de putatiuo, vt Bartolus fatetur ad *d. l. si quis delega-
uerit.* At lōgè alia putatiui alia veri debitoris delegati
ratio est. Facilius enim succurritur delegato qui nul-
lomodo debitor fuit, quàm ei qui reuera fuit licet ha-
beret exceptionem. Item tractant de delegatione fa-
cta donandi animo, id est ei cui delegans donare vo-
lebat, & consequenter qui nondum erat creditor ne
quidem ex causa lucratiua cùm necdum vlla esset do-
natio. In quo nō potest locum habere ratio qua Pau-
lus mouetur, *quia suum recepit*. siquidem fieri nequeat
vt suum receperit qui creditor non fuit. Nam & sub
conditione facta videtur illa donatio si debitor sit qui
donandi animo tanquam debitor delegatur, *arg. leg. si
fis. 75. § 1, de leg. 1. l. legatis. 25. in fin. de liber. legat.* † Ad- 9
debat Dynus posse exceptionem quę competebat ad-
uersus delegantem ei quoque nocere cui facta est de-
legatio si eadem causa sit concedendæ aduersus v-
trumque exceptionis, vt puta si mulier quæ pro alio
intercesserat iuuarique Velleiano poterat delegari se
passa sit. Nam & aduersus creditorem ex delegatione
agentem eadem ipsi exceptio proderit, *dict. l. dolo. §. di-
uersum. & l. quamuis. 8. § si mulier. ad S.C. Vellean.* vbi
ratio redditur, quoniam in secunda quoque promis-
sione intercessio est. Sed hoc ad rem non pertinet. Nā
quemadmodum duplex illo casu intercessio est, ita &
consequens fit vt alia sit exceptio quæ competebat
aduersus delegantem, alia quæ nunc competit aduer-
sus eum cui facta fuit delegatio: quamuis eadem sit
genere, quod nec Bartolus prætermisit. † Illa tantum 10
distinctio probari potest, An exactionis quę ex dele-
gatione fiet commodum ad delegantē reuersurum sit
necne, vt si reuersurum sit vno illo casu, nec alio præ-
terea vllo noceat ei cui delegatio facta est, exceptio
quæ deleganti erat nocitura. *Ex l. apud Celsum 4. § a-
pud Iulianum. 22. & l. sequ. § penult. D. de dol. mal. except.*
Ratione illa, quòd qui agit suo nomine ad alienum
commodum perinde habendus sit ac si alieno nomi-
ne ageret, *l. non solùm. 39. § sed interdum. de procurat.* † 11
Obserua tamen in *d. §.* apud Iulianum mendum sub-
esse in postremis illis verbis, *licet videatur dos nulla fi-
lia, vt ait, quæri.* Non enim *nulla* legendum est, sed *illa*,
vt apertissimum est, & præcedentia omnino probant
quæ sic habent, *dos enim quam maritus ab herede soceri
petit, intelligitur, inquit, filiæ acquiri cùm per hoc dotem fit
habitura.* † Ex quib. verbis, vt hoc etiam addamus, ap- 12

paret errare Bartolum, Zasium, & cæteros quotquot
Accursium secuti eum locum intelligunt de marito
post diuortium dotem exigente. Maritum enim &
dotem cùm simpliciter dicimus constante matrimo-
nio intelligimus, quippe quo soluto nec maritus am-
plius nec dos dici debeat. At neque verum esset quod
eo.§. subiicitur, etiam de dolo mariti excipi posse. Nam
cùm post diuortium dos petitur cur noceat mulieri
dolus mariti, qui nullum amplius in dote ius habet?
Atqui, inquies, Apertè iniquum & falsum est si mari-
tus dotem petat constãte matrimonio nocere ipsi ex-
ceptionem doli ex persona mulieris, vt in *§.præcedente*
Vlpian. dixerat, rationem adferens *ne mulier indotata*
fiat, id est ne iniuria fiat marito, qui dotem petit, non
ducturus vxorem nisi dotem accepisset. Sic enim ra-
tio illa explicanda est ex Paulo in *d.l.1.§.penultim. eod.*
non quomodo volunt, qui putant cogitasse Vlpianum
de damno mulieris quod ipsa incurreret si indotata
constitueretur. Cur non enim ei imputari oporteat si
ex dolo suo damnum sentiat? Verùm respondeo tum
verè id dici cùm de solius mulieris dolo contra mari-
tum exciperetur. Quem casum Vlpianus tractat in *d.*
13 *§.præcedenti.* & Paulus in *d.§.penult.* † At in *§.apud Iu-*
lianum. quæstio illa proponitur, si heres soceri à quo
dos peteretur, exciperet de dolo mariti & mulieris cui
pecunia quæreretur an obstatura esset exceptio ex
persona mulieris. Tractabat igitur Iulianus eam facti
speciem in qua non de solius mulieris, sed etiam de
mariti dolo excipiebatur, quo casu cessat fauor ille
mariti suo nomine dotem exigentis, cùm is ipse do-
lum commiserit, vt nec mirum videri debeat si non
tantùm ex proprio, sed etiam ex mulieris dolo per ex-
14 ceptionem repellatur. † Dices superuacuam fore quę-
stionem illam vtrum ex mulieris dolo repelli debeat
si ex suo proprio repelli possit. Imò verò, inquam, vti-
lis est & necessaria, non vt magis condemnetur mari-
tus ex dolo mulieris si iam ex proprio fuit condemnã-
dus, sed quia de admittendis aut reiiciendis exceptio-
nibus tum quærendum est, cùm proponuntur, prius-
quam de facti veritate cognitum sit & ad condemna-
tionem veniatur. Proinde interest mariti cui exce-
ptio doli non tantùm ex propria, sed etiam ex vxoris
persona obiicitur, illud primum sciri, an ea exceptio
ex persona mulieris admittenda sit, ne inanibus one-
retur sumptibus quos ad eiusmodi exceptionem re-
fellendam fieri necesse esset, in illa facti quæstione
15 discutienda dolúmne mulier commisisset necne. †
Quod cùm ita sit illud quoque mirari subit, quòd
Vlpianus miretur Iulianum non explicasse an & de
dolo mariti excipi possit. Nam si Iulianus eum casum
tractabat, vt diximus, quo excipiebat heres soceri de
dolo mariti vxorisque coniunctim adeoque non du-
bitabat quin propter concurrentem mariti dolum
de mulieris quoque dolo admittenda exceptio esset,
an dubitare poterat, quin de ipsius mariti dolo mul-
16 tò magis excipere liceret? † Illa enim dubitandi ratio
quòd filiæ dos quæri videretur, facere non poterat vt
eò minus repelli deberet maritus agens suo non vxo-
ris nomine, præsertim cùm vxoris quoque dolus in-
teruenisset: sicuti quod maritus constante matrimo-
nio dotem petens agit suo nomine suúmque gerit
negotium, non facit quin doli exceptione sit repel-
lendus etiam ex persona mulieris cùm ipse quoque
dolum admisit. Itaque ea additio Vlpiani, *puto au-*
tem hoc sentire vt etiam de dolo mariti noceat exceptio,
vera quidem est, sed tamen parum subtilis, necessa-
ria verò nullomodo. Similisque est plerisque notis
17 Pauli ad Iauolenum & Papinianum quas reprehen-
dendi studio potius quàm ratione vlla vt plurimum
expressas esse apparet, & nos si meminimus, alio loco
monuimus.

CAPVT XII.

Anastasij constitutionem in leg. per diuersas. 22. C. mandat. non pertinere ad indubitatas obligationes, & quænam illæ sint.

SVMMARIA.

1 *Confirmatur ex ipsis constitutionis verbis proposita interpretatio.*
2 *Refutatur Doctorum interpretatio ad versiculum cùm* certum sit pro indubitatis, *&c.*
3 *Verba illa dictæ constitutionis*, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit, *quomodo accipienda?*
4 *Cur aliena & incerta litis redemptori non liceat agere nisi ad concurrentem vsque quantitatem pretij reuera soluti, eiúsque vsurarum?*
5 *Hoc ius à natura venditionis abhorrere.*
6 *An per hanc Anastasij constitutionem sublatus sit titulus de actione vendita?*
7 *Quomodo Doctores* indubitatas *actiones interpretati sint?*
8 *An titulus* de litigiosis *ad actiones non pertineat?*
9 *Multùm interesse an actio quæ venditur litigiosa sit necne.*
10 *An dicta constitutione generaliter improbatæ sint omnium actionum, quæ nondum fuerunt in iudicium deductæ venditiones?*
11 Indubitata *actio quænam dicatur?*
12 *An titulus* de litigiosis *ad actiones indubitatas pertineat?*
13 *Actionem ex instrumẽto obligatorio garentigiato competentem indubitatam censeri, ac proinde vendi posse.*
14 *Nisi debitor allegatione sua dubitatam faciat actionẽ.*
15 *Cur indubitatæ actionis vẽditio valeat & permittatur.*
16 *Quibus personis Anastasius in dicta constitutione nocere voluerit?*

PErcelebrem † hanc Anastasij constitutionem quæ 1
de improbandis actionum venditionibus facta
est non pertinere ad indubitatas actiones, etsi non est
ex interpretibus qui fateatur, tamẽ ipsa Constitutio-
nis verba non obscurè præ se ferunt, exposita enim
per Anastasium initio legis ratione propter quam no-
uum ius hac parte constituendum putauerit, nimirũ
vt multorum non fraudib. sed malitiis occurreret qui
alienis reb. fortunisq; inhiantes, cessionẽ aliis cõpeten-
tium actionum ambiunt, eoq; modo diuersis vexatio-
nib. personas litigatorũ afficiunt, subiicit in hæc ver-
ba. *cùm certũ sit pro indubitatis obligationibus eos magis quib. antea suppetebant iura sua vindicare quã ad alios ea transferre velle.* Quæ verba sic omnino accipienda exi-
stimo, vt sensus sit, dubitandũ nõ esse quin si quis ius
obligationis & actionis sibi cõpetens adeò certũ & in-
dubitatũ crederet, vt nullã eo nomine litẽ vereretur,
magis vtique debitum ipse exigere quàm alij exigen-
dũ mandare vellet: sibi enim quisque magis quã alij
fauere & solet, & debet. Quoties igitur qui actionem
suã vendit alteri, credendũ est, inquit Anastasius, id eũ
agere vt aduersarij quẽ velut futurũ litigatorẽ iã ode-
rit, personã grauiori afficiat vexatione. Ergo si propo-
nas obligationẽ & actionẽ quę vẽdita titulo cessa est,
adeò certã & indubitatã fuisse vt litis periculũ nullũ
fuerit, causa nulla est cur cessãte legis Anastasiæ ratio-
ne cõstitutionẽ illam locum habere quis putet. † No- 2

stri

stri autem eodem illo versiculo mouentur, vt prorsus contraria interpretatione non nisi de indubitatis actionibus Anastasium sensisse arbitrentur. Quasi sensus sit, eos qui indubitatas vẽdunt actiones id potius agere vt sua iura per interpositam simulatè emptoris personam vindicent, quàm vt ea in alios transferant. Itaque venditiones istas non alio quàm simulationis prætextu ab Anastasio improbari existimant, ac si venditionis color in huiusmodi contractib. quæreretur ab iis qui nihil minus cogitent, quàm vt vendant, hoc vnum potius animo agitantes vt per simulationem supposito emptore aduersarium grauius inquietent, & excrucient. Quod tamen quàm ridiculè ab iis dicatur, vel ex eo maximè constat, quòd non odio venditorum mouetur Anastasius, sed emptorum, quos & alienarum litium redemptores vocat, & alienis rebus fortunisque inhiantes. Idem quòd in tota lege de simulatione argumentum ne vnum quidem.
3 † Nam verba illa quæ nostros, ni fallor, fefellerunt, *licet instrumento cessionis, venditionis nomen insertum sit*, nõ eo sensu accipi debent ac si scriptum esset venditionis nomen hoc casu simulatè insertum intelligi, sed ita potius vt quamuis vera sit actionis venditio, quæ inspecto iure omnino valere debeat, *Tot. tit. de hered. vel act. vendit. D. & C.* non tamẽ ex ea licet emptori agere nisi ad concurrentem vsque quantitatem pretij re
4 vera soluti eiúsque vsurarum. † Nempe quod redemptiones istas mala mente & alterius vexandi gratia extortas æquum sit ita restringi, non vt omnino improbentur, sed vt eatenus tantùm probentur quatenus abest emptori, ne ex improba negotiatione quicquam lucri consequatur. Ita enim posito iure vix est vt alienam litem redimere velit, qui nihil ex ea com-
5 modi sperare possit. † Quamquam abhorret manifestè ius hoc à natura venditionis, quæ illa est vt ius omne quod fuit penes venditorem transferat in emptorem licèt multò pluris sit res vendita quàm quanti conuento pretio æstimata est. Id enim est quod dici solet, In emendo & vendendo licere contrahentibus naturaliter se decipere. *l. in causa. 16. idem Pomponius. D. de minor. l. si voluntate. 8. Cod. de rescind. vend.* Sed vt coerceatur istiusmodi redemptorum audacia, puniatúrque non fraus quæ nulla hîc subest, sed malitia, æquissimum fuit ita ius constitui vt à cæterarum ven-
6 venditionum regulis hac parte recederetur. † Ex quo etiam apparet quàm imperitè faciant qui ea constitutione Anastasiana sublatum putant titulum de *action. vend*. Neque enim prohibuit Anastasius vendi actiones, sed prohibuit emi animo redimẽdarum alienarũ litiũ. quod quoniã non aliter fieri potest quã si minus iusto precio empta sit actio, vetuit ne supra quã precij nomine solutũ est possit emptor exercere actionẽ. Cęterũ quin ad eã vsque quantitatem exercere possit, & quidem emptoris iure, non prohibuit. Ergo nec fecit quin eatenus valeat venditio, emptióq; quatenus pre-
7 cium reuera numeratum est. † At nihil est quod tam absurdum nostrorũ errorẽ magis detegat, quàm quod indubitatas actiones ipsi interpretantur quæ in iudicium nondum sint deductæ, ita existimantes non esse cõstitutioni locũ si vendatur actio quæ in iudium iam deducta sit, non quòd ea venditio magis valeat, sed quia tractatus ille de litigiosa actione vendita perti-
8 neat potius ad titulũ de litigiosis. † Sunt qui reprehẽdant, sed ineptiore ratione, quòd, inquiunt, titulus ille *de litigios.* ad actiones non pertineat. Omnino malè. Pertinet. n. idque ex Constantini, Gratiani & Iusti-
9 niani constitutionib. in *l. 2. 3. & 4. C. ill. titu.* † Multùm verò interest an actio quæ venditur litigiosa sit nec-

ne. Nã cum litigiosa est nullo titulo alienari potest, *l. vlt. C. eod.* cùm nondum est litigiosa alienari quocumque titulo potest, & consequenter vendi, sed ad concurrentem vsque duntaxat vt diximus conuenti precij quantitatẽ. An igitur in omnibus iis actionib. quæ in iudiciũ adductæ non sunt si venditæ proponãtur locus erit legi Anastasianæ vt vulgo creditur? Atqui non eò minus dubia est actio quod nondum in iudicium deducta sit, vt puta si ex ambiguo chygrapho cõpetat, de quo *in l. 3. C. de litig.* Ergo non omnis actio quæ in iudicium deducta non sit indubitata dici potest. Ac proinde si pertinet ea lex ad indubitatas tantũ obligationes & actiones, impunè vendentur quocunque precio illa, quæ competet ex ambiguo chyrographo. Quod tamen quàm ridiculum sit nemo non videt. Si quo enim casu, hoc vno certè quo venditur actio competens ex chyrographo, imputari potest emptori cui emerit, quia litem potius redemisse quamuis nondum institutam, quàm actionem comparasse vi-
deatur. † At rursum prorsus improbabile est quod no- 10
stri volunt improbatas esse generaliter actionum omnium quæ nondum fuerint in iudicium deductæ, venditiones. Alioqui cùm necesse sit omnes quęcumque vendi possunt vel in iudicium deductas esse vel non esse, consequens fiet vt nullæ vnquam vẽdi possint obstãte nimirum vel Anastasiana lege vel iis cõstitutionibus quas sub *tit. C. de litig.* diximus collocatas. Porrò nimis illud durum est, nec solùm à iuris ratione, sed etiam ab Anastasij consilio & mente alienum, vt earum quoque actionum venditio restringatur quæ sint indubitatæ, id est, vt ego quidem interpretandum esse arbitror, quæ sunt adeò certæ & exploratæ vt de iis nulla lis timeri possit. In iis namque cessat ratio illa Anastasij, ꝙ non possit nõ suspecta esse venditori obligatio & actio quam ipse mauult ven-
dere quã exercere. † Cùm indubitatã eam intelliga- 11
mus quæ ne suspecta quidem est, & de qua litis periculũ nullum vereri venditor potest Exemplum esto, si debitor confessus sit se debere, nec quicquam alleget propter quod non debeat soluere. Indubitata enim est hęc actio non tantũ si extra iudiciũm talis confessio facta sit, sed etiam & multò magis si in iure & apud iudicem, quia cõfessus in iure pro iudicato habe-
tur, *l. 1. & 3. l. certum. 6. § vlt. de confess.* † Nec existiman- 12
dum est titulum de litigiosis ad huiusmodi actionis alienationem pertinere posteaquã per debitoris confessionẽ lis indubitata facta est, quãdoquidem nec lis vlla cũ confesso esse intelligitur, sicuti nec cum condemnato. Idẽ erit si venditio fiat actionis iudicati, cũ nulla amplius post iudicatum quęstio superesset. Nam & ei quoq; actio adeò indubitata est vt super ea neque transigi neq; iusiurandum deferri possit. Nisi de hoc ipso dubitetur an iudicatum sit aut an à sententia appellatum sit, vel appellari adhuc possit. Quibus casibus sicut metu futuræ litis transigi adhuc potest, *l. & post rem. 3. l. post rem. 11. D. de transact. l. si causa cognita. 32. C. eo. eleganter. 17. § 1. D. de condict. indebit.* ita nec putem valituram cessionem venditionémque actionis iudicati, quia non sit indubitata, *dict. leg. eleganter.*
§. 1. † Possit etiam quis non malè meo iudicio dice- 13
re indubitatam quoque actionem esse ac proinde quocunque precio vtiliter & impunè vẽdi posse præsertim nondum mota lite, eam quæ competit ex instrumento obligatorio vt pragmatici vocant garentigiato, quoniã sententiæ & condemnationis vim eiusmodi instrumento obtinet non iure communi, sed ex
autoritate statuti quo vtimur. † Quamuis hoc ita pu- 14
tem accipiendum si debitor qui de venditione con-

quæritur, nihil alleget quod dubitatam faciat actionem. Nam si vt quotidie fit, aliquid sit quod litis euentum dubium constituat, pertinebit hic etiam casus ad legem Anastasianam. Quãquam eius litis quæ per iniuriam aut calumniam potest emergere, verius est rationem haberi non oportere, *l.in summa.65.§.1.*

15 *de cond.indeb.l.eo tempore.50.D. de pecul.* † Idcirco autem indubitatæ actionis vẽditionem valere dicimus, non solùm quòd hoc casu iusta lis nulla metui possit, sed etiam quòd plerumque contingat non esse debitori totius debiti numerationem in expedito ad soluẽdum creditori qui præsenti fortassis pecunia indigeat, fortè quia vel non sit idoneus debitor vel absit, *argu.l. si dubitet.10.D de fideiuss.* quod cùm euenit, vtique ignoscendum est creditori, si minore etiam pretio indubitatam vendat actionem: Emptori verò etiam in consequẽtias, ne iniuria fiat venditori si ex iusta causa venditurus emptorem inuenire prohibeatur: vel eò magis quòd nõ potest videri alienam litem redemisse qui eam actionem emit cuius nomine nec vlla lis

16 sit, nec esse possit. † Atqui siue prima siue postrema legis Anastasianę verba inspicias, non nisi alienarum litium redemptoribus nocere Anastasius voluit. Ideóque & eas personas, & eos casus excepit quibus redẽptæ litis præsumptio locum habere non debeat: nimirum tum etiam cùm lis aliqua est, eáque non dubitata. Quod addo, ne quis hunc casum quo actio indubitata est prætermissum putet, quem & ipsius verbis legis satis expressum iam probauimus, & si prætermissus esset suppleri tamen ex iuris ratione & Anastasij mente debuisse.

CAPVT XIII.

Emendatio leg. si à te.9.D. de except. rei iudic.

SVMMARIA.

1 *Species & quæstio* d.l.si à te.

2 *Cur exceptioni locus non sit primo casu, quum scilicet is à quo hereditatem petebam absolutus est, quia nihil possidebat, deinde possidere cœpit.*

3 *An si iudicatum fuerit hereditatem meam esse, cùm tu nihil ex ea possideres, hereditatem rursus a te petere possim, si postea possidere cœperis?*

4 *Quid Vlpianus ad hanc quæstionem in* d. l. 4. *respondeat, & quomodo illud accipiendum sit?*

5 *Res iudicata exceptionem mihi non nocere, siue pronunciatum sit hereditatem meam esse, siue absolutus sis, si vtroque casu nihil sententia tempore possidebas, nunc verò possides cum hereditatem peto.*

6 *Reÿcitur veteris glossatoris ad* d.l. 4. *interpretatio & additio.*

7 *Verba illa eiusdem legis,* siue iudicatum fuit hereditatem meam esse, *cũ negatione in fine legenda esse.*

8 *Si pronunciatum fuerit hereditatem meam non esse, & rursus petam hereditatem quum aliquid hereditarium possidere cœperis, cur non submouear exceptione rei iudicatæ?*

9 *Occurritur obiectioni.*

10 *Quid Accursium in contrariam sentẽtiam impulerit?*

11 *Ab eo qui dolo malo & sciens se nihil possidere liti se obtulit, licet nihil possideat, hereditatem tamen peti posse.*

12 *Differentia inter petitionem hereditatis, & rei vindicationem.*

13 *In quo durior sit conditio eius contra quem pronunciatum est hereditatem ad ipsum non pertinere, quam eius cuius aduersarius absolutus est, quia nihil ex hereditate possidebat?*

14 *Quid iuris obtineat, si reus qui plurium rerum nomine conueniebatur petitione hereditatis absolutus sit pro iis quas tum possidebat?*

15 *Multum interesse an pronunciatum sit hereditatem meam non esse, an vero tuam esse.*

16 *Explicatur* l.si mater.11.ff.de except.rei iudic.

SI † à te inquit Vlpianus, hereditatem petam cùm nihil possideres, deinde vbi cœperis aliquid possidere rursus hereditatem petam quęstionis est an mihi noceat exceptio rei iudicatę, & putem, inquit, siue iudicatum fuit hereditatem meam esse, siue aduersarius quia nihil possidebat absolutus est, non nocere exce- 1
ptionẽ. † Ac quidẽ quod ad eum casum pertinet quo 2
absolutus sis quia nihil possidebas, in promptu ratio est cur exceptioni locus esse non debeat. Nimirum, quoniam licet eandẽ nunc hereditatem petam quam petij alio iudicio in quo succubui, aliud tamen ius est aliáq; causa vincendi, cùm tu non tam viceris quam absolutus sis, quia nihil possidebas, qui vtique fuisses condẽnatus si quid possedisses, *l.si rem meam.17.eo.tit.* Idque est quod in *l.si quis.18.* idem Vlp. ait, si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit aduersarius, quia non possidebat, & dominus iterum agat nacto aduersario possessionẽ non esse locum exceptioni, *quod* inquit, *alia res est, l. cùm quæritur.12. & seqq l.cum de hoc.27 eod.* † Sed illud difficilius est quod ad alium 3
casum pertinet, quem Vlp.tractat, si iudicatum fuerit hereditatem meã esse cùm tu nihil ex hereditate possideres. Quęnam enim dubitandi ratio excogitari potest, cur hereditatem rursus à te petere non possim, si quid postea cœperis possidere? An eò minus licere mihi debet hereditatem petere, quod iam cognitum sit, & pronunciatum hereditatem meam esse? Imò tantò magis mihi permittendum est vt ius meum persequar de quo post sententiam nec dubitari amplius possit. Dicat aliquis potuisse dubitari num post sententiam pro me redditam obiici mihi deberet exceptio rei iudicatæ, quia licet dici soleat, euidenter iniquum esse rei iudicatæ exceptionem ei proficere contra quem iudicatum est, *leg.euidenter.16. eod.* ea tamen ratio replicationem inducit aduersus exceptionem, potius quàm vt exceptionem impediat, vt apparet *ex §.1.huius legis, & ex §.creditor l.si fundus 15.D.de pignor.* † At 4
respondeo Vlpianum hîc non ita loqui vt dicat exceptionem rei iudicatæ competere quidem, sed ita tamẽ vt per replicationem elidi possit: quinimo ait non nocere. Quod ego sic omnino accipiendum existimo vt opposita non noceat, quia nec competit, vt & in *l.si in iudicio.21.hoc titu.* in illis verbis, *quia enim non competeret, nec opposita nocet.* † Et sanè fatendum est siue pronun- 5
ciatum sit hereditatem meã esse, siue absolutus sis cũ vtroque casu nihil possideres, si postea possidere cœperis, & rursus hereditatem petam planè aliam rem esse, quæ nũc in iudicium deducitur: ideóque nec exceptioni locum esse posse, *d.l.si quis.* Eandem enim aut diuersam rem causamve facit origo petitionis potius quàm formula sententiæ *l.si mater.11 §.eandem. eod.tit.* At initio petieram à te hereditatem cùm nihil possideres, nunc, peto, cùm possides: alia ergo petitio est: Nam si quis hereditatem petit ab eo qui nihil ex hereditate possidet, nihil petit: Qui verò hereditatẽ petit ab eo qui aliquid ex hereditate possidet, hoc ipsum petit quod reus possidet. Atqui sunt ista prorsus dissimilia & disparata nihil petere, & aliquid petere. Nihil ergo hac parte interesse potest, quod ad exceptionem rei iudicatæ deneganda pertinet, an pronunciatũ sit hereditatem meam esse, an absolutus sis, si vtroque casu nihil possidebas sententiæ tempore, nunc verò

possi-

6 possidès cùm hereditatem peto. † Nisi quod longè
minor, imò nulla prorsus dubitanti ratio est eo casu
quo pronunciatum sit hereditatem meam esse? Quam
ob causam vetus glossator sic locum hunc intellige-
bat, vt ponendum esset te cùm hereditatem meam es-
se pronunciatum est, res quasdam ex hereditate pos-
sedisse, vt dubitandi ratio illa afferri posset, quòd tu
earum rerum nomine quas tum possidebas condem-
natus, in aliis omnibus absolutus videreris. Quo quid
ineptius? Nam præter id quod Vlpianus apertè con-
tra ponit petisse me abs te hereditatem cùm tu nihil
possideres, quænam obsecro amentia ista est sic ratio-
cinari, vt quoniam earum rerum nomine quas possi-
debas condemnatus fuisti, absolutus videare illarum
etiam nomine quas non possidebas? Aut cur magis
tibi prodesse debet quòd pro quibusdam rebus quas
possidebas fueris condemnatus, quàm si nullomodo
condemnatus esses, cùm nihil omnino possideres? †
7 Itaque non dubito quin locus sit corruptus, & ita re-
stituendus, vt addita negatione legamus: *siue iudica-
tum fuit hereditatem meam non esse.* Nam quemadmo-
dum de illo tantùm Vlpianus quærit an mihi noceat
rei iudicatæ exceptio, ita fatendum est, non alium ab
eo casum tractari quam quo aduersus me iudicatum
sit. Potest autem duobus modis fieri vt contra me iu-
dicetur, si hereditatem petam à te qui nihil ex heredi-
8 tate possides. † Aut ita vt absoluaris, quia nihil possi-
des, aut ita vt pronuncietur hereditatem meam non
esse: vtroque casu placet Vlpiano idem iuris consti-
tui debere, vt si postea hereditarium aliquid posside-
re cœperis, & rursus petam hereditatem, non submo-
uear exceptione rei iudicatæ. Ratione illa videlicet,
quā supra attulimus, quòd alia res sit, quæ nunc in iu-
9 diciū deducitur. † Atqui, inquies, eadem manet causa
vincendi: non.n. qui rem hereditariam possidet, ob id
solùm condemnandus est quòd possidet, sed ita demū
si hereditas ad actorē pertineat. Alioqui in pari causa
melior esse deberet conditio possidentis, hoc ipso quo
possideret, *l.vlt.C.de rei vind.l.vl.D.de acq poss.* proinde
cum pronunciatum est hereditatem meā non esse, pa-
rum referre videtur an quid postea cœperis possidere
an nihil, cùm prius sit vt hereditas mea sit quàm vt
10 hereditatē possim à te petere. † Et hoc sanè est quod
Accursium fefellit, vt dixerit obstare mihi debere ex-
ceptionem rei iudicatæ si pronunciatum sit heredita-
tem meam non esse. Fefellit etiam cæteros, vt mendū
quod nos indicamus & corrigimus, animaduertere
non potuerint, sed Castrēsem maximè, qui alio etiam
casu nocituram mihi ait exceptionem istam, si inquit,
absolutus fueris simpliciter non adiecta illa causa,
quia nihil possidebas. At cogitare omnes debuerūt, nec
his quidem casibus nocere posse exceptionem rei iu-
dicatæ, quia cum tu prioris iudicij tempore nihil o-
mnino possideres, tametsi ego hereditatem petierim,
nihil tamen in iudicium deductum videatur, nec tam
ego rem aliam ab ea quā nunc peto, quam nullam o-
mnino petisse. Quid.n. possit peti ab eo qui nihil pos-
sideat nec dolo desierit possidere? Itaq; sententia con-
tra me lata, qua pronunciatum est hereditatem meam
non esse, aut qua tu simpliciter absolutus es, non ma-
gis parere potest exceptionem rei iudicatæ quàm si
non esset lata, cum eo tempore quo lata est, nihil inter
nos esset de quo disceptare possemus. Eum si quidem
qui petitione hereditatis sicut & qui vindicatione
conuenitur, possessorē esse necesse est saltem senten-
tiæ tempore vt sententia siue pro eo siue contra eum
11 ritè ferri possit, *l.sin autem.27.D.de rei vindicat.* † Nisi
dolo malo & cùm sciret se non possidere liti se ob-
tulerit siue interrogatus fuerit an possideret siue nō,
leg.is qui se obtulit 21.eod. (potest enim fieri vt liti se
reus offerat licet ab actore non interrogetur, in quo
etiam Castrensis errauit.) Quo casu etiam si nihil
possideat, hereditas tamen ab eo peti potest, quia vt
habet iuris regula dolus pro possessione est. *l. nec vl-
lam 13. §. non solùm. D.de petit. hered.* Quamquam nec
ad aliud teneri tunc reus potest quàm vt præster quā-
ti actoris interest deceptum non esse, *l.penultim. D.de
dolo.* non etiam vt quid restituere teneatur qui nihil
habeat. Cæterùm non hunc casum Vlpianus tractat,
quo tu qui nihil possidebas liti te obtuleris dolo malo
acsi possedisses, sed illum potius quo negabas teneri
te petitione hereditatis quòd nihil possideres. † In eo 12
namque differt petitio hereditatis à rei venditione,
q vindicatio in rem ipsam proponitur, non in perso-
nam, nec alius in iudicio vindicationis reus est si ve-
terem iudiciorum ritum spectes, quàm qui reuera
possidet, aut dolo desiit possidere, aut se vltrò liti of-
fert vt fundum defendat tanquam possessor. At peti-
tio hereditatis in personam proponitur licet in rem
scripta sit, ob idque longi temporis præscriptione re-
mouetur, *leg.hereditatis 7.Cod de petit. heredit.* Ideó-
que faciliùs in petitione hereditatis euenit vt is con-
ueniatur, tanquam aliquid possidens hereditarium,
qui neque possidet quicquam, neque dolo desiit
possidere, neque dicit se possessorem. † Potest etiam 13
fieri per iudicis imperitiam, aut ita ferente litis or-
dine vt non tantùm absoluat iudex possessorem quì
hereditatis petitione perperam conuentus est cùm
nihil possideret, sed etiam pronunciet, hereditatem
petitoris non esse. Quod cum sit, durior quidem est
petitoris sententia, sed non tamen in eo vt faciliùs
repelli debeat exceptione rei iudicatæ si posteà petat
hereditatem, cùm idem aduersarius hereditarium
aliquid possidere cœperit. In illo tantum durior
videri potest, quòd si is qui res hereditarias quas-
dam possidebat, sed non omnes quæ petebantur,
non solùm absolutus sit earum nomine quas non
possidebat, sed etiam obtinuerit pro iis quas possi-
debat, pronunciante iudice hereditatem actoris non
esse, danda illi erit exceptio si rursum ob alias res
quas post sententiam possidere cœperit conuenia-
tur petitione hereditatis. Neque enim alia res in se-
quens iudicium deducta videri potest ob id dunta-
xat, quod nunc earum rerum nomine agatur quas
reus non possidet, anteà verò non possidebat. Sem-
per siquidem verum est hereditatem peti, quæ iam
fuerat petita, nec posse actorem quicquam iuris ha-
bere in ea hereditate, quam pronunciatum sit suam
non esse. † Aliud erit proculdubio si ponas reum qui 14
plurium rerum nomine conueniebatur petitione he-
reditatis, absolutum fuisse pro iis quas tùm non pos-
sidebat. Nam si easdem posteà cœperit possidere, tan-
tum abest vt proficere illi debeat rei iudicatæ exce-
ptio, vt potiùs perinde nunc condemnari debeat, at-
que iam fuit condemnatus ob res eas quas prioris
sententiæ tempore possidebat: Cùm quæ priùs ab-
soluendi causa fuit, nunc sublata sit, eadem cōtrà ma-
nente causa condemnandi. † Planè multum intererit, 15
an pronunciatum sit hereditatem meam non esse, an
verò tuam esse, aut quod hac parte idem est, res illas
quarum nomine petitionem hereditatis institueram,
ad te pertinere. Hoc enim posteriore casu omnimodo
nocebit mihi exceptio, adeóque tametsi nouum
ius peruenerit ex quo possim contendere heredita-
tem aut res illas iure ad me spectare. Nempe quia
non meum tantùm sed cæterorum quoque om-

nium ius in iudicium deductum & per sententiam
extinctum intelligitur, hoc ipso quo pronunciatum
est hereditatem tuam esse, cùm res illa iudicata pro
veritate habeatur, fieri autem nequeat vt vllius alte-
rius sit quod tuum est, *l. si inter me.* 15. vbi est textus e-
16 legans, *D. hoc tit.* † Nec simile est quod in *l. si mater.* 11.
eod. idem Vlp. noster ait succurrẽdum esse matri quæ
filij successionem ab intestato vindicans aduersus eũ
qui se dicebat substitutum, victáque, quia patris te-
stamentum ruptum non erat; eandem hereditatem
vindicat apertis pupillarib. tabulis ex quib. apparuit
victorem non fuisse substitutum. Illa enim ratio, *quia
vnam tantùm causam egit rupti testamenti*, ideò tantùm
recta est & accommodata, quia etsi mater victa fue-
rat, non tamen pronunciatum erat hereditatem ad
substitutum pertinere, sed tantùm testamentum ru-
ptum non esse, quo primùm colore filij successionem
mater ab intestato vindicabat.

CAPVT XIV.

Explicatio §. 1. d. l. si à te. 9. de except. rei iudic.

SVMMARIA.

1 *Triplex Accursij ad d. § 1. interpretatio reijcitur.*
2 *Vltima præcipuè impugnatur.*
3 *Quomodo accipiendum sit quod dicit Vlpianus in* d. §. 1. secundùm petitorem iudicatum fuisse.
4 *An sententia lata contra possidentem tanquam non possidentem, si de nouo cœperit possidere, mandanda sit aduersus eum executioni?*
5 *An in specie* d. §. 1. *reus qui petitum fundum defendit condemnatus sit priusquam emeret, & exemptionis causa possidere inciperet?*
6 *In illa specie de proprietate non de illa possessione iudicatum fuisse.*
7 *Cur in ea specie possessionis mentionẽ fieri necesse fuerit?*
8 *Ratio propter quam possessio ante condemnationem superueniens in illa specie non impedit quin exceptioni rei iudicatæ locus sit.*
9 *Remouetur dubitandi ratio in h. §. ab Interpretibus allata.*
10 *Reijcitur formula exceptionis emptori eidémque condemnato a Doctoribus adstructa & accommodata.*
11 *Solam rei iudicatæ exceptionem emptori competere.*
12 *Perperam à nonnullis in verbis illis* exceptio rei iudicatæ, *pro* iudicatæ *reponi* venditæ.
13 *Vlpianum in* dict. §. 1. *de exceptione rei iudicatæ tractare.*
14 *Aequum esse aduersus exceptionem rei iudicatæ emptori competentem dari replicationem actori de re secundùm se iudicata.*
15 *An verba illa* actori iterum petenti *de pristina actione ab actore iterum in iudicium deducta accipienda sint?*
16 *Quid actori fundi restitutionem petenti agendum incumbat, quum reus de re iudicata excipit?*
17 *Quænam sint iudicis partes quum reus qui nullam exceptionem obijcit, restitutionem recusat?*
18 *An creditori qui hypothecaria egit aduersus possessorem & obtinuit, hypothecaria denuo agens exceptionem rei iudicatæ replicatione eludere possit?*

1 VLpiani † verba hæc sunt: *Si quis fundum quem pu-
tabat se possidere defenderit, mox emerit, re secundum
petitorem iudicata, an restituere cogatur? Et ait Neratius,
si actori iterum petenti obijciatur exceptio rei iudicatæ re-
plicare eum oportere de re secundũ se iudicata.* Nostri post
Accursium tres adferunt interpretationes. Primam il-
lam vt qui fuit condemnatus fundi nomine quem nõ
possidebat, si post condemnationem fundum emerit
perinde cogatur eum restituere atque si cõdemnatio-
nis tempore possedisset, nec iuuare se possit exceptio-
ne rei iudicatæ, cùm sit condẽnatus. Secũdam, vt reus
ille tanquam possessor conuentus cùm non possidé-
ret absolutus, postea verò possessor ex causa emptio-
nis factus, tandem cõdemnatus fuerit. Tertiam, vt iu-
dex eadem sententia & reum absoluerit, quia nõ pos-
sidebat & actoris rem esse pronũciauerit. Secundam
Bart. improbat, vt falsam, nec immeritò. Apertè. n. Vl-
pian. ponit iudicatum fuisse secundũ petitorẽ. Accurs.
contra, priorem illam nescio quam sententiam com-
miniscitur pro eo redditam aduersus petitorem: *Alias*
probat. † Mihi omnes improbabiles videntur, sed vl- 2
tima præcipuè, quia nõ video qua ratione fieri possit,
vt per eandem sententiam & absoluatur reus tanquã
qui nõ possideat, & nihilominus actoris rem esse pro-
nuncietur. Nam cùm in iudicio vindicationis vt in
cæteris omnib. reum aliquem esse necesse sit, alius au-
tem esse non possit, quàm qui possidet habetque resti-
tuendi facultatem, *l. officiũ. 9. & pass. de rei vind.* an non
fatuus sit iudex si nullo existente contradictore velit
pro actore pronunciare rem eius esse? † Et verò dubi- 3
tandum non est, quin quod Vlp. ponit secundum pe-
titorem iudicatũ fuisse, ita omnino accipi debeat, vt
eadẽ sententia reus condemnatus sit, non absolutus.
† Prima videtur magis placuisse Bartolo, qui textum 4
hunc literis aureis scribẽdũ dixit ad hoc vt probetur,
sententiam latam contra non possidentem tanquam
possidentem si de nouo cœperit possidere, mãdandam
aduersus eum executioni. Quod tamen non puto ve-
rè dici posse. Sententia. n. prorsus nulla est, ideóq; nec
transire potest in rem iudicatam quæ contra non pos-
sessorem tanquam possessorem lata est, præsertim in
iudicio vindicationis, cuius effectus ille, vt res actori
restituatur, *d. l. officiũ,* quod fieri non potest si nec pos-
sessor sit qui conuenitur nec pro possessore habẽdus.
Adeò vt etiamsi accepti iudicij & cõtestationis tem-
pore possideret, omnimodo tamen absoluendus sit si
eo tempore quo iudicatur, amiserit sine dolo malo
possessionem, *d. l. sin autem.* 17 *in princ. D. de rei vend. l.
pen. D. de dolo.* Tritum autem illud est, Sentẽtiam quæ
sit nulla & contra ius reddita nunquam transire in rẽ
iudicatam nec executioni mandandam esse, *leg. si cùm
nulla.* 58. *D. de re iudic.* † Error nostrorum in omnibus 5
istis interpretationibus ille, quòd putant tractari ab
Vlpiano casum illum quo reus qui petitum fundum
defendit, condemnatus sit priusquam emeret, & ex
emptionis causa possidere inciperet. Cùm tamen con-
textus ipse verborum qui præcipuè attendi debuit, o-
stendat factum eum fuisse emptorem & possessorem
antequam condemnaretur. Sic enim Vlpianus, *Si quis
fundum quem putabat se possidere defenderit, mox emerit:
re secundum petitorem iudicata,* &c. Nam quid obsecro
verba illa sibi volunt, *defenderit, mox emerit,* nisi quòd
statim post susceptam defensionem, & consequenter
fundum emerit & possidere cœperit is qui antea non
possidebat, tametsi possidere se putaret? Alioqui nec
secundùm petitorem in vindicationis iudicio pro-
nunciari potuisset reo non possidente tum cùm sen-
tentia ferebatur. Vnde illud etiam meo iudicio eue-
niret vt re secundùm petitorem iudicata si actor post
acquisitam condemnato ex causa emptionis posses-
sionem, iterum peteret, nullus ex ea sententia exce-
ptioni rei iudicatæ, nullus etiam replicationi locus
esse deberet, propterea quòd sententia, vt diximus,
penitus nulla esset. † Errant igitur toto cœlo qui pu- 6
tant in ea specie de sola possessione actum fuisse &
iudi-

iudicatum, non etiam de proprietate, moti tantum ex
iis verbis, *quem putabat se possidere*. Nec animaduerten-
tes verba illa, *si quis fundum defenderit*, proprietatis nō
possessionis defensionem significare, sicut nec fundi
appellatione possessio, sed proprietas demonstratur.
7 † Possessionis tamen fieri mentionem necesse fuit,
quia vt superiore capite diximus, aduersus vindican-
tem fundum is demùm potest defendere qui possi-
det, aut pro possessore habetur, non item qui posside-
re se putat nec possidet. Nam qui putat se possidere
cum reuera non possideat, non potest videri dolo ma-
lo facere licet se liti offerat, ideoque nec pro possesso-
re habendus est, vt contra eum illa exerceatur actio,
quæ non nisi contra possessorem exercenda est. Nec i-
8 gitur condemnandus. † Sanè superueniens possessio
ante condemnationem sicut facit, vt contra eum fer-
ri sententia possit actore probante, aut pro eo si actor
non probet. Ita non impedit quin excipi possit de re
iudicata, quamuis nouus emptionis titulus accesserit
de quo nec defensionis tempore cogitabatur. Nempe
quoniam actore probante suum esse fundum quem
petit, fieri nequeat vt eius fuerit qui reo vendidit, nō
magis quàm ipsius rei, cùm duorum eodem tempore
& in solidum esse non possit. Quare nec dubitat Vl-
pianus quin exceptioni rei iudicatę locus sit, cui vtiq;
locus non esset si propter possessionem quæ ex nouo
emptionis titulo superuenerit de iure actoris iterùm
quærendum esset, quia & alia res, & aliud ius in iudi-
cium deduci nunc videretur, *l. cum quæritur 12. & seqq.*
9 *D. hoc tit.* † Itidem errant qui dubitandi rationem il-
lam adferunt, quòd cōdemnatus reus empti titulum
posteà quæsiuisset parat úsque esset de ipsa proprieta-
10 te litigare. Hoc enim iam refutauimus. † Sed errant
longè grauius cùm exceptionis formulam illam ad-
struunt quæ emptori eidémque cōdemnato accom-
moderur. *Secundum te rectè iudicatum est cùm non essem
verus possessor, nunc empti titulo sum subnixus, ideóque
sententia in vtilitatem tuam lata ad hanc meam & præ-
sentem possessionem non extenditur*. Quid enim commu-
ne habet ea exceptio cum exceptione rei iudicatæ de
qua nominatim Vlpianus loquitur? Replicatio illa
dicenda esset potius aduersus exceptionem rei iudi-
11 catæ si emptori res iudicata obiiceretur. † At contra
ponit Vlpianus emptorem ipsum à quo post sentētiā
iterùm fundus petitur obiicere exceptionem rei iu-
dicatæ non actorem, quia nec exceptio actori accom-
modatur, sed reo. Alia porrò exceptio nulla reo accō-
modari poterat, quia sententia super domino & pro-
prietate pro actore reddita contra eum qui sententię
licet non contestationis tempore possidebat, nō tan-
tùm possessoris rei ius extinxerat, sed etiam vendito-
ris à quo ille post contestatam litem fundum emisset.
12 † Errant quoque qui in illis verbis, *si actori iterum pe-
tenti obiiciatur exceptio rei iudicata*, pro *iudicata* repo-
nunt *vendita*, quasi exceptio rei venditæ potius pro-
desse debeat emptori, qui fuit cōdemnatus quàm rei
iudicatæ. Nam exceptio illa rei venditæ & traditæ nō
nisi aduersus venditorem eiúsve heredem aut alium
qui ab eo causam habeat competit, *l. 1. & tot. tit. de ex-
cept. rei vend.* nō item aduersus verum dominum rem
suam vindicantem quæ à non domino sit vendita. Rē
enim suam à quocunque possessore vindicare, auffer-
re & euincere dominus potest, *l. rem alienam 28. D. de
cont. empt. & tot. tit. de euict.* Sed & cū, vt diximus, em-
ptio illa ante sententiam facta fuisset, & emptoris cō-
demnationi viam aperuisset, absurdum sit post sentē-
tiam dari exceptionem rei venditæ illi qui nec aliam
ob causam condemnatus fuerit, quam quòd emerit,
reique emptæ possessionem nactus sit. † Ergo de ex- 13
ceptione rei iudicatæ Vlpianus omnimodo intelligē-
dus est, quæ haud dubiè reo competit licet cōdemna-
to, cùm idipsum in iudicium deducitur de quo iam
fuit pronunciatum, ne litium modus multiplicatus
summam atque inexplicabilem faciat difficultatem,
vt Paulus loquitur in *l. singulis 6. hoc tit.* néve inani-
bus sumptibus vexetur, si iterum condemnetur qui
iam condemnatus est. † Sed tamen quia euidēter ini- 14
quissimum est proficere exceptionem rei iudicatæ illi
contra quam iudicatum est *l. euidenter 16. eod.* æquissi-
mum ex contrario est aduersus huiusmodi exceptio-
nem rei iudicatæ dari replicationem actori de re se-
cundum se iudicata. † Malè etiam nostri omnes ea 15
verba, *actori iterum petenti*, sic accipiunt, vt pristinam
actionē actor in iudicium deduxerit. Id. n. falsum esse
probant illa præcedentia, *an restituere cogatur*, osten-
dúntque post redditā super proprietate sentētiā nihil
aliud egisse victorem nisi vt sibi res sua restitueretur.
Quā in rem fundum peti & vindicari necesse est, non
vt de litigatorum iure iterùm cognóscatur [Sic. n. res
abiret in infinitum] sed vt eò citiùs fundus restitua-
tur quē sciat iā condemnatus ad actorem pertinere,
vtiq; si vltro possessor non restituat restituere à iudi-
ce iubeatur. Nō enim qui in vindicationis iudicio co-
gnoscit, cùm pronunciat, ita fert sententiam vt iubeat
rem actori restitui, sed illud tantùm pronunciat, rem
esse petitoris: quo facto petitur restitutio, & quidem
per vindicationem potiùs quàm ex iudicato ne sibi
victor præiudicet si in personam agere malit, quàm
in rem. Nec negari potest, quin etiam post sententiam
p[...]inum ius vindicandi duret. Quādiu enim domi-
nus manet qui vindicare vult, tandiu ius habet vin-
dicandi. At sententia quæ rem ipsius esse pronuncia-
uit, etsi non facit eum magis dominum si iam antea
dominus fuit, facit tamen ne dubitari amplius possit
quin re vera sit dominus, cùm pro veritate habeatur,
illo etiam casu, quo reuera dominus anteà non fuis-
set. Facit igitur, vt eo magis vindicandi fundi ius vi-
ctor habeat. † Tum verò liberum est condemnato, vt 16
vel restitutionem offerat, vel excipiat de re iudicata.
Si restitutionem offerat, benè est, nec ampliùs partes
suas iudex interponit. Sin excipiat de re iudicata,
quod facere summo iure potest, replicare victorem
oportet. *At si non secundum me res iudicata sit*. Atq; ita
iudex restitutionem fieri iubebit. † Sin reus sciens nil 17
sibi profuturam exceptionem rei iudicatæ propter re-
plicationem quæ actori competet cùm sit ipse con-
demnatus, nullam exceptionem obiiciat, nolit tamen
restituere, rectà iubendus est, vt restituat. Quòd si re-
stituere iussus iudici non paret contendens non pos-
se restituere, tùm siue possideat, siue dolo malo, aut
citra dolum desierit possidere, ea omnia seruāda sunt
quæ idem Vlpianus in hanc rem tractat in *l. qui resti-
tuere 68. de rei vindic.* Idem ferè iuris est in creditore
qui hypothecaria egit aduersus possessorem, & obti-
nuit. Hic enim cùm vindicare fundum non possit tā-
quam dominus quia nec dominus est, rursum hypo-
thecaria agere cogitur atque ita præbere condemna-
to possessori facultatem obiiciendæ exceptionis rei
iudicatæ, quam tamen elidi æquum est per replica-
tionem cùm non secundum possessorem iudicatum
sit, sed secundum creditorem, *l. si fundus 15. §. creditor.
D. de pign.* Si post sententiam pro creditore in hypo-
thecaria redditam posset ille rem vindicare, non no-
ceret ei exceptio rei iudicatæ, quoniā alia esset actio,
nec proinde replicationem obiici oporteret. At qui
vindicauit fundum & obtinuit, omnimodo repellitur

exceptione rei iudicatæ, nisi iuuetur replicatione, quia iterum vindicare cogitur, nec aliam actionem habet quam æquè commodè possit exercere, quia dominus est. Proinde omnino necessaria illi est replicatio de re secundum se iudicata.

CAPVT XV.

Emendatio §. item Iulianus l. si mater eod. tit. de except. rei iudic. & l. 4. C. de dot. promiss.

SVMMARIA.

1 *Quid sibi velit Vlpianus illis verbis*, nam etsi ante eandem partem petissem. &c?
2 *Quomodo verba illa emendanda sint?*
3 *Eorum verborum sensus.*
4 *Rei iudicatæ exceptionem à persona autoris ad emptorem transire, ab emptore verò ad autorem non reuerti.*
5 *An si voluntate dotantis plura in dotali instrumento sibi tradita esse maritus scripserit, quàm susceperit, de his quæ desunt petendis pactum videatur consecutum?*
6 *Quo pertineat illud quod dici solet, non alias contingere liberationem per apocham, quam si pecunia soluta sit?*
7 *Negatio additur in* d. l. 4. C. de dot. promiss.
8 *Ad quid prosit solutionis professio quum de pecunia soluta agitur quam aliquando restitui oporteat.*
9 *Duplex eius scripturæ vsus, qua vir plus sibi dotis nomine numeratum esse profitetur, quàm reuera accepit.*
10 *Cur illa solutionis professio pactum de residuo petendo non possit inducere?*
11 *Dotem ex tacito nudo pacto etiam post Theodosij constitutionem exigi non posse.*
12 *Verbum* intelligis *in d. l. 4. quam vim habeat?*
13 *Cur voluntas dotantis in illa scriptura conficienda in d. l. 4. requiratur?*
14 *Confirmatur emendatio d. l. 4.*

1 NON † est difficile obseruare quod tamen nemo
adhuc obseruauit, subesse mendum non vnum,
in §. item Iulianus l. si mater 11. de except. rei iudic. in illo
versiculo, *nam etsi ante eandem partem petissem, & agerem familiæ erciscundæ obstaret exceptio, Quod res iudicata sit inter me & te.* Vult enim iis verbis Vlpianus rationem reddere eius quod ex Iuliano dixerat, Si cùm
ego & tu Titio heredes extitissemus, tu partem fundi quem totum hereditarium dicebas à Sēpronio petieris, & victus fueris, mox eadem partem à Sēpronio
emero, agenti tibi mecū familiæ erciscundæ exceptionē obstare debere, quia res iudicata sit inter te, & vē-
2 ditorē meum. † Consequens igitur erat vt in sequentibus ita scriberet, *nam etsi a me eandem partem petisses, & ageres familiæ erciscundæ, obstaret exceptio, quod res iudicata sit inter me & te.* Neque dubitari meo iudicio
oportet quin ita legendum sit. Quis enim Accursij
interpretationem probet vt tam citò tāmque ineptē
Vlp. personas mutauerit? Natus error est ex eo quod
vbi scribendum erat *a me* facilè imperitus librarius
lapsus sit vt scriberet *antè* quomodo & hodie in
Pand. Florent. legitur. Tum ex dictione illa *antè*, factum est æquè facilè vt legi cœperit *à te* quæ vulgatior lectio est. Ea verò admissa necesse fuit pro *petisses & ageres*, reponere *petissem & agerem*. Quomodo
enim tu à te petisses? Ita ex mendo vno eoque satis
leui multa conflata sunt. Coniecturam iuuat quod etiamnum in plerisque libris legitur *exceptio mihi obstaret*, pro eo quod Florentiæ, *obstaret exceptio*. Apparet
enim ex eo non sibi temperasse interpretem quin ad
hunc locum manus admoueret. Vt taceam quod monui sæpius, frequentissimum illud mendum esse, &
passim occurrere vt *s* pro *m* scribatur, & contra. † Sen- 3
sus autem erit apertus, nocere tibi debere exceptionē
rei iudicatæ mihi competentem ex persona mei autoris aduersus quem egeras, quia etsi tu à me petisses
& nunc ageres, mihi ex persona mea prodesset: nihil
autem refert an ex mea an ex tutoris mei persona cōpetat, cùm æquum sit emptorem hac parte, vt in cæ-
teris ferè omnibus vti iure venditoris. † Id enim est 4
quod in *§. vltim. & l. si a te, eod. tit.* idem Vlpianus eodem Iuliano dixerat, rei iudicatæ exceptionem à persona autoris ad emptorem transire debere, quamuis
retrò ab emptore ad autorem reuerti non debeat. †
In *l. si voluntate 4. C. de dot. promis.* aut multò grauius 5
mendum est, aut longè periculosius fallimur. Nec enim puto vlla iuris aut æquitatis ratione defendi posse quod lex ait, & nostri omnes ex ea lege sentiunt, si
voluntate dotantis plura in dotali instrumento sibi tradita esse maritus scripserit quàm susceperit,
de his quæ desunt petendis pactum videri consecutum. Nam quomodo pactus videri potest de omnibus quæ desunt petendis qui omnia sibi iam tradita fuisse scripsit? Fateor maritum non plus cogi reddere iudicio de dote quàm acceperit, quia dotem numeratio facit non scriptura, *l. 1. C. de dot. caut. nō numer. l. 1. C. de donat. ant. nupt. l. maritus dotem 32. D. sol. matrim.*
Sed posse eum idcirco agere vltrò vt quod solutum ipse professus est sibi soluatur, id verò nego & pernego. † Nec simile est quod dici solet, non aliàs contin- 6
gere liberationem per apocham quàm si pecunia soluta sit, *l. si acceptilatum. 19. §. 1. de acceptil.* Id enim eò
pertinet, vt per exceptionem vel replicationem non
numeratæ pecuniæ elidi possit ius apochæ, sed non vt
ex apocha detur actio ad soluendum id quod re vera
solutum non est: Alioqui inducta ad liberandum prodessent ad obligandum quod iuris ratio non patitur.
† Itaque si quid mei iudicij est, puto deesse negatio-
nem, legendumque *de his quæ desunt non petendis.* Pa- 7
ctus nāque de non petendo facilè & vel ex solis coniecturis inducitur, vt puta si debitori meo reddiderim cautionem, *l. 2. D. de pact. l. creditorem. 7. C. de remiss. pig.* Atqui pecuniæ solutæ professio collata instrumēto maiorem rei gestæ probationem continet quàm si
chyrographum acceptæ pecuniæ fuisset redditum. *l. pecunia. 14. C. de solut.* † Ergo si pecunia soluta talis sit 8
quam aliquando restitui oporteat, ea solutionis professio licet non sufficiat ad probandam solutionem vt
inducatur obligatio restituendi, proderit tamen ad
hoc saltē ne id quod defuit peti vnquam possit, Multò magis quàm si maritus promissæ dotis instrumentum reddidisset: Quę tamen redditio ad inducendum
vt diximus pactum tacitum de non petendo sufficeret, quamuis non ad obligandum maritum vt iudicio
de dote conuentus plus redderet quàm accepisset, nā
quod lex ait de pacto, haud dubiè de tacito intelligi
debet, cùm expressum nullum sit de his quæ desunt
petendis. De non petendis intercessisse expressum videri potest & reuera intercessit, hoc ipso quo scriptū
est omnia tradita. Aut cum tacitū pactum ex eo quod
expressum est induci debeat, fatendum est, vtiq; quod
expressum est plura tradita fuisse quàm reuera fuerit, longè facilius inducere debere vt pactum tacitum
interuenisse videatur de his quæ desunt non petendis

9 dis quàm de petẽdis † Solet enim eiusmodi scripturæ duplex vsus esse, vnus ille vt probetur solutio & quæsita per solutionem liberatio: Alius superiori consequens vt quod solutum esse creditor professus est petere amplius non possit. Prior nullus est cùm reuera non est numerata pecunia præsertim in causa dotis. Nam vt dixi dotem facit numeratio non scriptura, & iure ita comparatum est vt liberatio per solam solutionem acquiratur, aut per id quod fit vice solutionis, non item per solam solutionis confessionem quãtumuis scriptam, sicut & vt re obligatio contrahi nõ possit nisi quatenus res interuenerit, *l. cùm vltra 9. C. de non numer. pecun. l. si tibi 17. D. de pact.* Posteriorem apochæ vsum nihil est quod possit impedire quia non ex iure pẽdet, sed ex sola creditoris voluntate, quæ porro iis ipsis verbis declarata quibus declarari posset si numeratio vera interuenisset, cur non æquè prosit debitori hactenus saltẽ ne ab eo peti amplius quicquã possit? Tametsi ad liberationem ipso iure acquirendã non sufficiat, multóque minùs ad inducendam restituendi obligationem.

10 † Certè quãuis ita esse admitterem vt ex ea scriptura tacitum de non petendo pactum nullum induci posset, illud tamen numquã possim admittere, contrarium pactum de petẽdo induci faciliùs debere. Esset alioquin ista omnium accõmodatissima ratio debitoris obligandi qui non nisi partem debiti solueret, vt quod deesset eò magis soluere teneretur, fateri creditorem totum se debitum accepisse. Quod tamẽ quàm ridiculè dicatur, quis non videat? sed & quis vnquam audiit agi vlla lege de tacito pacto de petendo? Aut quis eius pacti effectus esse potest, cùm ex nudo pacto numquam agatur? At contrà pacti de non petendo vsus est maximus & efficacissimus, quia prodest ad excipiendam elidendámq; actionem, *leg. si vnus 27. §. pactus ne peteret. D. de pact.*

11 † Nec est quod quis fauorem dotis obtendat. Nã neque fauore dotis agi olim potuit ex nudo pacto etiã expresso, multò minus autẽ ex tacito. Primus Theodosius fuit qui in *l. ad exactionem 6. C. eod. tit.* cõstituit, vt ad exactionem dotis quam semel præstari placuit qualiacunque verba sufficiãt, siue scripta fuerint siue non, etiam si stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè interuenerit. Sed tamen nec post eam Theodosij constitutionẽ possis dicere tantum esse fauorem dotis vt ex tacito pacto nudo exigi dos possit, illud verò multo minus vt tacitè videatur pactus de tota dote soluenda, qui partem duntaxat soluẽs apocham totius solutæ à marito extorsit.

12 † Deniq; quod Imperatores ita respondent *intelligis, &c.* ostẽdit satis apertè meo iudicio aduersus consulentem eos respondere non pro consulente. Consulens autem quærebatur quòd cùm partem tantùm dotis accepisset, totam tamen sibi solutam fuisse professus esset. Consequens igitur est vt Impp. responderint intelligere eum debere hoc ipso pactum videri consecutum, & quidem tale quod expressum potius quàm tacitum dici oporteat de iis quæ deessent non petẽdis. Neque enim plus petẽdi animum creditor habet, vt nec debitor plus soluendi, cùm vtriusque consensu scriptura fit, quæ totius debiti solutionem factam esse præ se ferat.

13 † Ideò autem lex requirit dotantis voluntatem in ea scriptura conficienda interuenisse, quia neque expressum neque tacitum pactum vllum esse potest, nisi quod duorum cõsensum habeat, nec proinde fieri inter absentes, sed inter præsentes duntaxat potest.

14 † Sed & obseruandum est, quod emendationis nostræ coniecturam omnino confirmat, tractari eo loco de professione totius dotis solutæ scripta in ipso dotali instrumento in quo dos dicta & promissa fuerat; Quid igitur egebat maritus tacito illo pacto de petenda dote cùm eo nomine paratam haberet ex contractu actionem? Pactum sanè de petendo tametsi expressum fuisset ad aliud prodesse nõ poterat quàm ad producẽdam replicationem, si qua fortè exceptio aut pacti aut alia dotanti prodesse potuisset, *d. §. pactus ne peteret.* Atqui nihil est in tota ea lege ex quo possit conijci exceptionem aliquam dotantis competiisse, propter quam marito necessaria fuerit replicatio. Nisi ex professione ista totius dotis solutæ pactum illud de non petendo inducas, quod nos inducendum cõtendimus. At si hoc admittas iam nihil supererit ex quo possis contrarium pactum de petendo inducere: Neque enim fieri vllomodo potest, vt ex vna eademque numero solutæ dotis professione pacta ista duo tam contraria inducantur de non petendo, & de petendo: Aut quod idem est, vt vnum idemque pactum prosit debitori ad excipiendum & creditori ad replicandum. Concludamus igitur deesse negationem quam nos restituimus, nec nisi de pacto de non petendo intelligi legem debere.

CAPVT XVI.

Tribonianismi quidam.

SVMMARIA.

1 *Verba illa* l. si debitori 21. de iudicum competenti cautela, *Triboniani esse.*

2 *In actionibus personalibus debitorem qui ante iudicium acceptum solutionem offert, cautione onerandum non esse, in realibus aliquando satisdare teneri.*

3 *Ratio huius dissimilitudinis.*

4 *Cur actio de eo quod certo loco arbitraria ȩμφατικῶς dicatur?*

5 *In personalibus actionibus quæ arbitrariæ non sunt, non posse regulariter arbitrio vel officio iudicis satisdandi onus debitori iniungi.*

6 *Alia Triboniani verba in* d. l. si debitori & l. si plures 14. ff. depos.

7 *Emendatur* d. l. si plures. *& pro* adierit *legitur* aderit.

8 *Obseruatur eiusdem Triboniani manus in* l. 1. §. si pecunia in sacculo 36. ff. depos.

6 *De pluribus heredibus eius qui pecuniam in sacculo signato deposuerat, eandem pecuniam repetentibus.*

10 *Totam* l. si defunctus 15. de procurat. *Triboniani esse.*

11 *An defuncto ante litem contestatam domino, qui procuratore præsente aut sciente iudicatum solui satisdederat, procurator cogendus sit pro eo iudicium accipere?*

12 *Satisdationem iudicatum solui pro sciente & patiente procuratore interpositam non impedire quin mandatoris morte re integra mandatum finiatur.*

33 *An si pro absente & ignorante procuratore dominus iudicatum solui satisdederit, tum ante litem contestatam defunctus sit, committatur ob rem non defensam stipulationis clausula?*

14 *An si reus postquam iudicatum solui promisit, demens factus sit, committatur stipulatio ob rem non defensam?*

15 *Sola contestatione litem constitui.*

16 *Stipulationem iudicatum solui nõ prius commissam videri quàm lis fuerit contestata.*

17 *Verba Triboniani obseruantur in* l. defunctus 15. §. fin. ff. de procurat. *& ostenditur eum qui vnius ex socijs procurator est, duplicis cautionis & satisdationis onere grauari non debere.*

18 *Duplicem satisdationem in illa specie necessariam non esse.*

19 *Quid a Triboniano additum sit in* l. si reus 73. ff. de procurat.

20 *An reus qui procuratore agente ante litem contestatam pecuniam soluere paratus est iudicium accipere cogendus sit?*

21 *Distinctionem à Triboniano in superiore lege & quæstione allatam inutilem esse.*

22 *Quo sensu dicatur, iudicia omnia absolutoria esse?*

23 *Emendatur* d. l. si reus. *& dubitandi in ea ratio proponitur.*

24 *Remedium deponendæ in æde sacra pecuniæ à Triboniano in d. l. propositum creditori potius quàm debitori nocere.*

25 *Pecuniæ oblatæ obsignatio quando solutionis loco sit?*

26 *Procuratorem in specie dictæ legis pecuniam accipere posse quam debitor creditori non obtulerat.*

27 *Procuratorem in d. l. intelligi non ad lites datum, sed cum cui negotiorum omnium administratio mandata est.*

28 *Cur in eiusdem legis specie ad obsignationis remedium recurrere non sit necesse?*

29 *An de eo Paulus in d. l. tractet qui se tantùm paratum dicit soluere, an verò de eo qui pecuniam in sacculo offert?*

QVam sæpe Tribonianus pro arbitrio suo pruden-
tum responsa corruperit immutatis, additis de-
tractísque non verbis tantùm, sed etiam sententiis
integris, apparet ex iis locis quos superioribus libris
indicauimus, sed constabit euidētiùs ex his quos hoc
1 capite subiiciemus. † *In l. si debitori 21. ff. de iudic.* verba
illa, *cum competenti cautela.* proculdubio sunt Tribo-
niani, cui video tam esse familiaria quàm maximè sūt
à iuris ratione in proposito aliena. Nam quoties de-
bitor fatetur se debere paratúmque se dicit soluere,
diem duntaxat petens ad explicandam soluendámq;
pecuniam, cur non audiatur, tametsi cautionem, vel
vt Tribonianus barbarè loquitur, cautelam nullam
offerat? Neque enim vt lex subiicit magnum dānum
est in mora modici temporis. Modicum siquidem tē-
pus hic accipiendum est, vt eadem lex ait, quod post
2 condemnationem reis indultum est. † Ex quo magis
apparet debitorem qui ante acceptum iudicium velit
soluere nulla cautione onerandum esse qua nec one-
ratur qui iam est condemnatus: quem tamen nemo
dixerit melioris esse debere conditionis, quam qui
nondum condemnatus est. Fateor si ad dictam diem
debitor non soluerit cogendum eum captis pignori-
bus, quę postmodùm si pecunia intra duos menses nō
soluatur vendi possint, *l. debitoribus 31. ff. de re iud.* Sed
vt nō aliter dilationem debitori dari oporteat quàm
si caueat dato fideiussore aut pignore, nuspiā scriptum
est. In actione in rem aliquando euenit, vt possesso-
rem satisdare oporteat de re quæ petitur vbi petitur
aut vbi iudicatur restituenda, *vt in l. nisi malit 11. ff. de
rei vind. §. etsi in rem Instit. de off. iud.* At in actionibus
3 in personam euenire id nunquam potest. † Et dissimi-
litudinis ratio illa est, quòd in actione in rem restitu-
tio sit arbitrio iudicis, ideóque actiones huiusmodi
dicuntur arbitrariæ, sicut & illæ quæ cùm sint perso-
nales, tamen in rem scriptæ sunt, de quibus *in §. præ-
tereà, Instit. de action.* Arbitrium autem iudicis plerū-
que ex causa tale esse necesse est, vt satisdari actori o-
porteat. Contrà verò actiones merè personales quæ
ex contractu vel quasi contractu descendunt, sicut
vim suam ex obligatione accipiunt ita iudicis arbi-
4 trium neq; requirunt neque admittunt † excepta illa
sola, quæ dicitur de eo quod certo loco: quā idcirco
ἰδιαιτέρως arbitrariam appellamus, quoniam similem
aliam nullam habet, id est quæ sit & merè personalis
& arbitraria. Ideò autem arbitraria est, quia contra
eum qui certo loco dare promisit fieri non potest vt
ex vi & natura obligationis alia loco agatur, vnde
fieret vt deficiēte obligationis potestate debitor qui
ad locum solutioni destinatum nunquam accederet
nusquam conueniri posset nisi per arbitrium iudicis
creditori succurreretur data illa actione ad extorquē-
dam à debitore quocunq; loco solutionem, cum cō-
demnatione eius quod creditoris interest solui destinato
loco. † In aliis igitur actionibus personalibus, 5
quæ cùm nunquam sint arbitrariæ nūquam arbitrio
iudicis reguntur, siue bonæ fidei sint siue stricti iuris,
fieri non potest vt arbitrio vel officio iudicis satisdā-
di onus debitori iniungatur, præterquàm in specie *l.
in omnib. 41. ff. de iud.* id est, cùm antè quàm præstandæ
pecuniæ dies veneit aliquid incidit eiusmodi, pro-
pter quod verendum sit, vt ad diem exigi pecunia nō
possit: quod certè non contingit in eo, qui se fatetur
debitorem, dicitq; paratum soluere. † Ergo verba illa 6
d. l. si debitori cum competenti cautela, Triboniani sunt
non Vlpiani. sicut & illa *prius idonea cautela à debitore,*
pro indemnitate præstanda, *in l. quamuis 6. ff. de pign.
act.* quēadmodum alio loco monuimus. *Et in l. si plu-
res 14. in princ. D. depos. cautela idonea reddenda.* † vbi 7
tamen obserua mendum aliud subesse in illis verbis,
si maior pars adierit, legendúmque *aderit.* Nam priora
illa, *si plures heredes extiterint,* ostendunt ab omnibus
heredibus aditam fuisse hereditatem, quia nec testa-
mentarij nec legitimi heredes, nec alij denique quàm
sui, priùs existunt heredes quàm adierint. Sequentia
verò *restituendam rem præsentibus* demonstrant eum
casum tractari quo pars earum heredum adsit petát-
que depositum. † *In l. 1. § pecunia in sacculo 36. eod. tit.* 8
quis non fateatur ab illis verbis, *veniat repetens,* vsque
ad fin. §. omnia esse Triboniani. Plena scilicet distin-
ctionibus & ablatiuis absolutis, itémque græcismis,
ne dicam solœcismis. Illa namque postrema verba,
& omni actione depositarium liberari, quā rogo constru-
ctionem possunt admittere, cùm nihil sit in præcedē-
tibus quod regere debeat infinitiuum? Nam si refer-
re velis ad verbum, *debebit* [quod tamen nec commo-
dè facere possis] debuerat ergo ita subiici, *res in æde
deponi. & omni actione depositarius liberari.* Sed cum
Imperatorem ageret Tribonianus, sic ille scripsit ac si
adiectum aut supplendum esset verbum *iubemus,* vel
præcipimus taléve aliquid. † Quod si legis sententiam 9
iurísque rationem respicias digna sanè est Triboniano
magis quā Vlpiano tota illa distinctio. Cùm enim
plures heredes sunt eius qui pecuniam deposuerat in
sacculo signato, indistinctè dici potest quod Caius
scribit *in d. l. si plures,* restituendam esse præsentibus &
petentibus si maior eorum pars aderit, quoniam hoc
casu indiuidua sit depositi obligatio, propterea quòd
resignare sacculum depositarius nec possit nec de-
beat, nisi præsentibus omnibus quorum interest. At si
sacculus signatus non esset, diuidi commodè posset
depositi obligatio, & sicuti non nisi partem suam he-
reditariam petere quisque ex heredibus posset, ita eā
duntaxat partem singulis restituere depositarius de-
beret, neq; cautionis remedium necessarium est cùm
indemnitati depositarij satis cōsultum sit ex eo, quòd
maiori parti heredum sacculum signatum restituerit,
indemnitati verò coheredum, quòd habituri sint fa-
miliæ erciscundæ iudicium aduersus coheredes qui
totum depositum repetierunt. † *In l. si defunctus. ff. de* 10
procu.

procurat. nihil video quod non sit Triboniani. Quis
enim Iureconsultorum sic vnquam locutus est, *iudi-*
catum solui stipulatione pro suo procuratore data, pro eo
quod Tribonianus docere voluit, *facta promissione de*
iudicato soluendo? Illa item quæ sequuntur, *satis inciui-*
le est, an nõ Triboniani manum produnt apertissimè?
Solet enim ille frequenter ita loqui, *satis inciuile*, *satis*
11 *absurdum*, *satis inhumanum*. † Deinde quænam obse-
cro iuris constitutio illa est, vt defuncto ante litẽ cõ-
testatam domino qui pro procuratore præsente aut
sciente iudicatum solui satisdederat, cogẽdus sit pro-
curator iudicium accipere? An non verum est procu-
ratorem non nisi post litem contestatam fieri domi-
num litis? *l. ab executore 4. §. vlt. D. de appell. l. nulla 23. C.*
de procur. Rursum, morte mandatoris antè litem con-
testatam re integra nondúmque effecto domino pro-
curatore finiri mandatum? *l. si præcedente 18. in princip.*
D. manda. Cur ergo cogatur is qui ampliùs procura-
tor non est procuratorio nomine iudicium accipere?
An quia consenserat viuo domino, vt pro se iudicatũ
solui à domino satisdaretur? Atqui ponimus satisde-
disse dominum pro eo tãquam pro procuratore. Eua-
nescere igitur vim satisdationis, & necessitatem acci-
piendi iudicij necesse est finito mandato morte man-
12 datoris. † Neque enim satisdatio iudicatum solui pro
sciente & patiẽte procuratore interposita perpetuum
facere potest mandatum, vt ne mandatoris quidem
morte re integra finiatur, quicquid nostri sentiãt, qui
in eo suaues sunt, quod aiunt textum hunc esse sin-
gularem ad probandum satisdationis eam esse vim &
potestatẽ, vt impediat ne mandatum quasi re integra
morte finiatur: licet cogãtur fateri non eandem illius
satisdationis vim esse quæ esset contestationis. Non
nego procuratorem sicut & alium defensorem quẽli-
bet cùm satisdedit domini loco habendum esse, *l. mu-*
tus 43. §. vlt. l. Titius 76. de procurat. Sed nego eam sa-
tisdationẽ facere ne morte mandatoris finitum man-
datum videatur, sicut nec impedit quominus reuoca-
re quandocumque possit. Nego etiã eodem iure cen-
seri debere procuratorem cuius nomine dominus sa-
tisdederit tametsi sciuerit ille & passus sit. Hic enim
domini loco habendus non est cùm non ipse sed do-
minus satisdederit. Proinde non potest ea satisdatio
impedire quominùs mandatoris morte mandatum fi-
13 niatur: † sed illud quàm ridiculum & iniquum est
quòd Tribonianus constituit, si pro absente & igno-
rãte procuratore dominus iudicatum solui satisdede-
rit, tùm ãnte litem contestatã defunctus sit, commit-
ti ob rem non defensam stipulationis clausulam. Cur
enim committatur si rem defendere neq; procurator
cogitur, quia stipulationi nõ consentiit, neque domi-
nus quia defunctus est? Neque enim vir bonus arbi-
trabitur indefensam esse rem de qua Prętor iudicium
accipere non cogat, *l. non cogendum 45. §. 1. de procurat.*
l. vir bonus 18. iudic. solui. cogere autem Prætor neque
procuratorem potest finito iam mandato, neq; domi-
num vita functum. Nam & si mãdatum finitum esset
reuocatione & prohibitione procuratori facta ne de-
fenderet, non committeretur stipulatio, quia vt com-
mittatur non sufficit cum ea persona accepta esse iu-
dicium, quę stipulatione comprehensa est, sed oportet
eandem personæ causam esse quæ stipulationis tem-
pore fuit vt Caius scribit in *l. si ante 7. D. eo*. Atqui ne-
gari non potest quin & procuratoris causa mutata sit
finito mandato, & domini post stipulationem, & ante
14 litem contestatam defuncti. † Quã ob causam de illo
etiam dubitatum legimus, Si reus postquam iudicatũ
solui promisit demẽs factus sit, an stipulatio commit-
tatur ob rem nõ defensam, & quamuis placuerit ma-
gis esse vt committatur si nemo eum defendat, *l. 3. §. si*
reus eo. tit. alia tamen hac parte demẽtis, alia defuncti
ratio est, quia dementem per alium defendi nihil pro-
hibet sicut & eum qui in magistratu est nec in ius in-
uitus vocari potest, de quo in *l. si reus 12. eod*. mortuus
verò sicuti iam nullus est, ita defendi ampliùs nec po-
test nec debet. † Parúmque refert, an lis mortua sit, an 15
defunctus is qui litem nondum fuerat contestatus
cùm non magis nulla sit lis quæ mortua est aut fini-
ta, quam quæ nunquam fuit contestata, siquidem cõ-
testatio sola est quę litem constituit, *l. sed etsi lege 25.*
§. si ante de petit. hered. l. vnic. C. de lit. contest. At cùm
lite mortua aut finita nulla amplius res sit, cõstat sti-
pulationem iudicatum solui committi non posse *l. 2.*
eod. tit. Ergo nec committetur mortuo ante contesta-
tionem eo, qui si viueret litem contestari cogeretur. † 16
Idque est ni fallor quod Vlpianus ait in *l. cum quære-*
batur 13. eod. stipulationem iudicatum solui non priùs
videri commissam quàm lis fuerit contestata. Et qui-
dem ex ipsa stipulatione iudicatum solui, vt nimirum
seipsam committat, eáque contestatio faciat ne mora
purgari ampliùs possit, *vt & in l. mora 5. C. de contr. &*
commit. stipul. In eod. leg. si defunctus §. 1. de procurat. po-
tuit quidem Vlpianus scribere, eum qui in communi
diuidundo iudicio procurator datus est ad agendum,
ad defendendum quoque datum videri, nẽpe quoniã
iudicium communi diuidundo duplex est in quo sci-
licet vterque actor est, & reus, *l. iudicium communi di-*
uidundo 10. D. fin. regund. l. actionum 37. §. mixta de oblig.
& action. † Sed quod sequitur, *duplici cautela interpo-* 17
nenda, sine dubio est Triboniani, adeóque ineptum.
Et si enim iudicium communi diuidundo duplex esse
dicitur, non ideo tamen fit, vt qui vnius ex sociis pro-
curator est duplicis cautionis & satisdãtionis onere
grauari debeat. Nam qua parte pocurator est actoris,
si de mandato non dubitetur, non cogitur satisdare
datã rem dominum habiturum, *d. l. vnic. C. de satisd. l.*
1. C. de procurat. Iudicatum verò solui multò minùs.
Ea nãque cautio à reo præstari solet cuius est rem de-
fendere, non ab actore: vt ex eo intelligi potest quòd
iudicatum solui stipulatio tres clausulas in vnum
collatas habere dicitur, de re iudicata, de re defendẽ-
da, & de dolo malo, *l. 6. D. iudic. solui*. Sanè qua parte
procurator hic defendere actorem cogitur, licet non
nisi ad agendum datus esset, certum est cogi eum sa-
tisdare iudicatum solui stipulatione, quod non con-
tingeret, si ad defendendum procurator datus fuisset
Tunc enim stipulatio illa etsi æquè esset necessaria,
ab ipso tamen domino non à procuratore interponi
deberet, vt Modestinus tractat in *l. si ad defendendum*
10. eod. tit. Sed vna hæc satisdatio est non duplex. † In 18
quo errant nostri, vulgò existimantes duplicem satis-
dationem hîc necessariam esse, vnam per quam pro-
curator caueat de defendendo in causa reconuentio-
nis tanquam actoris procurator. Alteram per quam
de iudicato soluendo, tanquam rei procurator. Pro-
babilius dici poterat duplicem cautelam, vt Tribo-
niani verbo vtar, hîc interponendam, non ex parte v-
nius eiusdémque procuratoris, sed vnam ex parte
procuratoris, alteram ex parte aduersarij, vtramque
autem de iudicato soluendo, vtramque ex parte rei
quia & vterque litigator reus est. Quamquam Tribo-
niani verba præ se ferunt duplicem illam cautelam
ab vno eodemque interponendam, cùm ipsius inter-
ponendæ rationem hanc afferre videatur, quòd qui
procurator fuerat constitutus ad agendum, idem e-
tiam constitutus esset ad defendendum. † In eod. tit. 19

de procur. mihi valde ſuſpectum eſt quod ſcriptum le-
go in *leg. ſi reus 73. ſed hoc conſtat vt ante litem conteſta-
tam Præſes iubeat in æde ſacra pecuniam depon: hoc enim
fit & in pupillarib. pecuniis: quod ſi lis conteſtata eſt hoc o-
mne iudicis officio dirimendum eſt.* neque dubito quin
Triboniani verba ſint non Pauli, qui in præcedenti-
bus ſatis apertè, declarauerat quid de propoſita quæ-
20 ſtione ſentiret. † Nimirum ſi reus paratus ſit ante li-
tem conteſtatam pecuniam ſoluere procuratore agē-
te, iniquum eſſe cogi eum iudicium accipere: nec ad
rem pertinere, quòd ſuſpectus videri poſſit qui præ-
ſente domino pecuniā non obtulerit. Quid.n. inquit,
ſi tunc facultatē pecuniæ non habuit? Quis dicat cogi
eum debere iudicium accipere? Quid item ſi famoſa
ſit actio? Quis æquum putet periclitari famam eius
qui ſine iudice paratus eſt id dare, quo non ampliùs
aduerſarius eius per iudicem ab eo ſit conſecuturus?
21 ex *l. iudicatum ſolui ſtipulatione 16. D. iudic. ſolui.* † Tri-
bonianus verò quaſi indeciſam quæſtionem Paulus
reliquiſſet diſtinctionem illam de ſuo adiecit an lite
conteſtata nécne pecuniam debitor offerat. Quæ di-
ſtinctio à Pauli verbis prorſus aliena eſt. Caſum enim
illum tractabat qui ante conteſtationem oblata eſſet
pecunia. Nempe quia poſt litem conteſtatam & acce-
pto iam iudicio dubitationi locus nullus relinquetur,
quin omnimodo condemnari debeat qui fatetur ſe
debere. Ceſſat enim hic ratio illa æquitatis, quæ non
patiebatur iudicio diſtringi aut ad inficiationem cō-
pelli eum qui paratus ſit ſoluere, *dict. l. 16. iud. ſolui l. ſi
debitori 21. de iudic.* Adeò vt neque officio iudicis lo-
cus eſſe poſſit, cùm poſt litem conteſtatam confeſſus
debitor habeatur pro condemnato, nec aliæ iudicis
partes eſſe poſſint, niſi, vt debitorem condemnet, *l. 1.*
22 *3. 6. & pen. & paſſ. D. de confeſſ.* † Nam quod dici ſolet
iudicia omnia eſſe abſolutoria, non eò pertinet, vt ab-
ſolui debeat reus qui ſe fatetur debere paratúmque
dici ſoluere quomodo intellexiſſe Caſtrenſis videtur,
ſed accipiendum eſt de reo qui ſatisfecit §. *vlt. Inſtit.
de perpet. & tempor. act.* Satisfecit porrò qui iam ſoluit,
aut quid aliud fecit, quod ſolutionis inſtar habeat nō
cui tantùm faſſus eſt ſe debitorem obtulitque pecu-
niam, *l. ſi reus 9. § omnis de pign. act.* Illud quoq; auſim
dicere, cùm fortè Paul⁹ ita ſcripſiſſet, *ſi reus paratus ſit
ante litem conteſtatam pecuniam ſoluere procuratore agen-
te, iniquum eſt, &c.* Tribonianum, vt diſtinctioni ſuæ
viam ſtrueret de ſuo intexuiſſe verba illa, *quid fieri o-
23 portet? nam.* † De illo minùs dubito, quin eo loco, *pro-
pter quod ſuſpectus videri poteſt*, legendum ſit, *propterea
quòd*, vt iis verbis dubitādi ratio ſignificetur, propter
quam videbatur non eſſe permittendum debitori qui
præſenti creditori pecuniam offerre noluit vt eam of-
ferat procuratori, quaſi videri poſſit in fraudem cre-
ditoris & per colluſionem cum procuratore habitam
dilata oblatio in id vſq; tempus quo procurator ipſe
ageret. Eaque res Triboniano auſam præbuit Pauli
reprehēdendi aut ſupplendi, neceſſitate debitori ir-
rogata deponendæ in æde ſacra pecuniæ, ne ſi debi-
tor & creditoris procurator inuicem colludant dam-
num vllum creditori infligatur. † Quo remedio vi-
24 demus ne creditori noceatur potiùs (cui tamen pro-
curatoris fides fuit explorata) quàm debitori, qui e-
iuſmodi depoſitione & obſignatione pecuniæ in æde
ſacra perinde liberatur acſi procuratori ſoluiſſet, cùm
tamen ſi ſuſpecta eſſet eius oblatio tanquam alieno
tempore & per colluſionem facta, dicendum potiùs
eſſet audiri eum non debere, ſed iudicio diſtinguen-
dum, aut ad inficiationem compellendum, propterea
quòd imputare ſibi deberet qui non ſuo tempore,

nec bona fide pecuniam obtuliſſet. Sed & ratio illa
Triboniani, *hoc enim fit & in pupillarib. pecuniis* prorſus
ridicula eſt. † Tunc enim admittimus obſignationem 25
in pupillaribus pecuniis loco ſolutionis, cum nemo
eſt cui ſolutio fieri poſſit: idq; non in pupillaribus tā-
tum debitis, ſed in cæteris quoque omnibus obtinet,
ſiue non ſit cui ſolui poſſit, ſiue ſolutionem recuſet
qui accipere poſſet ſi vellet *l. acceptam. C. de vſur. l. obſi-
gnatione 9. C. de ſolut.* † At nos cum Paulo eam ſpeciem 26
tractamus in qua adſit procurator qui ſolutionem ac-
cipere & vult & poteſt. Alioqui ſi ob id ſolum quòd
præſenti creditori debitor pecuniam non obtulit, nō
licet procuratori poſt eam moram conſtituto ſolutio-
nem accipere propter ſolam ſuſpicionem colluſionis.
Quid obſecro creditori profuerit procuratorem ad e-
xigēdam ſolutionem conſtituiſſe? Aut quomodo po-
teſt videri debitor oblationem præſente creditore di-
ſtuliſſe, vt cum procuratore colluderet ſi eo tempore
nondum procurator erat conſtitutus. Præſertim cum
fieri facilè poſſit, vt nec tum pecuniā habuerit in nu-
merato quemadmodum elegāter Paulus diſputat, ſic
apertè docens non eſſe eam ſuſpicionis cauſam ſuffi-
cientem ad impediēdum ne audiri debeat debitor ſo-
lutionem offerens agente quandocunque procurato-
re. Tantum abeſt, vt dubitet an ſolutionem accipere
hic procurator poſſit. Quam tamen ſi accipere poteſt,
quid cauſæ eſt cur in æde ſacra pecuniam deponi o-
porteat? † Quod cum ita ſit quis non rideat nudis dē- 27
tibus interpretes noſtros diſputantes hic poſt Accur-
ſium de iudicis ordinarij, & delegati poteſtate? Aut
quis illud probet, quod comminiſcūtur tractare Pau-
lum de procuratore ad lites dato cui nec ſolui poſſit,
l. hoc iure 86. de ſolut. Nam imò verò tractat de procu-
ratore ſimpliciter, & conſequenter de eo cui negotio-
rum omnium adminiſtratio mandata eſt, cui nemo
negauerit ſolui poſſe, *l. verò 21. eodem.* Numquam enim
iuris autores procuratorem abſolutè vocant eum, qui
ad litem duntaxat datus ſit, ſed vel procuratorem li-
tis vel ad lites, vel ad agendum, vel ad rem de qua a-
gitur petendam, vt ex *tit. de procur.* intelligi poteſt. Et
verò quænam dubitandi ratio eſſet, num audiri debe-
ret reus offerens ſolutionem procuratore agente &
domino abſente ſi talis procurator eſſet, qui ſolutionē
accipere non poſſet? Aut quid hoc caſu referret, an
imputari aliquid poſſet debitori nécne? † Rurſus quis 28
diuinare poſſit tractare Paulum de eo creditore qui
conſtituto procuratore aufugerit, vt eius copiam
ad ſoluendum habere debitor non poſſet? Poni qui-
dem procuratorem agere eo tempore quo dominus
non adſit, ſed tamen non ponit tam procul abeſſe
dominum, vt ei ſolui non poſſit, neceſſeque ſit ad
obſignationis auxilium confugere, quia neque id ad
rem pertinebat cum de eo procuratore tractaret,
qui vt diximus perinde ac dominus ſolutionem ac-
cipere poterat, quare nec aliam dubitandi cauſam
Paulus adfert propter quam videretur non audien-
dus debitor, niſi quòd ſuſpectus videri poſſet hoc
ſolo quòd præſenti creditori pecuniam non obtuliſ-
ſet. De quo tamen quæri nihil attinebat, ſi ſol-
uendi facultatem ea ratio impediebat, quod neque
procurator ſolutionem accipere poſſet defectu man-
dati, neque dominus quia tunc abeſſet. Idem namque
contingeret etiamſi dominus ſolutionem numquam
petiiſſet. † Sed & illud obſeruandum eſt, in quo etiam 29
noſtri errant poſt Tribonianum, non de illo Pau-
lum tractare qui ſic paratum ſe dicat ſoluere, vt pe-
cuniam in ſacculo adferat, quod Caſtrenſis neceſſa-
riò requirit, ſed de illo tantùm qui ante litem con-
teſtatam

testatam paratum se dicit soluere. Et ait audiri eum debere nec cogi iudicium accipere: Quod perinde est ac si diceret neque cogendum eum, vt litem contestetur, neque vt statim soluat. Hîc enim illud repetēdum est quod nos initio capitis monuimus, ex *l. si debitore* 21. *D. de iud.* Debitori qui fatetur se debere, paratúmque dicit soluere dandum diem ad soluendam pecuniam, quod & scriptum est in *dict. l. debitoribus* 31. *de re iud.* Quod cùm ita sit frustrà ineptéque Tribonianus suam illam sententiam quasi remedij loco subiecit de obsignando in æde sacra debito. Cum non de eo Paulus quæreret, an aut quomodo solui debitum statim posset, sed de illo tantùm, an audiri deberet reus qui fateretur se debere paratúmque diceret soluere, & consequenter an dari ei dilatio ad soluendum deberet: Intra quam diem nihil vetabat redire dominum, & adesse vt ipsi præsenti solui posset, tametsi poneres procuratorem non nisi ad lites datum esse, eique proinde solui non potuisse.

CAPVT XVII.

Alij Tribonianismi.

SVMMARIA.

1 *Quo sensu dicatur stipulationem ob rem non defensam semel tantùm committi?*
2 *Triboniani manus obseruatur in* l. vlt. in fin. ff. iudic. solui.
3 *Ex duplici stipulatione in specie* d. l. *actum esse, ex stipulatione ob rem non defensam, & ex stipulatione iudicatum solui.*
4 *An ex sententia Triboniani in* d. l. vlt. *sola rei iudicatæ clausula committatur & præualeat etiam in vnius eiusdémque persona?*
5 *Stipulationem semel commissam nunquam resolui.*
6 *An domo empta quam emptor & venditor combustam ignorabant aliquid venisse intelligatur, & pecunia soluta condici possit?*
7 *Duplex Triboniani distinctio in hac quæstione.*
8 *Vtraque rationibus impugnatur.*
9 *An emptore solo domum exustam sciente ad repetendum pretium iam solutum actio ei detur, vel si non soluerit ad pretij conuenti solutionem cogi possit?*
10 *Venditore & emptore domum combustam scientibus an vicissim aliqua inter eos actio competat?*
11 *Pauli locum in* l. si seruum 91. & verb oblig. *à Triboniano noua distinctione interpolatum esse.*
12 *Tribonianum in* l. sed si mors 13. §. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. *manum suam adhibuisse.*
13 *An donatio à marito in vxorem mortis causa collata, secuta deportatione valeat?*
14 *An eiusmodi donatio iure vetere ante Constantini legem valuerit?*
15 *Quam vim habeat dictio* proinde *in* d. l. sed si mors. §. 1?
16 *Quid in eiusmodi donationibus à Constantino fuerit inductum?*
17 *Deportationem iure vetere quibusdam casibus morti comparari, quibusdam non.*
18 *In l. si filius* 7. §. bellissimè ff. quod vi aut clam. *Tribonianum nonnulla de suo subiecisse.*
19 *Cur Prætor ipse olim interdixerit, nec in eam rem iudicem dederit?*
20 *Extraordinaria actiones quænam olim dicta fuerint?*
21 *Alij Tribonianismi indicantur in* l. vlt. ff. de curat. furios. & l. 1. in fin. ff. de pen. legat.
22 *Species & quæstio* §. vlt. l. qui ducenta 13. ff. de reb. dub.
23 *Tribonianum illam quæstionem quasi indecisam decidere voluisse.*
24 *Tribonianum in* l. cùm acutissimi. C. de fideic. *pietatis coniectura abusum fuisse.*
25 *Hereditatem relictam seruo hereditario ex causa fideicommissi restituendo nec dum restituto, non deberi fideicommissario restitui.*
26 *An eo casu distinguendum sit cuius contemplatione seruus ille sit heres institutus?*
27 *An aliud obtineat quum heres fiduciarius iussus est hereditatem cum incremento restituere?*
28 *Vera distinctio in hac quæstione adhibenda.*
29 *An si filio seruóve legatum sit à patre dominóve, & pendente conditione filius emancipatus aut seruus manumissus sit, satisdationem a patre dominóve legati nomine exigere possint?*
30 *Regula perpetua & generalis in legatis conditionalibus obseruanda.*
31 *Non opus fuisse in* l. filio ff. vt legat. nom. caueat. *propositam quæstionem per mediocritatem dirimere.*
32 *Paulum in specie* d. l. filio: *satisdationis onus patri vel domino remittere non potuisse.*
33 *Quæstionem illam à Paulo in d. l. decisam fuisse.*
34 *Iudicato faciendo tempus modò longius modò breuius iudicantis arbitrio condemnatis olim cōcessum fuisse.*
35 *Tempore ad soluendum per sententiam præscripto intra illud soluendum esse.*

IN † *l. vltim. D. iudic. solu.* proponitur ex Scæuola, si vnus ex fideiussoribus stipulationis iudicatum solui conuentus sit ob rem non defensam, deinde posteà res defendatur, alterum fideiussorem ob rem iudicatam conueniri posse, & similiter si reus promittēdi duobus heredibus relictis decesserit, alter rem defendat, alter non defendat, eum qui non defendat ob rē nō defensam conueniri posse, illum qui defendat, ob rē iudicatam, *quoniam,* inquit Scęuola, *in vnius eiusdémq; persona non posse committi has duas clausulas creditur.* Id est, quoniam quod dicitur stipulationem hanc semel tantùm committi quasi quæ vnam tantùm clausulam ob rem nō defensam & ob rem iudicatam in se habeat, vt Vlpianus loquitur, in *l. cùm quærebatur* 13. *eod. tit.* tum demum verum est cùm de stipulatione in vnius eiusdémque persona committenda tractatur: non item cùm in plurium personis. Nihil enim vetat sæpius committi, dum ne sępius in eadem persona. † Quod si ita est quis credat Scæuolam scripsisse quod sequitur in *d. l. vlt. & nos dicimus semper præualere rei iudicatæ clausulam eámque solam committi.* An non id omnino pugnat cum præcedentibus totámque Scæuolæ sententiam & corrigit & destruit? Deinde quis vnquam ex prudentibus sic locutus est *& nos dicimus.* Aut quo contextu possis hæc verba superioribus coniungere? Imò verò, nec potest verum esse quod Tribonianus cæterique compositores dicunt, semper præualere rei iudicatæ clausulam eámque committi. † Nam in proposita specie ponimus priùs actum esse ex stipulatione contra vnū ex fideiussoribus aut ex promissoris heredibus ob rem non defensam, deinde ab alio ex fideiussoribus aut rei successoribus rem defendi cœptam, mox pro actore iudicatum: quia nec post commissam clausulam ob rem iudicatam committi ampliùs alia potest ob rem non defensam. Siquidem omnino prius est vt res defendatur vel nō defendatur quam vt iudicetur. Quæro ergo an vno ex fideiussoribus aut promissoris heredibus rem non defendente non committatur stipulationis clausula ob rem nō defensā? Quidni verò? cùm verum sit rem defensam nō esse. † At cùm alius fideiussor defendere cœperit & iudicatum erit pro acto-

te, quæro an quia rursus committitur stipulatiu ob
rem iudicatam [nam & id fatetur Tribonianus] fiet
vt eò minus commissa videri possit prior clausula quę
reuera iam commissa est? Atqui dici solet factum pro
infecto haberi non posse, nec vnquam iure nostro au-
ditum illud est vt stipulatio semel commissa adeoque
ex qua actum est vtiliter secuta etiam condemnatio-
ne pro non commissa habeatur, ob id solùm vt ex a-
lia clausula committi possit. Præsertim cùm nec acto-
ris quicquam intersit vtrum ex hac an ex illa clausu-
la committatur cum vtroque casu consecuturus sit
tantundem, scilicet quantum iudex pronuntiauerit.
Habet enim hæc stipulatio expeditam quantitatem
vt Vlpianus ait in *leg. 9. hoc tit.* Non igitur fieri potest
vt semper præualeat rei iudicatæ clausula eáque sola
committatur, ne quidem in vnius eiusdémque perso-
na. Nam si is qui prius fuit negligens & contumax
in defendendo, ex eaque causa ex stipulatu conuen-
tus & condemnatus ob rem non defensam, postea
defenderit, fueritque pro actore pronunciatum, ea-
dem ratio quæ in pluribus fideiussoribus aut promis-
soris heredibus à nobis vsurpata est, hoc etiam casu
locum habet, vt ob rem non defensam committatur
stipulatio, siue postea iudicetur siue non, dummodo ex
ea stipulatione lis cõtestata sit, *dict. leg. cum quæreba-
tur*, commissa autem non ex eo resoluatur quòd po-
stea reus condemnetur. † Numquam enim stipu-
latiu commissa resoluitur, maximè secuta contestatio-
ne, absurdumque esset ad resoluendam stipulationem
iam commissam prodesse reo quòd sit condemnatus,
*argum. l. 3. D. de vsur. l. euidenter. 16. D. de except. rei iu-
dic.* Itaque tantum abest vt verum esse possit quod
Tribonianus voluit solam committi clausulam rei iu-
dicatæ, & præualere, vt ex contrario committi non
possit posteaquam semel commissa est stipulatio ob
rem non defensam in vnius eiusdémque persona, vt
hac ipsa lege scribit Scæuola & Vlpianus in *d. l. cum*
6 *quærebatur.* † *In l. domum emi. 57. D. de contr. empt.* ab
illis verbis. *& Neratius ait hanc quæstionem multum in-
teresse*, vsque ad finem legis nihil est quod non prodat
manum Triboniani abutentis nomine & autoritate
Neratij vt suas nobis pro bonis venditet distinctio-
nes. Abhorret enim illa distinctio non solùm à iuris
ratione, sed etiam à Pauli disputatione. Nam Paulus
eum casum tractat, quo domum emerim quam ego &
venditor combustam ignorabamus. Et ait ex Neruæ
Sabini & Cassij sententia nihil veniisse quamuis area
maneat, pecuniamque solutam posse condici. Nem-
pe quia non aream emere volui, sed domum, quæ
7 porrò nulla est post combustionem. † Tribonianus
autem, ac si Paulus distinctioni locum reliquisset, di-
stinguit an domum combustam venditor sciuerit an
ignorauerit, & an maior pars domus exusta sit an mi-
nor. Quod ego miror non fuisse animaduersum à tot
tantisque interpretibus, præsertim à recentioribus
qui tam acriter & ad conuicia vsque de illius loci le-
ctione & sententia quasi pro aris & focis dimicarunt:
8 † sanè si ponas vẽditorem sciuisse domum combustã,
atque ita fuisse in dolo, multò magis fatendum sit
nullam esse emptionẽ, cum venditoris dolus hoc sua-
deat, licèt fortè intersit emptoris valere contractum
vt quod sua interest consequatur. Non enim quem-
admodũ dolus pro possessione esse dicitur, ita & pro
re vendita esse potest si res illa venditionis tempore
nulla fuit. Rem enim esse oportet quæ veneat vt ven-
ditio aliqua esse intelligatur, *l. 1. D. de here. vel act. vẽd.*
Idq; Tribon. ipse fatetur si ante vẽditionem tota do-
mus exusta fuit. Aliud tamẽ existimans si quantacun-
que pars ædificij remanserit. Omnino ineptè. Nam si
propter dolũ venditoris hoc admittamus, cur distin-
guimus an nulla prorsus an aliqua ædificij pars remã-
serit? Sin venditionem vtilẽ illud facit quod non tota
domus exusta sit, cur non æquè dicimus eam valere
quantacunque ædificij pars remanserit, illo etiam ca-
su quo venditoris dolus nullus interuenerit? Et tamẽ
prima illa Triboniani distinctio est, an maior minór-
ve dom⁹ portio exusta sit, æquè autẽ inepta. Cur enim
parte duntaxat exusta cogatur emptor venditionem
adimplere, vt absurdè Tribon. loquitur, [siquidẽ ven-
ditoris est implere venditionẽ non emptoris, *l. si quis
alienam. 46. D. de act. empt.*] cùm qui totam domum e-
mit non perinde fuerit partem empturus? *l. si quis aliã.
46. D. de solut.* An non sufficit ignorantiam venditoris
hactenus ei prodesse vt ad id quod emptoris interest
non teneatur? vtique. n. tenetur cùm sciuit, & quidẽ
actione de dolo cùm in dolo fuerit. Quominus neces-
se est vt eam ob causam dicamus venditionem valere
ad venditorem in id quod emptoris intersit, condem-
nandum. † In eo planè etiam à Triboniano dissentio 9
quod si emptor solus sciuit domum exustã, nec dubi-
tandum puto quin multò minus valeat emptio, quam
ille vult stare. Semper. n. verum est non esse in rerum
natura rem venditam, siue domus tota siue pro parte
exusta sit, quia nõ pars domus, sed tota empta est. Ne-
que tamen vllam idcirco emptori actionem dari volo
ad repetendum pretium, si iam soluerit quia seipsum
decepit, videtúrque donandi animum habuisse qui
sciens indebitum soluit, ex qua causa constat cessare
condictionem. Sed si non soluerit non puto cogendũ
eum ad precij conuenti solutionem. Qua enim actio-
ne cogatur soluere, aut qua fronte venditoris nullam
rem tradentis? Si facto venditoris exusta esset domus,
dici posset haberi eam pro tradita, sed ob hoc solùm
quod emptor exustam sciuit adeò eum puniri vt sine
actione cogatur pretiũ vltro soluere venditori qui ni-
hil præstet, non puto quemquã ex iuris autorib. fuisse
responsurum. vtique enim dici non potest solum do-
nandi animum sufficere ad obligandum emptorem si
neque traditio, neque stipulatio ad implendam dona-
tionem interuenerit. Quamquã nec sufficeret stipu-
latio in venditione, vt fit, adposita, quia pendet ex ne-
gotio contracto habétque naturam vẽditionis hacte-
nus vt ex ea agens venditor non alio casu audiendus
sit quã quo audiretur agens ex vendito, ac proinde si
prior contractum ex parte sua impleuisset, *l. 3. §. 11. l. ex
empto 11. in princ. l. Iulianus. 13. §. offerri de actio. empt. l. 4.
D. de vsur. l. stipulationem. 5. de verb. oblig.* † In hoc vno 10
mihi conuenit cum Triboniano, quod si domum com-
bustam esse tam emptor quàm vẽditor sciuit, apparet
nihil actum esse, neque vllam vicissim inter emptorẽ
& venditorem actionem competere, sed vtrumque vt
ille ait dolum compensandum esse. † Non valde dis- 11
simile est quod in *l. si seruum. 91. in princ. de verbor oblig.*
Tribonianus postquam noua sua distinctione Paulũ
fœdauit vsque ad versic. item si homo, vt nemo non
videt, cùm nec construi cõmodè textus possit illo loco
considerantibus vtrum, &c. subiicit ingeniosè ni fallot
magis quã verè *quam distinctionem & Iulianus sequitur.*
vt Iuliani esse eã putemus nõ Triboniani. Sed & ap-
paret Paulũ tota ea lege non nisi de homine promisso
per promissorem occiso tractare voluisse, non item de
fundo sacro vel religioso facto. De quo tamen Tri-
bonian. etiam nescio quid interserit cum suis illis ver-
bis, *si quidem, sin autem*: quæ quoties in Pandectis le-
go, toties mihi videor constitutionem aliquam Iu-
stiniani aut alterius ex posterioribus Imperatoribus
lege-

legere: solent enim Iureconsulti dicere, *& quidem si,*
12 *sin verò*, aut potius *si verò*: vix vnquã *sin autem*. † *In leg.*
sed si mors 13. §. 1. de donat. inter vir. & vxor. iampridem
obseruauit vir doctissimus Iacobus Cuiac. manum suã
adhibuisse Tribonianum & quædam vt ipse loquitur
attexuisse ex lege Constãtini quæ extat *in l. res vxoris*
24. C. de donat. inter virum & vxorẽ. Ego aũt totum lo-
cum dico esse Triboniani ab illis verbis *an donatio va-*
13 *leat videamus* vsq; ad §. *cum quis.* † In illa .n. quæstione
quæ ex Vlpiano proponitur, An si vxori mortis causa
maritus donauerit, & deportationem passus sit, dona-
tio valeat, dubitãdum non fuit Vlp. temporibus quin
nõ valeret, quia in alium casum videlicet mortis facta
esset. Quẽadmodũ nec donatio facta in casum diuortij
confirmatur secuta morte quia in alium casum facta
est vt in eiusdem legis princip. Vlp. ait. Nec ad rẽ per-
tinet ratio illa qua mouetur Tribonianus, quòd aliàs
in casum deportationis facta donatio valeat perinde
ac in casum (sic .n. apud Tribonianum legẽdum est nõ
in causam) diuortij. Non enim ea res facere potest vt
donatio in casum mortis facta valere debeat in casum
14 diuortij cùm alius casus sit, vt diximus. † Et ob id ni-
mirum necessaria fuit lex Constantini vt mulieri suc-
curreretur ne donationis in se à viro mortis causa col-
latæ commodum admitteret. Ad quã Constantini le-
gẽ quã & Iustinianus probasse se dicit Nouell. 22. pro-
culdubio respexit Tribonianus, vt apparet nõ solũ ex
stylo ipsaq; iuris ratione quæ repugnat, sed etiã ex cõ-
textu ipso verborum. Nã cùm Vlp. dixisset donationẽ
factã in casum diuortij non confirmari secuta morte,
subiicit, *Proinde et si mortis causa vxori donauerit & de-*
portationem passus est. Consequens igitur erat vt scribe-
15 ret *donatio non valebit.* † Illa namque dictio, *proinde*, si-
gnificat identitatẽ iuris & rationis acsi scriptum esset,
& consequenter. Et verò donationem factam in casum
mortis non confirmari secuta deportatione ex eo ap-
paret, quòd etiã à deportato reuocari potest, quandiũ
viuit, adeóque quod magis mirum est licet in ciuitatẽ
16 nunquam restitutus sit, vt & Tribonianus fatetur. † I-
taque non tam à Constantino hac parte inductum est
vt confirmetur donatio, quàm vti ne omnino per de-
portationem intercidat, & vt solo silentio confirmata
intelligatur si in eadem voluntate maritus decedat, li-
cet mortem deportatio præcesserit, perinde denique
acsi nulla deportatio interuenisset. Quod haud dubiè
secus obseruabatur iure vetere, propter quæsitum ius
fisco per deportationẽ, vt postrema illa Constãtinianę
legis verba probant, *fisco nostro ad easdem res nullam in*
17 *posterum communionem habituro.* † Denique iure vete-
re casus quidam erant, quibus deportatio comparaba-
tur morti, *l. 1. §. si non de bonor. poss. contr. tabul. l. si necem*
4. § si deportatus de bon. libert. l. verum 63. § penult. D. pro
socio. l. ex facto 17 §. ex facto ad S.C. Treb. Alij erant qui-
bus non comparabatur, *l. cum pater 77. §. hereditatem*
de leg. 2. l. intercidit 59. de condic. & demonst. l. ex ea parte
121 §. in insulam de verb. oblig. In hoc autem casu de quo
tractamus deportatio nec pro morte habetur, quia
tunc omnimodo per deportationem sicut per mortem
confirmaretur donatio mortis causa facta, neque re-
uocari ampliùs posset quod falsum est, nec pro casu a-
lio à morte, alioqui donatio infirmaretur quasi in a-
liũ casum facta. Quid ergo? Sustulit Constantinus im-
pedimentum deportationis, voluitque nullam pror-
sus deportationis rationem haberi, acsi nec contigis-
set. Hoc verò quis putet Vlpianum pro sua autoritate
respondere potuisse? vtique non magis quam illud fa-
cere vt ex deportatione bona mariti fisco non vindica-
rentur, quæ si vindicarentur equidem intercidere do-
natione necesse esset, quippe quæ ante donatoris mor-
tem perfecta videri non potuerit, *l. non videtur 32. de*
mort. caus. donat. † *In l. si a iis 7. §. bellissimè D. quod vi aut* 18
clam cum Vlpianus ex Iuliano scripsisset ei qui ex in-
terdicto, *quod vi aut clam* conueniatur prodesse debe-
re exceptionẽ, *quod non tu vi aut clam feceris.* Tribonia-
nus nescio qua ratione motus de suo subiecit, *quod non*
aliter procedere debet nisi ex magna & satis necessaria
causa. Alioquin hæc omnia officio iudicis celebrari oportet.
solet namque Tribonianus omnia referre ad officium
iudicis etiã vbi Iudicis officio locus nullus est, vt su-
periore capite docuimus *ad l. si reus 73. de procur. 11.* sed
non potuit ineptiùs facere quam in hoc Vlpiani loco
de quo agimus. † Nam vt ex omnium interdictorum 19
verbis apparet, Prætor ipse interdicebat, non in eam
rem iudices dabat, quòd causæ omnes de possessione
essent quasi momẽtaneæ, fauorabiles citóque expe-
diendæ: quam ob causam comparantur interdicta ex-
traordinariis actionibus, aut potius interdictis extra-
ordinariæ actiones quæ pro iis competunt, *l. 3. C. de in-*
terd. §. vlt. Instit. eod. † Extraordinariæ enim actiones 20
illæ erant quæ apud Prætorem ipsum extra ordinem
exercebãtur cùm ordinarium esset vt Prætor non cõ-
gnosceret, sed lite contestata iudices daret. † *In l. vlt.* 21
D. de curat. furios. verba illa, *nisi ex magna vtilitate fu-*
riosi hoc cognitione iudicis faciat, apertum est, Tribonia-
ni esse ineptéque subiecta superioribus, in quibus de
illo tantum tractatur an possit curator furiosi res pro
sua autoritate alienare. Quis enim dubitet quin pos-
sit si ita faciat iubente iudice? Sed & quomodo fieri
potest vt magna furiosi vtilitas exigat donationẽ rerũ
ipsius à curatore fieri? Nam neque mera veráve dona-
tio est quæ aliam causam habet quam donãtis libera-
litatem, neque sanè video qua rationẽ possit quis do-
nando fieri locupletior. In *l. 1. in fin. de penult. legat.* non
dubito quin etiam Triboniani sint verba illa, *puto ta-*
men sic voluntatem sequendam testatoris vt tota summa
vsco postquam cessauerat heres dare penum vxori præstetur,
heredis indemnitate conseruanda. Quis enim vnquam ex
Iureconsultis, *indemnitatem*, dixit pro mora aut contu-
macia? † *In l. si is qui ducenta 13. § vltim. de reb. dub.* 22
tractat Iulianus speciem illam non inelegantem, si
paterfamilias in testamento ita scripserit, *si quis mihi*
filius aut filia gignetur heres esto, si mihi filius aut filia he-
res non erit Seius heres esto. Et ait non satis voluntatem
suam declarasse videri testatorem, an non aliter extra-
neum heredem esse vellet, quàm si neque filius neque
filia heres esset. Hoc enim modo, inquit, concipi con-
dicionem oportuit, *si mihi neque filius neque filia heres*
erit. Potest autem, ait ille, interdum superior scriptura
esse necessaria, id est eo modo quo à testatore dictatã
ponimus, si quis cùm filium & filiã habeat vtrumque
heredẽ instituere velit, sed siue alter heres futurus sit,
extraneum heredem miscere, siue neuter extraneum
heredem substituere. Quibus verbis an nõ apertè Iu-
lianus sentit, ex ea superiore scriptura omnimodo ad-
mittendum extraneum aut in totum, aut in partem?
Quidni enim eum sensum habeat scriptura ad quem
exprimendum sit necessaria? † Ea tamen quasi nihil dũ 23
Iulianus decidisset, Tribonianus de suo adiecit. *Sed*
procliuior est testatoris sententia sic interpretanda vt siue fi-
lius siue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur nisi
specialiter hoc testator expresserit. Fefellerunt Tribonia-
num verba illa Iuliani *non satis voluntatem suam decla-*
rauit, quæ ille sic accepit vt coniecturæ locus relin-
queretur. At non ita simpliciter Iulianus scribit non
satis apparere in proposito quid testator senserit, sed
ex contrario ait non satis eum declarasse an non aliter

extraneum heredem esse vellet quàm si neque filius neque filia nati essent. Cui consequens est vt hoc ipso dicẽdum sit ex verborum potestate à quibus in dubio recedendum non est, vocari extraneum cum fatẽdum sit non aliis verbis testatorem eum vocaturum fuisse si vocare voluisset. Id enim est quod sequitur in versic. *potest autem interdum superior scriptura esse necessaria.*

24 † Mouit etiam fortasse Tribonianum coniectura illa pietatis de qua in *l. cùm acutissimi C. de fideic.* quòd nemo credendus sit alienas successiones vt eo loco Iustinianus loquitur, propriis anteponere voluisse. Sed id procedit in dubio, nõ cùm satis apertè expressa est voluntas testatoris. Pessiméque Tribonianus etiam in specie *d. l. cum acutissimi*, ea ratione abutitur vt docuimus lib. 7 c. 14. *ad l. cum auus* 102 *de condic. & demonstr.*

† *In leg. facta* 63. §. *si heres ante D. ad Senatusconsultum*
25 *Trebell.* cùm Caius ex Iuliano scripsisset si heres ante restitutam hereditatem seruum hereditarium ab aliquo heredẽ institutum iussisset adire, non debere hãc hereditatem restitui quoniam de eo rogatus nõ esset, subiecit Tribonianus de suo subtiliter, si diis placet, *& hoc est fatendum. Requirendum tamen & illud est num cum incremento heres restituere rogatus sit hereditatem. Si enim hoc fuerit subsecutum etiam eam hereditatem restituere cogitur, nisi euidentissimis probationibus fuerit ab herede adprobatum contemplatione sui seruum esse heredem institutum.* Prorsus ridiculè. Quis enim dubitat hereditatem relictã seruo hereditario licèt ex causa fideicõmissi restituendo, dummodò nondum sit restitutus contemplatione heredis grauati relictã esse? An non potiùs onerandus est probatione fideicommissarius si negare velit? Neque enim quicquã iuris habet in hereditate restituenda, nec proinde in seruo hereditario ante restitutionem *d. l. facta in princip.* † Et distinctio
26 illa cuius contemplatione seruus heres sit institutus, locum habere tantùm potest in seruo fructuario aliisque similibus in quibus euenit vt vno eodémque tempore plures ius habeant, *l. si seruus* 21. *cum seq. D. de vsufruct.* quod in seruo fideicommissario non contingit. Nam ante restitutionem totus est heredis grauati solius, post restitutionem totus fideicommissarij solius, nunquã vtriusque. † Sed & cùm iussus est heres fidu-
27 ciarius hereditatem cum incremento restituere, quid potest ea adiectio facere quod pertinet ad hãc hereditatem? Estne illa incrementum hereditatis de quo testator senserit? Aut quomodo potuit debuitve, is qui seruum hereditarium instituit, an heres dominúsque serui illius iussus esset hereditatem simpliciter restituere, an cum incremento, qui nec vllo fortasse fideicommisso obstrictũ eum sciebat? Cur propter alieni testamẽti verba huius voluntati fiat iniuria cuius intent in tota in heredis grauati commodum directa sit? † Debuerat potiùs Tribonianus distinguere an heres
28 suspectam dixisset & coactus restituisset, an verò spõte adiisset. Nam cùm coactus adiit, certum est nullum prorsus commodum retinere illum debere non solùm ex hereditate, sed ne quidem occasione illius hereditatis. *l. sed tamen* 27. §. *qui suspectam. & §. si praeceptio l. si patroni* 55. §. *quid ergo. D. hoc tit. ad S.C. Trebell.* † *in l.*
19 *filio* 7. *D. vt leg. nom. caueat.* dico Triboniani esse postremam illam clausulam, *sed melius est per medietatem causam dirimere vt cautioni tantùm cum hypotheca suarum rerum committantur.* Neque enim dubito quin ad propositam quæstionem Paulus in præcedentibus responderit, quæ de illo erat, An filio seruóve legatum esset à patre dominóve, & pendente condicione filius emancipatus aut seruus manumissus esset, audiri deberent si sibi à patre dominóve satisdari postularẽt. Dubitandi causa illa fuit, quod patris dominíve beneficium non videretur ipsis onerosum esse debere. Sed decidendi ratio illa fortior est quod imputare sibi debeant qui dederunt eis postulandæ aduersus se satisdationis facultatem. † Nam in legatis condicionali- 30 bus perpetuum & generale est vt siue de personarum siue de rerum qualitate & condicione quærẽdum sit, euenientis condicionis tempus spectari, & ex eo statu qui tunc sit, rem decidi oporteat, *l. si vxorem* 5. *Cod. de condict. infert.* cum similibus in quo differunt stipulationes à legatis, *l. si filiusfamilias* 78. *de verb. oblig. l. quæ legata* 18. *de diuers. de regul. iur.* † Quod cum ita sit, ni- 31 hil necesse erat per medioctitatem, vt Tribonianus loquitur, causam dirimere, quæ iam satis & longè meliùs per ipsam iuris rationem dirempta erat, deindè cùm edicti perpetui forma illa sit, vt legatorum condicionalium nomine satisdari oporteat cuiuscunque dignitatis, & facultatum quarumcunque heres sit, *l. 1. in princip. & §. 1. eod. tit.* quis putet voluisse Paulum aut verò potuisse temperamentum istud inducere contra iuris rationem, formámque edicti, nulla præsertim cogente necessitate? Imperatoris fuit aut eius qui Imperatorem ageret, non Iureconsulti id audere, nec simile est aliud illud temperamentum quod proditum est, *in* §. 1. *l. postquam* 5. *eod.* ab illis verbis, *sed si nec ipsi cauere possint*, vsque ad §. *si dies.* Nam quo casu cautio nulla interponi potest propter inopiam eius qui cauere ex edicto deberet, vtique fuit necesse ab edicto recedere aut potiùs edictum supplere & remedium excogitare quo & heredis & legatatij indemnitati consuleretur, *l. 1. §. si frater. D. de collat. bonor.* † At satisdationis 32 onus remittere patri vel domino qui ex forma edicti satisdare debeat, possitque si velit, neque fuit necesse, neque Paulus pro sua autoritate facere potuit. Et verò si ratio illa valeret quæ pro patre dominóque facere videbatur, quòd ipsorum beneficium sit onerosum esse non debeat, facere etiam deberet vt nec pignoribus cauere illos æquum esset. Nam & onus est pignoribus, aut etiam hypotheca rerum suarum omnium cauere. *dict. l. 1. §. iubet autem de collat. bonor.* † Lapsus 33 Triboniani ille fuit quòd putauit non fuisse decisam à Paulo quæstionem, quòd sententiam suam non nisi per interrogationem quasi dubitans modestiæ causa vt facere Iureconsulti solent, aperuisset. Quanquam verisimile quoque est subiectum fuisse à Paulo *quod magis est*, taléve aliquid, sed sublatum à Triboniano, vt sub Pauli nomine suam nobis insinuaret opinionem. *In leg. 4. §. si quis condemnatus. D. de re iudic.* vereor etiam ne Triboniani sit tota illa distinctio. †
Nam Vlpiani temporibus cuius ea lex est, videtur in 34 arbitrio iudicantis fuisse quemadmodum & hodie est vt condemnato tantùm temporis ad soluendum datetur, quantùm pro cuiusque facultatibus sufficere videretur, sicuti monuimus, *cap. 1. libr. 7. ex leg. 2. l. debitoribus* 31. *eod. l. si debitori* 21 *de iudic.* Neque enim hac parte quicquam intererat an debitor ante sententiam paratum se diceret soluere, an esset condemnandus, *vt constat ex dict. leg. debitoribus*, in illis verbis, *His qui fatebuntur se debere, aut ex re iudicata necesse habebunt reddere.* Proinde tempus legitimum iudicato faciendo datum non aliter locum habere poterat, quam si aliud aut breuius aut longius iudex nõ præstituisset: quamuis credibile sit non fuisse solitos iudices ab eo tempore quod lex definiuerat præstituendo facilè ac sine causa recessisse. Vnde illud etiam est quod idem Vlp. ait, in *l. certum* 6. §. 2. *de confess.* confessos vtiquè post confessionum tempora quasi ex causa iudicati habere. Et sanè absurdum sit quærere si quis intra certos

dies

dies soluere per sententiam iussus est, vnde ei tempus
actionis iudicati computari oporteat? † Nam si sentē-
tia valet, ei omnino satisfaciendum est, & consequēter
intra idipsum tēpus quo iudex statuit soluendū siqui-
dem pars sententiæ & condemnationis illa est quę tē-
pus soluendi definit, cùm quo citiùs tardiúsve solui-
tur, eò plus minúsve solui videatur. Sed quid verbis
opus est? Extāt in hanc rem ipsissima Vlpiani verba, *in
d.l.2. D. de re iudic.* quā tamen æquè Tribonianus cor-
rupit, additis ni fallor iis verbis parùm elegātibus, *sed
porrò intra statutum tempus sententiæ exequentur veluti
si alimenta constituantur, vel minori vigintiquinque annis
subuenitur.* Occurrunt. n. iudicantibus millæ aliæ cau-
sæ ex quibus nunc hoc nunc illud tempus, nunc lon-
giùs nunc breuius iudicato faciendo statuendum est.

CAPVT XVIII.

Emendatio §. qui seruum. l. huiusmodi 84. de legat. 1.

SVMMARIA.

1 *Tres casus distinguendos esse, quum quæritur de iure legatarij actioneque illi competente si seruum sibi legatum ab herede emerit.*
2 *Cur tertio casu, quo scilicet iudicio ex empto actum est, maior sit vis actionis ex empto, quam actionis ex testamento.*
3 *Actionem ex empto hoc casu seipsam superare, & aliquid præter naturam suam operari.*
4 *Sententia & emendatio* d. § qui seruum.
5 *Deletur & expungitur versiculus integer è* d. §. qui seruum.
6 *Pretium quod ipsis testamenti verbis nullomodo relictum est, peti non posse.*
7 *Solam ex empto actionem in specie* d. §. *ad hoc sufficere vt & pretium restituatur, & legatus homo emptoris fiat.*

1 CVm† quis seruum sibi legatum ignorās ab herede
emit, & quæritur de iure legatarij actionísque illi
competentis, distinguendi sunt tres casus. Primus est si
cognito legato ex testamento egerit, & seruum acce-
perit nondum soluto precio. Secundus, si precio iā so-
luto agere ex testamento instituerit. Tertius si iudicio
ex empto actum fuerit. Primo casu cùm ex testamento
seruum consecutus sit, nihil aliud petere potest, nisi vt
actione ex vendito liberetur, nec pretiū præstet quod
alioqui vēditori præstare cogeretur. Id verò consequi-
tur actione ex testamento nec ei necessaria est ex em-
pto actio, quia iudicium hoc quo ex testamēto agitur
bonæ fidei est, *l.3. in princ. l. vsuras 34. de vsur.* & ideò cō-
tinet in se doli exceptionem, *l. sed et si 21. D. soluto ma-
trim.* Dolo autem malo facit venditor qui petit pre-
cium eius rei quam actoris ex causa lucratiua facere
teneatur. Secūdo casu datur quidem ei actio ex testa-
mento ad hominem consequendum: sed quoniam ea
actio manca est ad soluti pretij repetitionem necessa-
ria est ex empto actio perinde ac si seruus euictus fuis-
set, quod vtiq; frustrà diceretur si actioni ex testamē-
to ad recuperandum pretium locus esse posset. Tertio
casu hoc est si precio iam soluto emptor idemque le-
gatarius aut fideicōmissarius ex empto agere malue-
rit cùm ex testamēto agere posset: ex empto, inquam,
ad precij restitutionem reiq; venditæ traditionē, non
aliter absolui heredem oportebit quàm si & precium
2 emptori restituerit, & hominem ipsius fecerit. † Ma-
ior siquidem hoc casu vis est actionis ex empto, nō so-
lùm quàm sit actionis ex testamento, sed etiam quàm
esse soleat actionis ex empto. Nam cùm actio ex testa-
mento ad id tantùm competat, vt res relicta detur, nō
etiā ad pretij restitutionē, ideoque pro precio recupe-
rādo necessaria sit ex empto actio. hæc tamē ad vtrūq;
consequēdum sufficiens est, quia sui natura cōpetit ad
rē habēdā: ad precium aūt cōsequendū quasi re euicta
ex qua incipit res non emptionis sed testamenti iure
deberi existēte relicti condicione. Cur non. n. perinde
hoc casu detur ex empto actio ad preciū recuperandū,
atq; daretur, si ad habēdum hominē ex testamento a-
ctum esset? † In eo autē actio empti seipsam superat, 3
quòd cùm non soleat competere ad hoc vt venditor
emptoris rem faciat, sed tātùm vt vacuā eius possessio-
nem tradat, *l.1.3. & 11. de action. empt.* hîc tamen compe-
tit ad hoc vt venditor emptoris rem faciat, id scilicet
postulāte bona fide propter coniunctum ius testamē-
ti, quódq; alienum non sit à natura venditionis vt vē-
ditor obligetur non tantùm ad tradendum sed etiam
ad dādum. Quid enim si in vendendo id actum esset?
Quid verò interest an in vendendo id actum sit an ex
iure superueniente idipsum æquitas iurisq; ratio sug-
gerat? Actionis autem ex testamēto potestas ideò mi-
nor est vt ad precij repetitionem competere nequeat,
quòd licet sit bonæ fidei, tamen extendi nō potest vl-
tra id quod testamento relictum est: iamq; vires suas
consumpsisse intelligenda est, hoc ipso quod fecit vt
per legatum aut fideicommissum relictus seruus em-
ptoris fieret. † Atque hæc, meo iudicio, Iuliani sentē- 4
tia est, *in §. qui seruum. l. huiusmodi* 84. *de leg.* 1. qui tamē
locus, si ita est, valde corruptus & mendosus est, in eo
primum quod vulgata lectio sic habet, *quod si iudicio
ex empto factum fuerit.* Legendum enim est quomodo
in emendationibus nōnullis eod. *actum* pro *factum.* A-
lioqui vulgata lectio nullius sensus est. Nā si sic intel-
ligas vt iudicio ex empto recuperatum sit precium,
quod sanè præcedentia omnino suadere videntur, nō
congruent sequentia illa, *non aliter absolui debebit quam
si precium restituerit*, quibus verbis ostendit Iulianus
eum se casum tractare, quo precium nondum restitu-
tum sit. Ponit ergo iudicio ex empto actū fuisse ad dif-
ferentiā casus præcedentis in quo posuerat legatarium
ex testamento egisse. Id enim docere vult, vtramque
quidem actionem legatario aut fideicommissario, ei-
démque emptori competere, ex testamento scilicet &
ex empto cum iam soluit precium, necdum rē sibi re-
lictam consecutus est, sed tamen multum referre vtra
prius actione egerit. † Sed aliud multò grauius & pe- 5
riculosius mendum est in eo quod apud Iulianum se-
quitur, *& tunc comperit is actor legatum sibi hominem es-
se & agat ex testamento.* Illa namque verba præ se ferūt
prius egisse emptorem ex empto ad precium recuperā-
dum, quàm hominem sibi legatum cōperisset. Quod
si ita est, quæro quo iure aut qua fronte ex empto a-
gere potuerit? Quandoquidem hanc empti actionem
illud tantum inducit quòd existente legati conditio-
ne res ad emptorem pertinere incipiat ex causa legati
nō emptionis, *l.4. D. ad leg. falcid. l. cui res 29. de action.
empt.* Proinde totum illum versiculum delendum ar-
bitror & inepto interpreti potiùs quàm Iuliano tri-
buendum. † Mouet me illud maximè, quòd iuris ratio 6
proculdubio non patitur vt ex testamento petatur
precium, quod ipsis testamenti verbis nullomodo re-
lictum est. Ponimus enim relictum fuisse hominem
non hominis æstimationem, etsi non ignoro interdum
contingere eo quoque casu quo precium relictum
non sit vt ex causa præstari possit, *vt in leg. si fundum
per fideicommissum 92. de legatis primo. leg. vltim. §. vltim.
de legatis secundo. leg. quidam 25. §. si quis filium. D. ad*

Senatusconsultum Trebellian. Sed vt ex testamento peti
7 possit, fieri numquam potest. † Interpretem fefellit,
quòd non putabat fieri posse vt sola empti actio suffi-
ceret ad hoc vt & precium restitueretur, & legatus
homo emptoris fieret, quasi in hanc rem perinde ne-
cessaria esset actio ex testamento, atque præcedente
casu agenti ex testamento ad hominem consequen-
dum necessaria est ex empto actio ad precium recupe-
randum. Verum quàm sint hæc dissimilia satis apertè
vt nobis videmur explicuimus. Quod nos nondum
bene perceperamus cùm scribebamus de sententia &
emendatione *dict. leg. cui res. 29. de action. empt. libro* 5.
cap. 14. Cui capiti hoc coniungi volumus, ne iuris
studiosi se à nobis illo loco deceptos conquerantur.
Quamquam minus turpe videri debeat, in Iuliani
sententia percipienda nos tum errasse cum Accursij,
Bartoli, aliorúmque omnium interpretum vestigia
sequeremur, ex quibus nemo vnquam fuit qui men-
dum hoc obseruauerit.

CAPVT XIX.

Defenditur recepta lectio l. 3. & emendatur l. 4. D. de regul. Caton.

SVMMARIA.

1 *Regulam Catonianam ad hereditates non pertinere.*
2 *Cuiacij emendatio ad* l. 3. ff. de regul. Caton.
3 *Duplex ratio propter quam regula Catoniana indistinctè ad hereditates non pertinet.*
4 *Ius nouum Catoniana regula inductum fuisse.*
5 *Aliam esse regulam iuris antiqui, quæ vult institutionem quæ ab initio non valuit ex postfacto non conualescere, aliam verò Catonis regulam.*
6 *Regulam iuris antiqui ad conditionales quoque institutiones pertinere.*
7 *In extraneis heredibus tria tempora inspici, in suis verò vnum tantum, faciendi scilicet testamenti tempus.*
8 *Inutilis institutio ex quo æstimetur?*
9 *In legatis, mortis testatoris, non autem testamenti tempus iure vetere inspectum fuisse, quum de eorum validitate ageretur.*
10 *Ius aliud hac parte per regulam Catonianam inductum fuisse.*
11 *Legis Iuliæ Papiæ ferendæ occasio.*
12 *Regulam Catonianam lege Iulia & Papia antiquiorem fuisse.*
13 *Alijs rationibus probatur regulam Catonianam ad institutiones non pertinere.*
14 *Cur regula Catoniana locum non habeat in legatis conditionalibus, neque in eis quorum dies nonnisi ab adita hereditate cedit?*
15 *Necessario aliquo herede instituto regulam Catonianam in ijs quoque legatis locum habere quorum dies ab adita tantum hereditate cedit.*
16 *Respondetur ad* l. si primo. 8. ff. de liber. & posth. *à Cuiacio obiectam.*
16 *Alia fortior Cuiacij obiectio diluitur.*
17 *Aliorum responsio ad illam Cuiacij obiectionem petitam ex* l. 4. ff. de regul. Caton.
18 *Non ideò minus pura esse legata, quòd relicta sint ab herede sub conditione instituto, vel quòd sub ea conditione relicta sint, sub qua institutus heres fuit.*
19 *Emendatur* § cùm ab eo. leg. cùm fine. ff. quando dies leg. ced.
20 *Remouetur Bartoli distinctio ad* d. l. 4.
21 *Tollitur è* d. l. 4. *vox* conditionales.
22 *Differentia inter puras & conditionales institutiones, quoad ad temporis inspectionem.*
23 *Regulam Catonianam ad ius antiquum pertinere, nec ideò tamen iuris antiqui esse.*
24 *Constitutiones quædam regulæ Catonianæ in effectu similes à Bartolo inuenta.*
25 *An regulæ Catonianæ locus sit ex quacunque causa legatum fuerit inutile.*
26 *Vera Catonis sententia.*

PEssimè † ab antiquis omnibus interpretibus acce- 1
pta est sententia regulæ Catonianæ, sed multò pe-
ius à recentioribus, præsertim à Goueano, Balduino,
& Cuiacio, quibus visum est pertinuisse regulam il-
lam ad hereditates, † contra quam apertissimè scriptū 2
sit, *in leg. 3. tit. de regul. Caton.* vbi propter hanc cau-
sam legendum putat Cuiacius, *libertates* non *heredi-
tates:* Minus sibi vt credibile est satisfaciens in ea in-
terpretatione quam Balduinus & Goueanus attule-
rant, vt eo loco Papinianus de iis tantùm hereditati-
bus loquatur, quarum dies non nisi ab adita heredi-
tate cedat, quales sūt quę ex Trebelliano restituūtur,
l. 1. D. ad Senatusconsultum Trebellian. aut quæ seruis
legatis relinquuntur *l. vni. § libertatibus. Cod. de caduc.
tollend.* † Ego non dubito quin generaliter & perpe- 3
tuò verum sit quod indistinctè Papinianus ait Cato-
nianam regulam ad hereditates non pertinere, non
illa solùm ratione qua mouetur Bartolus, & quam e-
xagitat Cuiacius quòd de legatis tantummodo locu-
ta sit, vt constat ex *leg. prim. eod. tit.* sed etiam quia nec
de legatis quicquam cauit, adeóque nec cauere po-
tuit, nisi eo casu quo testamentum valeret. Alioqui
frustrà de legato cauisset vt inutile fieret, aut vt num-
quam posset conualescere si testamentum ab initio
valuisset: id nimirum euincente ipsa iuris communis
potestate. Certum enim est iam inde à primis antiqui
iuris Romani temporibus, & ante regulam Catonia-
nam ita ius fuisse vt si testamentum non valeret nihil
quoque valeret eorum omnium quæ testamento cō-
tinerētur, *l. 1. § sed si filiusfamilias de legat. 3.* † At regu- 4
la Catoniana ius nouum induxit, fecitque vt non va-
leret legatum quod alioqui fuerat valiturum: sic e-
nim definit: *Quod si testamenti facti tempore decessisset
testator inutile foret id legatum quandocumque decesserit
non valere.* Supple, quod necessariò supplendum est,
Quamuis alioqui inspecto mortis subsecutæ tempore
valere debuisset. † Nec simile est quod dicimus insti- 5
tutionem quæ ab initio non valuit ex postfacto non
conualescere, *leg. penultim. de diuers. regul. iur. antiqui.*
aut vt habet alia iuris regula, quod initio vitiosum est
tractu temporis cōualescere non posse. *leg. quod initio.
29. eodem.* † Sunt enim illæ regulæ iuris antiqui non 6
Catonis, ideoque & ad conditionales quoque insti-
tutiones pertinent, in quibus non secus ac in puris
spectatur præcipuè tempus testamenti cùm quæritur
an valeant: ita vt si tum non valeant, non eo magis
valere possint quod euenientis conditionis tempore
impedimētum illud sublatum sit: † Id enim est quod 7
dici solet in extraneis heredibus tria tempora inspici,
facti testamenti, mortis si pura institutio fuit, aut e-
uenientis conditionis si conditionalis, & aditæ here-
ditatis, *leg. si alienam. 49. § in extraneis l. liber homo. 59.
§ si heres de hered. instit. § in extraneis de hered. qualit. &
differ. instit.* quibus locis quod de extraneis heredibus
tractatur ad differentiam suorum non eò pertinet vt
in suis heredibus faciendi testamenti tempus in-
spici non oporteat, vt imperitè quidam putant, sed
vt in iis nulla tertij temporis ratio habeatur quod est
aditæ hereditatis, quoniam in suis aditio nulla est,
nec distincta sunt tempora delatæ & acquisitæ here-
ditatis, vt pluribus docuimus *lib. 9.* Atquin illi ipsi qui
con-

contendunt regulam Catoniam pertinere ad heredi-
tates fatentur tamen non pertinere ad conditionales
institutiones *ex l.4. eod. tit. de regul. Caton.* Fateantur
ergo necesse est, aliam esse regulam iuris antiqui, a-
8 liam verò eam quæ Catoniana appellatur. † Deinde
institutionem inutilem non ex eo æstimamus, quod
non valeret si testator eo tempore moreretur, sed
ex illo tantùm quòd testamentum inutiliter factum
sit, siue propter omissas solennitates, siue propter per-
sonam aut testatoris aut heredis quæ non habeat te-
stamenti factionem. Quod cùm euenit, verendum
non est ne institutio quæ ab initio fuit inutilis postea
conualescat, quia testamentum quod ex institutione
æstimatur, si ab initio fuit inutile, ex postfacto conua-
lescere numquam potest: licet in testamentis quæ ali-
quando valuerunt, sed ex casu superueniente irrita
facta sunt, contra nonnumquam receptum sit, *l. si quis*
9 *filio. 6. §. penultim. de iniust. rupt. & irrit. fact. test.* † At in
legato secus est. Quoties enim valet testamentum,
valent quoque omnia in ipso contenta. si iuris veteris
rationem inspicias, tametsi testatore moriente te-
stamenti tempore non fuissent valitura, quia in lega-
tis quæ proprias vires nullas habent, sed eas tantum
quas ex institutione mutuantur frustrà inspicias tem-
pus testamenti, cùm testamentum valet: mortisque
duntaxat inspiciendum est, quippe ab eo demum tem-
10 pore dies legatorum cedit. † Ideóque nimirum neces-
saria fuit regula Catoniana ne valerent, & vt in iis
non mortis solùm vt antea, sed testamenti quoque
tempus inspiceretur. Tantum abest ne verum sit, quod
quidam volunt, per eam inductum esse vt legatorum
11 dies cederet à die mortis: † Id enim iam ante legem
Iuliam & Papiam iure antiquo obtinebat, cuius cor-
rigendi gratia nouas leges ferri necesse fuit ne cede-
ret ante apertas tabulas: vt daret ea res materiam lo-
cupletando fisci ærario bellis ciuilib. exhausto legati
caducitate inducta si nondum apertis tabulis legata-
12 rius decederet. † Quamquam cessante causa quæ legis
Iuliæ & Papiæ iniquitatem induxerat ab hoc quo-
que statim recessum est, abrogata quod ad hanc rem
attinet lege noua vt ad ius antiquum rediretur. *vt co-
stat ex tit. D. & C. quand. dies legat. ced.* aliisque innu-
meris iuris nostri locis, quib. proditum est à die mor-
tis testatoris cedere diem legatorum purè relictorum,
& verò no esse abrogatam legem Iuliam restitutum-
que ius vetus per regulam Catonianam ex eo appa-
ret. quod regula Catoniana quæ à Catone nomen
sumpsit lege Iulia antiquior fuit, denique Catoniana
regula pertinet ad legata quæ alioqui valerent non
ad ea quæ ab initio fuerunt inutilia. Nam quod iam
inutile est, magis inutile fieri non potest. Ergo tametsi
poneres eandem hac parte rationem esse institutionis
& legatorum, non posset tamen ea regula pertinere
13 ad institutiones quæ ab initio inutiles essent. † Pro-
inde quod habet iuris antiqui regula, Institutionem
quæ ab initio nõ valuit ex postfacto non cõualescere,
tantò magis probat fieri non posse vt regula Catonia-
na pertineat ad institutiones: nam neque institutio
vlla fingi potest quæ ab initio sit ita vtilis vt inutilis
futura fuerit si tunc testator moreretur, quandoqui-
dem vt diximus, præcipuè spectandum est tempus te-
stamenti quoties de institutionis iure & validitate
disputatur. Et vt dicam apertius, Regula Catonia-
na vult in legatis non tam mortis tempus spectari
quàm conditi testamenti. At in institutionibus per-
petuò obtinuit vt testamenti tempus inspici deberet:
ergo in institutionibus & hereditatibus neque ne-
cessaria fuit regula Catoniana, neque locum habere
potuit. Nam institutionem, quæ caput est testamenti
nihil potest confirmare si ea non valeat, nihilque est
ex quo possit ipsa vires accipere præterquam ex sei-
psa. Ideóque spectandum necessariò est an ab initio
vtilis fuerit, necne. Legatorum verò validitas pendet
ex institutione, & idcirco vtili facta institutione nihil
causæ est cur de legatis quæratur an valeant nisi eo
demum tempore quo deberi incipiunt, id est quo dies
eorum cedit, scilicet mortis si puta sint legata, vel cõ-
ditionis existentis si condicionalia † Vnde illud quo- 14
que fit, vt regula Catoniana non pertineat ad legata
condicionalia *l. cætera. 41. §. 1. de legat. 1.* Neque rursum
ad ea quorum dies non ab adita cedit hereditate. *d. l.
3. de regul. Caton.* Nempe quoniam frustra fingas mori
testatorem tempore testamenti vt inutile facias lega-
tum de cuius viribus nondum quærendum esset e-
tiamsi iam tum testator decederet. Aliqui debuerat re-
gula sic concipi, *si testamenti facti tempore testator de-
cessisset aut adita eius hereditas esset:* quod tamen absur-
dissimum vtique fuisset. Neque enim fieri potest vt
adeatur hereditas eo tempore quo fit testamentum
cùm prius sit testamentum factum esse quàm vt ex eo
hereditas deferatur: itémque vt per testatoris mortem
deferatur successio quàm vt delata acquiratur, nisi cũ
de necessariis heredibus agitur, in quibus non sunt
distincta tempora delatæ & quæsitæ hereditatis cum
ipso iure heredes existant vt diximus, † & ob id eue- 15
nit etiam vt hoc casu, id est cùm necessarius aliquis
heres est, locum habeat regula Catoniana in iis quo-
que legatis quorum dies ab adita tantùm hereditate
cedit, vt puta si quis seruo sub condicione libertatem
dederit, legatum autem purè *l. Iulianus. 86. in fi. de con-
dict. & demonstr.* & elegantius in *l. si optio serui 14. D. de
opt. legat.* ex quibus apparet regulæ Catonianæ ratio-
nem non ex voluntate testatoris petendam esse vt
nostri existimant, sed ex sola illa iuris ratione quod
legatorum dies regulariter cedat eo demum instanti
quo testator moritur: Alioqui ad ea quoque legata
pertineret quæ cedunt ab adita duntaxat hereditate,
quod tamen falsum est. † Nec est quod quis cum Cu- 16
iacio nobis obiiciat legem *si primo 8. de liber. & posthu.*
Nam quod lex ait, *secundum sententiam quam tenemus,* nõ
pertinet ad regulam Catonianam, vt nos ad eum lo-
cum docuimus *cap. vlt. lib. 9.* licet non ignorem regu-
lam Catonianam sententiam quoque dici in *d. leg. Iu-
lian.* Vnum illud valde obstat superiorib. quod in *l. 4.
de regul. Caton.* Vlpiano placet regulam Catonianam
ad conditionales institutiones non pertinere. Ita e-
nim videtur Vlpianus innuere non obscurè, nec du-
bitandum esse quin ad puras pertineat. Alioqui cur
de conditionalib. loqueretur? De quibus vtique du-
bitari minus poterat cùm nec ad legata (de quibus
regula nominatim locuta est) pertineat si sint condi-
cionalia, *d. l. cætera. §. 1.* † Atque ita Cuiacius rectissi- 17
mè argumentatur, & longè rectius quàm qui obie-
ctionem hanc sic diluunt vt Vlpianus senserit Cato-
nianam regulam non pertinere ad legata pura in eo
testamento relicta quo condicionalis institutio con-
tineatur. Sic enim veteres omnes post Accursium &
Bartolum, quos ex recentioribus secutus est Ioannes
Robertus in suis illis aduersus Cuiacium disputatio-
nibus, prorsus ridiculè: † cùm fateri cogantur quod & 18
verissimum est, non eò minus purum esse legatum e-
iúsque diem à morte testatoris cedere, quod relictũ
sit ab herede sub condicione instituto, *leg. aliquando.
107. de condict. & demonstr. l. heredes. 7. §. penult. l. si dies.
21. §. 1. D. quand. dies lega. ced.* vbi hoc ipsum apertè scri-
ptum est non tantùm de legatis purè relictis, sed de

iis etiam quæ ſub ea conditione relicta ſint ſub qua
inſtitutus heres fuit, addita eleganti ratione illa quod
per heredum conditionem legata incerta non fiant.
nec multum interſit an ita legatum ſit ſub hac potius
cõditione, *ſi heres erit dato.* de qua nemo dubitat quin
conditionale legatum non faciat quominus in legata-
rij heredem tranſmittatur, quaſi purum. Qua ratione
cùm ab eo mihi fideicommiſſum datum eſt cui ſub
conditione legatum eſt, fideicommiſſum purè datum
19 eſt, † quemadmodum ſi ab herede inſtituto ſub con-
ditione purè mihi legetur *l. cum ſine 19. §. cùm ab eo. D.*
eod tit. vbi ſic legendum arbitror, ne alioqui locus mã-
cus ſit & imperfectus, vt facilè perſpicere quis poteſt.
Addita linea integra quam imperitus exſcriptor in-
cautè prætermiſerat, cùm fortè ſcriptum eſſet, *Cùm ab*
eo mihi fideicommiſſum datum eſt cui ſub conditione lega-
tum eſt, fideicommiſſum purè datum eſt, quemadmodum ſi
ab herede inſtituto, &c. Similes enim errores obſerua-
uimus, in *l. hoc iudicium 14. D. commun. diuid & in l. Sti-*
chum aut Pamphilum. 95. §. quod vulgo de ſolut. libr. 2. &
8. Niſi malis legere quomodo ſupplendi loci gratia
vulgo ſcriptum eſt, *tale & quemadmodum* Sed ita emẽ-
datum eſſe locum ab aliquo interprete potius quàm
à Iureconſulto ſcriptum, ex eo conijci poteſt, quod in
eiuſdem §. princip. addit ille dictionem *pure* Sic enim
vulgò legitur, *cùm ab eo purè mihi*: quod nil erat neceſ-
ſe. Sufficit namque ſub conditione fideicommiſſum
datum non eſſe, vt appareat purè datum. Negari cer-
20 tè non poteſt quin Florentina lectio vitioſa ſit. † Cæ-
terùm diſtinctio illa Bartoli ad *d. l. 4.* An conditio in-
ſerta ſit toti inſtitutioni an parti duntaxat, & an lega-
tum præcellerit inſtitutionem, an ſubſecutum ſit,
prorſus aliena eſt à propoſito tractatu, neque confir-
matur ex *l. aucta 77 de condit. & demonſtr.* quæ regula
Catoniana nec loquitùr nec intelligi commodè po-
teſt: vt non ſine cauſa videatur mihi Cuiacij aduerſus
Accurſij & Bartoli ſectatores hac in re lorariorum o-
peram imploraſſe. Quid enim abſurdius, quàm con-
dicionalium inſtitutionum nomine intelligere legata
purè ab herede ſub conditione inſtituto præſtanda?
21 † Quid ergo? Dicam quod ſentio, & habeo pro explo-
rato. Puto delendam dictionem illam *cõdicionales*, vt-
pote quæ in textum haud dubiè irrepſerit ex gloſſa
imperiti interpretis idipsũ fortaſſe exiſtimantis quod
recentiores noſtri Regulam Catonianam ad puras in-
ſtitutiones delataſque ex iis hereditates pertinere.
Nulla ſiquidem differentiæ ratio hac parte reddi po-
teſt inter puras inſtitutiones, & conditionales: cùm a-
pertè falſa ſit illa quam reddit Cuiacius, quòd in con-
dicionalibus ſolùm exiſtẽtis condicionis tempus ſpe-
ctetur, ex *d. l. liber homo 59. § ſi heres. D de hered. inſtitu.*
Nam imò verò ex illo loco, & *ex l. ſi alienum. 49. §. in*
extraneis. eod. tit, iam probauimus, non minus in con-
dicionalibus quàm in puris ſpectandum tempus te-
22 ſtamenti, † eamque ſolam inter has inſtitutiones diſ-
ſerentiam eſſe quod in puris præter tempus teſtamẽti
ſpectamus etiam tempus mortis: in conditionalibus
verò præter tempus teſtamenti, non mortis inſtans,
ſed euenientis conditionis: In vtriſque præterea tem-
pus aditæ hereditatis ſi de extraneis heredibus aga-
tur non de neceſſariis. Sublata verò dictione illa quã
tollimus idem ſenſus erit Vlpiani ſcribentis non per-
tinere Catonianam regulam ad inſtitutiones, qui Pa-
piniani negantis pertinere ad hereditates. Error om-
nium iſtorum ille eſt quòd non ſeparant regulam Ca-
23 tonianam à regulis iuris antiqui. Fateor Catonianam
regulam pertinere ad ius antiquum non ad leges no-
uas, *l. vlt. eodem tit.* ſed nego eſſe idcirco regulam iuris
antiqui cùm à Catone inducta ſit. Nam quòd dici-
mus pertinere illam ad ius antiquum, hunc ſenſum
habet vt eam ferri neceſſe fuerit ad efficienda inuti-
lia legata quæ alioqui ex iure antiquo valuiſſent, quo
cedebat dies legati à morte teſtatoris non item ad ef-
ficienda inutilia ea quæ nonniſi ex apertis tabulis ce-
dunt per leges nouas Iuliam & Papiam. † Bartolus 24
verò cæteriq; antiquiores etſi bene viderunt Cato-
nianam regulam ad ſola legata non item ad heredita-
tes pertinuiſſe alias tamen neſcio quas conſtitutiones
commenti ſunt, Catonianæ inquiunt regulæ in effe-
ctu ſimiles, ad quas referri oporteat, quod ſcriptum
eſt in *d. l. pen. de R. I.* Inſtitutionem quæ ab initio *fuit*
inutilis ex poſtfacto conualeſcere non poſſe, quem er-
rorem Robertus quoque non multo ſubtilior ſecu-
tus eſt. Cùm tamen non ex aliqua conſtitutione no-
ua, ſed ex mera ipſa iuris veteris ratione deſumpta ſit
regula *d. l. penult.* vt & cæteræ regulæ iuris antiqui, nõ
enim ad iuris regulam pertinere poſſunt, quæ antè
nouas conſtitutiones non obtinuerunt. † Sed & ve- 25
terum omnium perpetuus error ille fuit quòd exiſti-
marunt Catonianæ regulæ locum eſſe ex quacunque
cauſa legatum ab initio fuerit inutile, vt puta quòd
factionem teſtamenti teſtator aut heres ſcriptus te-
ſtamenti faciendi tempore non habuiſſet. Quo ine-
ptius ſanè nihil dici poteſt. Nam cùm teſtamentum
ab initio non valet ſiue propter teſtatoris aut heredis
perſonam incapacem, ſiue propter omiſſas iuris ſo-
lennitates, non poſſit regulæ Catonianæ vſum ali-
quem inducere, quia nec facere poſſis, vt legatum va-
leat, nec proinde quicquam cauſæ fuit quamobrem
hoc caſu Cato conſtitueret, vt inutile efficeretur. † 26
Catonis enim ſententia proculdubio illa fuit, quam
Iulianus expreſſit apertius, *in §. an ſerno. Inſtit. de leg.*
vt quod inutile foret legatum ſi ſtatim poſt factum
teſtamentum teſtator deceſſiſſet, non ideò magis va-
lere debeat, quia teſtator diutius vixerit. At quis ob-
ſecro ante Catonem vnquam dixerat, teſtamentum
quod ab initio nullum fuiſſet ob id magis valere poſ-
ſe quod teſtator vixiſſet diutius?

CAPVT XX.

Refutatur alius noſtrorum error in tractatu de reg. Caton. & indicatur inſigne Triboniani facinus in §. quando autem. l. 3. D. de iur. fiſc.

SVMMARIA.

1 *Regulam Catonianam ad ea etiam legata pertinere, quæ ab initio & ipſo teſtamenti tempore fuerunt inutilia propter ſolam legatarij incapacitatem.*
2 *Reſpondetur ad* l. 3. §. quando autem. ff. de iur. fiſc. *ſuperiori ſententiæ oppoſitam.*
3 *Etiam poſt exæquata legatis fideicommiſſa maiorem manſiſſe fideicommiſſorum quam legatorum fauorem.*
4 *Differentia inter tacitum & expreſſum fideicommiſſum in ſpecie* d. l. 3. *notanda.*
5 *In fideicommiſſis expreſſis Catonianæ regulæ locum eſſe.*
6 *Totum illum §.* quando autem. *Triboniani potius quam Calliſtrati eſſe.*
7 *Quæſtioni in* d. §. *propoſitæ locum nunquam eſſe poſſe.*
8 *Verba illa* d. §. & placuit exitum eſſe ſpectandum *ad partem quæſtionis ibidem propoſitæ accommodari poſſe.*
9 *Fraudem fieri ſi tacitum fideicommiſſum relinquatur ei qui teſtamenti tempore incapax, poſtea mortis teſtatoris tempore capax eſt.*

10 *Nul-*

10 *Nullam fraudis suspicionem esse in tacito fideicommis-
so, quod datum est capaci, qui postea incapax fa-
ctus est.*
11 *Tacita fideicommissa quando in fraudem legis fieri
dicantur.*
12 *Accursij allusiones & argumenta ex d. §. elicita.*
13 *Concluditur ex superioribus.*
14 *Respondetur ad* l. is deportati. 7. ff. de leg. 3.
15 *Aliam esse quæstionem vtrum legatum debeatur, a-
liam verò, cui debeatur.*

1 MAlè † etiam nostri vulgò Catonianam regulam
negant pertinere ad legata quę ab initio & ipso
testamenti tempore fuerint inutilia propter solam le-
gatarij incapacitatem, *ex l. 5. §. quando autem. D. de iur.
fisc.* vbi scriptum est valere relictum nec fisco locum
fieri, si qui fuit incapax tempore testamenti reperia-
tur capax tempore mortis vt non tam cōsilium quàm
2 exitus spectetur. † Debuerant enim animaduertere
tractari eo loco de fideicommisso tacito in fraudem
legis relicto incapaci non autem de legato, regulam
porrò Catonianam de legatis tantùm locutam esse
non item de fideicommissis quæ nec Catonis tempo-
ribus vllum adhuc iuris vinculum habebant ante
3 Augustum. † Quanquam autem confirmato fidei-
commissorum iure eadem illorum ratio esse cœpit
quæ legatorum *l. 1. de legat. 1.* maior tamen semper mā-
sit fauor fideicommissorum, propterea quòd ex fide
heredis pendeant quàm præstare ipsum æquum sit,
præsertim si velit, maximè verò fisci odio & legum
eduersus incapaces latarum. Ex quo etiam receptum
esse alibi diximus, vt contra iuris rationem institui
possit incapax in id tempus quo erit capax, *l. in tem-
pus. 62. de hered. instit.* quæ ait beneuolentiæ hoc esse
vt iuris non esse intelligamus. † At illud quoque ob-
4 seruandum est, taciti fideicommissi aliam hîc rationē
esse, quàm expressi. Tacitum enim fideicommissum
cùm ex mera grauati fide pendeat nec exigi possit per
eum qui aliàs probationes nullas habeat: aut qui si
haberet, fisco potius quàm sibi lucrum victoriæ quæ-
reret, non admittit quæstionem illam de qua agimus
an ex regula Catoniana sit inutile. Cur non enim va-
leat, si malit heres aut alius quisquis tacitè rogatus
est fidem à se datam exsoluere quàm iure suo vti, &
fideicommissi tanquam inutilis solutionem recusare?
Inter fiscum duntaxat & eum qui tacitam fidem ac-
commodauit quęstio esse potest si fiscus fideicommis-
sum auferre velit quasi in fraudem legis relictum: ro-
gatus autem malit relictum ad fideicōmissarium per-
5 uenire quàm ad fiscum. † At cùm fideicommissum
expressum est, potest inter fideicommissarium ipsum
& rogatum nasci cōtrouersia, in qua nec dubito quin
succumbere debeat fideicommissarius qui testamenti
tempore incapax fuit, licet mortis tempore capax re-
periatur, ex potestate scilicet regulæ Catonianæ quæ
procul dubio licet de legatis tantùm locuta sit, in fi-
deicommissis quoque ex idētitatis ratione locum ha-
bere debet, nisi paratus sit heres vltrò soluere: quo ca-
su nullus, vt diximus quæstioni de fideicommisso re-
linquitur, sicut nec si legatum esset inutiliter, nec eò
minus tamen heres defuncti voluntatem agnoscens
6 legatario soluisset. † Mihi tamen iterum atque iterū
intuenti probabilissimum videtur, vt totus ille §. Tri-
boniani sit potius quàm Callistrati. Ad illam enim
quæstionem quando intelligatur quis in fraudem le-
gis fidem accommodasse iam ante Callistratus respō-
derat initio eiusdem legis, vers. *quæri autem solere quā-
do intelligatur quis in fraudem legis fidem suam accommo-
dare*, sed longè alio sensu quàm Tribon. in *d. §. quando
autem.* vbi ob hanc causam ne hāc ipsam quæstionem
quæ à Callistrato decisa fuerat proponere videretur,
quòd iisdem illis verbis vsus fuisset, *quando autem
fraus interposita videatur agendum est,* subiecit, *id est, v-
trum exitus spectari debeat an consilium.* Quasi prior
quæstio ad modum comminiscendæ fraudis pertineat,
posterior verò ad tempus quod spectandum sit cùm
de fraude quæritur. † Verum non video quomodo 7
posteriori huic quæstioni locus esse vnquam possit,
qualis proposita est in *d. §. quando autem,* illo loco, *fortè
si tunc cum tacitè fideicommittebatur non capiebat is cui
restitui iubebatur, mortis verò tempore capere poterat, vel
contra.* Nam cum is cui fideicommissum relictum est,
capax fuit testamenti tempore, licet moriente testa-
tore incapax reperiatur, fraudis tamen consilium nul-
lum esse potest, ideóque nec dubitamus quin et si fi-
deicommissum deficiat, apud eum tamē qui restituere
rogatus est remanere debeat, vt disertè Caius scribit
in *l. in fraudem. 10. §. D. de his quæ vt indign.* vbi ratio-
nem reddit, *quia nulla fraus eius interuenisse videtur, nisi,*
inquit, *si in futurum casum fidem accommodauerit, id est,
vt licet capere legibus prohiberi cœperit, restituat.* Rogo
igitur, qua ratione nullo fraudis consilio interueniē-
te locus esse possit quęstioni an consilium spectari de-
beat an exitus. Et tamen quæstio illa est quæ propo-
nitur in *d. §. quando autem.* iis verbis, *vel contra.* † Sed & 8
quod respondetur, exitum spectandum esse, ad neu-
tram quæstionis partem accommodari potest. Siquidē
eo casu quo fideicommissarius testamenti tempore
fuerit incapax, aut potius vt §. verbis vtar, tunc cùm
tacitè fideicommittebatur [quoniam & ab intestato
fideicōmissa relinqui posse constat] si postea & mor-
tis tempore capax sit & ad fideicommissum admitta- 9
tur, hoc ipso eueniet vt fraus exitum habeat. † Frau-
dem enim ab initio factam esse negari nō potest cum
eo tempore tacita fides accommodata sit quo hic ca-
pere non poterat, & quo testator fideicommissum ta-
citum reliquit, non relicturus haud dubiè si non fidē
suam tacitè heres aut alius quisquis rogatus est, ac-
commodasset. Ea verò fraus quando obsecro exitum
& effectum habere potest, nisi vno demum illo casu
quo is qui relicti tempore capere non poterat, moriē-
te subinde eo qui fideicōmissum reliquit capere pos-
sit & capiat? Nam si mortis quoque tempore incapax
sit qui antea fuit, fraus non habet exitum cùm neque
fideicommissario datur persecutio, neque ei qui roga-
tus est retentio, sed relictum fisco vindicetur. Nisi
fortè quis dicat desinere fraudem esse cùm is qui ab i-
nitio fuit incapax reperitur mortis tēpore capax. Sed
non ita est, quia licet testator multò magis relicturus
fuerit capaci quod incapaci reliquit, certum tamen est
non fuisse eum voluntatem suam declaraturum si eo
tempore fraudis consilium non iniisset. Proinde vin-
dicari semper expedit quod in fraudem legis factum
est, nec æquum est ei succurri, qui si fraus legibus fa-
cta non esset, voluntatem testatoris hodie non habe-
ret. † Rursus in contrario casu quo tunc cùm tacitè fi- 10
deicommittebatur fideicommissarius fuit capax, mor-
tis verò tempore incapax, si dicas spectandum exitum
non initium, consequens fiet vt fisco locus sit, nec re-
lictum penes eum qui rogatus est remaneat, siquidē
quæstio quæ proponitur in *d. §. quando autem.* non eò
pertinet, vt sciamus an ad fideicommissum admitti
debeat, qui mortis tempore incapax reperitur (quis
enim illum admitteret?) sed an eiusmodi relictum fi-
sco quæri debeat, an penes eum qui rogatus est rema-
nere. Atqui remanere vult Caius in *d. §. 1. l. in fraudē.
ff. de his quæ vt indign.* quia vt diximus nulla procsus
fraudis suspicio sit in eo quod datum est capaci, licet
postmodum fiat incapax nisi casus incapacitatis præ-

usus tacito fideicommisso causam dederit. Et verò extra hunc casum quomodo, fieri possit vt testator de
11 tacito fideicommisso relinquendo cogitet? † Tacita siquidem fideicommissa tūc fiunt & quidem in fraudem legis, cùm quis neque testamento neque codicillis rogatur, sed domestica cautione vel chirographo se obligat ad præstandum fideicommissum ei qui capere non potest, *l. in tacitis.103. de leg.1.* Cùm ergo is cui relinquitur eo tempore capax est, nulla taciti fi-
12 deicommissi necessitas aut vtilitas esse potest. † Denique leges omnes hîc Accursius congerit tanquam ad eandem sententiam pertinentes, quibus probatur quoties quid in fraudem factum dicitur fraudis exitum potiùs quàm consilium spectandum esse, eos casus tractans in quibus fraudis consilium interuenerit: nec aliter fieri potest, vt locus sit quæstioni. Ridicula itaque est dubitatio quam quasi ex Callistrato Tribonianus proponit an fraudis consilium spectari debeat an exitus, cùm fraus nulla facta est fideicommisso ei relicto qui testamenti alteriúsve voluntatis tempore capax fuit. Fraus enim non fit sine consilio fraudandi, & cùm de fraudis exitu tractamus, in necessa-
13 rium antecedēs ponimus fraudem factam esse. † Maneat igitur certissimum, non posse ex illo loco probari nostrorum sententiam existimantium regulam Catonianam non pertinere ad ea relicta, quæ propter solam legatarij aut fideicommissarij incapacitatem inutilia futura essent, si tum cùm relinquerentur te-
14 stator decessisset. † Quòd verò in eandem rem afferunt quod Vlpianus scribit in *l. si deportati de leg. 3.* fideicommissum quod deportati seruo adscriptum est ad fiscum non pertinere, si deportatus aut eum viuo testatore alienauerit, aut fuerit restitutus, multò minus mouere debet. Nam in ea specie si testator ipse testamenti tempore decessisset, non eò minus valuisset fideicommissum, sed ad fiscum, tanquam ad serui, cui fideicommissum relictum erat, dominum peruenisset, vt idem Vlpianus ait. Proinde non pertinet illa species ad Catonianam regulam, quæ de iis nominatim legatis locuta est, quorum dies inutiliter cessisset si testamenti tempore testator decessisset. † 15
Ac longè alia quæstio est, an testamenti aut mortis tempus inspiciendum sit, vt sciatur cui quæri legatum debeat. Alia verò vtrius temporis habenda ratio sit cùm quæritur, an legatum vtile sit: aut vt breuius dicam, Aliud est quærere vtrum legatum debeatur, aliud verò, cui debeatur. Quò etiam referri debet, quod in *l. si cognatis.19. D. de reb. dub.* ex eodem Vlpiano proponitur si cognatis legatum sit, & testamenti tempore cognatus non fuit, qui moriente testatore cognatus reperitur per adrogationem, hunc quoque legatum consequi debere. Nam si testator, qui cognatis legauit testamenti tempore decessisset, non eò minus legatum valuisset, tametsi hic qui tum cognatus non erat cum cognatis ad legatum admissus non fuisset. Quod nec Bartolus ipse licet aliorum errorem secutus, ignorauit. Denique cùm quæritur, an legatum, vt fideicommissum debeatur, regula Catoniana vult inspici tempus testamenti non mortis. Cùm quæritur cur debeatur, regulaliter constitutum est, vt si verba minime repugnent, inspici debeat tempus quo dies relicti cedit, quod ipsum plerunque mortis tempus est, *l. penultim. D. de legat. præst.*



CLARISSIMO VIRO MANFREDO GOVEANO ANTONII FILIO SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS AB INTIMIS CONSILIIS, ET IN PEDEMONTANA Curia Senatori,

ANTONIVS FABER S. D. P.



STATVERAM, clarissime Goueane, absolutis duodecim Coniecturarum mearum libri, nouam de iure nostro scribendi rationem instituere, non quòd vetus displiceret, quam à te tuique similibus plerisque viris, id est magnis & præstantibus Iureconsultis probatam esse videbam, quæque mihi omnium optima & accommodatissima semper visa fuit, sed vt iis etiam satisfacerem qui à me nescio quid maius, & vt loquuntur, Senatoria grauitate dignius expectabant. Audio enim quàm multos iampridem aut apertè maleuolos aut subobscurè inuidos ita de scriptis nostris existimare, quasi ea tantùm sectemur, quæ ad scholasticas disceptationes pertinent, prætermittamus verò cætera quorum præcipuus in foro vsus est & in quibus tota ferè iuris dicendi exercitatio versatur. Quod si à nobis ea mente fieri putant quasi praxim negligamus, quā inde iam à duodeuiginti annis tractare cœpimus, facere vix sanè possunt quin iudicium in nobis requirere videantur. Sin illa etiam quæ vel sciolis quibusque obuia sunt à nobis ignorari existimant, ne videntur parum digni quos curare debeam, qui de Senatore ac Præside vltro tam malè sentiunt. Sed tamen

cùm

cùm assidua forensium publicarúmque occupationum molestia, nullum mihi, aut certè non nisi exiguum ad Coniecturas scribendas ocium relinqueret, occurrerent verò quotidie permulta, quæ & nullo ferè negotio scriptis mandari poterant, & si mandarentur profutura maximè videbantur, vt quo saltem iure vtamur ij intelligerent, qui nec sciunt, nec scire volunt quo sit vtendum; facilè neque inuitus consilium cœperam mutādi instituti, & eam potiùs rationem ineundi, quæ sic nec genio nec ingenio meo æquè probari posset, alijs tamen sicut vtilior, ita & plausibilior fortasse videretur. Hinc mihi prima occasio cogitandi de Codice Sabaudico delineando, in quo continebuntur Definitiones, ne pragmaticorum more dicam Decisiones, quæ per nouennium penè integrum ex clarioribus amplissimi Senatus nostri consultis colligi potuerunt. Neq; sanè pœnitet in eam rem non dies solùm & menses, sed annos etiam, si continuos non vtiles intelligas, impendisse: adeò videtur mihi quicquid operis id erit, publicè profuturum esse. Quanquā ne quid dissimulem, multo durius mihi est, ac molestius in ferēdis aliorum sententiis ingeniosum agere, quàm in proponendis meis. Non enim ea mihi cura fuit, vt in Codicem illum opiniones meas conferrem, aut de obscurioribus iuris quæstionibus subtilius disputarem, sed vt quid in ijs casibus qui ex facto inciderant, soléntq; sæpius incidere, Senatus noster sentiret, dilucidè & vt decebat, breuiter exponerem. Quæ verò in vtramque partem disputanda fuerunt, ea nos contulimus partim in libros forensium disputationum, partim eas in Decades quas hoc primùm anno adgressi sumus De erroribus pragmaticorum; quarum numerus ad vicesimam vsq; iam perductus, si longiorem vitam, & ocia maiora Deus dabit, non nisi absoluta chiliade concludetur. Magnum mehercule opus, & quod magno validóq; non solum ingenio, sed etiam animo egeat, vt ad vmbilicos perduci, & pro rei dignitate tractari possit. Tuam, vir clarissime, industriam, tuiq; ingenij præstantiam si loqui posset iurisprudentia, in hos conatus imploraret. Tu enim is es, qui in scholis primum à celeberrimo præceptore nostro Ioanne Antonio Manutio iuris nostri principijs felicissimè imbutus, & ad ea eruditus, deinde tractandis forensibus longa exercitatione versatus, postremò ad præcelsas istas penèque supremas in vtroque supremi Principis auditorio dignitates honorificentissimè euectus, iisq; iam tot annos tam præclarè functus, praxim, theoriámq; sic coniunxisti, vt exemplo docueris alteram alteri suppetias ferre, non mutuis inter se odijs, vt pleriq; iactitant, contendere eas oportere, nec [illegible] esse, vt in vtraque excellere quis possit, si modò velit. Ecquis enim siue Papinianum agere vis, siue Bartolum, (valde, ni fallor, dissimiles, longóq; omni ex parte interuallo dissitos iuris nostri magistros) te vno præstantior, nominisq; per totam Italiam, fama nobilior? O dignum, quidni enim exclamem? tanto patre filium! Patre inquam illo, cui ego Cuiacij & Manutij fidem secutus, ex omnibus quotquot sunt, aut vnquam fuere Iustinianei iuris interpretibus palmam facilè defero, si quantum sibi placuit ille in illustranda scriptis suis iurisprudentia, tantum tibi tu in tuis placeres! Quàm multas, si meministi, quàm elegantes, & à vulgari politiorum quoque interpretum sensu remotas ex te audij de subtilioribus iuris apicibus, cùm publicas tum priuatas per colloquium inter nos disceptationes! Quanta in te dicendi vis, & persuadendi facultas! Quàm mira ad benè disertéque scribendum facilitas! Quàm summa deniq; omnia quæ facere poterant, vt vnus tu patre tuo maior videri debuisses, si qualis quantúsque es te prodere, scriptisq; tuis publicè testatum facere voluisses! Itaq; cogitantem me diutius, & hæsitantem num ex hoc Coniecturarum mearum penuario offarre tibi aliquid & inscribere deberem, illa propemodum ratio deterrebat, quòd cùm nihil à me proficisci posse intelligerē tuo dignum acumine, consultius fore videbatur, nec mihi tantùm, sed tibi etiam honorificentius, si officio meo hac parte deessem, quàm si à me ratio non haberetur dignitatis tuæ, à qua pro arctissimo mutuæ & vetustissimæ necessitudinis nostræ vinculo, mea si qua est, vix possit esse seiuncta. Sed vicit tamen tandémque magnitudo studij erga te mei, quæ nec longiores moras pati potuit, nec istas erubescendi causas expauescere, vel ob hoc ipsum ne ex ingrati animi conscientia sibi erubescendum esse sentiret. Addidit verò stimulos non paruos accessio illa noui beneficij quo me nuper deuinxisti, cum iis de reb. quas in aula Principis nostri tractandas habui, sic me absente tacentéq; egisti, vt facilè intellexerim neq; fidem, neq; gratiam, neq; diligentiam tuam in transigendo conficiendóq; negotio mihi defuisse. Quod reliquum est, quia præsto quod possum, tu pro singulari tua humanitate indulge, quod postulo, nisi fortasse honestius mihi fuerit habere iam pro impetrato, vt me amare pergas, & quantulumcunque, hoc est, quod ab ingeniolo nostro proficiscitur, tanquam à gratissimo tibiq; deuictissimo animo profectum amantissimè complectare. Bene vale mi Goueane, & si quid votis possum, quàm diutissimè felix viue. Dat. Camber. 4. Cal. April. 1597.

ANTONIJ FABRI I.C.

SEBVSIANI SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO Sabaudiæ Senatu Præsidis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus tertius.

CAPVT I.

Retractara quæstio, An dos profectiria soluto matrimonio reuertatur ad patrem superstitibus liberis, & an in huiusmodi dote filiafamilia aut emancipata habuerit olim, habeátve hodie heredem.

SVMMARIA.

1 *Profectitiam dotem facit nomē patris, non ius potestatis.*
2 *Vulgaris Doctorum distinctio inter filiamfamilias, & emancipatam filiam in matrimonio mortuam, & inter dotem profectitiam & aduentitiam.*
3 *Martini & Bulgari opinio de repetitione dotis profectitiæ mortua in matrimonio filiafamilias superstitibus liberis.*
4 *Dotem profectitiam emancipatæ filiæ datam, mortua ea in matrimonio sine liberis, ad patrem reuerti.*
5 *Quæ sit dubitandi ratio in* l. si ab hostibus. 10. ff. solu. matrimon.
6 *Matrimonio morte mulieris sublato dotem profectitiam indistinctè ad patrem reuerti.*
7 *Cur in* d. l. si ab hostibus. *dos profectitia ad patrem reuertatur?*
8 *Bartoli & aliorum responsio ad* l. vlt. vt legat. nom. cau. *&* l. illam 29. Cod. de collat. *pro Martini sententia obiectas.*
9 *Quæ rationes authorem nostrum ad Martini sententiā superius refutatā amplectendā aliquādo impulerint.*
10 *Reijcitur Cuiacij emendatio ad* l. post dotem. 40. ff. solut. matrim.
11 *An & quando in eius legis specie pater ex stipulatu agere possit?*
12 *Rationes propter quas author à Martini opinione discessit.*
13 *Explicatur* §. 1. l. inter. 26. ff. de pact. dotal.
14 *Dotem vxoris quæ liberis superstitibus mortua est, mariti lucro totam olim cessisse, & nihil ex ea lucri ad liberos inuito patre pertinuisse.*
15 *Quomodo iure nouo illud immutatū & reformatū sit?*
16 *Cur iure vetere liberi superstites facere non potuerint, vt dotis profectitiæ repetitio mortua filia patri denegaretur?*
17 *Dotis semel marito constitutæ dominium penes eum semper remanere videri.*
18 *An ratio quæ patri dat repetitionem dotis profectitiæ, æquè sibi locum vindicet si superstitibus liberis defuncta sit filia, ac si nullis?*
19 *Fauorabiliorem esse patris causam dotem profectitiam repetentis, quàm mariti eam retinere volentis.*
20 *Dotem propter liberos superstites penes maritum non remansisse, nisi de eo pactum interpositum fuisset.*
21 *Quintas ex dote, vxore superstitibus liberis defuncta, in singulos liberos a marito etiam sine pacto retineri potuisse.*
22 *Sextarum retentio quando & quatenus marito competierit.*
23 *Quintas non propter liberos præmortuos, sed propter superstites à marito retineri potuisse.*
24 *Declaratio* l. quærebatur. 24. ff. sol. matr.
25 *Quintas & sextas à Iustiniano sublatas esse.*
26 *Pacto inito vt mortua filia dos penes maritum remaneret, dotem etiam nullis liberis superstitibus mariti lucro cedere.*
27 *Cur siue patre siue extraneo simpliciter stipulante dotem soluto matrimonio reddi, dos etiam superstitibus liberis reddenda sit?*
28 *Respondetur ad illam pietatis coniecturam de qua in* l. cùm acutissimi C. de fideic. *& in* l. cùm auus. 102. ff. de condit. & demonstr.

SOLENT nostri distinguere filiamfamilias ab emancipata, & profectitiam dotem ab aduentitia. 1 † Etsi enim admittunt, quod & verum est, siue in potestate siue emancipata sit filia profectitiam dotem esse quæcunq; à patre profecta est, quia profectitiā facit nomen patris non ius potestatis, *l. profectitia. 1. §. pen. D. de iur. dot.* † Sic tamen vulgo existimant, mortua in matrimonio filiafamilias dotem à patre profectam ad patrē reuerti etiam superstitib. liberis, *l. dos à patre. 4. C. sol. matr. l. si ab hostib. 10. D. eod. l. 2. D. ad S.C. Maced. l. si pater. 12. l. inter 26. §. cùm inter de pact. dotal. l. si socius pro filia. 81. D. pro socio. l. pater. 71. de euict. l. & ideò. 7 in fin. & l. seq. D. de in rem vers. l. fin. D. rat. rem hab. l. etsi dotis. 3. l. 6. C. de iur. dot. l. 2. C. de bon. quæ liber. l. quod in vxorem. 23. C. de negot. gest.* quibus locis idipsum traditur indistinctè nulla liberorum facta mentione. 2

Mortua

Mortua verò emancipata heredes habere eam in dote proprios liberos etiam iure Pandectarum, vt defendit Bartolus in *l.2.§.quod si in patris solut.matrim.* post Cinum in *l.unic.6.Cod.de iur.dot.* In dote verò aduentitia non emancipatam duntaxat, sed filiam quoque familias heredē iam olim habere potuisse. Idem Bart. in *l.post dotem.40.num.26.* & post eum ibidem cæteri. *D.solu.matrim.* ac multò magis hodie habere post Iustiniani *Nouellam Constitutionem 118.de hered.ab intest. venient l.ult.& ad S.C.Tertyl.l.ult.C.commun.de success.*

3 † Quanquam autem in quæstione illa De repetitionē dotis profectitiæ mortua in matrimonio filiafamilias superstitibus liberis, celeberrima est Martini opinio, & ipso vsu ac de cōsuetudine, vt nostri loquuntur, recepta, vt non ad patrem dos reuertatur, sed in filiæ liberos transmittatur ex *l.ib.ult.§.1.D. vt leg. nomin. caueat. d.l.post dotem.40 solut matr.l.illam. 19. C. de collat.* Ea potissimùm ratione quod in successione potior sit, semperque fuerit descendentium causa quàm ascendentium. *§.1 Nou.de hered.ab intest.venient.* Contraria tamen Bulgari sententia veteribus ferè omnib. ac recentioribus etiam plerisque verior visa est.

4 † Ego verò illud primum non probo, quod vno ore omnes clamant, profectitiam dotem emancipatæ filiæ datam mortua ea in matrimonio sine liberis, ad patrem non reuerti. Nam imò reuerti scriptum est apertissimè in *d.l.pater.71.de euict. l.si filiæ.5.D.de diuort. l.filia mea emancipata 59. D.solut.matrim.* ad quam aliud non potest respondere Bartolus, quam ibi interpositam fuisse stipulationem de dote patri reddenda, Quod planè commentitium est. Et eleganter in *l.si ab hostib.10. D. eod.* cùm filiafamilias quæ dotem profectitiam habebat, capta esset ab hostibus constante matrimonio, ibique decessisset, quærentibus An dos ad patrem reuerteretur, respondit Pomponius, Perinde habendum esse, ac si decessisset, ideoque dotem ad patrem reuerti. Quemadmodū, inquit, & si nupta decessisset, quamuis extra potestatem patris, ad illum reuersa dos fuisset.

5 † Dubitandi ergo ratio apud Pomponium non illa erat, quòd per captiuitatē sublata videretur patria potestas [nam etsi in ciuitate per emancipationem soluta fuisset, nihil ea res patri nocuisset.] sed quia soluto per captiuitatem matrimonio, *l.1.de diuort.l.in bello, 12. §.f. d captiuis. D. de postl. & postlim.* videretur amissum patri ius reuersionis, quod scilicet ille non habet, cùm emancipata est filia nisi vno casu, inquit, *d.l.pater.71. de euict.* id est vt ibidem I.C. interpretatur, [licet vnū illum casum multi ex aliis legibus parum acutè conquirant] si in matrimonio mortua sit filia. Nam si aut diuortio aut mariti morte solutum sit matrimonium, dos ad solam filiam emancipatam pertinet, nec ei & patri communis est de dote actio, quæ communis esset si filiam pater haberet in potestate, *d.l.2. quod si in patris l.si cùm dotem 22.§.eo autem tempore. l. Titia. 34. D.solut.matrim.l.qui hominem.34 §.si gener. D. de solut.* In eoque aliam filiæfamilias, aliam emancipatæ rationem esse planè fatendum est.

6 † At cùm morte mulieris matrimonium soluitur, indistinctè verum est dotem profectitiam ad patrem reuerti, si non in contrarium stipulatio intercesserit. Idque est quod Pomponium mouit in *dict.l.si ab hostibus*, cùm humanius sit morti quam diuortio comparari captiuitatem etiam prius quam apud hostes filia moriatur, *leg. si quis sic stipuletur. 56. eodem titul.solut. matrimon.*

7 † Ergo in ea specie dos ad patrem reuertitur, non propter stipulationem, quæ nulla fuit, nec per successionem, quia Digestorum iure non poterat pater ab intestato heres esse filiæ emancipatæ vulg. iurib. nec per consolidationem, vt nostri loquuntur, quoniam nullo casū potest dos profectitia dici communis patri & filiæ emancipatæ, cùm tota pertineat ad filiam quandiu viuit, ea verò defuncta, tota ad patrem vt diximus. Nec iure etiam peculij, vt in Castrensi peculio contingit mortuo filio milite intestato, *leg.1 & 2.D.de castrens. pecul.* Non enim potest emancipata filia peculium habere à patre, *leg. 1. & tot. titul. Quand. actio de pecul. est annal.* Sed quod dos à patre ipsi profecta sit, Ne & amissæ filiæ & præterea pecuniæ damnum sentiat, vt ait lex iure succursum, *6. D. de iur.dot.* Nec sanè differentiæ ratio vlla adferri possit inter filiamfamilias & emancipatam. Cùm vtraque sit & filia & dotis capax etiam viuo patre, *leg. Pomponius Philadelphus.35.D.famil. erciscund.* de qua scripsimus cap.12.lib. 7. Nec qui ex filiafamilia nascuntur liberi magis sunt in aui materni potestate quàm si ex emancipata nati essent, *§.ultim. Institut. de patr. potestat.*

8 † Hoc igitur, si ita est, vt emancipata in matrimonio mortua dos à patre data ad patrem reuertatur, intelligimus parum acutè facere Bartolum & post eum cæteros, qui, vt diluant obiectionem quę fit pro Martino ex *leg.ultim. D.vt legat.nomin caueat.* vbi superstite vel vno tantùm filio remanet dos penes maritum, nec ad patrem reuertitur, licet is ab emancipata filia scriptus esset, Nihil habent aliud quod respondeant quàm tractari eo loco de filia emancipata. Sed longè minus ferendum sit, quod eodem modo respondent ad *leg.illam.19 Cod.de collat.* Cùm tamen nec legis verba loquantur de emancipata magis quàm de filiafamilias, nec Imperatoris sententia minus hanc quàm illam comprehendat.

9 † Quæ me res mouebat aliquando, vt Martini opinionem veriorem arbitrarer; non in eo quod putabat dotem profectitiam acquiri liberis tanquam heredibus matris [hoc enim mihi semper absurdum visum est] sed in eo, quod negabat dotem ad patrem reuerti, placebátque media ferè sententia, vt penes maritum dos remaneret propter liberos superstites cuiuscunque essent numeri. Propter præmortuos verò ita, vt in singulos quintæ duntaxat retinerentur. sicque intelligendum, quod Vlpianus scribit *titul. De dotibus*, mortua in matrimonio filiæ dotem profectitiam ad patrem reuerti, seruatis tamen penes maritum in singulos liberos quintis.

10 † Quam in sententiam illud quoque me trahebat, quod videbam Papinianum in *leg. post dotem.46. D. soluto matrimon.* apertè scribere, Patrem qui non solùm dotem filiæ dederat, sed etiam stipulatus fuerat si voluntate filiæ diuortium fieret dotem dari (sic enim malo textum intelligere, quàm viri doctissimi Iacubi Cuiacij emendationem admittere qui libro 4.Obseruation.capit.21.ex libris Græcis, legendum putat *sine filiæ voluntate*.) impleta stipulationis conditione non prius tamen ex stipulatu agere posse, quàm & filia decesserit, & præterea sine liberis. Nam si liberi superstites liberationis viri remorantur, multò magis rei vxoriæ actionem impedient, quæ scilicet danti dotem longè minus fauorabilis esse soleat, quàm stipulatio, *argument. leg. vnic. §. accedit. Codic. de rei vxor. action dict. leg. unic. 6. Codic. de iur. dot.*

11 † Viua quidem filia fateor in illa specie non potuisse patrem agere ex illa stipulatione, quàm interposuerit sine filiæ voluntate post dotem datam, & contractas nuptias, quemadmodum lex ait, hoc est, vt rectè Accursius interpretatur, ex interuallo, cùm dotis actionem sibi & filiæ iam communem non potuerit filiæ auferre, sibique solidam acquirere,

nisi aut ab initio in ipsa dotis datione stipulatus sit,
aut postea ex ipsius filiæ voluntate, *l. quoties. 29. eodem*
tit. l. cum do:. 7. D. de pact. dotal. Sed mortua filia, cur il-
lud Papinianus requireret, vt decessisset illa sine libe-
ris, cùm nulla in stipulationis conditione facta esset
mentio liberorum, si ita ius erat, vt nulla interuenien-
te stipulatione dos ad patrem liberis quoque super-
stitibus reuerteretur ? Sic ergo videtur Papinianus
sensisse. Positos tacitè liberos in conditione ex conie-
ctura illa pietatis, quæ aliàs plerumque facit, vt quod
filius a patre restituere iubetur non aliter restituere
debeat, quàm si absque liberis moriatur, vt in *l. cum a-*
uus 102. de cond. & demonstr. l. cum acutissimi. 30. C. de fi-
deicommiss. l. generaliter. 6. § cum autem. Cod. de instit. &
substit. Atque ita nobis aliquando videbatur, vt pluri-
bus scripsimus lib. 1. cap. 16. nostrámque hanc opinio-
nem quamplurimis doctissimis viris nô planè impro-
12 batam fuisse scimus. † Sed me nunc in contrarium il-
lud mouet, quod video, Quibus casibus dos penes
maritum remanet, etiam propter liberos, non ideò ta-
men acquiri eam liberis siue viuo siue mortuo mari-
to, sed eius lucro ita cedere, vt & inter viuos, & in vl-
tima voluntate possit de ea disponere, fauore etiam
extranei neglectis liberis, si non pacto conuenisset, vt
13 ipsorum liberorum nomine retineretur, † vt in *dict. l.*
inter 26. §. 1. D. de pact. dotal. vbi quod dicitur restitu-
tionem à patre factam mulieri post diuortium, eius
dotis quam filiæ communis nomine poterat retinere
ipsi filiæ non nocere, Nec si in solidum sit illa heres
patris, & pro parte etiam matris, innuere videtur non
potuisse patrem de dote quam ex pacto propter filiā
lucratus esset, in præiudicium eius disponere. Nisi di-
cas id fieri, Vel quia pactum in gratiam filiæ non ma-
riti interpositum esset, vel potius quòd eam dotem
vir vxori restituisset per errorem, vt lex ait, non donā-
di animo. Sanè locum illum malè explicat Castrens.
14 ad *l. si cum dotem. numer. 8. in fin. D. solut. matrimon.* † Fa-
cit lex Bæbius. 30. *de pac. dotal.* in illis verbis, *totam eius*
esse dotem si filium filiamve habuisset. vt consequēter ni-
hil ad liberos ex dote matris inuito patre perueniat,
Nisi quòd quò pater locupletior est eò ampliorem le-
15 gitimam sint consecuturi. † Sic enim iure veteree con-
stitutum fuisse, ex illo apparet, quod Theodosij pri-
mùm constitutione in *l. generaliter Cod. de secund. nupt.*
factum est, vt quicquid ex morte mulieris ad virum
peruenit, totum id liberis communibus seruare tenea-
tur. Neque hoc tamen omni casu, sed illo duntaxat,
quo vir ad secundas conuolet nuptias. Itaque si à se-
cundis nuptiis abstineret, liberum illi erat communes
liberos maternę dotis commodo defraudare, quomo-
do obtinuit toto iure codicis, & ad Nouellam vsque
Iustiniani 98. cui titulus est, Neque virum, quod ex
dote. vbi primùm cautum est, vt quod vir ex dote lu-
cratur filiis communib. omnimodo reseruetur *Auth.*
vxore Cod. de secund. nupt. quod ipsum tamen idem Iu-
stinianus sic postea temperauit Nouell. 127. vt fratr. fi-
lij cap. 3. Vt si pater à secundis nuptiis abstineat viri-
lem habeat cum liberis portionē proprietatis de qua
pro arbitrio testari possit. *Auth. si tamen abstineat. Cod.*
16 *eod. titul. de secundis nuptiis.* † Ex quo apparet non po-
tuisse superstites liberos facere iure vetere, vt dotis
profectitiæ repetitio mortua filia patri denegaretur.
Quandoquidem ita posito iure futurum erat, vt non
filiæ liberis quorum fauore probabilis illa videri po-
tuisset sententia, sed ipsi marito dos acquireretur.
Non quidem ex caussa hereditatis & successionis,
quomodo intelligere videntur ij qui obiiciunt,
non posse virum vxori, aut vxorem viro nisi post a-
gnatos & cognatos omnes succedere, *l. vnic. Cod. vnde*
vir & vxor. † Sed quia iam inde ab initio per do- 17
tis constitutionem factus esset maritus dominus do-
tis, *leg. doce ancillam. 6. Cod. de rei vindic. leg. 3. leg. si præ-*
dium. 23. leg. in rebus. 30. Cod. de iure dot. §. 1. Instit. qui-
bus alien. licet vel non. Itaque eo animo & nutu il-
lius qui dotem daret siue pater ille esset siue extra-
neus vt dotis dominium semper penes maritum re-
maneret, *leg. 1. D. de iur. dot.* Vt proinde soluto quan-
docunque matrimonio, non de illo quærendum am-
plius sit, An viro dos acquiratur, quæ cùm semel iam
acquisita sit, ei amplius acquiri non potest, *leg. non vt*
ex pluribus. 259. de regul. iur. § sic itaque. 14. Instit. de a-
ctionib. Sed an penes eum dos remanere debeat, quæ
si non remanet procul dubio restituenda est. Inde ve-
rò fiebat vt aduentitia dos nisi esset receptitia, hoc est
ab extraneo sic data vt soluto quandocunque matri-
monio morte mulieris, sibi restitueretur, apud maritū
olim remaneret: Nec aduentitia, sed etiam profecti-
tia si mortua filia pater non esset cui redderetur, quē-
admodum Vlpianus disertè scribit in *Titul. De dotib.*
† Quod cùm ita sit, illud sanè consequens est vt ra- 18
tio illa quæ patri dat repetitionem dotis profectitiæ
defuncta filia, nempe vt tristitiæ suæ solatium hoc ha-
beat, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiat,
d. l. iure succursum, Non minus locum sibi vendicet si
superstitibus liberis defuncta sit filia, quàm si nullis.
Quod tamen non perinde esse si dos ad defunctæ li-
beros aut hereditario aut alio successionis iure perue-
nire posset. Non enim posses dicere amissam auo pe-
cuniam quæ ad eius nepotes deuenisset, quibus ille
etiam in hunc casum prædefunctæ filiæ, legitimam
relinquere teneatur. Cùm ergo disputamus, An dos
profectitia morte filiæ ad patrem reuertatur necne,
non in illa quæstione versamur, An ascendentium
melior caussa esse debeat in successione quam descē-
dentium: sed in illa potius, Patrísne an mariti melio-
rem conditionem esse oporteat. In quo etsi pro mari-
to dici potest dotis caussam esse perpetuam, *d. l. 1. de iu-*
re dot. ibique dotem esse debere vbi sunt onera matri-
monij, *l. si ei qui. 56. §. ibi dos eod.* superstitibus autem
ex matrimonio liberis, quos alere pater ipse debeat
non auus maternus, partem hanc esse, nec minimam
onerum matrimonij, *l. non quemadmodum. 8. de agnosc.*
& alend. liber. leg. si conuenerit. 4. D. de pact. dotal. leg. vbi
adhuc. 29. Cod. de iur. dot. vt videatur defuncta etiam v-
xore, adhuc tamen pendere matrimonium marito su-
perstite, *§. 1. Nouell. 98. neque virum quod ex dot. leg. vl-*
tim. Cod. de bon. mater. Longè tamen fauorabilior est 19
caussa patris in ea saltem dote quæ ab eo profecta sit,
cùm nec nisi filiæ nomine ab initio dotem genero
dederit, nec eo animo vt penes maritum semper re-
maneret, nisi quandiu constaret matrimonium.
Votum quidem illud est boni patris vt sibi super-
stitem habeat filiam, & in bene concordanti matri-
monio senescentem, Et consequenter vt se viuo a-
pud maritum semper dos remaneat, Qui sensus est
dictæ *leg. 1. de iur. dot.* Sed si turbato mortalitatis
ordine præmoriatur filia, aut diuortium fiat, non
ideò pater sibi eripit repetendæ dotis facultatem, ma-
ritóque imputari potest, cur ea lege vxorem du-
xerit, nec sibi melius cauerit, vt saltem superstiti-
bus liberis retinere dotem posset. † Id enim pa- 20
cto fieri potuisse certum est non in eum quidem
casum quo ipsius mariti morte matrimonium sol-
ueretur, ne ita maneret mulier indotata, *leg. 2. D.*
de pact. dotal. l. 3. Cod. de pact. conuent. sed ita si aut
diuortio, *leg. 11. D. de dot. præleg.* aut morte mulieris. *l. si*
inter

inter.24.l.inter.26.in princip.& §.cum inter.l.si pater.12. in princip. D.de pact.dotal.l.si dotali.48.D.solut.matrim. quibus omnibus locis frustrà proponeretur interpositum pactum, vt propter liberos superstites dos penes maritum remaneret, si ex iure communi & citra pa-
21 ctum idem obtinuisset.† Quamquam etsi pactū nullū interuenisset, in eo consulebatur patri à quo alēdi essent liberi, vt in singulos quintam dotis partē retineret, idq; in infinitum, vt Vlp.scripsit *Tit. De dotib.* hoc est in eum vsque numerum qui totam dotē absorberet, ita vt si quinque pluresve liberi superessent totam dotē maritus retineret, nihil prorsus patri restitueret.
22 † Ad differentiā sextarū, quæ soluto per diuortiū matrimonio retinebantur aduersus mulierem, & quidē in singulos liberos: sed nō in infinitū, vt quintæ, verū vsque ad dimidiā tātùm dotis partem, Ne alioqui sex liberis superstitib. mulier prorsus indotata remaneret.
23 † Sic. n. existimo quintas illas de quarum retentione Vlp. loquitur non propter liberos præmortuos vt aliquando putabam, [nisi pactum intercessisset vt in *d.l. inter.26.in princ.de pact.dotal.*] sed propter superstites retineri potuisse. Cur enim propter præmortuos retinerentur, Ex quorū amissione nō minorem mater quā pater dolorem senserit, & propter quos nulla matrimonio soluto ferenda sint patri onera? vt taceam nec minus luctuosam esse non mortē nepotis ex filia, præsertim subsecuta ipsius quoque filiæ morte. Denique cur admittamus viua quodammodo filia dotem diminui licet diminutionis damnum ad patrem non ad ipsam peruenturum sit? Absurdum sanè id fuerit Propter quam caussam plerūq; stipulabatur pater, Mortua in matrimonio filia etiā superstitib. liberis dotem sibi reddi, vel deducta parte tertia, vt in *l.pater filiæ,23.*
24 *de pact.dotal.* vel simpliciter, † vt in *l.cum quærebatur,* a 40 *de verb.signif.* vbi quod Paulus ait, id actum huiusmodi pacto vt nullo casu remaneret dos apud maritum, ego sic intelligo vt nec superstitib. liberis remaneret, siue diuortio, siue morte solutū esset matrimonium, Nec vllā aut quintarū aut sextarū deductionē
25 dotis restitutio pateretur.† Quod in libris nostris clarius expressum esset si non quintas & sextas illas Iustinianus sustulisset, quomodo sanè sustulit in *l. vnic. C.de rei vxor.act.* Non in §. fileat, qui nō nisi de sextarū retentione loqui videtur soluto per diuortiū matrimonio, [Quāuis generalis sit illa ratio, quod ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum educationem satis hortetur,] sed in §. accedit, Vbi ait tacitam se ex stipulatu actionem non mulieri tantùm concedere, sed etiam parenti. Interposita enim per patrem stipulatione *soluto matrimonio dotem reddi,* nullo casu dotem aut ex dote quicquam maritus retinebat, *d.l.cum quærebatur.*
26 † Quemadmodū ex contrario sic inito pacto vt mortua filia dos penes maritū remaneret, non tantùm superstitib. liberis mariti lucro dos cedebat, in eamq; rē vtile pactum erat, sed etiā si liberi nulli interuenissent
27 *d.l.si pater.12.in princ.de pact.dot.*† Sic & extraneo qui dotē dederat stipulante sibi reddi soluto matrimonio restituēda erat dos etiā superstitib. liberis, quod & hodie obtinet, *l.vlt.C. de iur. dot.* Id enim faciebat vis & natura stipulationis nulla liberorū mentione facta: Nec in stipulatione patris magis quàm extranei subintelligebatur conditio illa si sine liberis filia decederet. Cū verisimile esset sibi potius quam nepotibus cauere acquirere voluisse auum maternum, qui nec nolens iis stipulari poterat, *l.Caius.45.De solut. matr.* Præsertim cùm ita quoque concepta stipulatione, non nepotū, sed ipsius mariti lucro dos cederet, *d.l.si dotali &*
28 *dict.l.si pater.* † Vnde sumi potest responsio ad coniecturam illam pietatis de qua in *d.l.cum auus. & dict.l. cum acutissimi.* Toties enim filius de restituendo grauatus sub ea conditione oneratus videtur si sine liberis decesserit, quoties alioqui peruentura res esset ad alium quem auus in ea re dilexisset minus quàm nepotē. At nec nepotes ipsos, multò minus verò generum plus seipso auus diligit. Nihil ergo est quod facere possit vt mortua filia dos ad patrem non reuertatur, licet supersint ex matrimonio liberi, si stipulatio interuenerit pro marito.

CAPVT II.

Ad l.vlt. D.vt legat.nomin.caueat. & l.illam. 19.C.de collat.

SVMMARIA.

1 *Respondetur ad §.1.l.vlt.ff.vt legat.nom.cau.*
2 *Dictio* filiafamilias *cur addita sit in* l. dos à patre. 4.C.solut.matrim.
3 *Vera Scæuolæ sententia in* d.l.vlt.
4 *Accursij ad eum locum additiones.*
5 *An & quando filia emancipata possit cauere testamento, vt dos penes maritum liberis superstitib. remaneat?*
6 *Cur filiusfam.miles de dote vxoris quasi de peculio castrensi testari non possit?*
7 *Respondetur ad* l.illam.29.C.de collat.
8 *Matrimonio per mortem viri, aut per diuortium soluto filiam emancipatam dotem profectitiam propriam habere.*
9 *Quid in* d.l.illam. *Iustinianus constituerit, & de qua quæstione tractauerit?*
10 *Multum interesse an maritus dotem ex pacto existentium liberorum lucratus sit, an verò morte viri vel diuortio solutum sit matrimonium, & eo tempore filia emancipata relictis liberis moriatur.*
11 *Anomali successores qui dicantur?*
12 *Filiafamilias post maritum superstitibus liberis & patre defuncta, vtrum in repetenda dote potior sit aut quam nepotum caussa?*
13 *Donata dos quaenam dicatur?*
14 *An valeat inter patrem & filiamfamilias ex caussa dotis donatio?*

RESpondendum † superest ad ea quæ pro Martini 1
sententia in contrarium adferebamus, & melius si fieri poterit quàm ab interpretibus hactenus responsum sit. Nam quod pertinet ad *l.vlt.§.1. D.vt legat nomin caueat. & ad l.illam.19 C.de collat.* Iam diximus nō posse responderi quod vulgo dicitur, loqui eas de filia emancipata, cum hac parte nihil intersit an filiafamilias sit an emancipata. Vtroque si quidem casu dos à
patre profecta ad patrem mortua filia reuertitur. † Et 2
quòd in *l.dos à patre.4.C.sol.matr.* adiicitur dictio *filiafamilias* quam plerique doctissimi viri subreptitiam tollendámque esse arbitrantur, non ad emancipatæ differentiam factum est, sed quod in facti specie filiafamilias proponeretur ea quæ defuncta fuerat in ma-
trimonio. † Rectius igitur dici potest in illa *l. vltim.* 3
non hoc Scæuolam dicere, Vnius filij nomine debere totam dotem penes maritum remanere, quod apertè Vlpianus supradicto loco negat *Tit. de dotibus.* (vnam enim duntaxat quintam eo iure maritus retinere potuisset.) Sed cùm ex facto proponeretur dotem penes maritum remansisse, hoc ipsum obiter Scæuolam notasse quòd ea res aliquomodo facere videretur, vt tanto magis penes maritum remanere deberent ea quæ viua mulier apud illum deposuerat non exacta depositionis cautione, de quorum tantùm non etiam de dotis restitutione Scæuola consulebatur. Itaque ad factum non ad ius vers

ba illa referenda sunt. Ex facto enim proponi potuit
dotem penes maritum remansisse, cùm de ea re pactũ
fortasse initum esset. Quod & Ioannes antiquus glos-
4 sator animaduertit. † Sanè quod ad eum locum de suo
addit Accursius, potuisse fieri vt emancipata quæ
testamentum fecisset, dotem iussisset remanere penes
5 maritum, planè falsum est. † Non enim poterat eo iu-
re etiam materfamilias testari de dote viuo marito, tã-
quam de re ad se nil pertinente, nec in ea heredem
habere ab intestato, nisi aut nondum maritus dotem
exegisset (quo casu non poterat esse dotis dominus
cùm ex nuda dotis promissione citra traditionem non
possit quæri marito dominium, vt in *l. nupta.30. §. 1.
D. solut. matrim.*) Aut prius stipulata esset dotem sibi
reddi, Vt probat elegans textus in *l. si mulier dotem.25.
C. de iur. dot. l. Lucius 78. §. filiam in fin. D. ad S.C. Tre-
bell.* Ne alioqui de bonis mariti, in quibus & dos est,
potiùs quàm de suis testata videretur, *l. quamuis.75 de
6 iur. dot.* † quomodo nec posset filiusfamilias etiam mi-
les testari de dote quasi de castrensi peculio, tametsi
possit de vxoris hereditate testari, *l. dotem 16. D. de ca-
strens. pecul.* vbi elegantem rationem Papinianus red-
dit, quod hereditas aduentio iure quæritur, Dos au-
tem matrimonio cohærens oneribus eius ac liberis,
qui sunt in aui familia consertur. Vt intelligamus cõ-
nexum ius vxoris adeóq; aui facere ne ea dote possit
filiusfamil. testari. Eóq; magis quòd ante Iustiniani
constitutionem in *l. in rebus.30. C. de iur. dot.* ita ius e-
rat, vt nec mortuo marito dominium dotis ipso iure
ad maritum reuerteretur, sed restitutione opus esset, *l.
3. vbi Bart. subtiliter per ill. tex. eod.* Hodie verò eo iure
vtimur, vt dominium quidem reuertatur ex *d. l. in re-
bus*, sed non possessio, quàm sanè ab heredibus mariti
repetere mulierem necesse est, & ab iis in mulierem
7 transferri, *l. dotis actione. 9. C. solut. matrim.* † Ad legem
illam. 19. *C. de collat.* respondeo constitutionem esse Iu-
stiniani. Cuius temporibus iam obtinebat ex lege
Theodosij in *leg. generaliter. 5. Cod. de secund. nupt.* vt
dotem quam lucratus esset maritus, cogeretur com-
munibus liberis reseruare si ad secundas veniret nu-
ptias, atque ita poterat dos matris etiam viuo auo ma-
terno ad nepotes peruenire ex persona patris. Aut e-
tiam immediatè ex persona matris, si mater non tan-
8 tùm sui iuris fuisset. sed etiam marito superuixisset. †
Soluto enim per mortem viri aut per diuortium ma-
trimonio, filia emancipata propriam sibi habebat do-
tem profectitiam vt suprà probauimus ex *l. 1. §. quod si
in patris l. si cùm dotem. 21. §. eo tempore l. Titia. 34. D. so-
lut. matrim.* Nisi diuortium in fraudem patris factum
esset aut à filia in *l. si filia. 5. D. de diuor.* aut à genero,
vt in *l. si filia mea. 59. solut. matrimon.* Vnde euenit vt si
posteaquam solutum est matrimonium decedat illa
superstitibus liberis, dos eius cum cæteris bonis here-
ditario iure transmittatur in liberos, Cùm nec patris
nec mariti cõnexum ius vllum amplius sit, quo impe-
9 diatur mulier heredem in dote habere. † Obseruan-
dum igitur est Iustinianum in *d. l. illam*, non de eo tra-
ctare, An aut quibus casibus mortua filia in matri-
monio dos ad patrem reuertatur aut non, Sed quibus
demum casibus liberis acquiritur, constituere, vt con-
feratur cæteris auo succedentibus, quia scilicet de
substantia aui profecta sit. Cæterùm vt nepotibus ac-
quiratur, alterutrum necesse est, Nimirum vt vel ma-
ritus dotem ex pacto existentium liberorum lucratus
sit, deinde ad secundas venerit nuptias, Vel morte vi-
ri solutum sit matrimonium, & in eo tempore filia
10 fuerit emancipata. † Quo casu vt diximus etiam viuo
patre & in dote profectitia heredem habere potest si-
ue constante matrimonio, aut post eius dissolutio-
nem ante exactionem dotis emancipata fuerit, *dict. §.
quòd si in patris, & §. eo tempore.* Siue iam emancipatæ
dos data sit, vt Bartolus probat ad *dict. §. quod si in pa-
tris ag. leg. si per te. 9. & leg. acceptum. 19. C. de vsur.* Quã-
quam inter hos casus differentia illa est, quòd cum
mortuo marito aut diuortio facto emancipata mori-
tur relictis liberis, sunt illi heredes matris, Priore ve-
rò casu dos ad eos pertinet, licet nec patris qui secun-
das nuptias contraxit, nec matris heredes esse velint,
*dict. leg. generaliter, iunct. Authen. heres Cod. de secund.
nupt.* † Vt non malè quis eos vocet anomalos succes- 11
sores post Baldum in *l. 2. Cod de heredit. action.* † Sanè 12
si filiafamilias sit, quæ post maritum defuncta est su-
perstitibus liberis, & patre, placet ferè omnibus, & iis
quoque qui Martini opinionem in cõtrario casu am-
plectuntur, vt potior sit aui causa quàm nepotum,
Ratione illa, quod certum sit dotis actionem, quæ vi-
ua filia communis fuerat patri & filiæ consolidari pe-
nitus in persona patris, Vt nec si in cæteris bonis fi-
liæ heredem habere posset, vllum tamen in dote ha-
beret. Ita Bartolus in *l. 1. num. 2. D. de dot. præleg. & in
l. post dotem vbi etiam Castrens. D. solut. matrimon* Nec
ferè est qui dissentiat. Quod ipsum tamen sic vulgo
nostri intelligunt, si dotem pater filiæ simpliciter de-
derit, non etiam si donauerit: † Donatam inter- 13
pretantes dotem, quam pater ipse filiæ reddi sit sti-
pulatus, aut filiam sibi ipsi stipulari permiserit, aut in
qua nihil ille iuris retinere voluerit. Sic enim Bar-
tolus in *dict. leg. post dotem numer. 27.* ibidémque Ca-
strens. *numer. 3. ex l. si cum dotem. 22. in princip. eodem.*
vbi Vlpianus ait, si cùm dotem daret pater vel extra-
neus pro muliere, in vnum casum pepigit, siue mortis
siue diuortij, dicendum esse in alium casum in quem
non pepigit esse mulieri actionem. Item ex *l. uter. 26.
§. cùm inter de pact. dotal.* cuius illa sententia esse cre-
ditur, vt si pactum sit siue expressim siue tacitè inter-
positum inter socerum & generum vt mortua in ma-
trimonio filia superstitibus liberis, dos penes virum
remaneret, acquiratur dos mulieri, & per eam quo-
tiescumque prædefuncta erit, liberis eius tanquam
heredibus. Idem Bartolus in *dict. leg. si cùm dotem nu-
mero 9. & 10. vbi etiam Castrens. numero 8. & 9. in fin.
Baldus in dict. leg. 2. Cod. de heredit. action. & in leg. quod
scitis. 3. Cod. de bon. quæ liber.* † Huius verò receptissi- 14
mæ nostrorum sententiæ ratio illa adferri solet, quod
iure speciali & fauore dotium valeat inter patrem &
filiamfamilias ex causa dotis donatio, propter *legem
Pomponius Philadelphus. 35. D. famil. ercisc.* contra re-
ceptas iuris regulas, *l. 2. Cod. de inoff. donat. l. donationes
quas parentes. 25. Cod. de don. int. vir. & vxor. l. si donatio-
ne. 13. Cod. de collat.* Ego verò non possum ista intellige-
re, aut concoquere, qui video Papinianum in *d. l. Pom-
ponius*, apertè scribere donationem collatam in filiam-
familias pro dote non valere. Sic enim locum illum
intelligendum esse iam docuimus lib. 7. cap. 12. Quod
autem obiicitur ex *dict. l. si cùm dotem in princip. & ex
d. §. cùm inter*, quàm parum faciat ad rem, nunc osten-
demus.

CAPVT III.

Ad l. si cùm dotem. 22. in princip. D. solut. matrimon. & ad § cùm inter. 26. D. de pact. dotalib.

SVMMARIA.

1 *Quis in* d. l. si cùm dotem *sensus sit horùm verborum* esse mulieri actionem.

2 *An*

1 *An qui stipulatus est dotem sibi reddi finito quoquo modo matrimonio, in eum quoque casum quo nuptiæ non sequerentur per illam stipulationem sibi prospexisse intelligatur?*
3 *Quid in* leg. si extraneus. ff. de condit. caus. dat. *super hac quæstione responsum sit?*
4 *Quo sensu Vlpianus dicat eum qui in casum finiti matrimonij dotem stipulatus est, in eum quoque sibi prospexisse videri quo nuptiæ non sequerentur?*
5 *An pater dotem stipulando casum vnum eligens alteri renunciasse censeatur?*
6 *Ratio* l. maritus. 21. C. de procurat.
7 *Cur extraneus dotem in vnum casum stipulans in alium non expressum agere non possit?*
8 *Verba illa* d. l. si extraneus. esse mulieri actionem, *licet tam ad patris quàm extranei stipulationem referantur, aliam tamen in patre, aliam in extraneo interpretationem admittere.*
9 *Extraneum posse nudo pacto propriam sibi dotis actionem facere, patrem non item.*
10 *Mulierem in specie* d. l. si cum dotem. *alio iure agere cùm pater, alio verò quum extraneus in vnum casum pepegit.*
11 *Respondetur ad* §. cùm inter. l. 26. ff. de pact. dotal. *eiusque sententia proponitur.*
12 *Maritum qui filia sine liberis in matrimonio defuncta dotem patri restituere promisit, existentibus liberis eam retinere, nec liberorum vllam rationem haberi.*
13 *Dotem in specie* d. §. cùm inter. *liberis filia superstitibus non applicari.*
14 *Patrem in dicta specie filiæ nec donasse nec stipulatum esse.*
15 *Quis in* d. §. *sensus sit horum verborum*, vt dos filia defuncta à marito retineatur.
16 *Cur in specie* d. §. *pater filia post mortem stipulari non potuerit?*
17 *Filiamfamilias in dote sibi à patre donata non potuisse iure Digestorum heredem habere.*

1 IN † *l. si cùm dotem 22. in princip. D. solut. matrimon.* illud obseruari volo, non sic Vlpianum scribere vt
dicat Pacto per patrem aut extraneum dotantem facto de dote in alterutrum casum aut mortis aut diuortij restituenda, in eum casum qui non sit pacto comprehensus propriam esse mulieris actionem, quomodo nostri vulgo & male intelligunt, sed illud tantùm ait *esse mulieri actionem*, quod planè nihil aliud est quàm posse hoc casu mulierem agere de dote ac si nulla esset interposita stipulatio, cùm posset dubitari an à casu expresso ad omissum extensio fieri deberet,
2 † Exemplo eius quod scriptum est in *l. si extraneus. 6. D. de condic. caus. dat.* eum qui stipolatus est dotem sibi reddi finito quoquomodo matrimonio, in eum quoque casum sibi prospexisse intelligi quo nuptiæ non sequerentur. Id verò Vlpianus negat, non fauore vllo dotium, sed potius ex natura, & iure stipulationis, quæ cùm nihil aliud sit quàm verborum obligatio, tota ex verbis æstimanda est, *leg. quicquid adstringenda. 98. de verborum obligat.* † Nec in quæstione di-
3 ctæ *l. si extraneus*, aliod responsum fuisse putandum est. Ibi enim non secutis nuptiis dos non petitur ex illa stipulatione *soluto quandocumque matrimonio dotem reddi*, sed condicitur quasi causa non secuta cùm non nisi ob futurum matrimonium data esset. † Quod au-
4 tem Vlpianus ait eum, qui in casum finiti matrimonij dotem stipulatus est in hunc quoque sibi prospexisse videri, non sic accipiendum est quasi hic casus in illo planè diuerso aut potius contrario comprehendatur, sed eo pertinet vt intelligamus non esse verisimile vt qui dotem sibi restitui pepigit solutis quomodocumque nuptiis eam donasse mulieri videatur si nuptiæ secutæ non essent. Idque ex ipsa stipulantis voluntate & rei æquitate procedit, Non ex eo quod Bartolus tradit in *d. l. si cùm dotem*, minus fauorabilem esse dotis & mulieris caussam nullo secuto matrimonio, quàm
cùm secutum est, *arg. l. si ego. 9. D. de iur. dot.* † Nec vi- 5
deo quid illud sit, quod ibidẽ Bartolus tradit post Accursium, Patrem stipulando eligentẽ casum vnum cẽseri renunciasse alteri *ex l. maritus. 21. C. de procurat.* cũ ille fateatur, quod & verũ est, prouisionẽ hominis non tolere ordinariã prouisionẽ legis, sed extraordinariam duntaxat, *l. & habet. 5. §. cùm quis. D. de precar. l. fin. C. de
pact. conuen. leg. 2 vbi notatur. C. de iur. emphy.* † Et quod 6
in specie dictæ legis maritus aliud est, fit propter tacitam prohibitionẽ vxoris, quæ hoc ipso quod mandat marito, vt de re aliqua agat, in cæteris omnib. ne agat prohibere censetur: alioqui superuacuum & inutilẽ esse mandatum. At in proposito non erit inutilis stipulatio patris in vnum casum facta, etiamsi nõ includat donationem fauore mulieris in alterũ. Proderit enim vt eo casu qui stipulatione nominatim comprehensus est solus pater agat, qui citra stipulationẽ non nisi adiuncta filia agere potuisset. Alio casu non proderit, manebitq; res in dispositione iuris communis, vt in *d. l. si extraneus.* Facit *l. si verò 64. §. de viro Digest.
solut. matrim.* † Planè in extraneo verum est stipulantẽ 7
cum dotem in vnum casum agere non posse in alium, Scilicet quod inducatur donatio, at non ex stipulatione vt vult Bartolus, sed ex ipsa donatione dotis, quia cum extraneus dotem dare non teneatur si det ex liberalitate, donat vtique nisi in eum casum in quẽ nominatim reddi stipuletur. Adeò vt Digestorum iure si nulla stipulatio interuenisset, mariti non mulieris lucro cederet dos aduentitia defuncta eá in matrimo-
nio vt suprà ex Vlpiano diximus. † Captiosum igitur 8
est argumentum Bartoli, cùm ille contendit ea Vlpiani verba *esse mulieri actionem* quemadmodum ad vtriusque nimirum patris & extranei stipulationem referuntur, sic vna eademque interpretatione donanda esse. Nam quod ille ait, quando vna determinatio duo determinat, sic debere eam intelligi vt vtrũmq; vniformiter determinet, quod vulgare nostrorũ brocardicum est *ex leg. non hoc iure 4 & leg. Lucius 45. de vulgar. & pupill. substitut.* toties fallit, quoties diuersa vtriusque determinandi ratio est vt in proposito contingit. Pater enim dotem dat filiæ non animo donandi, sed ex officio *leg. capite. 19. de rit. nupt. iunct. leg. donari videtur. 82. de regul. iur.* at nec donare quidem filiæfamilias potest etiamsi vel maximè velit vt in superioris capitis fine dicebamus. Extraneus verò, qui ex liberalitate dotem dat, & vult donare & potest, imò verò donat hoc ipso nisi quatenus sibi ille per pactum prospicit, aut per stipulationem.
† Aloqui possis eodem ratiocinationis genere 9
probare ex illis verbis Vlpiani *in vnum casum pepigit*, quæ tam ad patrem quàm ad extraneum referuntur, posse patrem nodo pacto sibi propriam facere dotis actionem, quoniam & extraneus potest, *l. cùm dos. 7. l. ob res. 20. §. si extraneus. D. de pact. dot.* Et tamẽ id in parte falsum est, qui propriam ex officio dotem dat; *l. vlt. C. de dot. promiss.* non ita facilè potest profectitiæ dotis actionem sibi cum filia ipso iure competentem nouare nisi stipulationem adhibeat, *l. vnic. 6. C. de rei vxor.
dot.* † Denique vt Bartolo aliquid largiar, non nego 10
in specie *d. l. si cùm dotem*, siue pater siue extraneos in vnum casum pepigerit, æquè mulieri actionem es-

se, quod Vlpianus ait, sed nego æquè mulieris actio-
nem esse, aut, quod idem est, eodem iure mulierem a-
gere Si enim extraneus in vnum casum stipulatus sit,
aget illa in alterum casum sola. Sin pater, agere eam
oportebit, adiuncta persona patris ac si nulla esset in-
terposita stipulatio, *d.l.2.§.quod si in patris. D. solut. ma-*
11 *trim.* † Quòd verò pro eadem Bartoli sententia rur-
sum obiicitur Papinianus in *l. inter. 26. §. cum inter. D.*
de pact. dotal. magis miror, cùm ex illo loco omnium a-
pertissimè conuincatur potius quàm probetur. Sic e-
nim Papinianus scribit, *Cum inter patrem & generum*
conuenit vt in matrimonio sine liberis defuncta filia dos pa-
tri restituatur, id actum inter contrahentes intelligi debet
vt liberis superstitibus filia defuncta dos retineatur. Quo-
rum verborum sensus alius esse non potest, quàm vt
superstitib. liberis dos penes maritum remaneat: quá
conuentionem frequentem fuisse apparet ex *leg. si pa-*
ter. 12. & l. pater cum filiæ. 23. D. eod. l. si dotali. 48. D. solut.
matrim. quo casu eueniente dotem ex pacto maritus
lucrabatur, adeò vt nec liberis communibus eam ser-
12 uare cogeretur. † Nec quicquam intererat Digesto-
rum iure tametsi contrà putet Bartolus an simpliciter
dotem maritus lucraretur, an verò penes eum dos re-
maneret propter liberos. Nam præter id quod non sic
Papinianus loquitur vt dotem à marito propter libe-
ros retineri dicat, sed retineri simpliciter. Non potest
in proposito vlla liberorum haberi ratio nisi tanquam
in conditione positorum, ac si conuentum esset vt pe-
nes maritum dos remaneret, si nauis ex Asia veniret,
d. l. pater 23. de pac. dotal. Nepotibus enim ex filia stipu-
lari, iisque dotis actionem acquirere non magis quàm
extraneis auus maternus voluisset, *l. Caius. 45. solu. ma-*
13 *trimon.* † Vt valde ridiculi fuerint qui putarunt in
ista Papiniani specie applicari dotem ex pacto liberis
filiæ superstitibus, quam contrà scribit disertè Papi-
nianus à viro retineri. Quos etiam rectè Baldus in
dict. leg. 3. Cod. de bon. quæ liber. ex eo refellit, quod
vulgò iactari solet, liberos in conditione positos non
censeri vocatos, Ne ex testamento quidem in quo
nuda testantis voluntas sufficeret, ex *leg. Lucius Ti-*
tius. 85. de hered. instit. l. si sub conditione. 8. D si quis o-
miss. caus. testamen. Multò minus igitur in dispositio-
ne inter viuos præsertim in stipulatione, quæ vt iam
14 diximus nihil nisi verborum obligatio est. † Hoc ve-
rò si ita sit, planè non intelligo cur ipsi filiæ potius,
quàm eius liberis donare patrem & stipulari voluisse
interpretemur. Cùm neque ipsa stipulationis condi-
tio existere possit nisi mortua filia. Inde enim fit vt
hoc casu stipulatus videretur filiæ reddi dotem post
mortem ipsius filiæ: Quomodo sanè non nisi inuti-
liter stipulari poterat quia nec sibi post mortem suam
dari filia ipsa stipulari potuisset, *§. post mortem. 12. Insti-*
tut. de inutilibus stipulat. leg. quodcumque. 45. §. si quis ita
stipulatus de verborum obligationib. Potest quidem fie-
ri stipulatio sub ea conditione quæ post stipulatoris
mortem eueniat, sed ita tamen vt non in id tempus
vis & potestas obligationis conferatur, *dict. leg. pater*
15 *cum filia.* Præterea quid tam contrarium est ei quod
Papinianus scribit defuncta in matrimonio supersti-
tibus liberis filia dotem à viro retineri, quam quod
vult Bartolus, & post eum cæteri, dotem eo casu filiæ
acquiri quasi donatam à patre? Etsi cùm constante
matrimonio coniuncta sunt iura mariti & mulieris
quod ad totam dotem pertinet, vt sit quidem illa mu-
lieris, sed in bonis mariti, *dict. leg. quamuis. 75. de iur.*
dot. l. in rebus. 30. Cod. eod. Soluto tamen matrimonio
ita dissoluuntur, vt nihil possit maritus retinere, nisi
mulier aut alius cui restitutio facienda est, non possit
petere. Denique restitutioni opposita est ex diame-
tro retentio: cúmque nuptiis manentibus sit mari-
tus dominus dotis, si quando dicimus dotem penes
eum remanere, nihil aliud significare possumus, quá
dotis dominium quod prius quæsitum fuit ei aufe-
rendum non esse, ita vt pleno iure & irreuocabiliter
vt loquuntur fiat dominus, qui antea in eo erat vt so-
luto quandocumque matrimonio dominium illud re-
stituere deberet. Et verò si apud Papinianum dos re-
manet penes virum propter liberos & in eorum com-
modum vt Bartolus putat, quomodo fieri potest vt
ex huiusmodi retentione dos mulieri acquiratur? Di-
cere igitur debuit Bartolus remanere dotem penes
maritum propter vxorem & in vxoris commodum,
Quod tamen ideò dicere non potuit, quia ius istud
retentionis non cœpit viro competere ex eo instanti,
quo filia moreretur, quod instans vitæ computatur
non morti, *leg. 3. de condict. triticiar. l. qui duos. 18. §. 1. de*
manum. testam. leg. vltim. D. de condict. institut. sed quo
mortua esset filia, ac proinde post ipsius filiæ mortem,
quo tempore nihil potest filiæ acquiri, præsertim per
maritum, qui non magis poterat vxori stipulari
quàm ipse pater filiæ *leg. multum interest 6. Cod. si quis*
alteri vel sibi. leg. dominus 39. de verbor. obligat. leg. 2.
Cod. de contr. & committ. stipulat. † Sed etsi admit- 16
teremus permissum esse patri dotem stipulari filiæ ex
caussa donationis, ita vt filiæ propria esset actio,
quod nos negauimus, inutiliter tamen stipularetur
post mortem filiæ, quoniam filia ipsa eius voce in ca-
sum inutilem stipulata videretur *dict. § post mortem.* † 17
Postremo hæc Bartoli & cæterorum communis sen-
tentia pro vero habet filiamfamilias in dote sibi à pa-
tre donata potuisse Digestorum iure habere here-
dem. Quod tamen ego falsissimum puto. Non illa
solùm ratione quòd donatio non valuerit, de quo am-
pliùs non dubito, sed quia etiamsi valuisset, ius tamen
potestatis fecisset ne in ea viuo patre heredem habere
potuisset. Imò nec alium successorem quantumuis
anomalum vt Baldus loquitur *in d. l. 2. C. de hered. actio-*
nib. Necesse enim erat vt defuncta licet superstitibus
liberis filia dos etiam donata ad patrem reuerteretur,
aut tanquam profectitia, aut saltem peculij iure.

CAPVT IV.

An in dote per patrem donata aut aduentitia potuerit filiafamilias heredem habere.

SVMMARIA.

1 *Filiamfamilias in eiusmodi dote non plus iuris viuo pa-*
tre habuisse, quàm filiam emancipatam, cui pater do-
tem simpliciter dedisset.

2 *Filiam emancipatam de dote sibi simpliciter à patre*
data seu constituta testari non posse, si in matrimonio
moriatur.

3 *Donationem propter nuptias in filiumfamilias collatam*
soluto filij morte matrimonio ad patrem rediisse, nec
de ea filium testari potuisse.

4 *Castrense peculium filijfamilias intestati ad patrem e-*
ius peculij, non hereditatis iure totum olim deuolu-
tum fuisse.

5 *Non semper quicquid proprium filius aut filiafamilias*
habuit, in eo heredem Digestorum iure inspecto ha-
bere potuisse.

6 *Patrem qui filiæfamilias donandi animo dotem consti-*
tuerit, non videri dotis repetendæ iuri renuntiasse
quum filia in matrimonio moritur.

7 *An soluto morte viri vel per diuortium matrimonio fi-*
liafam. dotem aduentitiam propriam sibi retineat?

8 *Quantum referat an à patre, an vero ab extraneo dos*
profecta sit?

1 AN† enim plus iuris in huiusmodi dote habebat filiafamilias, viuo patre, quàm emancipatus, cui pater dotem simpliciter dedisset? Minimè verò. Nam & emancipata erat proculdubio donationis capax *l.2.C. de coll. donat. leg. siue emancipatae 17.C. de donat.* & ipsa dotis datio in emancipatam collata donatio dicitur *l. vlt. §.1. D. quae in fraud. credit.* tametsi quod ad maritum pertinet dici soleat habere eum dotem ex causa onerosa non ex lucratiua. *l. ex promissione 19. de oblig. & action. l. fin. C. de iur. dot.* Denique si dos etiam quae filiaefamilias à patre data est, propriũ ipsius filiae patrimonium dicitur *l.3.§. sed verum. D. de minor. l. in eum 16. de relig. & sumptib. funer. l. pater 71. de euict. l. pater filia 14. D. ad leg. Falc. l. filium 4. de colla. bonor. l.1.§. vlt. & l. vlt. de dot. coll.* qui fieri potest vt emãcipatae filiae vtilior sit
2 dotis donatio, quàm simplex datio? † Nã & dote simpliciter ei constituta fatentur omnes, & verum est, solius filiae actionem esse, matrimonio soluto. Nõ solùm si ab initio emancipatae dos data fuerit, sed & si post datam dotem emancipata sit *d. l.2.§.1. l. si cum dotem 22. § eo tempore. l. Titia 34. l. filia mea 49. D. solut. matr.* & ea neq non facit ea res quominus defunctâ in matrimonio filiâ dos illa ad patrem reuertatur, adeò vt nec de illa testari emancipata possit si in matrimonio moritur, vt omnium optimè probat *d. l. filia mea. & l. filia 5. Digest. de diuort.* Cur enim necesse esset filiâ aut generum diuortij consilium capere ad fraudandum dote patrem si de dote testari poterat emancipata? Nempe ius profectitiae dotis illud erat vt à patre profecta ad patrem necessariò in amissae filiae solatium reuerti de-
3 beret. † Idémque de donatione propter nuptias in filiumfamilias collata iuris erat, quam donationem veram fuisse nemo inficiari possit, nisi qui rationem ipsum neget. Nec eò minùs tamen ad patrem reuertebatur si reuersionis casus contingeret soluto filij morte matrimonio vt apertè constitutum est *in l.2. C. de bon. quae liber.* Hoc cur ita? Nimirùm facilius erat filio vt sibi proprium aliquid haberet ex ea causa quã lex adprobaret, qualis est sempérque fuit caussa matrimonij ad replendam liberis hominibus ciuitatem, quàm vt sibi
4 in ea re heredem habere posset. † Sed &, quod magis mirum est, si castrẽse peculium filiusfamilias habebat, de quo haud dubiè ex Imperatorum constitutionibus testari poterat, quòd in eo patrisfamilias vice fungeretur *l.2. ad S.C. Maced.* nec tamen de eo testatus fuisset, non poterat habere in peculio heredem ab intestato filium, at ne ipsum quidem patrem. Imò peculij nõ hereditatis iure totum id quantumcũque erat ad pa-
5 trem deuoluebatur *l.1. & 2. D. de castrens. pecul.* † Non igitur si ius Digestorum spectes recta est ratiocinatio, si quis dicat quicquid propriũ habuit filius aut filiafamilias in eo heredem habere potuisse. Nam nec proprium quicquam habere potuit quod à patre profectum esset, ne volente quidem patre *d. l. siue emancipatis*, nisi ex caussa donationis propter nuptias aut dotis *d. l. Pomponius 35. famil. ercisc.* Et quo casu habere potuit non tamen data ei est potestas de dote testãdi aut ab intestato heredem habendi, quòd nec pater facere potest, cùm succedendi ius vt alio loco scripsimus iuris publici sit non priuati *l.3. D. qui test. facer. poss. l. vlt.*
6 *D. de suis & legit.* † Sed et si ea res in parentis arbitrio posita esset, dici tamen adhuc posset patrem qui filiaefamilias donandi animo dotem dederit hoc est eius nomine genero tradiderit [sic enim Papinianum in d. l. Pomponius explicauimus] non ideo videri renunciasse iuri quandoque competituro dotis repetendae cùm filia in matrimonio morietur *d. l.2. C. de bon. quae liber.* Id enim ius repetendae dotis non ex iure potestatis proficiscitur, sed ex ratione miserationis *l. iure succursum. C. de iur. dot.* cuius nullam haberi ab ipsa filia
rationem impium certè sit & inhumanum. † Quid 7
ergo si filiaefamilias aduentitia dos ab extraneo obuenerit? Certum est acquiri filiaefamilias dotem constante matrimonio, & inuito etiam patre, cùm & dotis acquirendae capax sit durantibus nuptiis dict. leg. Pomponius, & in caeteris quae ab extraneo proficiscuntur possit illa viuo patre sibi ex quacunque caussa acquirere, si modò nolit pater sibi ipsi per eam acquiri *l. is qui heres 13. §. vlt. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio 11. ad S.C. Trebell. l.3. C. qui admitti ad bonor. possess.* Facilius siquidem est patri alienę rei dominium per filium nõn acquirere, quàm eius quae iam sua sit amittere, & in filium aut filiamfamilias transferre, sed an ideò petunt soluto morte viri vel per diuortium matrimonio propriam sibi dotem illa retineat? Minimè. Nam vt Vlpianus scribit Tit. De dotib. diuortio facto habet pater actionem rei vxoriae adiuncta filiae persona siue dos profectitia sit siue aduentitia. Nempe quòd vt saepiùs reperij, non sit filiafamilias dotis capax nisi constante matrimonio d. l. *Pomponius*, Vt proinde quo instanti matrimonium solutum est, deficiente filiae capacitate, succedat ius patriae potestatis. † Quanquam 8
non ex eo fit vt nihil tunc referat an à patre an ab extraneo dos profecta sit. Nam in dote profectitia ius mariti quod ille ab ipso patre habet, impedit ius patriae potestatis. In aduentitia secus. Inde illud etiam maneat, quòd si patri ab intestato filia succedere velit cum fratribus aduentitiam nõ minùs quàm profectitiam dotem conferre cogatur *l. filia dotem 4. C. de collat. l.1.§. si sub conditione. D. de dot. collat.* quia filiaefamilias data dote quaesitum fuit ius patri, vt soluto quandocumque se viuo matrimonio dum ne per mortem filiae, ea sibi vel propria, vel saltem cum filia communis dos esset secundum eas distinctiones quas sequenti capite afferemus.

CAPVT V.

Malè à recentioribus emendatum §.1. l.2. D. solut. matrim. & ad l. Caius 45. eodem.

SVMMARIA.

1 *Respondetur rationi qua Interpretes mouit vt existimarent dotis aduentitiae actionem non minus soluto quam constante matrimonio filiaefamilias propriam esse.*
2 *Goueani & Cuiacij responsio & emendatio ad* §. quod si in patris l.2. ff. solut. matrim. *ab Interpretibus pro sua sententia allatum.*
3 *Alia authoris responsio, & dotis profectitiae ab aduentitia distinctio.*
4 *Quomodo ab Interpretibus intellecta sit* l. Gaius 45. solut. matrim?
5 *Cuiacij ad eandem legem interpretatio.*
6 *Cur in eius legis specie stipulatio aui materni in persona nepotis inutiliter concepta videatur?*
7 *Nec aui etiã siue heredibus in illa specie stricto iure competere.*
8 *Quantum in d. l. intersit, an auus sibi tantùm, an verò sibi aut nepti stipulatus sit?*
9 *An in specie* d. l. Gaius *prorsus inutilis sit dotis adiectio, in cuius persona stipulatio concepta fuerat?*
10 *Dotem illius filiae patri solui non posse, filiae tamen solutam, patri iure patriae potestatis acquisitam esse.*
11 *Dictam legem Gaius à Triboniano interpolatã fuisse.*
12 *Triboniani manus in ea obseruatur.*
13 *Patrem iure Digestorum potuisse quasi eam sibi quoquo modo filiae dotem pro arbitrio alienare.*

14 *Quid in ea dote obseruatum fuerit, quæ rei vxoriæ a-ctione repetebatur?*
15 *Cur pater in dote aduentitia plus iuris olim habuerit si morte viri, quàm si diuortio solutum matrimonium fuisset?*
16 *Cur in dote profectitia eadem distinctio non seruetur?*
17 *Actionis de inofficiosis dotibus introducendæ ratio.*
18 *Non iuris, sed miserationis ratione maritum à patre in repetenda dote profectitia superari, filia in matrimonio defunctâ.*
19 *Dotem aduentitiam eo ipso instanti quo filia in matrimonio moritur, marito, non patri acquiri.*
20 *An aliqua eo casu patri supersit actio?*
21 *Examinatur ratio illa* d. l. Gaius *ne commodo dotis mulier defraudetur.*

SEd quoniam in hoc etiam iuris veteris ignoratio-
ne errarunt nostri, existimantes dotis aduentitiæ
actionem propriã esse filiæfamilias non minùs so-
luto quàm constante matrimonio, vt vulgo tradunt
ad *d. l. 2. § quod si in patris l. post dotem 40. l. Caius 45. D.*
solut. matrim. operæ preciũ erit vt ad rationes & leges
quibus in eam sententiam mouentur respondeamus.
1 † Ratio autem alia non adfertur, quàm quòd si filia-
familias capax est dotis profectitiæ viuo etiam patre
multò magis capax sit aduentitię Sed iam satis supér-
que à nobis responsum est in superioribus, scilicet fi-
liamfamilias capacem esse vtriusque constante matri-
monio, soluto neutrius. obstáre nimirum iure potesta-
tis si legibus agatur. † faciunt pro communi sententia
2 verba illa Vlpiani in *dict. §. quod si in patris & dos ab eo*
profecta sit. Sic enim accipiuntur, vt cùm Vlpianus di-
cat si in patris potestate sit filia & dos à patre profecta
sit, patris & filiæ dotem esse, ex cõtrario dicere videa-
tur solius filiæ dotem esse quæ à patre profecta nõ sit.
Et hæc obiectio tanti momenti visa est viris doctissi-
mis Antonio Goueano & Iacobo Cuiacio vt ausi sint
dicere locum esse corruptum, & ea verba quæ retuli-
mus non tam Vlpiano tribuenda, quàm Triboniano
respicienti ad ius nouum quo facti sunt filij, filiæq; fa-
milias aduentitiorum omnium capaces *l. cùm oportet*
6. & l. cùm non solùm 8. C. de bon. quæ liber. † Mihi verò
3 probabilius videtur ita scripsisse Vlpianum, quia non
sit hac parte eadem prorsus ratio dotis profectitiæ &
aduentitiæ. Profectitia soluto siue per diuortium siue
viri morte matrimonio communis est patris & filiæ,
nisi eam sibi reddi pater in alterum aut in vtrumque
casum stipulatus sit *d. l. si cùm dotem 22. in princip. & l.*
quoties 29. D eod. Aduentitia verò non aliter quàm si
matrimonium diuortio solutũ sit, nec extraneus sibi
reddi fuerit stipulatus. Soluto enim morte viri matri-
monio dotis actio solius erat patris vt paulò post pro-
babimus. Mortuâ verò filiâ dos profectitia tota est
patris, Aduẽtitia tota mariti vt idem Vlpianus scribit
Tit. de Dotib. Profectitiam perrarò stipulabatur pater
sibi reddi & difficilius, ita vt stipulatio interponenda
esset, nec pactum sufficeret. Credo, quia satis ei cautũ
esset rei vxoriæ actione, quæ illi communis futura e-
rat cum filia. Aduẽtitiam verò vix erat vt daret extra-
neus, quin sibi saltem per pactum consuleret, ne alio-
qui penes patrem aut maritum dos remaneret. Pactũ
autem sufficere videbatur *l. auia 6. C. de iur. dot.* quòd
iniquum videretur periclitari cum ex sua liberalitate,
& ob non interpositam stipulationem repetendæ do-
tis ius omnino amittere. Denique alius tractatus est
de dote profectitia, alius de aduentitia, aliæ atq; aliæ
vtriusque leges & cõdiciones. Quod etsi non ita esset,
non rectè tamen sumi posset argumentum à cõtrario
sensu de dote profectitia ad aduẽtitiam in eo, in quo
eadem vtriusque cõtrarij ratio sit. † Adducitur etiam 4
pro communi sententia responsum Pauli *in leg. Caius*
45. solut. matrim. vbi cùm proponeretur datã nepti do-
tem ab auo materno interposita stipulatione si diuor-
tium sine culpa mulieris factum esset, dotem ipsi ne-
pti aut auo materno restitui, secuto postea sine culpa
mulieris diuortio, dat Paulus nepti dotis repetitionẽ
ex stipulatu viuo etiam patre, in cuius erat potestate,
nulla patri facta dotis aut actionis portione. † Sic e-
nim locus ille ab omnibus fere intelligitur, excepto 5
Iacobo Cuiacio qui ad Vlpiani Titulum De dotibus
scripsit in ea quoque specie communem esse patri &
filiæ dotis actionem. De patre tamen ideò nihil Pau-
lum respondisse, quòd filiæ cautum fuisset, non patri.
Quia tamẽ locus ille non solùm difficilis & obscurus,
sed etiam nõ parum suspectus mihi semper visus fuit,
de illius quoque sententia nunc aliquid nobis dicen-
dum est. † Illud primum Paulus respondet, In persona 6
neptis inutiliter conceptã videri stipulationem, quo-
niam auus maternus ei stipulatus proponeretur. Con-
stat enim non esse neptem in aui materni potestate.
Ei autem quem quis in potestate non habeat, nec sti-
pulari posse. Ex quo Paulus infert heredi stipulatoris
quandocunque mulier diuerterit competere actionẽ.
Non igitur competit patri neptis quia stipulatio non
valuit. Ipsi autem nepti multo minùs, & quia non va-
luit stipulatio, & quia tametsi valuisset, patri tamẽ per
filiam actio ex stipulatu quæsita fuisset. † Sed neque
stricto iure videbatur auo aut eius heredibus compe- 7
tere, quasi ille non tam obligationis quàm solutionis
causâ in stipulatione adiectus videretur. Stipulatus e-
nim fuerat *nepti aut sibi l. obligationum ferè 44. §. acces-*
sio. D. de oblig & action. l. si stipulatus fuero 11. l. si ita sti-
pulatus 59. de solut. Sed cùm in persona neptis inutili-
ter concepta sit stipulatio vt dictum est, Consequens
videtur, vt quod ad obligationis & actionis vim per-
tinet, perinde habeatur acsi sibi tãtùm stipulatus esset
auus. Quo casu impleta quãdocumque, licet post eius
mortem stipulationis cõdicione, actio heredibus eius
haud dubie competeret. *leg. pater cùm filiæ 25. D. de*
pact. dotalib. † Differentia tamen iudicio meo illa erit
fortasse, quòd si sibi tantùm auus stipulatus esset, dire-
cta actio daretur illius heredibus, quia nullo iuris ri-
gore impediretur. Cùm verò nepti aut sibi stipulatus
fuit, vt in proposita specie, vix est vt directa possit cõ-
petere, sed vtilis potiùs, cùm stipulationis verba repu-
gnent, quę solutionis magis quàm obligationis caussâ
personam aui adiectam præ se ferunt, vt ex æquitate
& interpretatione potiùs quàm ex summo iure adie-
ctio ipsa competat. † An igitur prorsus inutilis erit
neptis adiectio in cuius persona concepta fuerat sti- 9
pulatio? Minimè. Sed quæ ad obligationem inutiliter
adiecta fuit, censebitur adiecta solutionis caussâ, vt
perinde solui ei dos possit, acsi auus sibi aut illi dotem
reddi stipulatus fuisset, nobis ex æquitate stipulatio-
nem sic interpretantibus. † Solui illius patri non pote- 10
rit, vt malè Cuiacius existimat, quia nõ fit illa solutio
ex vi obligationis quæ adiecto solutionis caussâ nul-
la acquiritur, *l. Stichum aut Pamphilum 98. §. quæsitum*
& §. vsumfructum. de solut. sed ex facultate collata in ar-
bitrium, & electionem promissoris. Solutione tamen
nepti facta, non nego quod Cuiacius defendit acqui-
sitam iri dotem patri iure patriæ potestatis, quæ sanè
ante id tẽpus vires suas exercere non potest, nec con-
stante matrimonio, quia eo tempore dotis capax est fi-
lia, nec post diuortium, quoniam ante solutionem ni-
hil neptis in ea dote iuris habere potuit. Impediente
scilicet stipulatione vim & potestatẽ actionis rei vxo-

riæ,

riæ. quæ alioqui statim post diuortium & patri & fi-
11 liæ competiisset. † Atque ita Paulum & scripsisse &
sensisse nõ dubito, sed interpolatum locum à Tribo-
niano in eo primùm quod aui heredibus dat actionẽ
directam, quam iuris ratio denegabat, vt diximus. I-
temque in eo quod ipsi nepti dat vtilem quæ procul-
dubio ei competere non potest. Nam ex stipulatione
extranei nec directa nec vtilis actio quæri potest, a-
lioqui nõ esset inutilis stipulatio quomodo inutilẽ es-
se passim scriptum est, etiamsi fauore dotis facta sit. *l. si
genero. 26. C. de iure dot.* aut subsit ratio adiectionis
personarum *vt in l. inter. 26. §. pen. de pact. dot. leg. debi-
tor. 59. §. vlt. D. ad S. C. Trebell.* De quo plura scripsi-
12 mus *lib. 1. ca. 4.* † Sed quis non Triboniani manum &
elegantiam agnoscat in toto illo vltimo legis versicu-
lo *sed permittendum est nepti ex hac auita conuentione ne
commodo dotis defraudetur, vtilem actionem:* Quis enim
Iureconsultorum sic vspiam loquitur? Quod verò se-
quitur *fauore enim nuptiarum, & maxime propter adfe-
ctionem personarum ad hoc decurrendum est*, non minùs
sanè ineptum est. Cur enim fauor nuptiarum atten-
datur soluto matrimonio, & eo tempore quo filia sit
incapax dotis? An vt si nubat iterum, eandem dotem
13 habeat? Ne hoc quidem dici potest. † Pater enim Di-
gestorum iure poterat quæsitam sibi dotem filiæ, siue
potestatis siue pactionis iure quæsita esset, pro arbi-
trio alienare *leg. rem quam pater. 22. §. a contrario sensu
C. de iur. dot. ante Iustinians Nouellam. 97. de æqual. dot.
cap. 5.* quæ cùm ius nouum faciat in eo quod hodie te-
netur pater filiæ dotem seruare ita vt nec diminuere
possit, nisi fortuita aliqua clades superuenerit, osten-
dit satis aliter fuisse iure vetere comparatum. Quod
& non malè probatur *ex leg. vnica. § & hoc ex rei vxo-
ria. C. de rei vxor. action.* vbi refert Iustinianus nihil o-
lim iuris habuisse filiam soluto matrimonio in dote
14 quam sibi reddi pater stipulatus fuisset: † In ea verò
quæ rei vxoriæ actione repetebatur ita obseruatum,
vt non aliter ad filiam quasi proprium ipsius patrimo-
nium reuerteretur. quàm si lite nondum finita licet
mota adeóque quod plus est contestata pater decessis-
set. *Finita* enim eo loco, non *mota* legendum est. Fi-
nita igitur lite maritóque condemnato aut illius he-
redibus, dos per rei vxoriæ actionem exacta tota erat
patris, eoque mortuo non ad filiam, sed ad ipsius pa-
tris heredes transmittebatur. Idque vt diximus iure
potestatis, quæ non minùs locum habebat in dote
aduentitia, quàm in profectitia; cùm vtraque per rei
vxoriæ actionem à patre adiuncta filiæ persona repe-
15 teretur, teste Vlpiano in dict. Titul. De dotib. † vbi
quod ait, *Diuortio facto* nihil hac parte interfuisse an
profectitia dos esset, an aduentitia, cogit me suspicari
plus iuris olim habuisse patrem in dote aduentitia si
morte viri quàm si diuortio solutum matrimonium
fuisset: Mortuóque viro dotis aduentitiæ repetitionẽ
soli⁹ patris fuisse. Ratione illa diuersitatis, quod cùm
extraneus dotem dat filiæfamilias nec stipulatur sibi
reddi, donare eam videatur patri, in cuius filia est po-
testate, nisi quandiu erit filia ipsa dotis capax, id est
constante matrimonio *§. 1. Institut. per quas person. nob.
acquir. leg. filiofamilias. 42. de cond. & demonstr.* Proinde
morte mariti soluto matrimonio, quemadmodum in-
cipit filia dotis incapax esse primo instanti postquam
solutum est, ita dotis actionem acquirit patri, adeò
vt ne momento quidem temporis habere illam cum
patre communem poterit. Cùm autem diuortium fit,
etsi non minus incapax dotis est filio, quàm si vir esset
mortuus, quando vtroque casu solutum est matrimo-
nium, ferè est tamen vt facto præsertim culpa viri di-
uortio, videatur adhuc illa esse in matrimonio, cùm
per eam non steterit, rursúsque redintegrari possit a-
liquãdo matrimonium, quo casu futurum esset vt dos
quoque tacitè redintegraretur, etiamsi medio tempo-
re alij mulier nupsisset. *l. dotem 30. l. Diuus. 40. l. post di-
uortium. 64. de iur. dot.* Neque verò æquum est tam ci-
tò tamq; facilè nocere ei factum mariti, cuius fatum
sanè nocuisset. † Quòd si quis quærat, Cur non ergo 16
in dote profectitia seruetur eadẽ distinctio, Aut cur
nõ dos aduentitia patri acquiratur si viua adhuc filia
eius sit incapax quo instanti moritur [ea namq; mor-
tua diximus ex Vlpiano dotem aduentitiam penes
maritum remansisse] Respondeo, minùs hac parte iu-
ris habere patrem in dote profectitia quàm in aduẽ-
titia, propterea quòd profectitiæ dominus factus sit
maritus ab ipso patre, qui dotẽ ipse tradiderit. Itaque
si pater solus ageret mortuo marito viua filia, patrem
vinceret heres mariti, iure dominij: sicut & maritus
ipse si diuortio solutum esset matrimonium: Siquidẽ
dominium illud quod penes maritum fuit constante
matrimonio nõ statim & ipso iure reuertitur ad mu-
lierem cuius nunquam fuit anteà. Nec consequenter
patri per filiam acquiri potest, Vnde euenit vt filiæ
personam adiungi necesse sit, quippe contra quam ni-
hil habeat mariti heres aut maritus ipse quod possit
obiicere. † Eáque ratio nisi me fallo causam dedisse 17
videtur actioni & *tit. C. de inoffic. dotib.* cùm neque in-
officiosi testamenti, neque inofficiosę donationis que-
rela in eã rem aptari posset vt inofficiosa dos à patre
in filiam collata & ipsi marito acquisita ad legitimũ
modum etiam constante matrimonio reuocaretur,
quia licet respectu filiæ dos à patre data legitimæ lo-
co videri possit, aut donationis iure censeri quatenus
excedit eam quantitatem quam pro congrua dote à
patre dare oportuit, tamen quod ad maritum perti-
net qui ex matrimonij caussa planè onerosa dotem
habet, neque legitimæ neque donationis instar obti-
nere dos potest, quantumuis inofficiosa sit. † Atqui, 18
inquies, Si mortua esset in matrimonio filia pater so-
lus ageret pro dote profectitia repetenda, maritúm-
que superaret. Fateor, Sed non ratione iuris, at potius
miserationis, Ne alloqui pater & amissæ filiæ & dotis
damnũ sentiret *leg. iure succursum. 6. D. de iur. dot.* quã
cùm ait meritò succursum fuisse patri, innuit non ob-
scurè succurrẽdũ ei fuisse, & nisi succursum ei fuisset,
superatum iri illum à marito. At cùm solutum est ma-
trimonium siue morte viri siue diuortio, quia viuit
adhuc filia, cessat ratio illa miserationis. Extinguere-
tur ergo ius patris si non ageret adiuncta filiæ perso-
na. Quod in dote aduentitia secus est, cuius dominiũ
marito acquiritur ab alio quàm à patre: Vt proinde
pater dotem etiam sine filia ab heredibus mariti re-
petens tanquam per filiam sibi acquisitam, non pos-
sit non vincere. † Moriente autem filia etsi eo ipso in- 19
stanti quo moritur fit illa incapax dotis licet aduen-
titiæ, quia matrimonium soluitur: Dicimus tamen ac-
quiri dotẽ marito non patri, quoniã solutione matri-
monij nõ ideo dotis dominiũ, vt sæpiùs inculcauim⁹,
aufertur marito, sed tãtùm eo soluto nascitur actio si-
ue ex stipulatu, siue rei vxoriæ vt dominiũ illud resti-
tuatur. Vnde euenit vt eo instanti quo filia moritur,
dotisq; habẽdę fit incapax nihilominùs remaneat ma-
rit⁹ domin⁹ dotis, & quidẽ solus, Quia nõ quæ ratio,
scilicet matrimonij, inducit dotis communionem in-
ter virum & vxorem constante matrimonio, *l. quam-
uis. 75. D. de iur. dot. l. in rebus. 30. C. eo.* facere eadem po-
test vt eo instãti quo matrimonium soluitur, commu-
nis fiat dos inter generum & socerũ. † Sola igitur pi- 20



ANTONIJ FABRI I.C.

SEBVSIANI SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO Sabaudiæ Senatu Præsidis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus tertius.

CAPVT I.

Retractata quæstio, An dos profectitia soluto matrimonio reuertatur ad patrem superstitibus liberis, & an in huiusmodi dote filiafamilia aut emancipata habuerit olim, habeátve hodie heredem.

SVMMARIA.

1 *Profectitiam dotem facit nomē patris, non ius potestatis.*
2 *Vulgaris Doctorum distinctio inter filiamfamilias, & emancipatam filiam in matrimonio mortuam, & inter dotem profectitiam & aduentitiam.*
3 *Martini & Bulgari opinio de repetitione dotis profectitiæ mortua in matrimonio filiafamilias superstitibus liberis.*
4 *Dotem profectitiam emancipatæ filiæ datam, mortua ea in matrimonio sine liberis, ad patrem reuerti.*
5 *Quæ sit dubitandi ratio in* l. si ab hostibus. 10. ff. solu. matrimon.
6 *Matrimonio morte mulieris sublato dotem profectitiam indistinctè ad patrem reuerti.*
7 *Cur in* d l. si ab hostibus. *dos profectitia ad patrem reuertatur?*
8 *Bartoli & aliorum responsio ad* l. vlt. vt legat. nom. cau. *&* l. illam 29. Cod. de collat. *pro Martini sententia obiectas.*
9 *Quæ rationes authorem nostrum ad Martini sententiā superius refutatā amplectendā aliquādo impulerint.*
10 *Reijcitur Cuiacij emendatio ad* l post dotem. 40. ff solut. matrim.
11 *An & quando in eius legis specie pater ex stipulatu agere possit?*
12 *Rationes propter quas author à Martini opinione discessit.*
13 *Explicatur* §. 1. l. inter. 26. ff. de pact. dotal.
14 *Dotem vxoris quæ liberis superstitibus mortua est, mariti lucro totam olim cessisse, & nihil ex ea lucri ad liberos inuito patre pertinuisse.*
15 *Quomodo iure nouo illud immutatū & reformatū sit?*
16 *Cur iure vetere liberi superstites facere non potuerint, vt dotis profectitia repetitio mortua filia patri denegaretur?*
17 *Dotis semel marito constitutæ dominium penes eum semper remanere videri.*
18 *An ratio quæ patri dat repetitionem dotis profectitiæ, æquè sibi locum vindicet si superstitibus liberis defuncta sit filia, ac si nullis?*
19 *Fauorabiliorem esse patris causam dotem profectitiam repetentis, quàm mariti eam retinere volentis.*
20 *Dotem propter liberos superstites penes maritum non remansisse, nisi de eo pactum interpositum fuisset.*
21 *Quintas ex dote, vxore superstitibus liberis defuncta, in singulos liberos a marito etiam sine pacto retineri potuisse.*
22 *Sextarum retentio quando & quatenus marito competierit.*
23 *Quintas non propter liberos præmortuos, sed propter superstites à marito retineri potuisse.*
24 *Declaratio* l. quærebatur. 24. ff. sol. matr.
25 *Quintas & sextas à Iustiniano sublatas esse.*
26 *Pacto inito vt mortua filia dos penes maritum remaneret, dotem etiam nullis liberis superstitibus marito lucro cedere.*
27 *Cur siue patre siue extraneo simpliciter stipulante dotem soluto matrimonio reddi, dos etiam sup. rstitibus liberis reddenda sit?*
28 *Respondetur ad illam pietatis coniecturam de qua in* l. cùm acutissimi C. de fideic. *& in* l. cùm auus. 102. ff. de condit. & demonstr.



OLENT nostri distinguere filiamfamilias ab emancipata, & profectitiam dotem ab aduentitia. † Etsi enim admittunt, quod & verum est, siue in potestate siue emancipata sit filia profectitiam dotem esse quæcunq; à patre profecta est, quia profectitiā facit nomen patris non ius potestatis, *l. profectitia. 1. §. pen. D. de iur. dot.* † Sic tamen vulgo existimant, mortua in matrimonio filiafamilias dotem à patre profectam ad patrē reuerti etiam superstitib. liberis, *l. dos à patre. 4. C. sol. matr. l. si ab hostib. 10. D. eod. l. 2. D. ad S.C. Maced. l. si pater. 12. l. inter. 26. §. cùm inter de pact. dotal. l. si socius pro filia. 81. D. pro socio. l. pater. 71. de euict. l. & ideo. 7. in fin. & l. seq. D. de in rem vers. l. fin. D. rat. rem hab. l. etsi dotis. 3. l. 6. C. de iur. dot. l. 2. C. de bon. quæ liber. l. quod in vxorem. 23. C. de negot. gest.* quibus locis idipsum traditur indistinctè nulla liberorum facta mentione.

1 (margin, beside first line of text)
a (margin, beside "pen. D. de iur. dot." line)

Mortua

Mortua verò emancipata heredes habere eam in dote proprios liberos etiam iure Pandectarum, vt defendit Bartolus in *l.2. §. quod si in patris solut. matrim.* post Cinum in *l.auia.6. Cod. de iur. dot.* In dote verò aduentitia non emancipatam duntaxat, sed filiam quoque familias heredē iam olim habere potuisse. Idem Bart. in *l. post dotem.40. num. 26.* & post eum ibidem cæteri. *D. solu. matrim.* ac multò magis hodie habere post Iustiniani *Nouellam Constitutionem 118. de hered. ab intest. venient. l. vlt. & ad S.C. Tertyl. l. vlt. C. commun. de succes.*
3 † Quanquam autem in quæstione illa De repetitione dotis profectitiæ mortua in matrimonio filiafamilias superstitibus liberis, celeberrima est Martini opinio, & ipso vsu ac de cōsuetudine, vt nostri loquuntur, recepta, vt non ad patrem dos reuertatur, sed in filiæ liberos transmittatur ex *lib. vlt. §. 1. D. vt leg. nomin. caueat. d. l. post dotem. 40 solut. matr. l. illam. 29. C. de collat.* Ea potissimum ratione quod in successione potior sit, semperque fuerit descendentium causa quàm ascendentium. *§. 1 Nou. de hered. ab intest. venient.* Contraria tamen Bulgari sententia veteribus ferè omnib. ac re-
4 centioribus etiam plerisque verior visa est. † Ego verò illud primum non probo, quod vno ore omnes clamant, profectitiam dotem emancipatæ filiæ datam mortuā ea in matrimonio sine liberis, ad patrem non reuerti. Nam imò reuerti scriptum est apertissimè in *d. l. pater. 71. de euict. l. si filia. 5. D. de diuort. l. filia mea emancipata 59. D. solut. matrim.* ad quam aliud non potest respondete Bartolus, quam ibi interpositam fuisse stipulationem de dote patri reddenda, Quod planè commentitium est. Et eleganter in *l. si ab hostib. 10. D. eod.* cùm filiafamilias quæ dotem profectitiam habebat, capta esset ab hostibus constante matrimonio, ibique decessisset, quærentibus An dos ad patrem reuerteretur, respondit Pomponius, Perinde habendum esse, ac si decessisset, ideoque dotem ad patrem reuerti: Quemadmodū, inquit, & si nupta decessisset, quamuis extra potestatem patris, ad illum reuersa dos fuis-
5 set. † Dubitandi ergo ratio apud Pomponium non illa erat, quòd per captiuitatē sublata videretur patria potestas [nam etsi in ciuitate per emancipationem soluta fuisset, n l ea res patri nocuisset.] sed quia soluto per captiuitatem matrimonio, *l. 1. de diuort. l. in bello. 12. § f d captiuis. D. de pact. & postlim.* videretur amissum patri ius reuersionis, quod scilicet ille non habet, cùm emancipata est filia nisi vno casu, inquit, *d. l. pater. 71. de euict.* id est vt ibidem I.C. interpretatur, [licet vnū illum casum multi ex aliis legibus parum acutè conquirant] si in matrimonio mortua sit filia. Nam si aut diuortio aut mariti morte solutum sit matrimonium, dos ad solam filiam emancipatam pertinet, nec ei & patri communis est de dote actio, quæ communis esset si filiam pater haberet in potestate, *d. l. 2. quod si in patris l. si cum dotem 22. §. eo autem tempore. l. Titia. 34. D. solut. matrim. l. qui hominem. 34. §. si gener. D. de solut.* In eoque aliam filiæfamilias, aliam emancipatæ ra-
6 tionem esse planè fatendum est. † At cùm morte mulieris matrimonium soluitur, indistinctè verum est dotem profectitiam ad patrem reuerti, si non in contrarium stipulatio intercesserit. Idque est quod Pomponium mouit in *dict. l. si ab hostibus*, cùm humanius sit morti quam diuortio comparari captiuitatem etiam prius quam apud hostes filia moriatur, *leg. si*
7 *quis sic stipuletur. 56. eodem tit. solut. matrimon.* † Ergo in ea specie dos ad patrem reuertitur, non propter stipulationem, quæ nulla fuit, nec per successionem, quia Digestorum iure non poterat pater ab intestato heres esse filiæ emancipatæ vulg. iurib. nec per conso-
lidationem, vt nostri loquuntur, quoniam nullo casu potest dos profectitia dici communis patri & filiæ emancipatæ, cùm tota pertineat ad filiam quandiu viuit, ea verò defuncta, tota ad patrem vt diximus: Nec iure etiam peculij, vt in Castrensi peculio contingit mortuo filio milite intestato, *leg. 1 & 2. D. de castrens. pecul.* Non enim potest emancipata filia peculium habere à patre, *leg. 1. & tot. titul. Quand. actio de pecul. est annal.* Sed quod dos à patre ipsa profecta sit, Ne & amissæ filiæ & præterea pecuniæ damnum sentiat, vt ait lex iure succursum, *6. D. de iur. dot.* Nec sanè differentiæ ratio vlla adferri possit inter filiamfamilias & emancipatam. Cùm vtraque sit & filia & dotis capax etiam viuo patre, *leg. Pomponius Philadelphus. 35. D. famil. ercis̄cund.* de qua scripsimus cap. 12. lib. 7. Nec qui ex filiafamilia nascuntur liberi magis sunt in aui materni potestate quàm si ex emancipata nati essent, *§. vltim. Institut. de patr.*
potestat. † Hoc igitur, si ita est, vt emancipata in matrimonio mortua dos à patre data ad patrem reuertatur, intelligimus parum acutè facere Bartolum & post eum cæteros, qui, vt diluant obiectionem quę fit pro Martino ex *leg. vltim. D. vt legat. nomin. caueat.* vbi superstite vel vno tantùm filio remanet dos penes maritum, nec ad patrem reuertitur, licet is ab emancipata filia scriptus esset, Nibil habent aliud quod respondeant quàm tractari eo loco de filia emancipata. Sed longè minus ferendum sit, quod eodem modo respondent ad *leg. illam. 29 Cod. de collat.* Cùm tamen nec legis verba loquantur de emancipata magis quàm de filiafamilias, nec Imperatoris sen-
tentia minus hanc quàm illām comprehendat. † 9
Quæ me res mouebat aliquando, vt Martini opinionem veriorem arbitrarer: non in eo quod putabat dotem profectitiam acquiri liberis tanquam heredibus matris [hoc enim mihi semper absurdum visum est] sed in eo, quod negabat dotem ad patrem reuerti, placebátque media ferè sententia, vt penes maritum dos remaneret propter liberos superstites cuiuscunque essent numeri. Propter præmortuos verò ita, vt in singulos quintæ duntaxat retinerentur, sicque intelligendum, quod Vlpianus scribit *titul. De dotibus*, mortua in matrimonio filia dotem profectitiam ad patrem reuerti, seruatis ta-
men penes maritum in singulos liberos quintis. † 10
Quam in sententiam illud quoque me trahebat, quod videbam Papinianum in *leg. post dotem. 40. D. soluto matrimon.* apertè scribere, Patrem qui non solùm dotem filiæ dederat, sed etiam stipulatus fuerat si voluntate filiæ diuortium fieret dotem dari (sic enim malo textum intelligere, quàm viri doctissimi Iacobi Cuiacij emendationem admittere qui libro 4. Obseruation. capit. 21. ex libris Græcis, legendum putat *sine filiæ voluntate*) impleta stipulationis conditione non prius tamen ex stipulatu agere posse, quàm & filia decesserit, & præterea sine liberis. Nam si liberi superstites liberationis viri remorantur, multò magis rei vxoriæ actionem impedient, quæ scilicet danti dotem longè minus fauorabilis esse soleat, quàm stipulatio, *argument. leg. vnic. §. accedit. Codic. de rei vxor. action. dict. leg. auia. 6. Codic. de iur.*
dot. † Viua quidem filia fateor in illa specie non 11
potuisse patrem agere ex illa stipulatione, quàm interposuerit sine filiæ voluntate post dotem datam, & contractas nuptias, quemadmodum lex ait, hoc est, vt rectè Accursius interpretatur, ex interuallo, cùm dotis actionem sibi & filiæ iam communem non potuerit filiæ auferre, sibique solidam acquirere,

nisi aut ab initio in ipsa dotis datione stipulatus sit, aut postea ex ipsius filiæ voluntate, *l. quoties.29. eodem tit. l. cum dos.7. D. de pact. dotal.* Sed mortua filia, cur illud Papinianus requireret, vt decessisset illa sine liberis, cùm nulla in stipulationis conditione facta esset mentio liberorum, si ita ius erat, vt nulla interueniente stipulatione dos ad patrem liberis quoque superstitibus reuerteretur? Sic ergo videtur Papinianus sensisse. Positos tacitè liberos in conditione ex coniectura illa pietatis, quæ aliàs plerumque facit, vt quod filius à patre restituere iubetur non aliter restituere debeat, quàm si absque liberis moriatur, vt in *l. cum auus 102 de cond & demonstr. l. cùm acutissimi.30. C. de fideicommiss. l. generaliter.6. § cum autem. Cod. de instit. & subst.* Atque ita nobis aliquando videbatur, vt pluribus scripsimus lib. 1. cap. 16. nostrámque hanc opinionem quamplurimis doctissimis viris nō planè impro-

12 batam fuisse scimus. † Sed me nunc in contrarium illud mouet, quod video, Quibus casibus dos penes maritum remanet, etiam propter liberos, non ideò tamen acquiri eam liberis siue viuo siue mortuo marito, sed eius lucro ita cedere, vt & inter viuos, & in vltima voluntate possit de ea disponere, fauore etiam extranei neglectis liberis, si non pacto conuenisset, vt

13 ipsorum liberorum nomine retineretur, † vt in *dict. l. inter 26. § 1. D. de pact. dotal.* vbi quod dicitur restitutionem à patre factam mulieri post diuortium, eius dotis quam filiæ communis nomine poterat retinere ipsi filiæ non nocere, Nec si in solidum sit illa heres patris, & pro parte etiam matris, innuere videtur non potuisse patrem de dote quam ex pacto propter filiā lucratus esset, in præiudicium eius disponere. Nisi dicas id fieri, Vel quia pactum in gratiam filiæ non mariti interpositum esset, vel potius quòd eam dotem vir vxori restituisset per errorem, vt lex ait, non donādi animo. Sanè locum illum malè explicat Castrens.

14 ad *l. si cum dotem numer. § in fin. D. solut. matrimon.* † Facit lex Bæbius.30. *de pac. dotal.* in illis verbis, *totam tunc esse dotem si filium filiámve habuisset.* vt consequēter nihil ad liberos ex dote matris inuito patre perueniat. Nisi quòd quò pater locupletior est eò ampliorem le-

15 gitimam sint consecuturi. † Sic enim iure vetere constitutum fuisse, ex illo apparet, quod Theodosij primùm constitutione in *l. generaliter Cod. de secund. nupt.* factum est, vt quicquid ex morte mulieris ad virum peruenit, totum ad liberis communibus seruare teneatur: Neque hoc tamen omni casu, sed illo duntaxat, quo vir ad secundas conuolet nuptias. Itaque si à secundis nuptiis abstineret, liberum illi erat communes liberos maternę dotis commodo defraudare, quomodo obtinuit toto iure codicis, & ad Nouellam vsque Iustiniani 98. cui titulus est, Neque virum, quod ex dote. vbi primùm cautum est, vt quod vir ex dote lucratur filiis communib. omnimodo reseruetur *Auth. vxore Cod. de secund. nupt.* quod ipsum tamen idem Iustinianus sic postea temperauit Nouell. 127. vt fratr. filij cap. 4. Vt si pater à secundis nuptiis abstineat virilem habeat cum liberis portionē proprietatis de qua pro arbitrio testari possit. *Auth. si tamen abstineat. Cod.*

16 *eod. titul. de secundis nuptiis.* † Ex quo apparet non potuisse superstites liberos facere iure vetere, vt dotis

17 profectitiæ repetitio mortua filia patri denegaretur. Quandoquidem ita posito iure futurum erat, vt non filiæ liberis quorum fauore probabilis illa videri potuisset sententia, sed ipsi marito dos acquireretur. Nōn quidem ex caussa hereditatis & successionis, quomodo intelligere videntur ij qui obiiciunt, non posse virum vxori aut vxorem viro nisi post agnatos & cognatos omnes succedere *l. vnic. Cod. vnde vir & vxor.* † Sed quia iam inde ab initio per do- 17
tis constitutionem factus esset maritus dominus dotis, *leg. doce ancillam.6. Cod. de rei vindic. leg. 3 leg. si prædium.23. leg. in rebus.30. Cod. de iure dot. § 1. Institut. quibus alien. licet vel non.* Itaque eo animo & nutu illius qui dotem daret siue pater ille esset siue extraneus vt dotis dominium semper penes maritum remaneret, *leg. 1. D. de iur. dot.* Vt proinde soluto quandocunque matrimonio, non de illo quærendum amplius sit, An viro dos acquiratur, quæ cùm semel iam acquisita sit, ei amplius acquiri non potest, *leg. non vt ex pluribus.159. de regul. iur. § sic itaque.14. Institut. de actionib.* Sed an penes eum dos remanere debeat, quæ si non remanet procul dubio restituenda est. Inde verò fiebat vt aduentitia dos nisi esset receptitia, hoc est ab extraneo sic data vt soluto quandocunque matrimonio morte mulieris, sibi restitueretur, apud maritū olim remaneret: Nec aduentitia, sed etiam profectitia si mortua filia pater non esset cui redderetur, quēadmodum Vlpianus disertè scribit in *Titul. De dotib.*
† Quod cùm ita sit, illud sanè consequens est vt ra- 18
tio illa quæ patri dat repetitionem dotis profectitiæ defuncta filia, nempe vt tristitiæ suæ solatium hoc habeat, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiat, *d. l. iure succursum*, Non minus locum sibi vendicet si superstitibus liberis defuncta sit filia, quàm si nullis. Quod tamen non perinde esse si dos ad defunctæ liberos aut hereditario aut alio successionis iure peruenire posset. Non enim posses dicere amissam auo pecuniam quæ ad eius nepotes deuenisset, quibus ille etiam in hunc casum prædefunctæ filiæ, legitimam relinquere teneatur. Cùm ergo disputamus, An dos profectitia morte filiæ ad patrem reuertatur necne, non in illa quæstione versamur, An ascendentium melior caussa esse debeat in successione quam descēdentium: sed in illa potius, Patrísne an mariti meliorem conditionem esse oporteat. In quo etsi pro marito dici potest dotis caussam esse perpetuam, *d. l. 1. de iure dot.* ibique dotem esse debere vbi sunt onera matrimonij, *l. si is qui. 56. §. ibi dos eod.* superstitibus autem ex matrimonio liberis, quos alere pater ipse debeat non auus maternus, partem hanc esse, nec minimam onerum matrimonij, *l. non quemadmodum. 8. de agnosc. & alend. liber. leg. si conuenerit. 4. D. de pact. dotal. leg. vbi adhuc.29. Cod. de iur. dot.* vt videatur defuncta etiam vxore, adhuc tamen pendere matrimonium marito superstite, *§ 1. Nouell. 98. neque virum quod ex dot. leg. vltim. Cod. de bon. mater.* Longè tamen fauorabilior est 19
caussa patris in ea saltem dote quæ ab eo profecta sit, cùm nec nisi filiæ nomine ab initio dotem genero dederit, nec eo animo vt penes maritum semper remaneret, nisi quandiu constaret matrimonium. Votum quidem illud est boni patris vt sibi superstitem habeat filiam, & in bene concordanti matrimonio senescentem, Et consequenter vt se viuo apud maritum semper dos remaneat, Qui sensus est dictæ *leg. 1. de iur. dot.* Sed si turbato mortalitatis ordine præmoriatur filia, aut diuortium fiat, non ideò pater sibi eripit repetendæ dotis facultatem, maritóque imputari potest, cur ea lege vxorem duxerit, nec sibi meliùs cauerit, vt saltem superstitibus liberis retinere dotem posset. † Id enim pa- 20
cto fieri potuisse certum est non in eum quidem casum quo ipsius mariti morte matrimonium solueretur, ne ita maneret mulier indotata, *leg. 2. D. de pact. dotal. l. 3 Cod. de pact. conuent.* sed ita si aut diuortio, *leg. 1. D. de dot. prælег.* aut morte mulieris, *l. si*

inter

inter.24.l.inter.26.in princip.& §.cum inter.l.si pater.12.
in princip.D.de pact.dotal.l.si dotali.48.D.solut.matrim.
quibus omnibus locis frustrà proponeretur interposi-
tum pactum, vt propter liberos superstites dos penes
maritum remaneret, si ex iure communi & citra pa-
21 ctum idem obtinuisset.† Quamquam etsi pactũ nullũ
interuenisset, in eo consulebatur patri à quo alẽdi es-
sent liberi, vt in singulos quintam dotis partẽ retine-
ret, idq; in infinitum, vt Vlp.scripsit *Tit. De dotib.* hoc
est in eum vsque numerum qui totam dotẽ absorbe-
ret, ita vt si quinque pluresve liberi superessent totam
dotẽ maritus retineret, nihil prorsus patri restitueret.
22 † Ad differentiã sextarũ, quæ soluto per diuortiũ ma-
trimonio retinebantur aduersus mulierem, & quidẽ
in singulos liberos: sed nõ in infinitũ, vt quintæ, verũ
vsque ad dimidiã tãtùm dotis partem, Ne alioqui sex
liberis superstitib. mulier prorsus indotata remaneret.
23 † Sic. n. existimo quintas illas de quarum retentione
Vlp. loquitur non propter liberos præmortuos vt ali-
quando putabam, [nisi pactum intercessisset vt in *d.l.*
inter.26.in princ.de pact.dotal.] sed propter superstites
retineri potuisse. Cur enim propter præmortuos reti-
nerentur, Ex quorũ amissione nõ minorem mater quã
pater dolorem senserit, & propter quos nulla matri-
monio soluto ferenda sint patri onera? vt taceam nec
minus luctuosam esse auo mortẽ nepotis ex filia, præ-
sertim subsecuta ipsius quoque filiæ morte. Denique
cur admittamus viua quodammodo filia dotem di-
minui licet diminutionis damnum ad patrem non ad
ipsam peructurum sit? Absurdum sanè id fuerit. Pro-
pter quam caussam plerũq; stipulabatur pater, Mor-
tua in matrimonio filia etiã superstitib. liberis dotem
sibi reddi, vel deducta parte tertia, vt in *l.pater filiæ,23.*
24 *de pact.dotal.* vel simpliciter. † vt in *l.cum quærebatur,*
240.de verb.signif. vbi quod Paulus ait, id actum hu-
iusmodi pacto vt nullo casu remaneret dos apud ma-
ritum, ego sic intelligo vt nec superstitib. liberis rema-
neret, siue diuortio, siue morte solutũ esset matrimo-
nium, Nec vllá aut quintarũ aut sextarũ deductionẽ
25 dotis restitutio pateretur.† Quod in libris nostris cla-
rius expressum esset si non quintas & sextas illas Iu-
stinianus sustulisset, quomodo sanè sostulit in *l. vnic.*
C.de rei vxor.act. Non in §. sileat, qui nõ nisi de sextarũ
retentione loqui videtur soluto per diuortiũ matri-
monio, [Quáuis generalis sit illa ratio, ꝙ ipse natura-
lis stimulus parentes ad liberorum educationem satis
hortetur,] sed in §. accedit, Vbi ait tacitam se ex stipu-
latu actionem non mulieri tantùm concedere, sed et-
iam parenti. Interposita enim per patrem stipulatione
soluto matrimonio dotem reddi, nullo casu dotem aut ex
dote quicquam maritus retinebat, *d.l.cum quærebatur.*
26 † Quemadmodũ ex contrario sic inito pacto vt mor-
tua filia dos penes maritũ remaneret, non tantùm su-
perstitib. liberis mariti lucro dos cedebat, in eamq; iẽ
vtile pactum erat, sed etiã si liberi nulli interuenissent
27 *d.l.si pater.12.in princ.de pact.dot.*† Sic & extraneo qui
dotẽ dederat stipulante sibi reddi soluto matrimonio
restituẽda erat dos etiã superstitib. liberis, ꝙ & hodie
obtinet, *l.vlt.C.de iur. dot.* Id enim faciebat vis & na-
tura stipulationis nulla liberorũ mentione facta: Nec
in stipulatione patris magis quàm extranei subintelli-
gebatur conditio illa si sine liberis filia decederet, Cũ
verisimile esset sibi potius quam nepotibus cauere
acquirere voluisse auum maternum, qui nec nolens
iis stipulari poterat, *l.Caius. 45. De solut. matr.* Præser-
tim cùm ita quoque concepta stipulatione, non ne-
potũ, sed ipsius mariti lucro dos cederet, *d.l.si dotali &*
28 *dict.l.si pater.* † Vnde sumi potest responsio ad conie-
cturam illam pietatis de qua in *d.l.cum auus. & dict.l.*
cum acutissimi. Toties enim filius de restituendo gra-
uatus sub ea conditione oneratus videtur si sine libe-
ris decesserit, quoties alioqui peruentura res esset ad
alium quem auus in ea re dilexisset minus quàm ne-
potẽ. At nec nepotes ipsos, multò minus verò gene-
rum plus seipso auus diligit. Nihil ergo est quod face-
re possit vt mortua filia dos ad patrem non reuerta-
tur, licet supersint ex matrimonio liberi, si stipulatiõ
interuenerit pro marito.

CAPVT II.

Ad l.vlt.D.vt legat.nomin.caueat. & l.illam. 19.C.de collat.

SVMMARIA.

1 *Respondetur ad* §.1.l.vlt.ff.vt legat.nom.cau.
2 *Dictio* filiafamilias *cur addita sit in* l. dos à patre. 4.C.solut.matrim.
3 *Vera Scæuolæ sententia in* d.l.vlt.
4 *Accursij ad eum locum additiones.*
5 *An & quando filia emancipata possit cauere testamento, vt dos penes maritum liberis superstitib. remaneat?*
6 *Cur filiusfam.miles de dote vxoris quasi de peculio castrensi testari non possit?*
7 *Respondetur ad* l.illam.29.C.de collat.
8 *Matrimonio per mortem viri, aut per diuortium soluto filiam emancipatam dotem profectitiam propriam habere.*
9 *Quid in* d.l.illam. *Iustinianus constituerit, & de qua quæstione tractauerit?*
10 *Multum interesse an maritus dotem ex pacto existentium liberorum lucratus sit, an verò morte viri vel diuortio solutum sit matrimonium, & eo tempore filia emancipata relictis liberis moriatur.*
11 *Anomali successores qui dicantur?*
12 *Filiafamilias post maritum superstitibus liberis & patre defuncta, vtrum in repetenda dote potior sit aui quam nepotum caussa?*
13 *Donata dos quænam dicatur?*
14 *An valeat inter patrem & filiamfamilias ex caussa dotis donatio?*

RESpondendum † superest ad ea quæ pro Martini 1
sententia in contrarium adferebamus, & melius si
fieri poterit quàm ab interpretibus hactenus respon-
sum sit. Nam quod pertinet ad *l.vlt.§.1. D.vt legat no-*
min caueat. & ad l.illam,19 C.de collat. Iam diximus nõ
posse responderi quod vulgo dicitur, loqui eas de filia
emancipata, cum hac parte nihil intersit an filiafami-
lias sit an emancipata. Vtroque si quidem casu dos à
patre profecta ad patrem mortua filia reuertitur. † Et 2
quòd in *l.dos à patre.4.C.sol.matr.* adiicitur dictio *filia-*
familias quam plerique doctissimi viri subreptitiam
tollendámque esse arbitrantur, non ad emancipatæ
differentiam factum est, sed quod in facti specie filia-
familias proponeretur ea quæ defuncta fuerat in ma- 3
trimonio. † Rectius igitur dici potest in illã *l. vltim.*
non hoc Scæuolam dicere, Vnius filij nomine debere
totam dotem penes maritum remanere, quòd apertè
Vlpianus supradicto loco negat *Tit. de dotibus.* (v-
nam enim duntaxat quintam eo iure maritus retine-
re potuisset.) Sed cùm ex facto proponeretur dotem
penes maritum remansisse, hoc ipsum obiter Scæ-
uolam notasse quòd ea res aliquo modo facere vi-
deretur, vt tanto magis penes maritum remanere
deberent ea quæ viua mulier apud illum deposue-
rat non exacta depositionis cautione, de quorum
tantùm non etiam de dotis restitutione Scæuola
consulebatur. Itaque ad factum non ad ius ver-

ba illa referenda sunt. Ex facto enim proponi potuit
dotem penes maritum remansisse, cùm de ea re pactũ
fortasse initum esset. Quod & Ioannes antiquus glos-
4 sator animaduertit. † Sanè quod ad eum locum de suo
addit Accursius, potuisse fieri vt emancipata quæ
testamentum fecisset dotem iussisset remanere penes
5 maritum, planè falsum est. † Non enim poterat eo iu-
re etiam materfamilias testari de dote viuo marito, tã-
quam de re ad se nil pertinente, nec in ea heredem
habere ab intestato, nisi aut nondum maritus dotem
exegisset (quo casu non poterat esse dotis dominus
cùm ex nuda dotis promissione citra traditionem non
possit quæri marito dominium, vt in *l. nupt. a.30. §. 1.*
D. solut matrim.) Aut prius stipulata esset dotem sibi
reddi, Vt probat elegans textus in *l. si mulier dotem.25.*
C. de iur. dot. l. Lucius 78. §. filiam in fin. D. ad S.C. Tre-
bell. Ne alioqui de bonis mariti, in quibus & dos est,
potiùs quàm de suis testata videretur, *l. quamuis.75. de*
6 *iur. dot.* † quomodo nec posset filiusfamilias etiam mi-
les testati de dote quasi de castrensi peculio, tametsi
possit de vxoris hereditate testari, *l. dotem 16. D. de ca-*
strens. pecul. vbi elegantem rationem Papinianus red-
dit, quod hereditas aduentio iure quæritur, Dos au-
tem matrimonio cohærens oneribus eius ac liberis,
qui sunt in aui familia confertur. Vt intelligamus cõ-
nexum ius vxoris adeóq; aui facere ne ea dote possit
filiusfamil. testari. Eóq; magis quòd ante Iustiniani
constitutionem in *l. in rebus.30. C. de iur. dot.* ita ius e-
rat, vt nec mortuo marito dominium dotis ipso iure
ad maritum reuerteretur, sed restitutione opus esset, *l.*
3. vbi Bart. subtiliter per ill. tex. eod. Hodie verò eo iure
vtimur, vt dominium quidem reuertatur ex *d. l. in re-*
bus, sed non possessio, quàm sanè ab heredibus mariti
repetere mulierem necesse est, & ab iis in mulierem
7 transferri, *l. dotis actione.9. C. solut. matrim.* † Ad legem
illam.29. *C. de collat.* respondeo constitutionem esse Iu-
stiniani. Cuius temporibus iam obtinebat ex lege
Theodosij in *leg. generaliter.5. Cod. de secund. nupt.* vt
dotem quam lucratus esset maritus, cogeretur com-
munibus liberis reseruare si ad secundas veniret nu-
ptias, atque ita poterat dos matris etiam viuo auo ma-
terno ad nepotes peruenire ex persona patris. Aut e-
tiam immediatè ex persona matris, si mater non tan-
8 tùm sui iuris fuisset, sed etiam marito superuixisset. †
Soluto enim per mortem viri aut per diuortium ma-
trimonio, filia emancipata propriam sibi habebat do-
tem profectitiam vt suprà probauimus ex *l. 2. §. quod si*
in patris l. si cùm dotem.22. §. eo tempore l. Titia.34. D. so-
lut. matrim. Nisi diuortium in fraudem patris factum
esset aut à filia in *l. si filia.5. D. de diuor.* aut à genero,
vt in *l. si filia mea.59. solut. matrimon.* Vnde euenit vt si
posteaquam solutum est matrimonium decedat illa
superstitibus liberis, dos eius cum cæteris bonis here-
ditario iure transmittatur in liberos, Cùm nec patris
nec mariti cõnexum ius vllum amplius sit, quo impe-
9 diatur mulier heredem in dote habere. † Obseruan-
dum igitur est Iustinianum in *d. l. illam*, non de eo tra-
ctare, An aut quibus casibus mortua filia in matri-
monio dos ad patrem reuertatur aut non, Sed quibus
demum casibus liberis acquiritur, constituere, vt con-
feratur cæteris auo succedentibus, quia scilicet de
substantia aui profecta sit. Cæterùm vt nepotibus ac-
quiratur, alterutrum necesse est. Nimirum vt vel ma-
ritus dotem ex pacto existentium liberorum lucratus
sit, deinde ad secundas venerit nuptias, Vel morte vi-
ri solutum sit matrimonium, & in eo tempore filia
10 fuerit emancipata. † Quo casu vt diximus etiam viuo
patre & in dote profectitia heredem habere potest si-
ue constante matrimonio, aut post eius dissolutio-
nem ante exactionem dotis emancipata fuerit, *dict. §.*
quòd si in patris, & §. eo tempore. Siue iam emancipatæ
dos data sit, vt Bartolus probat ad *dict. §. quod si in pa-*
tris ag. leg. si per te.9. & leg. acceptum.19. C. de vsur. Quã-
quam inter hos casus differentia illa est, quòd cum
mortuo marito aut diuortio facto emancipata mori-
tur relictis liberis, sunt illi heredes matris. Priore ve-
rò casu dos ad eos pertinet, licet nec patris qui secun-
das nuptias contraxit, nec matris heredes esse velint,
dict. leg. generaliter, iunct. Authen. heres Cod. de secund.
nupt. † Vt non malè quis eos vocet anomalos succes- 11
sores post Baldum in *l. 2. Cod. de heredit. action.* † Sanè 12
si filiafamilias sit, quæ post maritum defuncta est su-
perstitibus liberis, & patre, placet ferè omnibus, & iis
quoque qui Martini opinionem in cõtrario casu am-
plectuntur, vt potior sit aui causa quàm nepotum,
Ratione illa, quod certum sit dotis actionem, quæ vi-
ua filia communis fuerat patri & filiæ consolidari pe-
nitus in persona patris, Vt nec si in cæteris bonis fi-
liæ heredem habere posset, vllum tamen in dote ha-
beret. Ita Bartolus in *l. 1. num. 2. D. de dot. præleg. & in*
l. post dotem vbi etiam Castrens. D. solut. matrimon Nec
ferè est qui dissentiat. Quod ipsum tamen sic vulgo
nostri intelligunt, si dotem pater filiæ simpliciter de-
derit, non etiam si donauerit: † Donatam inter- 13
pretantes dotem, quam pater ipse filiæ reddi sit sti-
pulatus, aut filiam sibi ipsi stipulari permiserit, aut in
qua nihil ille iuris retinere voluerit, Sic enim Bar-
tolus in *dict. leg. post dotem numer.27.* ibidémque Ca-
strens. *numer. 3. ex l. si cùm dotem.22. in princip. eodem.*
vbi Vlpianus ait, si cùm dotem daret pater vel extra-
neus pro muliere, in vnum casum pepigit, siue mortis
siue diuortij, dicendum esse in alium casum in quem
non pepigit esse mulieri actionem. Item ex *l. inter.26.*
§. cùm inter de pact. dotal. cuius illa sententia esse cre-
ditur, vt si pactum sit siue expressim siue tacitè inter-
positum inter socerum & generum vt mortua in ma-
trimonio filia superstitibus liberis, dos penes virum
remaneret, acquiratur dos mulieri, & per eam quo-
tiescumque prædefuncta erit, liberis eius tanquam
heredibus. Idem Bartolus in *dict. leg. si cùm dotem nu-*
mero 9. & 10. vbi etiam Castrens. numero 8. & 9. in fin.
Baldus in dict. leg. 2. Cod. de heredit. action. & in leg. quod
scutis.3. Cod. de bon. quæ liber. † Huius verò receptissi- 14
mæ nostrorum sententiæ ratio illa adferri solet, quod
iure speciali & fauore dotium valeat inter patrem &
filiamfamilias ex causa dotis donatio, propter *legem*
Pomponius Philadelphus.35. D. famil. erciscun. contra re-
ceptas iuris regulas, *l. 2. Cod. de inoff. donat. l. donationes*
quas parentes.25. Cod. de don. int. vir. & vxor. l. si donatio-
ne.13. Cod. de collat. Ego verò non possum ista intellige-
re, aut concoquere, qui video Papinianum in *d. l. Pom-*
ponius, apertè scribere donationem collatam in filiam-
familias pro dote non valere. Sic enim locum illum
intelligendum esse iam docuimus lib.7. cap.12. Quod
autem obiicitur ex *dict. l. si cùm dotem in princip. & ex*
d. §. cùm inter, quàm parum faciat ad rem, nunc osten-
demus.

CAPVT III.

Ad l. si cùm dotem.22. in princip. D. solut. matrimon. & ad § cùm inter. 26. D. de pact. dotalib.

SVMMARIA.

1 *Quis in* d. l. si cùm dotem *sensus sit horum verborum* esse mulieri actionem.

2 *An*

1 *An qui stipulatus est dotem sibi reddi finito quoquo modo matrimonio, in eum quoque casum quo nuptiæ non sequerentur per illam stipulationem sibi prospexisse intelligatur?*

3 *Quid in* leg. si extraneus. ff. de condit. caus. dat. *super hac quæstione responsum sit?*

4 *Quo sensu Vlpianus dicat eum qui in casum finiti matrimonij dotem stipulatus est, in eum quoque sibi prospexisse videri quo nuptiæ non sequerentur?*

5 *An pater dotem stipulando casum vnum eligens alteri renunciasse censeatur?*

6 *Ratio* l. maritus. 21. C. de procurat.

7 *Cur extraneus dotem in vnum casum stipulans in alium non expressum agere non possit?*

8 *Verba illa* d. l. si extraneus. esse mulieri actionem, *licet tam ad patris quàm extranei stipulationem referantur, aliam tamen in patre, aliam in extraneo interpretationem admittere.*

9 *Extraneum posse nudo pacto propriam sibi dotis actionem facere, patrem non item.*

10 *Mulierem in specie* d. l. si cum dotem. *alio iure agere cùm pater, alio verò quum extraneus in vnum casum pepigit.*

11 *Respondetur ad §.* cùm inter. l. 26. ff. de pact. dotal. *cuiusque sententia proponitur.*

12 *Maritum qui filia sine liberis in matrimonio defuncta dotem patri restituere promisit, existentibus liberis eam retinere, nec liberorum vllam rationem haberi.*

13 *Dotem in specie* d. §. cùm inter. *liberis filia superstitibus non applicari.*

14 *Patrem in dicta specie filia nec donasse nec stipulatum esse.*

15 *Quis in* d. §. *sensus sit horum verborum*; vt dos filia defuncta à marito retineatur.

16 *Cur in specie* d. §. *pater filia post mortem stipulari non potuerit?*

17 *Filiamfamilias in dote sibi a patre donata non potuisse iure Digestorum heredem habere.*

1 IN † *l. si cùm dotem 22 in princip. D. solut. matrimon.* illud obseruari volo, non sic Vlpianum scribere vt
dicat Pacto per patrem aut extraneum dotantem facto de dote in alterutrum casum aut mortis aut diuortij restituenda, in eum casum qui non sit pacto
comprehensus propriam esse mulieris actionem, quomodo nostri vulgo & male intelligunt, sed illud tantùm ait *esse mulieri actionem*, quod planè nihil aliud est
quàm posse hoc casu mulierem agere de dote ac si nulla esset interposita stipulatio, cùm posset dubitari an à casu expresso ad omissum extensio fieri deberet,
2 † Exemplo eius quod scriptum est in *l. si extraneus. 6. D de condic. caus. dat.* eum qui stipulatus est dotem sibi reddi finito quoquomodo matrimonio, in eum
quoque casum sibi prospexisse intelligi quo nuptiæ non sequerentur. Id verò Vlpianus negat, non fauore vllo dotium, sed potius ex natura, & iure stipulationis, quæ cùm nihil aliud sit quàm verborum obligatio, tota ex verbis æstimanda est. *leg. quicquid adstringenda. 98. de verborum obligat.* † Nec in quæstione di-
3 ctæ *l. si extraneus*, aliud responsum fuisse putandum est. Ibi enim non secutis nuptiis dos non petitur ex illa stipulatione *soluto quandocunque matrimonio dotem reddi*, sed condicitur quasi causa non secuta cùm non nisi ob futurum matrimonium data esset. † Quod au-
4 tem Vlpianus ait eum, qui in casum finiti matrimonij dotem stipulatus est in hunc quoque sibi prospexisse videri, non sic accipiendum est quasi hic casus in illo planè diuerso aut potius contrario comprehendatur,
sed eo pertinet vt intelligamus non esse verisimile vt qui dotem sibi restitui pepigit solutis quomodocunque nuptiis eam donasse mulieri videatur si nuptiæ secutæ non essent. Idque ex ipsa stipulantis voluntate & rei æquitate procedit, Non ex eo quod Bartolus tradit in *d. l. si cùm dotem*, minus fauorabilem esse dotis & mulieris caussam nullo secuto matrimonio. quàm
cùm secutum est. *arg. l. si ego. 9. D. de iur. dot.* † Nec vi- 5
deo quid illud sit, quod ibidē Bartolus tradit post Accursium, Patrem stipulando eligentē casum vnum cēseri renunciasse alteri *ex l. maritus. 21. C. de procurat.* cū ille fateatur, quod & verū est, prouisionē hominis non tolere ordinariā prouisionē legis, sed extraordinariam duntaxat *l. & habet. 5. §. cùm quis. D. de pretor. l. fin. C. de*
pact. conuen. leg. 2 vbi notatur. C. de iur. emphy. † Et quod 6
in specie dictæ legis maritus aliud est, fit propter tacitam prohibitionē vxoris, quæ hoc ipso quod mandat marito, vt de re aliqua agat, in cæteris omnib. ne agat prohibere censetur: alioqui superuacuum & inutile esse mandatum. At in proposito non erit inutilis stipulatio patris in vnum casum facta, etiamsi nō includat donationem fauore mulieris in alterū. Proderit enim vt eo casu qui stipulatione nominatim comprehensus est solus pater agat, qui citra stipulationē non nisi adiuncta filia agere potuisset. Alio casu non proderit. manebitq; res in dispositione iuris communis, vt in *d. l. si extraneus.* Facit *l. si verò 64. §. de viro Digest.*
solut. matrim. † Planè in extraneo verum est stipulantē 7
cum dotem in vnum casum agere non posse in alium, Scilicet quod inducatur donatio, at non ex stipulatione vt vult Bartolus, sed ex ipsa donatione dotis, quia cum extraneus dotem dare non teneatur si det ex liberalitate, donat vtique nisi in eum casum in quē nominatim reddi stipuletur. Adeò vt Digestorum iure si nulla stipulatio interuenisset, mariti non mulieris lucro cederet dos aduētitia defuncta ea in matrimo-
nio vt suprà ex Vlpiano diximus † Captiosum igitur 8
est argumentum Bartoli, cùm ille contendit ea Vlpiani verba *esse mulieri actionem* quemadmodum ad vtriusque nimirum patris & extranei stipulationem referuntur, sic vna eademque interpretatione donanda esse. Nam quod ille ait, quando vna determinatio duo determinat, sic debere eam intelligi vt vtrumq; vniformiter determinet, quod vulgare nostrorū brocardicum est *ex leg. iam hoc iure 4 & leg. Lucius 45. de vulgar. & pupill. substitut.* toties fallit, quoties diuersa vtriusque determinandi ratio est vt in proposito contingit. Pater enim dotem dat filiæ non animo donandi, sed ex officio *leg. capite. 19. de rit. nupt. iunct. leg. donari videtur. 82. de regul. iur.* at nec donare quidem filiæfamilias potest etiamsi vel maximè velit vt in superioris capitis fine dicebamus. Extraneus verò, qui ex liberalitate dotem dat, & vult donare & potest, imò verò donat hoc ipso nisi quatenus sibi ille per pactum prospicit, aut per stipulatiotionem.
† Aloqui possis eodem ratiocinationis genere 9
probare ex illis verbis Vlpiani *in vnum casum pepigit*, quæ tam ad patrem quàm ad extraneum referuntur, posse patrem nudo pacto sibi propriam facere dotis actionem, quoniam & extraneus potest, *l. cùm dot. 7. l. ob res. 10. § si extraneus. D. de pact. dot.* Et tamē id in parte falsum est, qui propriam ex officio dotem dat; *l vlt. C. de dot. promiss.* non ita facilè potest profectitiæ dotis actionem sibi cum filia ipso iure competentem nouare nisi stipulationem adhibeat, *l. iussa. 6. C. de iur. dot.* † Denique vt Bartolo aliquid largiar, non nego 10
in specie *d. l. si cùm dotem*, siue pater siue extraneus in vnum casum pepigerit, æquè mulieri actionem es-

se.quod Vlpianus ait, sed nego æquè mulieris actionem esse, aut, quod idem est, eodem iure mulierem agere Si enim extraneus in vnum casum stipulatus sit, aget illa in alterum casum sola. Sin pater, agere eam oportebit, adiuncta persona patris ac si nulla esset interposita stipulatio *d.l.2.§.quod si in patris.D.solut.ma-*
11 *trim.* † Quòd verò pro eadem Bartoli sententia rursum obiicitur Papinianus in *l.inter.26.§. cum inter. D. de pact.dotal.* magis miror, cùm ex illo loco omnium apertissimè conuincatur potius quàm probetur. Sic enim Papinianus scribit, *Cum inter patrem & generum conuenit vt in matrimonio sine liberis defuncta filia dos patri restituatur, id actum inter contrahentes intelligi debet vt liberis superstitibus iure defuncta dos retineatur.* Quorum verborum sensus alius esse non potest, quàm vt superstitib. liberis dos penes maritum remaneat: quã conuentionem frequentem fuisse apparet ex *leg.si pater.12.& l.pater cùm filia 23.D.eod.l.si auialis.48.D. solut. matrim.* quo casu eueniente dotem ex pacto maritus lucrabatur, adeò vt nec liberis communibus eam ser-
12 uare cogeretur. † Nec quicquam intererat Digestorum iure tametsi contra putet Bartolus an simpliciter dotem maritus lucraretur, an verò penes eum dos remaneret propter liberos. Nam præter id quod non sic Papinianus loquitur vt dotem à marito propter liberos retineri dicat, sed retineri simpliciter. Non potest in proposito vlla liberorum haberi ratio nisi tanquam in conditione positorum, ac si conuentum esset vt penes maritum dos remaneret, si nauis ex Asia veniret, *d.l.pater 23.de pac.dotal.* Nepotibus enim ex filia stipulari, nisque dotis actionem acquirere non magis quàm extraneis auos maternus voluisset, *l.Caius.45.solu.ma-*
13 *trimon.* † Vt valde ridiculi fuerint qui putarunt in ista Papiniani specie applicari dotem ex pacto liberis filiæ superstitibus, quam contrà scribit disertè Papinianus à viro retineri. Quos etiam rectè Baldus in *dict. leg. 3. Cod. de bon. quæ liber.* ex eo refellit, quod vulgò iactari solet, liberos in conditione positos non consenseri vocatos, Ne ex testamento quidem in quo nuda testantis voluntas sufficeret, ex *leg. Lucius Titius.85.de hered.instituen. l. si sub conditione.8. D si quis omiss.caus. testamen.* Multù minus igitur in dispositione inter viuos præsertim in stipulatione, quæ vt iam
14 diximus nihil nisi verborum obligatio est. † Hoc verò si ita sit, planè non intelligo cur ipsi filiæ potius, quàm eius liberis donare patrem & stipulari voluisse interpretemur. Cùm neque ipsa stipulationis conditio existere possit nisi mortua filia. Inde enim fit vt hoc casu stipulatus videretur filiæ reddi dotem post mortem ipsius filiæ: Quomodo sanè non nisi inutiliter stipulari poterat. quia nec sibi post mortem suam dari filia ipsa stipulari potuisset, *§.post mortem.12.Institut.de inutilibus stipulat.leg.quodcumque.45.§.si quis ita stipulatus de verborum obligationib.* Potest quidem fieri stipulatio sub ea conditione quæ post stipulatoris mortem eueniat, sed ita tamen vt non in id tempus vis & potestas obligationis conferatur, *dict. leg pater*
15 *cùm filia.* Præterea quid tam contrarium est ei quod Papinianus scribit defuncta in matrimonio superstitibus liberis filia dotem à viro retineri, quam quod vult Bartolus, & post eum cæteri, dotem eo casu filiæ acquiri quasi donatam à patre? Etsi cùm constante matrimonio coniuncta sunt iura mariti & mulieris quod ad totam dotem pertinet, vt sit quidem illa mulieris, sed in bonis mariti, *dict.leg.quamuis.75. de iur. dot.l.in rebus.30.Cod. eod.* Soluto tamen matrimonio ita dissoluuntur, vt nihil possit maritus retinere, nisi mulier aut alius cui restitutio facienda est, non possit petere. Denique restitutioni opposita est ex diametro retentio: cúmque nuptiis manentibus sit maritus dominus dotis, si quando dicimus dotem penes eum remanere, nihil aliud significare possimus, quã dotis dominium quod prius quæsitum fuit ei auferendum non esse, ita vt pleno iure & irreuocabiliter vt loquuntur fiat dominus, qui antea in eo erat vt soluto quandocumque matrimonio dominium illud restituere deberet. Et verò si apud Papinianum dos remanet penes virum propter liberos & in eorum commodum vt Bartolus putat, quomodo fieri potest vt ex huiusmodi retentione dos mulieri acquiratur? Dicere igitur debuit Bartolus remanere dotem penes maritum propter vxorem & in vxoris commodum, Quod tamen ideò dicere non potuit, quia ius istud retentionis non cœpit viro competere ex eo instanti, quo filia moreretur, quod instans vitæ computatur non morti, *leg 3.de condict.triticar.l.qui duos.18. §.1. de manum.testam.leg.vltim D.de condict. institut.* sed quo mortua esset filia, ac proinde post ipsius filiæ mortem, quo tempore nihil potest filiæ acquiri, præsertim per maritum, qui non magis poterat vxori stipulari quàm ipse pater filiæ *leg.multum interest 6. Cod. si quis alteri vel sibi.leg. dominus 39. de verbor. obligat. leg.2. Cod.de contr. & commit. stipulat.* † Sed etsi admit- 16
teremus permissum esse patri dotem stipulari filiæ ex caussa donationis, ita vt filiæ propria esset actio, quod nos negauimus, inutiliter tamen stipularetur post mortem filiæ, quoniam filia ipsa eius voce in casum inutilem stipulata videretur *dict.§.post mortem.* † 17
Postremo hæc Bartoli & cæterorum communis sententia pro vero habet filiamfamilias in dote sibi à patre donata potuisse Digestorum iure habere heredem. Quod tamen ego falsissimum puto. Non illa solùm ratione quòd donatio non valuerit, de quo ampliùs non dubito, sed quia etiamsi valuisset, ius tamen potestatis fecisset ne in ea viuo patre heredem habere potuisset. Imò nec alium successorem quantumuis anomalum vt Baldus loquitur *in d.l.2.C. de hered actionib.* Necesse enim erat vt defuncta licet superstitibus liberis filia dos etiam donata ad patrem reuerteretur, aut tanquam profectitia, aut saltem peculij iure.

CAPVT IV.

An in dote per patrem donata aut aduentitia potuerit filiafamilias heredem habere.

SVMMARIA.

1 *Filiamfamilias in eiusmodi dote non plus iuris viuo patre habuisse, quàm filiam emancipatam, cui pater dotem simpliciter dedisset.*

2 *Filiam emancipatam de dote sibi simpliciter à patre data seu constituta testari non posse, si in matrimonio moriatur.*

3 *Donationem propter nuptias in filiumfamilias collatam soluto filij morte matrimonio ad patrem rediisse, nec de ea filium testari potuisse.*

4 *Castrense peculium filijfamilias intestati ad patrem eius peculij, non hereditatis iure totum olim deuolutum fuisse.*

5 *Non semper quicquid proprium filius aut filiafamilias habuit, in eo heredem Digestorum iure inspecto habere potuisse.*

6 *Patrem qui filiafamilias donandi animo dotem constituerit, non videri dotis reuetendæ iuri renunciasse quum filia in matrimonio moriatur.*

7 *An soluto morte viri vel per diuortium matrimonio filiafam. dotem aduentitiam propriam sibi retineat?*

8 *Quantum referat an à patre, an verò ab extraneo dos profecta sit?*

An

1 AN† enim plus iuris in huiusmodi dote habebat filiafamilias, viuo patre, quàm emancipatus, cui pater dotem simpliciter dedisset? Minimè verò. Nam & emancipata erat proculdubio donationis capax *l. 2. C. de inoff. donat. leg. siue emancipatis 17. C. de donat.* & ipsa dotis datio in emancipatam collata donatio dicitur *l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* tametsi quod ad maritum pertinet dici soleat habere eum dotem ex causa onerosa non ex lucratiua. *l. ex promissione 19. de oblig. & action. l. fin. C. de iur. dot.* Denique si dos etiam quæ filiæfamilias à patre data est, propriũ ipsius filiæ patrimonium dicitur *l. 3. §. sed verum. D. de minor. l. in eum 16. de relig. & sumptib. funer. l. pater 71. de euict. l. pater filiæ 14. D. ad leg. Falc. l. filium 4. de colla. bonor. l. 1. §. vlt. & l. vlt. de dot. coll.* quî fieri potest vt emãcipatæ filiæ vtilior sit dotis donatio, quàm simplex datio?

2 † Nã & dote simpliciter ei constituta fatentur omnes, & verum est, solius filiæ actionem esse, matrimonio soluto. Nõ solùm si ab initio emancipatæ dos data fuerit, sed & si post datam dotem emancipata sit *dict. l. 2. §. 1. l. si cum dotem 22. §. eo tempore. l. Titia 34. l. filia mea 59. D. solut. matr.* & tamen non facit ea res quominus defunctâ in matrimonio filiâ dos illa ad patrem reuertatur, adeò vt nec de illa testari emancipata possit si in matrimonio moritur, vt omnium optimè probat *d. l. filia mea. & l. filia 5. Digest. de diuort.* Cur enim necesse esset filiã aut generum diuortij consilium capere ad fraudandum dote patrem si de dote testari poterat emancipata? Nempe ius profectitiæ dotis illud erat vt à patre profecta ad patrem necessariò in amissæ filiæ solatium reuerti deberet.

3 † Idémque de donatione propter nuptias in filiumfamilias collata iuris erat, quam donationem veram fuisse nemo inficiari possit, nisi qui rationem ipsum neget. Nec eò minùs tamen ad patrem reuertebatur si reuersionis casus contingeret soluto filij morte matrimonio vt apertè constitutum est *in l. 2. C. de bon. quæ liber.* Hoc cur ita? Nimirùm facilius erat filio vt sibi proprium aliquid haberet ex ea causa quã lex adprobaret, qualis est sempérque fuit caussa matrimonij ad replendam liberis hominibus ciuitatem, quàm vt sibi

4 in ea re heredem habere posset. † Sed &, quod magis mirum est, si castrẽse peculium filiusfamilias habebat, de quo haud dubiè ex Imperatorum constitutionibus testari poterat, quòd in eo patrisfamilias vice fungeretur *l. 2. ad S.C. Maced.* nec tamen de eo testatus fuisset, non poterat habere in peculio heredem ab intestato filium, at ne ipsum quidem patrem. Imò peculij nõ hereditatis iure totum id quantumcũque erat ad pa-

5 trem deuoluebatur *l. 1. & 2. D. de castrens. pecul.* † Non igitur si ius Digestorum spectes recta est ratiocinatio, si quis dicat quicquid propriũ habuit filius aut filiafamilias in eo heredem habere potuisse. Nam nec proprium quicquam habere potuit quod à patre profectum esset, ne volente quidem patre *d. l. siue emanc. patris,* nisi ex caussa donationis propter nuptias aut dotis *d. l. Pomponius 35. famil. ercisc.* Et quo casu habere potuit non tamen data ei est potestas de dote testãdi aut ab intestato heredem habendi, quòd nec pater facere potest, cùm succedendi ius vt alio loco scripsimus iuris publici sit non priuati *l. 3. D. qui test. facer. poss. l. vlt.*

6 *D. de suis & legit.* † Sed et si ea res in parentis arbitrio posita esset, dici tamen adhuc posset patrem qui filiæfamilias donandi animo dotem dederit hoc est eius nomine genero tradiderit [sic enim Papinianum in d. l. Pomponius explicauimus] non ideo videri renunciasse iuri quandoque competituro dotis repetendæ cùm filia in matrimonio morietur *d. l. 2. C. de bon. quæ liber.* Id enim ius repetendæ dotis non ex iure potestatis proficiscitur, sed ex ratione miserationis *l. vnic. §. sucessum. C. de iur. dot.* cuius nullam haberi ab ipsa filia

rationem impium certè sit & inhumanum. † Quid 7
ergo si filiæfamilias aduentitia dos ab extraneo obuenerit? Certum est acquiri filiæfamilias dotem constante matrimonio, & inuito etiam patre, cùm & dotis acquirendæ capax sit durantibus nuptiis dict. leg. Põponius, & in cæteris quæ ab extraneo proficiscuntur possit illa viuo patre sibi ex quacunque caussa acquirere, si modò nolit pater sibi ipsi per eam acquiri *l. is qui heres 13. §. vlt. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio 11. ad S.C. Trebell. l. 1. C. qui admitti ad bono. possess.* Facilius siquidem est patri alienæ rei dominium per filium non acquirere, quàm eius quæ iam sua sit amittere, & in filium aut filiamfamilias transferre, sed an ideò petunt soluto morte viri vel per diuortium matrimonio propriam sibi dotem illa retineat? Minimè. Nam vt Vlpianus scribit Tit. De dotib. diuortio facto habet pater actionem rei vxoriæ adiuncta filiæ persona siue dos profectitia sit siue aduentitia. Nempe quòd vt sæpiùs reperij, non sit filiafamilias dotis capax nisi constante matrimonio d. l. *Pomponius*, Vt proinde quo instanti matrimonium solutum est, deficiente filiæ ca-
pacitate, succedat ius patriæ potestatis. † Quanquam 8
non ex eo sit vt nihil tunc referat an à patre an ab extraneo dos profecta sit. Nam in dote profectitia ius mariti quod ille ab ipso patre habet, impedit ius patriæ potestatis. In aduentitia secus. Inde illud etiam manat, quòd si patri ab intestato filia succedere velit cum fratribus aduentitiam nõ minùs quàm profectitiam dotem conferre cogatur *l. filia dotem 4. C. de collat. l. 1. §. si sub conditione. D. de dot. collat.* quia filiæfamilias data dote quæsitum fuit ius patri, vt soluto quandocumque se viuo matrimonio dum ne per mortem filiæ, ea sibi vel propria, vel saltem cum filia communis dos esset secundum eas distinctiones quas sequenti capite afferemus.

CAPVT V.

Malè à recentioribus emendatum §. 1. l. 2. D. solut. matrim. & ad l. Caius 45. eodem.

SVMMARIA.

1 *Respondetur rationi qua Interpretes mouit vt existimarent dotis aduentitia actionem non minus soluto quam constante matrimonio filiæfamilias propriam esse.*

2 *Gouean & Cuiacij responsio & emendatio ad* §. quod si in patris l. 2. ff. solut. matrim. *ab Interpretibus pro sua sententia allatum.*

3 *Alia authoris responsio, & dotis profectitiæ ab aduentitia distinctio.*

4 *Quomodo ab Interpretibus intellecta sit* l. Gaius 45. solut. matrim?

5 *Cuiacij ad eandem legem interpretatio.*

6 *Cur in eius legis specie stipulatio aui materni in persona nepotis similiter concepta videatur?*

7 *Nec auo eiúsve heredibus in illa specie stricto iure competere.*

8 *Quantum in d. l. intersit, an auus sibi tantùm, an verò sibi aut nepti stipulatus sit?*

9 *An in specie* d. l. Gaius *prorsus inutilis sit dotis adiectio, in cuius persona stipulatio concepta fuerat?*

10 *Dotem illius filiæ patri solui non posse, filiæ tamen solutam, patri iure patriæ potestatis acquisitam esse.*

11 *Dictam legem Gaius à Triboniano interpolatã fuisse.*

12 *Triboniani manus in ea obseruatur.*

13 *Patrem iure Digestorum potuisse quæsitam sibi quoquo modo filia dotem pro arbitrio alienare.*

riæ, quæ alioqui statim post diuortium & patri & fi-
11 liæ competiisset. † Atque ita Paulum & scripsisse &
sensisse nõ dubito, sed interpolatum locum à Tribo-
niano in eo primùm quòd aui heredibus dat actionẽ
directam, quam iuris ratio denegabat, vt diximus. I-
temque in eo quod ipsi nepti dat vtilem quæ procul-
dubio ei competere non potest. Nam ea stipulatione
extranei nec directa nec vtilis actio quæri potest, a-
lioqui nõ esset inutilis stipulatio quomodo inutilẽ es-
se passim scriptum est, etiamsi fauore dotis facta sit. *l. si
genero. 26. C. de iure dot.* aut subsit ratio adiectionis
personarum *vt in l. inter. 26. §. pen. de pact. dot. leg. debi-
tor. 59. §. vlt. D. ad S. C. Trebell.* De quo plura scripsi-
12 mus *lib. 1. ca. 4.* † Sed quis non Triboniani manum &
elegantiam agnoscat in toto illo vltimo legis versicu-
lo *sed permittendum est nepti ex hac aucta conuentione ne
commodo dotis defraudetur, vtilem actionem:* Quis enim
Iureconsultorum sic vspiam loquitur? Quod verò se-
quitur *fauore enim nuptiarum, & maxime propter adfe-
ctionem personarum ad hoc decurrendum est*, non minùs
sanè ineptum est. Cur enim fauor nuptiarum atten-
datur soluto matrimonio, & eo tempore quo filia sit
incapax dotis? An vt si nubat iterum, eandem dotem
13 habeat? Ne hoc quidem dici potest. † Pater enim Di-
gestorum iure poterat quæsitam sibi dotem filiæ, siue
potestatis siue pactionis iure quæsita esset, pro arbi-
trio alienare *leg. rem quam pater. 22. §. a contrario sensu
C. de iur. dot. ante Iustiniani Nouellam. 97. de equal. dot.
cap. 5.* quæ cùm ius nouum faciat in eo quod hodie te-
netur pater filiæ dotem seruare ita vt nec diminuere
possit, nisi fortuita aliqua clades superuenerit, osten-
dit satis aliter fuisse iure vetere comparatum. Quod
& non malè probatur *ex leg. vnica. § & hoc ex rei vxo-
riæ. C. de rei vxor. action.* vbi refert Iustinianus nihil o-
lim iuris habuisse filiam soluto matrimonio in dote
14 quam sibi reddi pater stipulatus fuisset: † In ea verò
quæ rei vxoriæ actione repetebatur ita obseruatum,
vt non aliter ad filiam quasi proprium ipsius patrimo-
nium reuerteretur, quàm si lite nondum finita licet
mota adeóque quod plus est contestata pater deces-
sisset. *Finita* enim eo loco, non *mota* legendum est. Fi-
nita igitur lite maritóque condemnato aut illius he-
redibus, dos per rei vxoriæ actionem exacta tota erat
patris, eoque mortuo non ad filiam, sed ad ipsius pa-
tris heredes transmittebatur. Idque vt diximus iure
potestatis, quæ non minùs locum habebat in dote
aduentitia, quàm in profectitia, cùm vtraque per rei
vxoriæ actionem à patre adiuncta filiæ persona repe-
15 teretur, teste Vlpiano in dict. Titul. De dotib. † vbi
quod ait, *Diuortio facto* nihil hac parte interfuisse an
profectitia dos esset, an aduentitia, cogit me suspicari
plus iuris olim habuisse patrem in dote aduentitia si
morte viri quam si diuortio solutum matrimonium
fuisset: Mortuóque viro dotis aduentitiæ repetitionẽ
soli⁹ patris fuisse. Ratione illa diuersitatis, quod cùm
extraneus dotem dat filiæfamilias nec stipulatur sibi
reddi, donare eam videatur patri, in cuius filia est po-
testate, nisi quandiu erit filia ipsa dotis capax, id est
constante matrimonio *§. 1. Institut. per quas person. nob.
acquir. leg. filiofamilias. 42 de cond. & demonstr.* Proinde
morte mariti soluto matrimonio, quemadmodum in-
cipit filia dotis incapax esse primo instanti postquam
solutum est, ita dotis actionem acquirit patri, adeò
vt ne momento quidem temporis habere illam cum
patre communem poterit. Cùm autem diuortium fit,
etsi non minus incapax dotis est filio, quàm si vir esset
mortuus, quando vtroque casu solutum est matrimo-
nium, ferè est tamen vt facto præsertim culpa viri di-
uortio, videatur adhuc illa esse in matrimonio, cùm
per eam non steterit, rursúsque redintegrari possit a-
liquãdo matrimonium, quo casu futurum esset vt dos
quoque tacitè redintegraretur, etiamsi medio tempo-
re alij mulier nupsisset. *l. dotem. 30. l. Diuus. 40. l. post di-
uortium. 64. de iur. dot.* Neque verò æquum est tam ci-
tò tamq; facilè nocere ei factum mariti, cuius fatum
sanè nocuisset. † Quòd si quis quærat, Cur non ergo 16
in dote profectitia seruetur eadẽ distinctio, Aut cur
nõ dos aduentitia patri acquiratur si viua adhuc filia
eius sit incapax quo instanti moritur [ea namq; mor-
tua diximus ea Vlpiano dotem aduentitiam penes
maritum remansisse] Respondeo, minùs hac parte iu-
ris habere patrem in dote profectitia quàm in aduẽ-
titia, propterea quòd profectitiæ dominus factus sit
maritus ab ipso patre, qui dotẽ ipse tradiderit. Itaque
si pater solus ageret mortuo marito viua filia, patrem
vinceret heres mariti, iure dominij: sicut & maritus
ipse si diuortio solutum esset matrimonium: Siquidẽ
dominium illud quod penes maritum fuit constante
matrimonio nõ statim & ipso iure reuertitur ad mu-
lierem cuius nunquam fuit anteà. Nec consequenter
patri per filiam acquiri potest, Vnde euenit vt filiæ
personam adiungi necesse sit, quippe contra quam ni-
hil habeat mariti heres aut maritus ipse quod possit
obiicere. † Eaque ratio nisi me fallo causam dedisse 17
videtur actioni & *tit. C. de inoffic. dotib.* cùm neque in-
officiosi testamenti, neque inofficiosæ donationis que-
rela in eã rem aptari posset vt inofficiosa dos à patre
in filiam collata & ipsi marito acquisita ad legitimũ
modum etiam constante matrimonio reuocaretur,
quia licet respectu filiæ dos à patre data legitimæ lo-
co videri possit, aut donationis iure censeri quatenus
excedit eam quantitatem quam pro congrua dote à
patre dare oportuit, tamen quod ad maritum perti-
net qui ex matrimonij caussa planè onerosa dotem
habet, neque legitimæ neque donationis instar obti-
nere dos potest, quantumuis inofficiosa sit. † Atqui, 18
inquies, Si mortua esset in matrimonio filia pater so-
lus ageret pro dote profectitia repetenda, maritúm-
que superaret. Fateor, Sed non ratione iuris, at potius
miserationis. Ne alioqui pater & amissæ filiæ & dotis
damnũ sentiret *leg. iure succursum. 6. D. de iur. dot.* quã
cùm ait meritò succursum fuisse patri, innuit non ob-
scurè succurrẽdũ ei fuisse, & nisi succursum ei fuisset,
superatum iri illum à marito. At cùm solutum est ma-
trimonium siue morte viri siue diuortio, quia viuit
adhuc filia, cessat ratio illa miserationis. Extinguere-
tur ergo ius patris si non ageret adiuncta filiæ perso-
na. Quod in dote aduentitia secus est, cuius dominiũ
marito acquiritur ab alio quàm à patre: Vt proinde
pater dotem etiam sine filia ab heredibus mariti re-
petens tanquam per filiam sibi acquisitam, non pos-
sit non vincere. † Moriente autem filia etsi eo ipso in- 19
stanti quo moritur fit illa incapax dotis licet aduen-
titiæ, quia matrimonium soluitur: Dicimus tamen ac-
quiri dotẽ marito non patri, quoniã solutione matri-
monij nõ ideo dotis dominiũ, vt sæpiùs inculcauim⁹,
aufertur marito, sed tãtùm eo soluto nascitur actio si-
ue ex stipulatu, siue rei vxoriæ vt dominiũ illud resti-
tuatur. Vnde euenit vt eo instanti quo filia moritur,
dotisq; habẽdę fit incapax nihilominùs remaneat ma-
rit⁹ domin⁹ dotis, & quidẽ solus, Quia nõ quæ ratio,
scilicet matrimonij, inducit dotis communionem in-
ter virum & vxorem constante matrimonio, *l. quam-
uis. 75. D. de iur. dot. l. in rebus. 30. C. eo.* facere eadem po-
test vt eo instãti quo matrimonium soluitur, commu-
nis fiat dos inter generum & socerũ. † Sola igitur pa- 20

tri superesse potest dotis actio. Atqui non nascitur ea actio illo ipso instanti quo matrimonium soluitur, sed quo iā solutum est, hoc est non moriente, sed mortua filia, aut viro mortuo, aut facto diuortio. Inde ergo fit, vt per filiumfamilias dos aduentitia patri acquiri non possit. Nec quandiu viuit illa in matrimonio, quia toto illo tempore dotis capax est, nec quo instanti matrimonium soluitur, non solùm quod instans illud cōputetur matrimonio (nam quemadmodum viuus homo non mortuus moritur, ita nec matrimonium soluitur quod iam solutum est, sed quod adhuc constat) verùm etiam propter subsistens ius dominij marito in dote competens necdum eo instanti extinctum. Multo minus verò acquiretur patri dotis actio, cùm matrimonium ipsius filiæ morte solutum est, quia per filiumfamilias iam mortuam nihil patri acquiri potest. Quo igitur casu? Acquiretur dotis actio patri integra si morte viri solutum sit matrimonium. Patri autem & filiæ si per diuortium. Ipsa autem dos cùm exacta fuerit & soluta etiam soli filiæ, tamen acquiretur soli patri: nec minus in specie dictæ legis Caius 45. solut. matr. licet ibi dos patri solui non possit. Sunt hęc sanè subtilissima & à nemine, quod sciam hucusque tradita, sed tamen si quid iudicij mei est verissima, & ex ipsissima iuris ratione deprompta. † Cæterùm, vt quæ pertinent ad interpretationem dictæ legis Caius, ex-
21 pediamus, Dico ineptam quoque esse rationem illam Triboniani *ne commodo dotis mulier defraudetur*. Quātumuis enim valeret stipulatio concepta in persona neptis vt ex ea non vtilis tantùm sed directa quoque daretur actio, non ideo tamen fieret quin auo etiam materno solui dos posset qui saltem solutionis causa adiectus censeretur. Eo autem casu perinde maneret neptis indotata, ac si nec directam nec vtilem ex stipulatu actionem haberet aduersus virum. Nulla enim illi competeret aduersus auum, qui dotem à se profectā ex stipulatione recepisset. Igitur non facit illa vtilis actio quin sit in potestate viri vt si velit dotis commodo mulierem fraudet. Quod si fraudare nolit, nec illud quidem necesse est, vt mulieri contra tritas iuris regulas ex alterius stipulatione vtilem actionem demus, quia & nulla actione data iam Paulus dixerat, marito liberum esse vt dotem mulieri soluat. Tribonianum ergo fefellit & iuris veteris ignoratio, & noui memoria, quo constitutum est vt aduētitiorum omniū capaces sint filij filiæque familias *d. l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Obseruare namque debuerat non idcirco factum esse vt pro ea cui dos datur possit extraneus stipulari. Manet siquidem etiam hodie intacta vetus illa iuris regula quæ non patitur alterum alteri stipulari *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. ne in dote quidem l. 1. D. de pact. dotal.*

CAPVT VI.

Filiamfamilias de dote etiam aduentitia sine consensu & autoritate patris agere nullo modo posse.

SVMMARIA.

1 *Cur filiæfamilias dotem aduentitiam repetenti patris consensus necessarius sit?*
2 *An consensum illum tum demum adhiberi necesse sit, quum de repudiando iure agitur, quod patri, si vellet adquiri posset?*
3 *Quis in* l. vlt. in fin. princip. Cod. de bon. quæ liber. *sensus sit horum verborum*, ne sine patris autoritate iudicium consistere videatur?
4 *Filiamfamilias per se in iudicio agere non posse, sed patris autoritatem adhiberi debere siue filius agat, siue conueniatur.*
5 *Cur in specie* §. sin autem in secunda. d. l. vlt. *patris consensus non requiratur?*
6 *Filiumfamilias in castrensibus & beneficialibus posse etiam inuito patre agere.*
7 *De aduentitiis verò in quibus pater nec vsumfructum nec administrationem habet secùs non posse.*
8 *Quo sensu dicatur in Nouella 117. cap. 1. filiumfamilias quandocunque velit de eiusmodi bonis posse disponere?*

QVemadmodum autem communis nostrorum error ille est, quòd putant rei vxoriæ actionem quę pro dote aduentitia competit propriam esse filiæfamilias, cum nullo casu propria sit soluto quomodocunq; matrimonio, Sicut & contrario errore decipiūtur Antonius Goueanus & Iacobus Cuiacius, qui semper eā communem esse volunt siue morte viri siue diuortio solutum sit matrimonium, quorum prius vtiq; falsum est vt diximus. † Ita falli ferè omnes arbitror, & longè 1
grauiùs in eo, quod existimant posse filiamfamilias agere de dote aduentitia absque consensu & autoritate patris. Sic enim tradit Bartolus quem cæteri vulgò sequuntur *in l. 2. §. quòd si in patris & in l. post dotem 40. n. 25. D. solut. matr.* post Accursium in Aut. quod locum *C. de collat. & in l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Nam etsi vsq; adeò propria esset filiæfamilias actio dotis aduentitiæ soluto matrimonio, vt nullum ex ea commodum ad patrem peruenire posset, consensus tamen patris esset necessarius & saltem iudicis imperio eliciendus, vt agere filiæ liceret. Ex ratione illa quam Iustinianus adfert *in d. l. vlt. §. 1.* vers. necessitate *ne sine patris autoritate iudicium consistere videatur*. † Scio receptissimam 2
esse Bartoli aliorúmque traditionem, vt consensum illum patris adhiberi necesse non sit nisi in signum, vt loquuntur, repudiationis quoties id de quo agitur, tale est quod patri acquiri posset si vellet, Vnde inferūt posse filiamfam. & ignorante & inuito patre agere de iis omnibus quorum pater nec vsumfructum nec administrationem habeat. † Sed longè alia mihi videtur 3
fuisse Iustiniani sententia, Non solum quod supradicta ratio ad necessitatem validandi iudicij, potiùs quam ad conseruationem iurium paternorum referatur, sed etiam quia eo loco tractat Iustinianus apertissimè de actionib. eius hereditatis quæ à patre repudiata fuerit, & ex qua nullum ille commodum amplius sperare potuerit, Nec eo minùs tamen requirit consensum id est autoritatem patris, ne iudicium absque eiusmodi autoritate, quæ prorsus necessaria est videatur consistere. Nempe quoniā filiifamilias persona non est integra, vt per se in iudicio stare possit, licèt tam ex contractibus quàm ex delictis in eum detur actio *l. tam ex contractibus 57. D. de iudic. l. noxali 33. cum seqq. de noxal. actionibus. §. fin. Inst. eod. l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* † Nusquam autem reperias ei permissum esse vt per se agat, nisi vel cùm in mora periculum est vt 4
expectari patris autoritas non possit, *vt in l. si longius 18. §. 1. de iudic.* aut cùm alia iusta causa est, quod euenit certis casibus à iuris pontificij glossatore enumeratis *in cap. fin. Extra de iudic.* Nec dicendum est in eo ius nouum facere Iustinianum, quia vt & Bartolus ipse disputat *in d. l. vlt.* lōgè plus iuris acquisitum est filiisfamilias ex Iustiniani constitutionibus quàm anteà habuissēt. Imò verò cùm nec iis quoq; casibus quibus olim communis erat dotis actio patris & filiæ posset agere

agere filia etiam consentiente patre, sed ipsi patri o-
mnimodo agendum esset, ex voluntate tamen filiæ
(quo solo respectu actio dicebatur communis *d. §. 1.*
l. 2. solut. matrim.) hodie permissum est ex Iustiniani
Nouella *De æqualit. dot. §. illud vnde sumpta est Auth.*
quod locum. C. de collat. vt possit pater permittere filiæ
vt agat, quod & iam in cæteris aduentitiis fuerat con-
stitutum *d. l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Et sanè patris auto-
ritatem adhiberi quotiescunque filiusfamilias aut agit
aut conuenitur, non solùm publicè interest ad cóser-
uandum ius patriæ potestatis, sed etiam ipsius filij, cui
si inconsulto patre ageret aut cóueniretur, deesse pos-
set patris consilium ex quo tamen non nisi commodi
5 plurimum possit ei accidere. † Nec placet argumētum,
quod Bartolus deducit *ex §. sin autem in secunda dict. l.*
vlt. vbi si filiusfamilias minor sit annis vigintiquinq;,
nec res eius administrare pater velit, iubet Iustinianus
hereditati dari curatorem qui actiones exerceat, neq;
patris consensum prætereà requirit. Cur enim requi-
reret eo casu quo non ipse filiusfamilias agat, sed cu-
rator, Curator verò non minoris nomine sed heredi-
tatis in qua nihil prorsus iuris pater habeat. Heredita-
tati enim curatorem dari vult Iustinianus non mino-
ri, qui scilicet cùm in patris potestate sit, curatorem
6 habere nullo casu potest. † Sanè in castrensibus potest
filius agere etiam inuito patre *leg. miles 4. §. 1. de castr.*
pecul. quia in illis habetur pro patrefamilias *l. 2. D. ad*
S.C. Maced. idémque in beneficialibus *dict. cap. fin. de*
iud. Comparari enim castrensibus commodè possunt
beneficialia, quorum scilicet ratione videatur filiusfa-
7 milias Deo militare. † Non etiam alia aduentitia quo-
rum tametsi nec vsumfructum nec administrationem
pater habeat, non ideò tamen dici potest omnino ex-
tinctum quod ad illa bona pertinet ius patriæ pote-
statis, Vt vel ex eo apparet, quòd nec patre consen-
tiente de iis testari filiusfamilias potest. Sic enim Ac-
cursius & eum secuti vno fermè ore cæteri verissimè
in dict. leg. vltim. § filij autem familias in verbo duntaxat.
Cod. de bon. quæ liber. & in Nouell. Vt liceat matri & a-
8 uiæ *§. 1. in verb. disponere.* † Nam quod eo loco Iustinia-
nus generaliter constituit vt de eiusmodi bonis possit
filiusfamilias quomodocunque velit disponere, iusta
ciuilique interpretatione ad eas dispositiones referē-
dum est, quarum alioqui capaces sunt filiifamilias non
ad eas quarum sunt penitus incapaces. Perinde enim
est acsi Iustinianus constituisset, vt de iis bonis quo-
rum patri interdictus est vsusfructus liceat filiofami-
lias disponere pro arbitrio etiam citra consensum pa-
tris. Quibus tamen verbis non posset videri data filio-
familias licentia earum dispositionum, quas alioqui
etiam volente patre condere non potuisset. Cuiusmo-
di est testamenti factio quæ quoniam publici non pri-
uati iuris est (competit enim ex lege sola quæ & ad
ius publicum spectat & de solis patribusfamilias locu-
ta est) à patre non magis quàm ab alio priuato quo-
libet indulgeri filiofamilias potest, vt alio loco fusius
scripsimus.

CAPVT VII.

Ad auth. quod locum. C. de collat.

SVMMARIA.

1 *Dictam authenticam cum textu Nouellæ non conue-*
nire.
2 *Filiamfamilias ex Nouell. 97. §.* illud. *non posse dotem*
à matre datam sine patris consensu exigere.
3 *Quis in* d. §. illud. *sensus sit versic.* sed si quidem pa-
ter.
4 *Quænam magna, quænam minor dos dicatur?*
5 *Filiamfam. posse vel inuito patre, si maritus ad inopiam*
vergat, dotem tam aduentitiam, quam profectitiam
constante matrimonio exigere.
6 *Quid iuris si minor futura sit pars filiæ in hereditate,*
in qua collationi aliquando locus futurus est, quàm sit
dotis æstimatio?

SEd † neque Bartoli opinionem iuuat textus Authē- 1
ticæ Quod locum *C. de collat.* quæ sic ab Irnerio cō-
cepta est quasi filiæ tribus casibus imputari possit, si
dotem à viro ad inopiam vergente non exegerit, quo-
rum primus ille sit, si sui iuris illa fuit & legitimæ æta-
tis, id est maior annis vigintiquinque: Minori enim
subueniendum esset. Secundus, si mater aut ex ascen-
dentibus alia persona quæ non habeat filiam in pote-
state dotem illi dederit quam in collationem venire
oporteat. Tertius, si profectitiam dotem habenti & e-
xigere volenti pater consenserit. Hunc enim Nouellæ
constitutionis sensum vulgo creditum esse apparet ex
interpretum commentariis, nec reperio aut ex veteri-
bus aut ex recentioribus quis dissentiat † Ego verò 2
contrà puto. Ex contextu ipso Nouellæ Iustiniani 97.
de æqual. dot. §. illud. vnde Irnerius desumpsit authenti-
cam, manifestissimè probari filiamfamilias non posse
dotem exigere à matre datam nisi patris consensus in-
terueniat. Principio enim paragraphi tractat coniun-
ctim illos casus. Si vel pater vel mater dotem dederit.
Tum posteaquàm dixit esse rem expeditam si filia sui
iuris fuerit, & perfectę ætatis, Imputari scilicet ei pos-
se si constāte matrimonio dotem non exegerit, subii-
cit *sin autem sub potestate est, & sine voluntate patris hoc*
agere non poterat, id est *dotem petere,* quæ verba clarum
est non minùs ad aduentitiam, quam ad profectitiam
dotem referri. † Nam quod sequitur in versiculo, *Sed* 3
siquidem pater in talibus casibus obtulerit dotem, & de sub-
stantia eius futura est collatio, hoc valere. non ad necessi-
tatem requisiti antea consensus patris pertinet, vt pu-
tat Accursius sed ad id quod proximiùs dictum fue-
rat, Recusante patre consensum præstare, & ob id filiā
dotem ob inopiā viri perdente liberari eam nuda col-
latione actionis, nec eo minùs competentem portio-
nem illi deberi *ex bonis paternis.* Toties enim id ve-
rum est quoties de ipsius patris, non de matris aut al-
terius extranei hereditate agitur. In cæteris autem
caussis nihil referre an pater an mater aut alia persona
ex ascendentibus dotem dederit, disertè constituit Iu-
stinianus in fine paragraphi. † Idque ab interpretibus 4
nostris animaduersum non fuisse sanè miror, sed illud
magis quod omnes putant, Iustinianum ibidem di-
stinguere an parua dos sit an magna, Disputantes v-
trum magna dicenda sit quæ est centum librarum au-
ti, vt putat Cuiacius ex *Nouell. 22. de nupt.* an quæ sit
amplior aut minor, De quo & Alciatus tractat libro
quarto, παρέργων, Quasi possit filia magnam dotem e-
tiam inuito patre exigere, paruam non possit. Quo ni- 5
hil dici potest à Iustiniani mente alienius. † Id enim
voluisse videtur vt possit filia vel inuito patre dotem
exigere à viro inope constante matrimonio, quoties-
cunque dos maior est portione competitura & quæ
speratur ex hereditate in qua locum habitura sit col-
latio, Ne alioqui mulier periclitetur, & ex ipsa nudæ
etiam actionis collatione damnum sentiat. Siue igitur
magna, siue parua dos erit, siue profectitia, siue aduen-
titia, requirendus quidem est pater, vt vel agat ipse
vel consentiat filię agere volenti: sed si consentire no-
lit, non ideò prohibebitur filia dotem exigere absque
consensu patris, si modò maior sit dos quam quæ ex
collatione speratur hereditatis portio, inspectis scili-
cet facultatibus eius temporis, cùm ex futuro nihil cer-

6 decerni possit. † Quòd si cui minùs arridebit nostra
hæc interpretatio, eum fateri necesse est, relictum esse
à Iustiniano indecisum casum illum, qui potissimùm
& decisione & remedio indigebat, si minor futura
esset pars filiæ in hereditate in qua collationi locus a-
liquando foret, quàm esset dotis æstimatio. Neque e-
nim mulieri satis consultum videri posset ex eo solo
quòd quandocunque mortua persona quæ dotem de-
disset liberaretur mulier conferendo inanem dotis a-
ctionem, nec eo minùs hereditariam portionem con-
sequeretur. Et enim quid si dos maior esset portione
illa hereditaria? An non iniquum foret sentire filiam
præsens damnum & irreparabile ex spe futuræ colla-
tionis? Id siquidem ostendunt verba illa *& futuræ læ-
sionis ex inopia viri adimere metum*. Nam quæ obsecro
metui potest læsio quantacumque sit dos si dotis quã-
titati hereditaria portio respondeat? Et ex contrario
fac exiguam dotem quantum voles. An non iustus
est metus futuræ læsionis si minor adhuc speretur ex
eius qui dotem dedit hereditate portio? Aut quis in
eo collationis fructus erit? Quid rursum proderit filię
vt nihil nisi nudam & inanem dotis actionem confer-
re teneatur? Atqui hoc ipsum Iustinianus apertissimè
scribit. Nolle se eo casu quo pater dissentiat, damnum
filiam pati aut ex collatione damnificari. Necessariò i-
gitur distinguendum fuit, An plus minúsve ex dote
quàm ex dotis collatione commodi sperare mulier
possit.

CAPVT VIII.

Ad l. Bębius 30. D. de pact. dotal.

SVMMARIA.

1 *Dotem in specie* §. cum inter l. inter 26. ff. de pact. dotal. *filia non acquiri ex patris stipulatione, nec per eam filia liberis tanquam heredibus.*
2 *Non potuisse liberos in dicta specie facere quominus mortua in matrimonio filia, dos profectitia ad patrem reuerteretur, nisi pactum interuenisset.*
3 *Superuacuum esse pactum illud quod in d. § expressè initum proponitur.*
4 *Quid ex eo pacto Papinianus collegerit.*
5 *An quia superuacuum fuit pactum expressum, tacitum quoque superuacuum sit?*
6 *Cur in* d. §. cùm inter *pater non potius expressim conuenerit, vt superstitibus liberis maritus dotem retineret?*
7 *Casus* d. l. Bæbius.
8 *Soluto per mulieris mortem matrimonio, mortuo iam patre, dotem profectitiam penes maritum iure vetere remansisse.*
9 *Casum non existentium liberorum fauore mariti adhibitum, ad casum existentium trahendum esse.*
10 *Cur in specie* d. l. Bæbius. *I. Ctus maritum repellendum dicat?*
11 *Casum mortis ad casum diuortij trahendum non esse, quum de retinenda a marito dote agitur.*

CONstat igitur ex superioribus, vt eò reuertamur
vnde digressi sumus, in dote profectitia siue data
simpliciter siue etiam donata, nec filiamfamilias nec
emancipatam quæ in matrimonio moreretur, here-
dem ex testamento aut ab intestato habere potuisse,
sed ad patrem reuerti debuisse dotem, liberis quoque
2 ex matrimonio superstitibus: † Ac proinde parum a-
cutè nostros facere qui putãt in specie illa de qua iam
suprà diximus, & quam Papinianus tractat *in dict. leg. inter 26. §. cum inter. de pact. dotal.* acquiri ex patris sti-
pulatione dotem filię, & per eam liberis tanquam he-
redibus, cùm ex contrario disertè Papinianus scribat
remanere eam penes maritum† Sanè ex illo loco opti- 2
mè colligas pro Bulgaro contra Martinum, Non po-
tuisse liberos facere quominùs mortua in matrimonio
filia dos à patre profecta ad patrem reuerteretur, nisi
pactum interuenisset, Alioqui fuisset sanè superuacuũ,
caretétque Papiniani responsum omni prorsus dubi-
tatione, quod ferendum non est. † Dices fortasse, sed 3
an non superuacuum est pactum illud quod expressè
initum proponebatur, vt sine liberis defuncta in ma-
trimonio filia dos patri restitueretur? Si enim resti-
tuenda erat etiam superstitibus liberis, an non multo
magis si nulli superessent? † Ita sanè est. Ideóque ni- 4
mirum Papinianus, cùm pactum illud videret omni-
no superuacuũ in eũ casum qui nominatim expressus
fuerat, subtiliter ex eo collegit huiusmodi pacto id a-
ctum intelligi debere, id est nihil aliud inter contra-
hentes actum videri potuisse, siquidem aliquid illi a-
gere voluerunt, nisi vt mortua in matrimonio super-
stitibus liberis filia dotem maritus retineret. Cùm di-
ci soleat dispositionem restrictam ad vnum casum ex-
cludere casum contrarium *ex leg. vlt. D. de coll. dot.* † I- 5
taque non valet consecutio si quis pro Martino dicat
superuacuum fuisse pactum expressum, Ergo & taci-
tum, quod in expresso continetur. Nam imò verò vt
expressum superuacuum nõ sit, quomodo esset in casu
expresso, Necesse est vt in casum contrarium includat
tacitè pactum etiam contrarium quod sit vtile. † Ve- 6
rùm illud quis mirari magis possit, Cur nõ potiùs ex-
pressim cõuenisset vt superstitibus liberis dotem ma-
ritus retineret, Nisi dicamus, quod & verum est, Non
potuisse patrem nisi absurdè & cõtra iuris regulas sti-
pulari marito genero. Huiusmodi autem cõuentiones
ita vt plurimùm fieri solitas, vt pater ipse aut eo iu-
bente filia stipularetur à marito, non maritus à patre
aut ab vxore. Eius enim erat legem dicere, qui dotem
dabat, non eius qui accipiebat. Mariti autem illud tã-
tùm erat, vt caueret ne duriore quàm expediret lege
dotem acciperet. Simile est quod in principio dictę le-
gis *inter*, Pactum proponitur vt si filia moriens super-
stitem anniculum reliquisset, dos ad virũ pertineret,
vt intelligamus nullo interposito pacto futurum non
fuisse vt totã dotem vnius filij superstitis nomine ma-
ritus retineret† Quemadmodum nec si pacto conue- 7
nisset vt mortua in matrimonio sine liberis filia dos
pro parte penes maritum remaneret, pro parte autem
vxoris fratri restitueretur, id actum dici posset vt su-
perstitibus liberis tota dos à marito retineretur, qui
casus est legis Bæbius Marcellus 30. *Digest. de pact. dotal.* secundum Baldi interpretationem. Sufficit enim
vt pactum possit esse vtile in eum casum in quem cõ-
ceptum est. In casum verò omissum non proderit, sed
aut patri dos restituetur, si dos ab ipso patre soluta sit
[quod in specie dictæ legis Bæbius esse non potuit
propter illam conuentionem interpositam, Ne à viuo
patre dos exigeretur *vt in l. cum pater 1. & l. auus præced. eod. tit.*] aut ipsi mulieri patre mortuo, aut mulie-
ris heredibus, si alios heredes habeat illa quàm libe-
ros, & diuortium factum sit. † Soluto enim per mulie- 8
ris mortem matrimonio si pater non esset, dos profe-
ctitia penes maritum remanebat, vt refert Vlpianus
titul. de dotib. nisi mulier sibi reddi stipulata esset, neq;
de ea dote testari mulier poterat, licet sui iuris effecta.
Quamquam non valde aberrauerit meo iudicio, qui
dixerit in quæstione dictæ legis Bæbius respondendũ
fuisse pro marito si aut filia in matrimonio decessisset,
quæ stipulationis condicio erat. aut stipulatio ipsa in
diuortij casum fieri potuisset [fieri enim nõ poterat in
casum

casum diuortij simul & non existētiū liberorum, quia pactis dotalibus nō poterat fieri deterior condicio dotis viua filia nisi liberis interueniētibus *l. 2. D. de pact. dot.*
5 † Nam proculdubio fatendum est, ita pacto interposito vt nullis quoque existētibus liberis partem dotis maritus lucraretur, id multo magis actum fuisse vt superstitibus liberis lucraretur, nec pro parte sed totā, cùm & totam lucretur ille qui promiserat restituturū se dotem patri, si filia sine liberis moreretur *d. § cùm inter.* An non enim melioris condicionis esse debeat
6 maritus illo casu quàm isto? † Itaque non probat Iureconsultus quod apud Prętorem Marcelli filius, idemque heres & patris & sororis pro dimidia, exceptione se vulgati pacti tuebatur, quasi ex persona mulieris, cui totam dotem pater reliquerat, cuiusq; solius si viueret interesset defendere dotem. Sed ea tantùm ratione repellendum ait maritum, quod facto diuortio malè ageret ille ex ea stipulatione cuius condicio illa fuisset si filia in matrimonio moreretur. Non enim valet argumētum à casu mortis filiæ ad casum diuortij, licet vtroque soluatur matrimonium, quia difficilius fauetur marito etiam liberis interueniētibus, cùm diuortium factum est. Ne scilicet mulier maneat indotata: nisi pactum in eam rem expressum intercesserit *d. l. 2. D. de pact. dot. l. 1. D. de dot. praleg.* Casus igitur non existentium liberorum trahitur facilè ad casum existentium, quoties fauore mariti adhibitus est, quia fauorabilior est maritus qui liberos habeat, quàm qui
7 nullos. † At casus mortis non æquè trahitur ad casum diuortij, quia isto minùs ille fauorabilis est vt salua mulieri dos maneat. Et hæc mihi germana videtur esse sententia perobscuræ illius legis, tametsi nō ignorem longè aliter visum esse interpretibus non modò antiquioribus, sed etiā recentioribus, Antonio Contio, & Iacobo Cuiacio clarissimis inter cæteros Iurecōsultis.

CAPVT IX.

Explicata l. post dotem 40. D. solut. matr. & in quo derogatum sit iuri veteri cùm quęritur an in dote siue profectitia siue aduentitia heredem habere filiafamilias aut emancipata possit.

SVMMARIA.

1 *Diuortio culpa & voluntatè mulieris facto, quid iure vetere circa dotis repetitionem vel retentionem fuerit obseruatum, quid item iure nouo obtineat?*
2 *Species & ratio* d. l. post dotem.
3 *Quid in d. l. specie respondendum sit, si filia post diuortium decessisse proponatur?*
4 *Cur in d. l. Papinianus requirat, vt filia sine liberis decesserit?*
5 *Ratio propter quam sextarum retentionibus ex Iustiniani constitutione locus amplius non sit?*
6 *Matremfamilias constante matrimonio de dote testari, & in dote aduentitia heredem ab intestato, iure nouo habere posse.*
7 *In dote profectitia filiæfamilias de iure vetere nihil esse immutatum.*
8 *An* l. 2. Cod. de bon. quæ lib. *per* l. 3. *eiusdem tituli sit immutata?*
9 *Filiamfamilias de dote aduentitia iure nouo testari non posse, sed in ea tantum heredem ab intestato habere.*
10 *An filiafamilias in aduentitia dote herem ab intestato iure vetere habere potuerit?*

DIcēdū nobis superest de sentētia legis Post dotem 40. *solut. matrim* quoniā is præcipuè locus ꝓ Martini sentētia facere videtur in eo ꝗ etiam impleta illa stipulationis cōdicione *Diuortio facto dotē reddi* nō aliter tamen datur patri dotis ꝓfectitiæ repetitio, quàm si filia sine liberis decesserit. Ne aūt sim lōgior in nostronū interpretationibus refellēdis, quas varias & ad octo vsq; cōmēti sunt, dicā breuiter ꝗ mihi ꝓbabilissimū videtur. † Iā supra retuli sic cōparatum fuisse ius 1
vetus, vt voluntate & culpâ mulieris facto diuortio, posset maritus cōuētus rei vxoriæ actione in singulos liberos qui eo tēpore superstites fuissent, sextas retinere ad dimidiā vsq; partē dotis. Quod abrogauit Iustinianus in *l. vnic. C. de rei vxor. act.* Trāslata nimirum vi & potestate actionis rei vxoriæ in actionē ex stipulatu, Cuius natura illa erat vt nullā retētionē pateretur, faceretque: quod hodie semper fieri Iustinianus voluit in *§. illo proculdubio obseruando*, ne vnquā mariti lucro dos cederet, nisi cùm pactū ea de re factum esset. Nouabat enim & perimebat stipulatio actionē rei vxoriæ vt cōstat *ex l. aura 6. C. de iur. dot.* Scilicet ita demū si stipulatio valeret. Inutilis enim stipulatio numquā nouat. *l. 1. in fi. l. quoties 14. in fin. D. de nouat.* † Finge 2
igitur post dotem datā, & contractas nuptias vt in *d. l. post dotem*, ac proinde ex interuallo quemadmodū ibi Accursius certè interpretatur, stipulatū fuisse patrem sibi dotē reddi, si filiæ volūtate diuortiū factum esset. Nō valet stipulatio, quia quoties pater dotē dat & stipulatur, non aliter in suā personā transfert de dote actionē, quā si ex cōtinenti stipuletur. Nec enim potest filiæ condicionē in dote deteriorem facere si non ipsa cōsentiat. *lege quoties 29. solut. matrim.* Ergo si viua filia pater per diuortiū velit ex stipulatu agere, dubitandū nō est quin exceptione omnimodo summouendus sit; hoc est siue ex matrimonio liberi aliqui supersint siue nulli. Nō enim liberaretur maritus qui patri solueret, sed à filia quandocūque sui iuris effecta cōueniri rursus posset *l. 2. §. quòd si in patris eod. tit.* † At quid si filia 3
post diuortiū decesserit? Distinguemus an liberos sibi superstites habuerit, an nō. Si habuerit, mariti interest vt rei vxoriæ actione potiùs quàm ex stipulatu cōueniatur, nēpe vt propter liberos retinere sextas possit. Itaq; & hoc casu impedire patrē poterit, ne agat ex stipulatione quæ perperam & inutiliter interposita fuerit. Sed si eo tempore quo pater agit nulli supersint liberi [tēpus enim illud spectādū est non diuortij, cùm & retentiones nō nisi in iudicio fierent, & imputari marito possit, qui fortè diuortij tēpore plures liberos habuerat, cur nō citiùs dotē restituerit vt tāto plus retineret] nō erit impediēdus pater quominùs ex stipulatu agat, cùm neque iā filiæ quicquā intersit quæ defuncta est neq; mariti cui nō sit ad aliquid ex dote retinēdū cōmodior futura rei vxoriæ actio. Poterat quidē dubitari ex eo quòd ab initio non valuisset stipulatio. Sed conualescere eam mirum nō est postquàm & filiæ & mariti interesse desiit, totumque ius repetēdæ dotis in patris persona conquiescit. † Sanè non ideò 4
Papinianum requirere vt filia sine liberis decesserit, quòd dos profectitia penes maritū propter liberos remanere debeat, vt Martinus putabat, ex eo apparet quod diximus. Si ea patris stipulatio valuisset, futurū fuisse vt aduersus agentem illum ex stipulatu, nullas maritus sextas retinere potuisset. † Nam nec hodie ob aliam caussam retentionibus istis locus ampliùs nullus est ex Iustiniani cōstitutione, nisi quòd semper tacita de restituenda dote stipulatio fingitur intercessisse. Cuius vis illa est vt nec dotem totam, nec dotis partē vnquā lucretur maritus nisi pactū interuenerit *d. l. vnic. §. illo proculdubio obseruando. C. de rei vxor. act.* † Vnde illud etiam fit vt hodie possit materfamilias de do-

te testari etiam constante matrimonio, quia & olim
eo demum casu poterat quo stipulata fuisset sibi do-
tem reddi *l. si mulier 25. Cod. de iur. dot.* Item vt ab inte-
stato heredem habere possit in dote aduentitia, cùm
tamen eiusmodi dos olim ad maritum pertineret, nisi
aut extraneus ipse qui dotem dabat, aut eo permit-
7 tente mulier sibi dotem restitui pacta fuisset. † In fi-
liafamilias quæ viuo patre moritur nihil est de vetere
iure immutatum, si profectitia dos est. Nam ad pa-
trem reuertitur sicut olim reuertebatur, cùm & patri
ipsi sicut filiæ Iustinianus priuilegium dederit, tacitæ
stipulationis *§. accedit in fin. Codic. de rei vxor. act.* & in
profectitiis nihil sit innouatum per legem *Cum oportet
Codic. de bon. quæ liber.* præsertim in dote & donatione
8 propter nuptias † de quibus textus est & clarus & ele-
gans *in l. 2. C. eod.* Quam si quis correctam dixerit per *l.
quod scitis 3. eodem.* is proculdubio errauerit. Non enim
nisi de aduentitiis posterior lex loquitur. In quibus a-
pertum est non esse locum rationi positæ *in dict. leg. se-
cund.* ne minùs liberales futuri sint parentes erga libe-
ros si ita ius constituatur, vt quod ab iis profectum
9 est, ad eos non reuertatur. † Quòd si aduentitia dos
fuit, illud quidem ex iure vetere superest, vt de ea te-
stari filiafamilias non possit, sicut nec olim poterat,
quemadmodum ex communi nostrorum sententia
scripsimus suprà *cap. 6. in fin.* Sed ab intestato heredes
habere poterit aut liberos, si qui supersint, aut paren-
tes, aut alios: Non quidem *ex d. l. quod scitis,* quæ non
nisi de iis loquitur quæ per filiosfamilias præmorien-
tes antea acquirebatur patri iure peculij, in quorum
numero non erat dos aduentitia, quæ vt diximus ad
maritum pertinebat. Sed ex Iustiniani *Nouell. 118. De
hered. ab intest. venient. §. 1.* vbi constituitur vt in bonis
omnibus quæ filiusfamilias aliunde quàm à patre ac
quiruntur, licet eorum vsusfructus ad patrem perti-
neat, possint illi heredem habere ab intestato, ita ta-
men vt prima caussa sit descendentium, secunda ascé-
dentium. In quo sanè ius nouum Iustinianus fecit
non in cęteris tantùm aduentitiis, sed quod ad dotem
10 quoque aduentitiam spectat. † Neque enim verum est
quod scripsit Bartolus *in d. l. post dotem.* habuisse olim
filiamfamilias in dote aduentitia heredem ab intesta-
to: Cum nec haberet filiusfamilias in castrensi pecu-
lio tametsi de eo testari posset *l. 1. & 2. D. de castr. pecul.*
Nec ad rem facit lex Auus 79. *de iure dot.* quam pro
communi sententia Bartolus adducit quasi eo loco
p ter, ad quem negat Labeo reuerti dotem ab auo da-
tam quasi profectitiam, nihilominus eam habeat iure
hereditario. Non enim dicit lex habere eum dotem fi-
liæ præmortuæ. Sed negat tantùm ad eum reuerti,
quòd nō ab ipso sed auo profecta esset. Ergo cùm nec
ad ipsum auum reuerti possit qui mortuus quoq; pro-
ponebatur (alioqui de patris qui & filiusfamilias es-
set, iure frustra quæreretur) restat vt penes maritum
remaneat secundum ea quæ ex Vlpiano suprà dixi-
mus, idque non hereditatis iure, sed dominij, ex caus-
sa dotis iam inde à quo tempore matrimonium con-
tractū est, acquisiti. At si nec maritus ipse viueret, ad
patrē certè perueniret non tamen hereditatis sed pe-
culij iure *arg. d. l. 3. C. de bon. quæ liber.* Nec esset cur dis-
putaretur an dos ab eo profecta videretur, nécne. Qua
in re dissentit sine dubio à Labeone Celsus *in l. dotē
6. De collat. bon.* & tā apertè ac ex diametro, vt qui eos
cōciliare velit, hunc necesse sit ab vtroque dissidere.

CAPVT X.

Defunctis ex præmortua muliere liberis vtrum profectitia dos ad auum maternum, an ad patrem reuertatur.

SVMMARIA.

1 *Fauorabiliorem esse aui materni quàm patris caussam, pro Bartolo contra Baldum disputatur.*
2 *Respondetur ad* l. 4. C. quand. dies legat. ced. *pro Baldi sententia allatam.*
3 *Nepotibus ex filia superstitibus matris dotem non pleno iure, nec in perpetuum marito acquiri.*
4 *Auis paterno & materno in dotis petitione concurrentibus cuius melior debeat esse conditio?*
5 *Filiafamilias quæ accepta dote à patre futuræ successioni renuntiauit, viuo patre & superstitibus liberis mortua dotem ad matrem non reuerti.*

EX iis porro quæ hucusque diximus apparet ocio-
sam esse quæstionem illam quam Bald. tractat. *in
dict. l. quod scitis 3. C. de bon. quæ lib.* An si mortua in ma-
trimonio filia superstitibus liberis profectitia dos pe-
nes virum remanserit propter liberos, defunctis post-
ea liberis reuertatur dos ad auum, qui dedit, an ad pa-
trem tanquam proximiorem in gradu succedendi. Nā
si verum est quod probauimus in superioribus, Profe-
ctitiam dotem etiam superstitibus liberis ad patrem
reuerti, nullus planè quæstioni locus superesse potest.
† Sed quoniam eo iure vtimur ex Martini sententia 1
vt liberorum potior sit caussa quàm patris, magis pro-
bo in ea quæstione sententiam Bartoli, qui pro auo
materno, quàm Baldi qui pro patre respondit. Cur nō
enim hoc saltem casu defunctis liberis reuertatur dos
ad auum à quo profecta est, quæ liberis quoque su-
perstitibus iam moriente filia reuerti iure debuerat?
An quia liberi illi nō in aui materni, sed in patris po-
testate sint? At iam diximus non iure potestatis fieri
vt dos à patre profecta ad eum reuertatur, sed potiùs
ratione miserationis, ne pater & filiæ amissæ & pecu-
niæ damnum sentiat *leg. iure succursum 6. D. de iur. dot.*
Quis verò negauerit miseratione digniorem esse auū
qui & filiam & susceptos ex filia nepotes amiserit,
quàm patrem qui filiam tātùm? An verò quòd ita ius
sit vt in filij intestati successione proximioris parentis
potior caussa sit, siue pater ille sit siue mater, in iis e-
tiam quæ ex aliena linea ad filium peruenerunt? sed
longè alia caussa est successionis intestati, alia dotis
quæ ad patrem aut auum reuerti potest iure profecti-
tiæ, tametsi alius heres sit. cum sit extra caussam here-
ditatis, tāquam ius separatum *leg. Neratius 20. leg. ve-
luti 22. lege si pro rata 27. cum seq. l. contra quoque 30. §.
sed si emancip. D. de relig. & sumptib. funer. l. vlt. D. vt le-
gat. nomin. caueat. l. licet dos 27. Cod. de iur. dot.* Habet. n.
dos suas leges & condiciones ab hereditariæ successio-
nis legibus & condicionibus separatas. † Nec pro Bal- 2
do facit lex cùm vxori 4. *C. quando dies legat. ced.* quæ
loquitur de legato vxori facto cùm liberos habuerit,
& postquam legati dies cessit semel susceptis liberis,
negat obesse mulieri quod posteà liberi decesserint,
Cui non dissimile quidpiam scriptum est in *l. filiusfa-
milias 114. §. cùm quis rogatus de legat. 1.* Id enim rationē
illam habet quòd existente legati conditione, aut ex
contrario semel defecta condicione iniuncti fideicō-
missi propter liberos superstites, plenum ius quæsi-
tum sit legatario, quod illi ex casu postea superuenié-
te auferri nō debet. † At nepotibus ex filia superstiti- 3
bus negandum est acquiri matris dotem pleno iure,
tametsi opinio Martini obtineret, sed eo tantùm iure
quo penes matrē fuerat, ne plus illi iuris in dote ma-
tris habeant, quàm mater ipsa habuisset: Ac proinde
reuocabiliter in eum casum quo ipsi viuo auo absque
liberis morerentur. Est enim ius aui in ea dote ante-
rius

rius iure patris, cùm illud ex ipsa dotis datione, hoc non nisi ex die mortis liberorum,& ex ipsa mortis occasione proficiscatur. Denique in dubio semper fauorabilior est is à quo profecta sunt bona de quibus cõtenditur arg. *l. si qua mulier* 4. §. *vlt. C. ad S.C. Tertyll.* §. *quod nobis. Institut. per quas person. nob. acquir.* Imò & quod à filio ad patrem reuersum est quasi ab ipso filio profectum, rursus ad eum post mortem patris aliquãdo reuertitur *l. v. t. C. commun. vtriusque iudic.* Et dos quã pater ex societate sumpsit vt daret filiæ nõ ad patrem tantùm reuertitur mortua in matrimonio filia, sed etiam ad societatem *l. si socius* 81. *D. pro socio.* Baldi tamẽ sententia magis communiter ab interpretibus probata est, Adeò illi in toto hoc De dotibus tractatu cæcutierunt.

4 † Planè si inter auos paternum & maternum disputetur, vix est qui neget meliorẽ esse debere conditionem aui materni quòd cæteris paribus cùm sit æquè proximus in gradu succedendi, hoc habet amplius quòd ab eo dos profecta est.

5 † Illud postremò adnotatione dignissimum est, quod à Paulo Castrensi responsum scio, si vt hodie fit, filia quæ dotem à patre accepit futuræ successioni adeóque legitimæ iurato renunciauerit propter dotem, deinde viuo patre & superstitibus liberis decesserit, dotem eo casu nõ ad patrem reuerti vt olim nec penes maritum propter liberos remanere siue ex iure vt Martini opinio ferebat, siue ex consuetudine illa quã nostri obtinuisse dicunt, sed ad liberos tanquam heredes transmitti, Postquam placuit Pontificib. sacrosanctis renunciationes huiusmodi iureiurando confirmari *c. quamuis de pact. in* 6. & eam vim habere, vt viuo etiam patre filia portionem hereditariam quã alioqui sperare ipso mortuo potuisset occupasse videatur, arg. *l. cum quo* 56. §. *vlt. D. ad l. Falc.* Et hæc sententia æquissima sanè est vt sicuti filia per renunciationem ab hereditatis paternæ spe omnino excluditur. Ita pater reuersuræ dotis duriorem spẽ & malè ominosam prorsus à se abdicet fauore nepotũ ex filia, quos præsertim sciat imputaturos sibi in legitimam quicquid ab eo mater in dotem habuerit. Sed an id perpetuò verum sit vt dos matris in legitimam nepotum imputetur, quoniam perelegans & frequentis vsus quæstio est, accuratiùs tractemus.

CAPVT XI.

An dos data filiæ imputanda sit præmortua filia in legitimam nepotis.

SVMMARIA.

1 *Quæstionem propositam in eo versari, an in dote nepos heres matris sit, nec ne.*
2 *Quomodo ex iuris legumque dispositione illa quæstio decidenda veniat, quomodo item ex Martini opinione consuetudine decidatur?*
3 *An eius consuetudinis ea sit vis, vt nepotes heredes matris sint in dote, an verò vt dotem auocet ab auo vt applicet nepotibus?*
4 *Bartoli super hac quæstione sententia, & distinctio inter dotem filiæ simpliciter datam, & eam quæ donata est.*
5 *Dotem filiæfamilias donatam, ex communi Interpretum sententia in legitimã nepotis imputandam non esse.*
6 *Bartolum perperam à Baldo hac parte reprehensum fuisse.*
7 *Baldi de superiore quæstione sententia.*
8 *Cur filia in specie* l. Bæbius. de pact. dotal. *heredes in dote habeat?*
9 *Profectitiam dotem, filiâ post patrem in matrimonio mortua, penes maritum remanere, non autem ad patris heredem transire.*
10 *Baldi argumentatio contra Bartoli sententiam.*
11 *Nullum ius nepoti in matris mortuæ dote viuo auo competere posse.*
12 *Examinatur sententia Baldi existimantis eam vim esse consuetudinis vt nepotem in dote matris heredem facere possit.*
13 *Argumentum pro contraria Bartoli sententia.*
14 *Quo iure nepotibus dos matris acquiri possit, si non tanquam heredibus acquiratur?*
15 *Dotem matris nonnisi hereditario iure nepotibus competere contra Bartolum disputatur.*
16 *Eiusdem Bartoli subtilitas refutatur.*
17 *Vi consuetudinis factum non esse, vt nepos in dote matris heres sit.*
18 *Quo sensu iure Pandectarum dicatur, liberos etiam qui in patris potestate sunt, matris heredes esse & vicissim matrem liberorum?*
19 *An iure nouo, quo filius in matris dote heres esse potest, fauorabilior sit causa aui quàm nepotum?*
20 *Cum acquisitionis capaces filiosfamilias Iustinianus sua constitutione fecerit?*
21 *Dotem matris in legitimam à nepote in bonis aui petitam imputari debere.*
22 *Soluitur argumentum à Baldo contra hanc sententiam allatum.*
23 *Quo sensu dicatur, ea quæ non conferuntur, nec in legitimam imputari?*
24 *Dotem matris conferendam esse si nepos velit ab intestato cum aliis nepotibus, auunculis vel materteris auo succedere.*
25 *Non omnia imputari quæ conferuntur?*
26 *Respondetur ad tria Bartoli argumenta.*

1 MAgnam † huic disputationi lucem adferent ea, quæ docuimus in præcedentibus. Nam qui quærunt An dos data filiæ subinde præmortuæ imputanda sit in legitimam nepotis, in eo versari quæstionem putant. An in dote nepos heres matris sit, nécne. Si enim heres non sit matris omnes consentiunt in legitimam sibi imputare illum debere dotem, quam ab auo, non à matre accipiat. Si verò heres sit, placet plerisque non esse cogendum imputare in eam portionem quam habere debeat ex corpore bonorum aui, id quod aliunde habeat, hoc est à matre non ab auo. Ita Castrensis, Alexander, Decius, & cæteri *ad l. illam* 19. *Cod. de collat.* post Bartolum in *leg. post dotem* 40. *numero* 32. *solut. matrim.* & *in leg. in quartam* 91. *numer.* 12. *D. ad leg. Falcid.* De illo igitur duntaxat inter nostros conuertitur An filiæ præmortuæ dotem nepos à matre habeat, an ab auo.

2 † Si iure & legibus res ageretur, iam suprà diximus dubitari non posse quin mortua in matrimonio filia etiam superstitibus liberis profectitia dos ad patrem reuertatur si nihil aliud conuenerit *l. dos à patre* 4. *Cod. solut. matrim.* *l. inter* 26. §. *cùm inter. D. de pact. dotal.*

3 † Sed quoniam contraria Martini opinio præualuit, ipsoque vsu recepta est, vt in ea dote potior sit caussa mariti propter superstites liberos, quàm patris, Dubitatio illa nascitur. An ex consuetudine fiant nepotes heredes matris in dote quod Baldus credidit ad *d. l. illam*, An potiùs ea sit vis consuetudinis, vt dotem, quæ à filia ad patrem ipso iure reuertitur, auocet ab auo vt applicet nepotibus, quomodo Bartolus existimauit.

4 † Illud tamen ante omnia obseruandum est, cùm ita Bartolus scripsit, sensisse eum de dote simpliciter data filiæ, non etiam de donata. Cùm enim omnibus placeat valere donationem non obstante iure potestatis, idque fauore dotis

& matrimonij ex Papiniani responso illo malè intel-
lecto in *l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. ercisc.*
Vix est ex interpretibus qui non existimet posse fi-
liamfamilias heredes habere liberos in dote donata,
idque iam olim Digestorum iure obtinuisse ex *d. leg.*
post dotem vbi Bart. & cæteri post Dinum Donatam ve-
rò dotem interpretantur quam ipsi filiæ reddi stipu-
5 latus sit pater. aut filia sibi patre consentiente. † Qui-
bus casibus receptior nostrorum sententia est dotem
filiæ imputādam non esse in legitimam nepotis, Quasi
eam habeat ille iure aduentitio & ex corpore bono-
rum matris potius quàm aui. Ita Castrens. in *d. l. illam*
& in l. quoniam Nouella. Cod. de inoff. testamen. post Bal-
dum ibidem ne cæteros recenseam. Hucusque senten-
tiæ ratio illa est quod certum sit non imputari in legi-
timam ea quæ iure aduentitio obuenerunt & aliunde
quàm ex illius substantia de cuius hereditate bonisve
agatur, *d. l. quoniam Nouel. 29. in fin. & l. scimus. §. reple-*
tionem. Cod. de inoff. testamen Nullus ergo tantæ inter
Bartolum & Baldum contentioni locus relinquitur,
nisi in dote quam pater filiæ dederit duntaxat non e-
6 tiam donauerit. † In quo non possum facere, quin cũ
Paulo Castrensi mirer cæcitatem Baldi qui reprehen-
dendi Bartoli studio defendere voluerit nepotes he-
redes esse matris in dote cũ hoc ipsum fateatur Bar-
tolus in dote donata. In ea verò quæ donata non sit,
nec Baldus ipse neget in *l. 3. C. de bon. quæ liber. non posse*
7 *filiam heredes vllos habere* † Baldi itaque sententia est,
Non esse cogendum nepotem imputare dotem præ-
defunctæ matris in legitimam sibi debitam ex bonis
aui. Illa potissimum ratione, quòd habeat eam nõ ab
auo, sed à matre, & tanquam heres matris, *ex l. Bebius.*
30. D. de pact. dotal. vbi sanè proponitur habuisse filiam
heredes in dote, nec liberos tantùm ab intestato, sed
fratrem quoque ex testamento, tametsi Castrensis o-
mnino malè contrà putet in *l. si cùm dotem. 22. num. 9.*
8 *in fin. D. solut. matrim.* † Verùm animaduertere vter-
que debuerat habere in ea specie filiam heredes, non
iure aliquo singulari dotis aut ex vi interpositæ per
patrem stipulationis, sed quia pater ipse decesserat,
atque ita sui iuris effecta filia fuerat vt neque testari
impediretur, neque posset dos ad præmortuum pa-
9 trem recurrere. † Nisi fortè Baldus credidit, profe-
ctitiæ dotis ius tale esse vt mortua in matrimonio fi-
lia non solùm ad patrem si tum supersit reuerti dos
debeat, sed etiam præmortuo illo ad eius heredem.
Quod tamen apertissimè Vlpianus negat in *Titul. de*
dotibus, vbi refert sic olim obtinuisse vt si pater non
esset, dos profectitia penes maritum remaneret, do-
minij nimirum iure, cùm per ipsam dotis dationem
iam dominus factus fuisset. Nec sanè ratio illa mi-
serationis quæ fecit vt patri in solatium amissæ filiæ
succurri debuerit aduersus maritum, *leg. iure succur-*
sum. 6. D. de iur. dotal. similiter in herede vsurpari po-
test. Planè interueniente stipulatione nemo dubi-
tat quin actio ex stipulatu quæ patri si viueret com-
petitura fuit sicut cæteræ omnes in heredem trans-
mittatur *dict. leg. Bebius l. 1. & tot. titul. Codic. de hered.*
action. l. si pactum. 9. D. de probat. l. auus. 10. D. de pact. do-
10 *tal.* † Hoc verò si Baldus probare non potest quod
asserit habere nepotes dotem matris iure hereditario,
nihil superest quod pro eius sententia contra Barto-
lum vrgere possit. Sic enim ille argumentatur. viuo
adhuc auo iam fuisse quæsitum ius nepoti in dote
matris vt inferat. Non posse igitur mortem aui face-
re vt ad nepotem dos magis pertineat, *leg. non vt ex*
pluribus. 159. de regul. iur. §. sic itaque Institut. de action.
multo minus mutare nepoti causam possidendi, quo-
modo mutaret si quod à matre nepos habuit cogere-
tur in legitimam ex aui bonis debitam imputare, *ar-*
gumen. l. 3. §. qui fideicommiss. in. D. de hered. inst. † At ne- 11
gandum est ius vllum nepoti competere in dote viuo
auo, saltem iure hereditario, cùm non potuerit filia-
familias iure vetere, nec etiam hodie possit in profe-
ctitiis habere heredem vt à nobis probatum est in su-
perioribus ex *l. 2. & l. cùm oportet. Cod. de bon. quæ liber.*
quod nobis Instit. per quas person. nob. acquir. Aut si quod
ius in dote nepoti competit, fatendum est habere
eum quicquid illud est ab auo non à matre. † Videa- 12
mus tamen ne pro Baldo dici possit probabilius Eam
esse vim & potestatem consuetudinis vt heredem fa-
cere possit, cùm legis potissimùm autoritati ea res
tribuatur *§. quos autem Institu. de bonor. possess.* Quid enim
aliud est consuetudo, quàm lex non scripta? *l. de quib.*
32. & seq. l. sed & ea 35. & seq. de legib. Sed ego pro Bar-
tolo respondeo Posse quidem consuetudine heredem
fieri eum qui aliàs heres esse non posset, si ita ferat
consuetudo. Cæterùm consuetudinem illam quæ
Martini opinionem adprobauit non illud induxisse
vt heredum nomen acquireretur nepotibus, sed ad
effectum magis quàm ad nomen respexisse, & hacte-
nus tantùm obtinuisse vt dotem quæ ad auum ipso
iure reuersa esset ab eo auocaret, ac nepotibus appli-
caret: non hereditario quidem iure, sed ex illa æqui-
tate quòd in huiusmodi dote quæ semel à bonis pa-
tris abscessisset potior & fauorabilior videretur cau-
sa mariti propter liberos superstites, quàm patris. † 13
Ac sanè si fieri potest quod putat Bartolus, vt dos ad
nepotes alio iure perueniat quàm hereditario, non
video cur consuetudinem ita interpretari debeamus
vt heredes faciat nepotes in dote matris. Ita enim fie-
ret vt & rationem & legẽ vinceret consuetudo, quod
tamen fieri posse negat lex 2. *Cod. quæ sit long. consuetu.*
Quid rursum si filia præter dotem haberet aliquid a-
liud profectum à patre? Quis admitteret habere eam
in profectitiis pro parte heredem, pro parte non ha-
bere? Id enim esset prorsus consequens, cùm ea con-
suetudo de cuius potestate tractamus ad dotis dunta-
xat causam pertineat, non etiam ad cætera bona quæ
à patre habere filia potest. Sic namque Martino pla-
cuit dotem à patre profectam penes maritum propter
liberos superstites remanere debere. Quodnam verò
mariti ius esse potest in rebus vxoris nisi cùm de dote
agitur? † Sed tamen nec illud bene possum videre 14
quo iure dos acquiri possit nepotibus nisi tanquam
heredibus matris, si non confugias ad id quod proxi-
mè dixi, acquiri ex æquitate potius quàm ex iure.
Quod & sensisse videtur, *Alex. ad d. l. post dotem. nu. 28.*
D. solut. matrimon. vbi consulit vt nepotes ne quæstio-
ni de imputatione locus supersit protestentur matre
mortua nolle heredes esse matri, sed malle dotem
habere ab auo ex consuetudine Martiniana. Quasi
habere illi possint matris dotem ab auo & viuo & in-
uito, licet nec aui heredes postea sint, nec matris. † 15
Quod mihi sanè attentius intuenti non modò mi-
rum, sed etiam prorsus improbabile semper visum
est. Consuetudo enim non plus facere potest quàm
lex scripta, *d. l. sed & ea & dict. l. 2. Cod. quæ sit long. con-*
suet. Lex autem quantumuis scripta nunquam facit
vt possit res vlla acquiri nisi aliquo iure aut titulo
præcedente, nec si traditio à vero domino facta sit, *l.*
nunquam nuda. 30. de acquiren. rer. domin. Ergo nec con-
suetudo faciet, vt dos nepotibus absque titulo & iure
acquiratur. Porrò titulus alius esse non potest quàm
hereditatis. Dotis enim, cuius capax fuerat filia nullus
superesse potest matrimonio soluto, præsertim quod
ad

ad nepotes attinet, cùm dos esse non possit vbi non
16 est matrimonium *l.dotis appellatio 3. D.de iur.dot.* † Præ-
tereà non intelligo qua ratione vera esse possit subti-
litas illa in qua sibi tantopere placet Bartolus: vt con-
suetudo illa Martini quam appellant, non impediat
quin dos à patre profecta ad patrem reuertatur licèt
superstitibus liberis, sed reuersam auocet ab auo vt
det illam nepotibus. Siquidem verum illud est quod
suprà sæpiùs ac sæpiùs monuimus dotem à patre pro-
fectam ad patrem reuerti, non ex iuris ratione, quæ in
contrarium pro marito faciebat vt dotis dominium
quod semel quæsiuisset perpetuò retineret *l.1. eod.tit.*
sed ratione sola miserationis ne pater & mortuæ filiæ
& amissæ pecuniæ damnum sentiret, in eámque rem
cùm ius patris deficeret, necesse fuit ei succurrere vt
scriptum est *in l.iure succursum 6.eod.* vbi quod lex ait
iure non ad iuris rationem referri debet sed ita accipi
vt meritò succursum sit patri. Quorsum verò succur-
ramus patri contra maritum atque adeò contra ipsissi-
mam iuris rationem superstitibus ex præmortua filia
liberis. Si ea consuetudinis potestas est vti ne momen-
to quidem temporis dos filiæ stet in persona aui, sed
protinus ab eo auocetur & nepotibus acquiratur?
Quænam enim obsecro ita posito iure miserationis
ratio haberetur? aut quis huius miserationis effectus
relinqueretur? An non potiùs inducere debuerat con-
suetudo vt dos non ab auo sed à patre, penes quem il-
la remansisset auocaretur propter liberos? Cur enim
auo succurramus vt dotem à genero repetat, quam i-
17 pse tamen sibi habere, & vel momento vno temporis
retinere nõ possit? † At nec tutius verũ esse vllu modo
potest quod Baldus voluit, Vi consuetudinis factũ es-
se vt in dote nepos sit heres matris. Omnes siquidem
fatentur erroneam illam Martini opinionem quæ cõ-
suetudini originem dedit, eo duntaxat casu receptam
esse quo præmortua sit filia non solùm relictis libe-
ris, sed etiam superstite marito. Nam marito præde-
functo deinde muliere etiam cum liberis, frequentis-
sima nostrorum sententia est dotem à patre profectam
ad patrem superstitem reuerti ex Bartolo *in l.1. nu 2. de
dot.prælег. & in l.post dotem,* vbi etiam Castrens. & cæ-
teri *D.solut.matr.* Ratione illa vt puto, Non quòd ma-
rito prædefuncto minùs fauorabiles sint nepotes,
quos constat imò esse eo fauorabiliores quo sunt mi-
seriores, amisso, etiam patre, sed quia vt prædixi Mar-
tinus scripserat dotem remanere non penes liberos
ex præmortua filia superstites, sed penes maritum
propter liberos, quomodo & scriptum est *in l.inter 26.
§.cùm inter de pact.dot.l.si dotalis 48. D.solut.matr.l.vlt.
vt legat nomin.caueat.* Atqui præmortua filia marito
superstite si ita ius esset ex consuetudine vt dos ad pa-
trem non reuerteretur, sed transmitteretur ad liberos
consequens fieret acquiri eam non liberis, sed per li-
beros patri in cuius essent potestate: quod omnium a-
18 pertissimè probat dicta lex Bæbius *de pact. dot.* in po-
stremis illis verbis *Marullus per filiam heres vxoris.* †
Etsi enim Hadriani Imperatoris constitutione fa-
ctum est vt matris heredes sint liberi etiam qui in pa-
tris potestate sunt *l sacratiss.9.D.ad S.C.Tert.* sicut &
mater heres est liberorum ex S.C. Tertylliano tamet-
si sit illa filiafamilias *l.filij mater.6.eod.* Id tamen ita in-
telligendum est vt hereditas Pandectarum iure non
liberis ipsis aut matribus, sed per liberos aut matres
parentibus in quorum erant potestate acquireretur.
Neque enim ante constitutionem Theodosianam *in l.
vnic.Cod.de his qui ant.apert.tabul.* poterat filius heres
esse matris aut mater filij citra aditionem, cùm nec
mater sua heres esset filio, nec filius suus heres matri
*l.2.Cod.ad S.C.Orfic.l.si auia 6.Cod.de iur.delib. Paul.
lib.4.sent.tit.10.§.vltim.* Adire porro non poterant nisi
iubente patre in quorum essent potestate vt Iustinia-
nus ipse interpretatur *in §.1.Instit.de S.C.Tertyll.* Ergò
nec sibi acquirere sed patri *l.placet 79. D.de acquir.he-
red.l.1. D.si a parent.quis manum.* quod nec Accursius
ignorauit *ad dict.§.1.in verb.iussu.* Idque constat aper-
tiùs ex posteriorum Imperatorum constitutionibus
quæ sunt sub titulo *Cod.de bon.matern.* quibus abroga-
tum est hac parte ius vetus quod ad bona materna
pertinet, ademptúmque parẽtibus dominium solò il-
lis relicto vsufructu. Quæ cùm ita sint, apparet non
potuisse consuetudinem facere vt in dote matris heres
esset filiusfamilias, quippe qui acquisitionis omnino
incapax erat quoties patiebatur pater sibi per eum ac-
quiri. † Etsi autem hodie ius illud potestatis non 19
impedit quominùs sit filius heres matris in dote sicut
in cæteris bonis maternis *ex dict.leg.1.& 2.Cod.de bon.
matern.* nisi cùm dos iure profectitiæ ad patrem reuer-
ti debet vt in præcedentibus diximus, Non ideò ta-
men verior hodie est Baldi opinio quia illud ex iure
vetere superest vt miserationis ratione æquè fauora-
bilis sit hodie caussa aui aduersus nepotes, atque erat
olim aduersus generum Nec Iustiniani constitutioni-
bus inductum est vt in dote profectitia faciliùs here-
dem habere filiafamilias possit, quàm olim emancipa-
ta habuisset, quæ cùm in cæteris bonis heredem ha-
bere posset, in dote tamen non poterat si superstite pa-
tre in matrimonio moreretur. *l.si filia 5. D.de diuort.l.
pater filiam 71. de euict.leg.filia mea 59. D.solut.matrimo-
nio.lege contra quoque 30.§. sed si emancipata. D.de reli-* 20
gios.& sumptib.funer. † Et vt dicam apertiùs, fecit qui-
dem Iustinianus capaces acquisitionis filiosfamilias,
inuitis etiam parentibus, in iis nimirum quorum ac-
quisitio anteà per ius patriæ potestatis impediebatur,
idque in ipsorum parentum præiudicium: sed in cæ-
teris quæ nec ipsis parentibus per liberos olim acqui-
ri poterant, cuiusmodi fuisse dotem profectitiam sæ-
piùs diximus, nihil sanè innouauit. Ergo nec verum
est quod Bartolus voluit consuetudinem illam Mar-
tini auocare ab auo dotem matris vt applicet nepoti-
bus, nec quod Baldus heredes ex ea fieri nepotes;
Quid igitur Dicendum omnino est, quod suprà pluri-
bus probauimus, ita ius esse vt profectitia dos ad pa-
trem omnimodo & cum effectu reuertatur. † Ex quo 21
infertur necessariò, Imputari ergo eam debere in legi-
timam quam habere velit nepos ex bonis aui, nec cõ-
suetudinem illam quæ ex Martini errore inualuit cõ-
trarium ius inducere posse, siue sui iuris fuerit filia
siue emancipata. Quamuis in emancipata vno ferè ore
interpretes contrà sentiant. † Alterum Baldi argu- 22
mentum est quòd quæ non conferuntur ea nec in le-
gitimam imputantur *l.illud.20. C de collat.* vbi regula
traditur, Conferri omnia quæ imputantur, licet non
sic vice versa verum sit imputari omnia quæ confe-
rũtur. Atqui matris dos in ea specie quam tractamus,
cum nepoti minus legitima relictum est ab auo, alio
herede in solidum instituto non confertur, quia here-
di vniuersali & ex asse scripto non fit collatio. Ergo,
inquit ille, nec in legitimam nepotis imputabitur. Sed
respondendum est captiosam esse ratiocinationem. † 23
Etenim supradictæ regulæ sensus ille est, Ea quæ non
conferuntur quoties collationis casus contingit, nec
in legitimam imputari debere si de imputatione quæ-
rendum sit. Ponendi enim sunt vt vulgo dici solet,
termini habiles. Alioqui vix est vt eodem casu con-
currat de imputatione & de collatione quæstio. De
imputatione enim potissimũ quæritur, cùm testamẽtũ

factum est & de inofficioso agitur, si ius vetus spectes,
aut ad legitimæ supplementum, conditione *ex l. omnimodo 30. C. de inoffic. testam.* De collatione verò, quo tempore promulgata est *d. l. illud* & ante Iustiniani nouellam constitutionem 18. *De trient. & semiss. c. 6. §. illud quoque*, nō poterat disputari nisi cùm ab intestato suc-
24 cedebatur. *l. 1. & pass. C. de collat.* † Quamuis igitur in
proposita specie dos matris non conferatur à nepote,
quia collationem petere non possit is qui iā ex asse heres est, sufficit tamen quòd cōferēda sit si ab intestato
velit nepos succedere, siue cum aliis nepotibus, siue cū
auunculis aut matertteris, quemadmodum disertè cōstitutum est *in d. l. illam 19. C. de collat.* Ita demum enim
potuisset Baldus dicere, dotem hanc non imputari in
25 legitimā si nūquam nulloque casu conferretur. † Sanè
quod in contrarium argumentatur Bartolus, dotē hāc imputari debere quia conferatur, æquè leue est. Nam vt apertè Iustinianus scribit *in d. l. illud* non omnia imputantur quæ conferuntur. Cuiusmodi erat dos ante legem *Quoniam Nouella 29. C. de inoffic. testamen.* Non enim imputabatur, vt probat illa lex quæ idcirco nouum ius hac parte constituit, & tamen conferebatur nec erat præcipua *l. filia dotem 4. C. de collat. l. 1. & tot. titu. D. de dot. collat.* nisi testamentum factum esset *l. Pomponius 35. D. famil. ercisc. l. Theopompus 14. D. de dot. præleg.* Sic & aduentitia conferebantur ante *l. vlt. C. de collat.* nec tamen imputabātur *l. cùm quæritur 6. & l. parentibus 8. C. de inoff. testa.* Planè posteaquam placuit vt dos & donatio ante nuptias imputentur *d. l. quoniam Nouella.* Itemque vt aduentitia non conferātur *d. l. vlt.* dici facilè non potest quid hodie conferatur quod nō etiam imputetur. Cessātque tanto magis ratio illa dissimilitudinis quam Baldus contra Bartolum ex iure
26 vetere deducit. † Sūt qui pro Bartolo rationem aliam
adferant quod legitima sit debita portio ex eo, quod quis ab intestato habiturus esset *dict. l. cùm quæritur. & l. parentibus.* Ab intestato autem nepos succederet auo computata dote matris *dict. leg. illam. 19. Cod. de collat.* Ergo, inquiunt, facto etiam testamento si ille minus legitima habuerit ex bonis aui, dotem maternam imputabit. Sed neque ratio hæc mihi probatur. Ita enim sequeretur imputanda esse omnia quæ conferuntur ab intestato, idque iam vetere Digestorum iure obtinuisse: quod apertis verbis Iustinianus negat. *in dict. l. illud.* Quod rursum Bartolus mouetur *ex dict. leg. omnimodo. § imputari in verb. occasione. Cod. de inoff. testam.* quasi imputanda sint in legitimam omnia quæ occasione defuncti ad eum peruenerunt qui legitimam petit, in quorum numero videtur esse dos matris ab auo profecta, cum occasione aui per filiam ad nepotem peruenerit, ad rem sanè non pertinet. Rectè enim Baldus respondet tractare Iustinianum eo loco de occasione rei ad rem, non de occasione personæ ad personam, cuius longè dissimilis ratio est: Cùm non tā de illo curandum sit, quid, quàm ex cuius substantia profectum sit id, de cuius imputatione disputatur. Nititur etiam Bartolus *d. l. quoniam Nouella*, vbi constituitur vt tam dos quàm donatio ante nuptias sicut olim conferebantur, ita in legitimam imputentur facto testamento, si modò ea dos aut donatio ante nuptias profecta sit ex substantia eius de cuius hereditate agitur. Sed respondet Baldus nec malè, imputari quidem in legitimam, at illi ipsi cui data est, non alij qui ab ipso habeat iure aduentitio potiùs quàm à testatore. Aduentitia enim vt diximus, sicuti non conferuntur post *leg. vt liberis 17. & leg. vltim. Cod. de collat.* ita nec imputantur *dict. l. scimus §. repletionem Cod. de inoff. testam.*

CAPVT XII.

Dotem quæ ab auo per filiam ad nepotem peruenit profectitiam censeri debere non aduentitiam.

SVMMARIA.

1 *Dotem hanc si aduentitia sit non debere imputari, si profectitia debere.*
2 *Argumentum quo Bartolus eiusmodi dotem profectitiam esse probat.*
3 *Baldi ad hoc argumentum responsio refutatur*
4 *Caussam proximam & immediatam inspiciendam non esse quum de imputatione quæritur, sed sufficere vt quod relictum est profectum sit de bonis eius à quo legitima relinqui debuit.*
5 *Quando personæ mutatione bonorum quoque conditio mutetur?*
6 *Supradictam dotem nunquam ita filiæ fuisse vt non aliquid in ea iuris haberet pater.*
7 *Bartoli in proposita quæstione sententia retinetur.*
8 *An dos rectè profectitia esse probetur ex eo quòd conferatur?*
9 *Eam demum dotem etiam ante Iustiniani constitutiones conferri solitam fuisse quæ profecta esset de substantia eius de cuius hereditate ageretur.*
10 *An si nepos illam dotem tanquam heres matris haberet, non ideò minus tamen in legitimam imputare deberet?*

PRopositæ † igitur quæstionis cardo in eo vertitur, 1
vt sciamus an dos ista sit nepoti profectitia an aduentitia respectu aui. Si aduētitia est, fatentur omnes non debere imputari *dict. §. repletionem.* Si profectitia,
debere *d. l. quoniam Nouella 29. C. de inoff. testam.* † Et 2
profectitiam quidem esse probat Bartolus hoc ipso argumento, quod eam nepos conferat, cùm auo succedit ab intestato *d. l. illam 19. C. de collat.* Aduentitia enim vt sæpiùs repetij, non conferuntur *l. vlt. eod.* Nec habet Baldus quid ad hoc respondeat, nisi quod proficiscitur quidē dos illa ab auo originaliter vt ipse loquitur, atque adeò ordinatiuè quod pertinet ad onus collationis, sed nō deriuatiuè quod ad imputationem, cùm mater sit caussa proximior, quæ attendi, inquit, semper debet *l. sed etsi sic 6. §. vlt. de leg. 3.* Pro quo illud etiā facit, quod dici solet particulā *ex* positā in fine d. l. quoniam Nouella ibi. *si ex substantia eius profecta sit* denotare caussam proximam & immediatam *l. eo tempore 50. in fin. De pecul. l. non dubium C. de legi.* † Sed si 3
verum amamus non satisfacit hæc Baldi respōsio. Cur enim minùs attendatur caussa proxima in collatione quàm in imputatione cùm aduentitia nullo modo conferātur? Aut an potest aliquid profectitium simul esse & aduētitium, aut medium inter vtrumque? Ego
sanè non animaduerto. † Sed neque verum illud est 4
cùm de imputatione quæritur inspiciendam omnino caussam proximam & immediatam. Sufficit enim vt quod imputādū est profectum sit de bonis eius à quo legitima relinqui debuit, vt apertè Vlpianus scribit *in l. 3. §. pen. de bon. libert.* vbi ait, Si patrono implendæ conditionis caussâ datum aliquid sit, imputari id debere in legitimam portionem si modò de bonis liberti sit profectum. Si enim caussam remotam Baldus intellexit eam quæ non ex iudicio defuncti sed aliunde proficiscatur, iuxta textum quem allegat *in d. l. 6. §. vlt. de legat. 3.* Certum est id quod implendæ conditionis caussâ capitur, licet conditio testamento adscripta sit, non capi iure testamenti, neque ex iudicio testatoris *l. si quis 8. D. si quis omiss. causs. testamen. l. id autem 76. l. in quartam 91. in fin. D. ad leg. Falcid.* neque ex bonis

mortuj

mortui vt idem **Vlpianus** disertè scribit in *l. quod con-*
ditionis.36.de mort. causs. donat. Et tamen imputatur si
de bonis eius profectum sit *d. §. penult.* Ergo de bonis
profectum quid esse sufficit vt imputetur, licet per
mediam alterius personam nō ab ipso immediatè te-
5 statore accipiatur. † Nec me mouet, quòd personæ
mutatione bonorum quoque conditio mutetur, *l. per*
curat.90.§.1.de acquir. hæred. l. vlt. C. de inoff. testam. l. 2. §.
illud potest quæri. D. de her. vel act. vendit. l. sed si plures.10.
§. filio impuberi de vulg. & pupil. substit. Id enim tum de-
mum verè dicitur cùm ei personæ in quam fit muta-
tio acquiruntur ex noua caussa & pleno iure bona,
quæ prius erant alterius aut personæ aut conditionis
6 vt in dictis locis, quod hîc sanè non contingit. † Nun-
quam enim dos adeò fuit matris, vt non aliquid in ea
iuris haberet pater non solum iure potestatis si filiafa-
milias esset quæ dotem habebat, sed etiam propter in-
certum futuræ reuersionis. Quo vel solo respectu dici
potest, non esse dotem omnino separatam à bonis pa-
tris, à quo semel profecta est, cùm & eo nomine de-
tur illi actio etiam constante matrimonio si fundus
dotalis euincatur licet proponas filiam emancipatam,
d. l. pater filiæ.71. D. de euict. & patre iubente cogi pos-
sit filia dotalem cautionem renouare, nouamque do-
ti legem dicere, *l. vlt §. filia fideicommissi.* vbi est textus
singularis *de legat. 2.* quorum neutrum fieri posset si
7 dos filiæ data nullo amplius patris iure teneretur. †
Verum ergo est, quod Bartolus dotem hanc ait esse
profectitiam, nec filiæ tantùm cui immediatè data
est, sed etiam nepoti cùm de aui bonis profecta sit,
nec vnquam pleno iure fuerit matris. Non enim nisi
patre mortuo potest filia dotem habere iure proprio,
idque ita si eam nondum pater à marito repetierat, *l.*
8 *pater filiam.14. D. ad leg. Falcid.* † Sed quod Barto-
lus profectitiam esse probat ex eo quòd conferatur,
non caret dubitatione. Posset enim quis pro Baldo re-
spondere, constitutionem Iustiniani in *dict. l. illam.* esse
anteriorem ea quæ posita est in *d. l. vltim. Cod. de collat.*
ac proinde factam eo tempore quo aduentitia quoq;
conferebantur, Si quidem ante *d. l. vlt.* ita ius erat, vt
aduentitia quoque conferrentur, *d. l. filia dotem. 4. Co.*
eod. l. 1. §. si sub conditione. 7. D. de dot. collat. Quod si ita
est, non possis cum Bartolo inferre dotem filiæ datam
esse nepoti profectitiam ex eo solo quòd à nepote cō-
9 feratur. † At obseruandum est iam ante Iustinianum,
hoc ipsum quod ille constituit in omnibus aduenti-
tiis, *d. l. vltim.* constitutum fuisse in dote & donatione
ante nuptias à Leone in *l. vt liberis.17. C. eod* Nimirū vt
ea demum dos & donatio ante nuptias conferretur
quæ profecta esset ex substātia eius de cuius heredita-
te ageretur. Itaq. si dos filiæ data cēsenda esset nepoti
aduentitia, non poterat Iustinianus in *d. l.* illā consti-
tuere vt eam nepos conferre cogeretur, nisi abrogata
priùs, quod ad hanc rem attinet, Leonis constitutio-
ne in *d. l. vt liberis.* Aut saltem fatendum esset hodie
post *l. vlt.* quæ aduentitiorum collationem prohibet,
abrogatam hac parte *d. l. illam,* quorum vtrumque fal-
sum est nec ab vllo adhuc, quod sciam, interprete tra-
ditum. Maneat igitur firma propositio, dotem hanc
nepoti non secus ac filiæ profectitiam esse, nec fieri
posse vt eam viuo auo nepos habeat à matre iure he-
10 reditario. † Sed etsi haberet tanquam heres matris,
non ideò minus tamen in legitimam imputare debe-
ret, vt ego quidem sentio. Ratione illa quæ perpetuò
vrget quod ab ipso auo dos profecta sit, *dict. l. quoniam*
Nouella in fi. C. de inoff. testam. iunct. d. l. 3. §. pen. de bon. li-
bert. Nam si penes ipsam filiam dos erat eo iure vt
quandocunque mortuo patre imputare sibi illam de-
beret in legitimam, cur non eodem iure transmittetur in nepotem de legitima in bonis aui contendentem? Si enim præmortua filia, nepotis ex ea superstitis legitima substituitur in locum illius quam petere mater potuisset si superuixisset [vtique enim deberi simul non potest, sed aut filiæ tātùm, aut nepoti soli, quemadmodum nec vterque simul ab intestato posset succedere, sed aut sola filia si superesset aut nepos solus ea præmortua, aut vterque in vna tantùm portione, *l. cum emancipatus.13. §. 1. 2. & 3. D. de bon. poss. contr. tab. l. 1. §. penul. de coniung. cum emancip. liber. eius.*] Cur non æquum sit nepotis legitimam subire hoc ipsum onus imputationis quod subiisset legitima filiæ, in cuius locum illa subrogatur? Aut quomodo fieri possit vt dos data filiæ transmittatur in nepotem, nisi cum eo ipso onere, quo viua adhuc matre iam effecta fuerat, vel meliore cōdicione esse debeat nepos cui data dos non est, quàm filia ipsa cui & data fuerat & debita. Qua de caussa Iustinianus in *d. l. quoniam Nouella*, sic loquitur vt generaliter & indistinctè dicat dotem & donationem ante nuptias siue filio aut filiæ siue nepoti aut nepti data sit imputari debere in legitimam, non addito eo à quo imputari debeat vt intelligamus imputari debere quoties de legitima quæritur, nec à filio tantùm aut filia cui data sit, sed etiam à nepote aut à nepte sicut & confertur. Eandem enim constituit rationem imputationis & collationis, *vt & in l. vnic. §. videamus. C. de rei vxor. action.*

CAPVT XIII.

Quid si filia quæ dotem accepit successioni paternæ aut legitimæ cum iureiurando renunciauerit, & de aliis nostrorum in proposita quæstione distinctionibus.

SVMMARIA.

1 *Communi Interpretum calculo illam renunciationem valere & filiam excludi.*

2 *Et quidem in tantum, vt si filia viuo patre mortua sit relictis liberis, dos illa in legitimam in auitis bonis nepotibus debitam imputetur.*

3 *Huius iuris ratio.*

4 *An si nepos non sit heres matris, cui dotem pater pro legitima dederat, sed proprio iure ad aui hereditatem veniat, dos illa nihilominus in eius legitimam imputanda sit.*

5 *Nepotem qui non est heres matris renunciantis deterioris conditionis esse, quam si eius heres esset.*

6 *Quod remedium hoc casu ei supersit?*

7 *Dotem filiæ datam in legitima nepotis imputandam esse, siue ille sit heres matris quæ renunciauit, siue non sit.*

8 *Distinguendum hac parte non esse an nepos ille cum auunculis aut materteris, an verò cum aliis nepotibus in eodem gradu constitutis concurrat.*

9 *Retorquetur hæc Baldi distinctio aduersus eius sententiam.*

10 *Reprobatur Fulgosii opinio, existimantis ita demum cogi nepotem imputare dotem matris in legitimam si aliquis ex liberis ab auo institutus sit, non si extraneus.*

11 *Reiicitur alia Interpretum distinctio in hac quæstione.*

12 *Euertuntur eius distinctionis fundamenta.*

13 *An bona auita à patre consumpta in legitimam nepotis imputari debeant?*

1 SEd † finge filiam cui pater dotem dedit accepta
dote, vt fieri hodie solet, renunciasse paternæ here-
ditati, adeóque futuræ legitimæ interposito iureiu-
rando, *vt cap. quamuis de pact. in 6.* Placet omnibus va-
lere recunciationem & excludi filiam, non illa tantũ
ratione quòd iurauerit, quamquam semper iusiuran-
dum necessarium est, sed etiam quia hereditariam
portionem quam mortuo patre sperare poterat iam eo
2 viuo accepisse & occupasse videatur. † Vnde illud et-
iam fit vt si viuo patre mortua sit illis relictis liberis,
omnes consentiant esse liberos heredes matris in illa
dote, nec tantùm in Martini consuetudine, sed ex i-
psa etiã iuris ratione: Quod nec ego improbo postea-
quam placuit huiusmodi renunciationes iureiurando
confirmari vt diximus ad finem cap. 10. Atqui eo casu
fatentur omnes imputandam esse dotem in legitimã
nepotis ratione illa ne bis idem consequatur: quomo-
do Castrensis disputat in *l. pactum dotali. Cod. de collat.*
3 atque ita Senatus noster sæpius pronunciauit. † Hoc
vero cur ita? Nisi quod de bonis aui dos illa profecta
sit, nec tam de illo quæri debeat An filiæ quæ dotem
habuit heres nepos sit nécne, quàm illud obseruari ne
pro filia & nepote ex ipsa suscepto duplex legitima in
vna eadémque hereditate detrahatur: quod perinde
esset ac si admitteremus vtrumque separatim & in so-
lidum singulos auo eidémque patri succedere: quod
tamen certum est fieri nullo modo posse, *l. quod contra.
141. §. vns duo de regul. iur.* cùm neque possint in viriles
concurrere propter gradus disparitatem sublato præ-
sertim hodie ex Iustiniani *Nouell. 118 de hered. ab intest.*
veniente edicto illo Prætoris *De coniung. cum emancip.
liber. eius.* Quòd si nec in solidum nec in viriles filia &
ex ea nepos simul possunt succedere, prorsus conse-
quẽs est vt nec legitimam simul petere ambo possint,
quando, vt sæpius dictum est in superioribus, nihil a-
liud est legitima, quàm portio legibus statuta bono-
rum ab intestato contingentium, *d. l. cùm quæritur. 6.
4 C. de inoff. testam.* † Indeque nimirum illud etiam in-
fero quod plerique negãt, Si nepos non sit heres ma-
tris, cui pater dotem pro legitima dederat, sed ex pro-
prio iure & capite veniat ad hereditatem aui, quod
illi non obstante materna renunciatione licet, non
ideò minus imputandum esse in eius legitimam quod
mater habuit, qui quamuis hoc casu non bis idẽ con-
sequeretur nepos, bis tamen pro vna legitima heredi-
tas aui grauaretur, eademq; proinde subesset iniqui-
tas non quidem ex parte nepotis, sed propter nepotẽ
ex parte hereditatis, quę non nisi vnius legitimæ mu-
nere fungi debet. Quam ob caussam receptior nostro-
rum sententia est, Eo casu quo filia legitimam portio-
nem à viuo patre acceperit, non esse admittẽdum ne-
potem ad aui successionem tanquam exclusum per
successionem potius, quàm per renunciationem filiæ,
nisi ita demum si paratus sit conferre quod mater ha-
5 buit. † Cui planè consequens est, vt nepos, qui non est
heres matris, quia dotem maternam conferre nõ po-
test, quam non habet, deterioris condicionis sit, quod
6 mirum est quàm si heres esset renuntiantis. † Quod
ne accidat aliud ei remedium non superest quàm vt
quod ille in commune conferre non potest sibi impu-
tet in legitimã portionem, vt tanto minùs consequa-
tur. Nam & hæc collationis species quædam est, *l. 1. §.
quamuis & seq. D. de collat.* Nimirum ne filiæ renuncia-
tio quæ illi nocere non potest, auo noceat, qui citra
renunciationem aut spem futurę imputationis dotem
filiæ non dedisset, nec verò dare cogi potuisset. Cur
enim cum auo peius agatur mortua filia, quàm si ipsa
7 viueret; † Omni ergo casu dos filiæ data in legitimam
nepotis imputanda est, quamuis multo magis si heres
ille sit matris quæ renunciauit vt omnes fatentur.
Quod si ita est cur negant imputari debere si dotem
habeat nepos tanquam heres matris quæ non renun-
ciauerit? Nam quæ obsecro inter vtrumque casum
differentia est, nisi quòd cùm renunciatio facta est,
expressa conuentione fit vt in eius cui dos data est,
legitimam imputetur. Nulla verò facta renunciatio-
ne, hoc ipsum fit non vi pacti, sed ex iuris interpreta-
tione per Iustiniani constitutionem in *dict. l. quoniam
Nouella.* † Quare nec probare possum distinctionem 8
illam Baldi licet à plerisque probatam quam is ipse
fatetur ex æquitate magis quàm ex iuris ratione sub-
sistere in *d. l. illam. 19. C. de collat.* Vt si nepos sit heres
matris, & de aui successione contendat cum auuncu-
lis aut materteris, imputet sibi in legitimam dotem
matris, quasi hoc casu repræsentet ille matrẽ, nec plus
iuris habere ex illius persona possit, quàm haberet il-
la si viueret, *arg. l. si viua matre. C. de bon. mater.* Si verò
concurrat cum aliis nepotibus in eodem gradu con-
stitutis, non imputet, quia tum ex proprio iure, & ca-
pite succedat. Nam imò verò vtroque casu succedit
nepos ex proprio iure, nec si succedat cum auunculis
aut materteris repræsentat personam matris, sed gra-
dum, quemadmodum latiùs dicemus in Disputatio-
nibus nostris forensibus. Proinde non debet eo casu
deterioris condicionis esse nepos, quàm si cum aliis
nepotibus ad aui successionem vocaretur. Nec rursum
si succedat cum solis nepotibus plus iuris habere de-
bet, quàm haberet mater si viueret, ne alioquin ei
qui in gradu remotior minúsque fauorabilis est ma-
gis faueamus. † Prodest tamen hæc distinctio vt su- 9
pradictam Baldi pro nepote sententiam iniquissimam
esse intelligamus. Nam si fatetur ille iniquum esse vt
nepos succedens cum auunculis & materteris præci-
puam habeat matris dotẽ, licèt sit etiam heres matris,
tametsi eo quoque casu veniat ille àd aui hereditatẽ
ex proprio capite, nil obstante matris renunciatione
[alioqui nullo modo admitti posset.] Cur non & ini-
quum sit quamuis cum aliis succedat nepotibus? † Sed 10
neque illud probabile puto quod Fulgosius scripsit in
d. l. quoniam Nouella, Ita demum cogi nepotem impu-
tare dotem matris in legitimam si ab auo institutus
sit aliquis ex liberis, non etiam si extraneus, *arg. l. fin.
C. commun. vtriusque iudic.* Cùm enim hæc imputandi
necessitas non minus ex vera iuris ratione quàm ex
æquitate proficiscatur, vt diximus, non video cur vno
casu imputatio fieri debeat potius quàm altero: licet
non desint qui eam distinctionem summa niti dicant
æquitate. Non est siquidem dicenda æquitas quæ le-
gibus probata non est & informata. *l. bona fides. 31. D.
deposit.* Quare & Castrensis ipse qui Fulgosium refert
in *d. l. quoniam Nouella,* eundem hac in re non imme-
ritò reprehendit. † Denique constat ex superioribus 11
frustra in quæstione ista solitos nostros distinguere,
quibus verbis concepta sit restituendæ dotis stipula-
tio, An scilicet stipulatus sit pater reddi filiæ dotem e-
iúsque liberis tanquam heredibus, aut quod idem est
passus sit filiam sibi stipulari, Aut sibi quidem reddi
pater ipse stipulatus sit, sed in eum duntaxat casum
qui defecerit, si filia sine liberis decederet. An verò si-
bi soli in omnem casum aut etiam nepotibus, non
quasi matris heredibus, sed vt quibus prudenter ille
ac prouidè prospicere voluerit pro sua erga eos volũ-
tate. † Nituntur enim distinctiones istæ duplici fun- 12
damẽto, Quorum vnum illud est Valere donationem
à patre collatam in filiamfamilias ex caussa dotis, Al-
terum posse filiamfamilias habere heredem in dote
sibi

sibi donata. At vtrumque falsissimum esse iam probauimus in superioribus, nec Digestorum tantùm iure de quo minus dubitari potest, sed etiam ex Iustiniani constitutionibus. Nihil enim quod ad bona profectitia pertinet, immutatum est, *l. cùm oportet. C. de bon. quæ liber.* præsertim quod ad ea quæ rationem aliam habebant quàm patriæ potestatis. Sed neque abrogatum illud est, quod de donationibus parentum in filiosfamilias collatis Iustinianus ipse constituit in *l. donationes parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* vt scilicet nõ prius valeant quàm donatoris morte sint confirma-
13 tæ. † Planè si quæratur de bonis auitis à patre cõsumptis, verius puto non debere illa imputari in legitimã nepotis, licet non ignorem aliter visum Carolo Molineo *consil. 35. numer. 26.* Mouetur enim falsa ratione, Quòd, inquit, patrem nepos repræsentet. Id verò nos iam negauimus. Succedit namque nepos auo ex proprio iure & capite, nec patris personam repræsentat, sed duntaxat gradum: Longeque alia ratio est dotis quam mater habuit in eam nominatim caussam vt futuræ successioni renunciaret, aut saltem sibi dotem illam quandoque in legitimam imputaret, non aliter vt diximus habitura.

CAPVT XIIII.

An quoties vltimo ex heredibus aut legatariis aut fideicommissariis decedenti substitutio fit, inducatur inter eos reciproca.

SVMMARIA.

1 *Eum qui vltimo ex pluribus heredibus repudianti vulgariter substitutus est, perinde haberi ac si solus & primo loco institutus esset, & vniuersam hereditatem habere.*

2 *Reciprocam tacitam substitutionem eo casu inter coheredes non induci.*

3 *Quando hæc substitutio reciproca tacita in commodum vltimi adeuntis inducatur?*

4 *Ratio à Ripensi reddita propter quam non potest induci reciproca fauore eius cui vulgaris substitutio facta est.*

5 *Coheredes inter quos sit locus iuri accrescendi inuicem vulgariter nonnunquam substitui.*

6 *Commodius aliquando esse ex substitutione quàm ex iure adcrescendi succedere.*

7 *Cur hæc in proposita initio quæstione locum non habeat?*

8 *Tres circa propositam initio quæstionem tractatus & casus in pupillari substitutione excutiendi.*

9 *Quarto casu, quo scilicet pupillaris substitutio facta sit pluribus impuberibus institutis, reciprocam nullam substitutionem induci.*

10 *Eo casu, quo post institutos plures impuberes vnus ei substitutus datus est, substitutum non prius admitti, quàm impuberes omnes decesserint.*

11 *An si impuberum mater sit in medio, substitutus in præiudicium eius & superstitum impuberum admittatur?*

12 *De primo casu & quæstione, an si vltimo decedenti ex pluribus impuberibus pupillaris substitutio facta sit, reciproca pupillaris inter ipsos impuberes inducatur.*

13 *Quorundam Interpretum circa hanc quæstionem distinctio, eiúsque ratio.*

14 *Dini sententia & distinctio refellitur.*

15 *Differentia inter directam & fideicommissariam substitutionem.*

16 *In directa substitutione nec de casu ad casum, nec de persona ad personam extensionem sine constitutione fieri posse.*

17 *Excutitur Bartoli responsio ad* l. vel singulis. ff. de vulg. & pupill. substit.

18 *Pupillarem substitutionem fieri non posse quin totam pupilli hereditatem complectatur.*

19 *In primo casu & quæstione totam patris hereditatem ad substitutum pupillarem non magis peruenire ex tacita reciproca substitutione, quàm si nulla induceretur.*

20 *Quid inde inferri possit, si ex ea substitutione tacitam reciprocam tam directam quàm fideicommissariam inducas?*

21 *Cur reciproca tacita, nec directa nec fideicommissaria ex eo solo induci possit quod vltimus decedens ex impuberibus substitutum habuerit in tota patris hereditate?*

22 *An tacita reciproca pupillaris ad hoc vtilis esse possit vt ex ea fratres sibi inuicem sint heredes necessarij.*

23 *Quoties nouissimo ex impuberibus decedenti substituitur, fratres illos ex patris voluntate perinde sibi inuicem ab intestato necessarios esse, ac si ex pupillari substitutione succederent.*

24 *Confirmatur hæc sententia iuris & legum authoritate.*

25 *Declaratur* l. qui duos. de reb. dub. *& ex ea rationes ad confirmationem superioris sententiæ petuntur.*

26 *Tutorem non potuisse infantis nomine pro herede gerere, sed tantùm bonorum possessionem agnoscere.*

27 *Baldi interpretatio ad* d. l. qui duos *reiicitur.*

28 *Alia Bartoli explicatio refutatur.*

29 *Fratres impuberes in specie* dict. l. qui duos. *inuicem substitutos non fuisse.*

30 *Vis pupillaris illius substitutionis quæ vltimo decedenti facta est.*

31 *Cur iure Pandectarum necesse non sit primo casu reciprocam tacitam ad hoc inducere, vt tota hereditas ad nouissimum impuberem, deinde ad substitutum perueniret?*

32 *An nouo iure reciproca inducenda sit ad excludendam matrem quæ in præmortuorum filiorum hereditate concurreret, & impediret ne tota hereditas ad substitutum peruenire posset.*

33 *Quando locum habeat illud quod vulgò dicitur, per tacitam pupillarem matrem à legitima non excludi; nec per eam quæ sub compendiosa continetur?*

34 *Ratio propter quam Ripensis existimauit ad matrem prorsus excludendam reciprocam pupillarem per interpretationem induci debere.*

35 *Ratio in contrarium affertur.*

36 *Eum qui nouissimo tantùm impuberi substituit, non ideò minus videri voluisse vt mater illis qui ab intestato decederent cum superstitibus succederet.*

37 *Non debere hac parte fauorabiliorem esse extranei quàm matris causam.*

IN † vulgari substitutione non potest locum habere hæc disputatio. Nam si ponas pluribus heredibus institutis puta Titio, Caio, Sempronio, vltimo ex eis repudianti vulgariter substitutum Mæuium, Constat repudiantibus omnibus succedere Mæuium ex vulgari substitutione tanquam solum institutum, nec in portione tantùm ex qua scriptus fuerat is qui vltimus repudiauerit, sed in tota hereditate, quoniam & tota hereditas vltimo repudianti delata erat, cæteris portiones suas omittentibus: Et priore institutionum gradu per omnium institutorum repudiationem extincto reuocatur vulgaris substitutio ad intellectum institutionis, perindeque habetur substitutus ac si so- 1

lus & primo loco institutus esset, *l. quidam testamento.*
2 30 *l. cum ex filio.39.§.vlt.de vulgar.& pupill.substit.* † I-
taque cum reciproca tacita nunquam inducatur nisi
vt qui vltimo substitutus est totum habeat non aliter
totam habiturus, *l. Titia Seio.87.§.Seia libertis de lega.*
2. frustrà induceretur reciproca inter coheredes ad
hoc vt qui vltimo repudianti substitutus esset vniuer-
sam haberet hereditatem. Sed etsi reciproca facta es-
set expressim tamen substituto prodesse non posset,
quia vltimo instituto post aliorum repudiationem
adeunte siue ex reciproca, siue ex institutione, vulga-
ris substitutio euanesceret, quæ non nisi repudianti
vltimo facta esset, *l. post aditam.5.Cod. de impub.& alijs
substit.* Non ergo inducenda est tacita in eum casum
3 quo nec expressa valeret. † Quæ ratio facit vt nec in
commodum vltimi adeuntis induci debeat. Núquam
enim inducitur propter commodum eius cui substi-
tutus datus est nisi velut in necessarium antecedens
maioris commodi quod ad substitutũ peruenire de-
beret, si substitutionis vltimo decedenti aut repudiãti
factæ casus contingeret. Cùm igitur fieri nequeat, vt
commodum vllum ex institutione aut substitutione
reciproca siue expressa siue tacita perueniat ad eum
cui vulgariter substitutum est quin substitutio statim
euanescat, nulla ratio est vt ex vulgari illa expressa
inducatur reciproca tacita in fauorem eius qui non
nisi in casum repudiationis substitutum habuit. Nec
4 sanè ratio alia huius propositionis quærenda est. † Nã
quod Ripensis scripsit ad *§. cùm ita. l. heredes mei.57.ad
S.C. Trebell.* non posse induci reciprocam fauore eius
cui vulgaris substitutio facta est, quia vt totam here-
ditatem, habeat satis illi consultum sit per ius adcres-
cendi ad rem non pertinet. Quid enim si mallet ille ex
substitutione, quàm ex institutione succedere? Vtiq;
ei permittendum esset si reciproca induci posset sub-
stitutio, *l. si tu ex parte.76.D.de acquir.hered.l. Iulianus.*
5 *26.in fin.D.si quis omiss.caus.testam.* † neque nouum est
aut absurdum inuicem substitui vulgariter cohere-
des, inter quos sit locus etiam iuri adcrescendi, *l. cohe-
reds.41.in princip.& §.1.§.quis discretas.§. qui patrem &
pass.D.de vulg.substit.l.si ex pluribus.9.D.de suis & legit.*
quamuis & ipsum ius adcrescẽdi tacita quædam sub-
6 stitutio dicatur *l. si Titio.61.§.Iulianus de legat.2.* † Imò
& fieri potest aliquando, vt commodior sit vni ex co-
heredibus substitutio, quàm ius adcrescendi, puta si
ex pluribus coheredibus quidam coniuncti sint, qui-
dam separati. Nam in iure adcrescendi præferuntur,
qui sunt coniuncti, *l. item quod Sabinus.17.§.1.l. heres si-
ne partibus.63.D.de hered.instit.* At coniunctis præfer-
retur substitutus, *l.2.§.si duo.D.de bon.poss.secund.tabul.
l.vnic.§.in primo & seq.C.de caduc. tollend.* quamquam
& reciproca substitutio sic in dubio interpretanda est
vt qui coniuncti sunt, primo loco inuicem substituti
7 videantur, *d.§.quis discretas.* † In quo tamen obseruan-
dum est, hoc quod dicimus commodius esse aliquãdo
vt succedatur ex substitutione quàm iure adcrescen-
di, non posse in casu quæstionis nostræ contingere.
Ponimus enim repudiatam ab omnib. hereditatem,
præterquam ab eo cui vulgaris substitutus nomina-
tim datus sit. Non potest autem coniunctio sicut nec
ius adcrescendi repudiantibus prodesse, *l. vnic.C.quãd.
non petent.part.petentibus adcresc.l.si totam.83.de acquir.
8 hered.* † In pupillari substitutione multiplex quæstio-
nis huius tractatus esse potest. Primus ille An si vlti-
mo decedenti ex pluribus impuberib. substitutio pu-
pillaris facta sit reciproca pupillaris inter ipsos impu-
beres inducatur. Secundus, An reciproca saltem fidei-
commissaria. Potest enim fideicommissaria esse vtilis,
non solùm si negetur induci reciprocam pupillarem,
quæ vt mox dicemus, inducitur difficilius, sed etiam
si fortè contingat irritam fieri pupillarem illam reci-
procam superueniente alterutrius ex impuberibus
pubertate, *d.l.cohereds.41.§.cum pater.iuncta l.eg.iam hoc
iure.4.§.1.de vulgar.& pupil.substit.* Tertius quæstionis
casus esse potest si non directè pupillaris facta sit, sed
compendiosa, vt interpretes vocant, quæ pupillarem
quoque sub compendio verborum contineat, & facta
sit vltimo decedenti, An inducenda sit reciproca ali-
qua siue directa siue fideicommissaria. † Taceo quar- 9
tum illum casum quem præstantissimi iudicij vir Di-
dacus Couarruuias tractat ad *cap. Raynutius.§.8.nu.5.*
Si pupillaris substitutio facta sit pluribus impuberib.
institutis. Nam siue facta sit in tota hereditate, siue e-
tiam sub nomine collectiuo, certum est nullam indu-
ci reciprocam, neque dubitationi locum esse posse, nisi
cùm substitutio facta est vltimo decedenti. † Quam- 10
uis & eo casu quo post institutos plures impuberes v-
nus eis substitutus datus est, non prius admitta-
tur substitutus quàm impuberes omnes decesse-
rint. Seruatur enim inter ipsos impuberes ordo suc-
cessionis ab intestato, quia censentur prædilecti cùm
sint ex liberis. *leg.vel singulis.37.vbi Bartol. & cæteri de
vulg.& pupil.substit.* † Vnde illud etiam fit, quod ta- 11
men mirum videri possit, vt si impuberum mater sit
in medio, & talis quæ superstites præmortuorum fra-
tres excludat ab intestato, puta quod sint illi ex vno
tantùm latere coniuncti, *Auth.a sancto.C.ad Tertyl.*
admittatur substitutus non tantùm in præiudicium
matris, quam certum est omnino excludi, adeoque à
legitima per pupillarem specificam & expressam, *leg.
Papinianus.8.§.sed nec impuberis.D.de testam.* sed etiam
in præiudicium superstitum impuberum. Quibus ni-
mirum nulla fit iniuria si excludantur à substituto, cũ
& à matre defuncti in successione intestati exclude-
rentur. Hanc enim receptiorem esse nostrorum sen-
tentiam refert Didacus supradicto loco post Baldum
& alios in *l.pen.C.de impuber.& alijs substitut.* licet du-
biam esse dicat. Sed in eo tamen quod dicimus ex hu-
iusmodi substitutione quæ vltimo decedenti nomina-
tim facta non sit, nullam induci reciprocam, non est
qui dissentiat. Cæteri autem casus quos discutiendos
proposuimus sunt sanè perquam maximè controuer-
si. † Nam quod ad primũ pertinet, extat quidem Flo- 12
rentini Iurisconsulti sententia in *d.l.* vel singulis, à Iu-
stiniano reperita in *§. vel singulis Instit. de pupill.substit.*
Si pater qui plures liberos impuberes instituerat, ei
qui nouissimus moreretur substituerit Sempronium,
non videri liberos inuicem pupillariter substitutos,
sed eam potius voluntatem patris fuisse vt inter eos
conseruaretur integrum ius legitimarum heredita-
tum: is autem solus substitutum haberet qui nouissi-
mus moreretur. † Sed tamen frequentior interpretũ 13
opinio est, distinguendum esse An in tota patris here-
ditate substitutus vltimo decedenti datus sit, an in
portione tantũ vltimi morientis. Hoc enim casu con-
sentiunt omnes nullam induci reciprocam siue dire-
ctam, siue fideicommissariam. Priore verò placet ple-
risque induci reciprocam, adeóque directam & pu-
pillarem, *arg.d.l.Titia Seio.87.§.Seia libert.de leg.2.* Ita
Didac. *in d.§.8.nu.6.post Bart.Imol. Aret.* & alios *in d.
l.vel singulis. Rip.in d.§.cùm ita num.21.* qui dicit hanc
esse veriorem magisque receptam opinionem. Cuius
& illam rationem reddit, quod non possit tota here-
ditas peruenire ad vltimum impuberem superstitem
nisi per pupillarem, ideoque videatur hoc etiam casu
subsistere ratio dicti *§. Seia libertis*, vbi Paulus inducit
reci-

reciprocam fideicommissariam inter collegatarios,
quorum vltimus decedens rogatus fuerat fundum le-
gatum aliis quibusdam post mortem suam restituere,
Non alia voluntatis cōiectura, quàm quòd aliter fieri
non posset, vt fundus ille totus à nouissimo legatario
14 fideicommissariis restitueretur. † Mihi tamen contra-
tia sentētia verior sēper visa est quæ fuit Dini in *d. §.*
Seia, distinguētis hac parte directam substitutionem
à fideicommissaria: propterea quod fideicommissaria
15 facilius inducitur, quàm directa. † Fideicommissaria
enim solis coniecturis niti potest, Directa verò non
nisi directis, & expressis verbis constituitur, *l. cum pro-*
ponebatur. 64. l. vnum ex familia. 67. §. vlt. l. qui solidum.
78. §. 1. de legat. 2. l. fideicommissa. 11. §. hæc verba. l. nam.
25. de legat. 3. iunct. d. l. vel singulis. 37. de vulg. & pup. sub-
stit. l. iubemus. 29. C. de testam. Fateor aliquando accide-
re vt directa substitutio interpretationem recipiat ex
coniectura voluntatis, vt in *d. l. iam hoc iure. 4. §. 1. & l.*
quidam testamento. 30. de vulg. & pupil. substit. Sed negò
eam induci vllo casu per solas coniecturas, ob eamq;
nimirum caussam opus fuit Imperatorum constitu-
tione vt casus vulgaris trahi posset ad pupillarem, &
contrà, pupillaris ad vulgarem, *d. l. iam hoc iure in prin.*
16 † Quòd si extensiò de casu ad casum sine constitutio-
ne admitti non potuit, multo minus admittenda erit
de persona ad personam: Hæc enim difficilior est, *l. si*
quis ita. 16. § pen. D. de testam. tutel. Atqui fieret exten-
sio de persona ad personam ex pupillari substitutio-
ne facta vltimo ex liberis impuberibus decedenti, re-
ciproca pupillaris inter ipsos impuberes induceretur,
17 Ergo nec inducenda est. † Itaque contra Bartolum
textus est apertissimus in *d. l. vel singulis.* Ad quam a-
liud respondere non potest quàm quod respondent
quotquot opinionem eius sequuntur, non proponi eo
loco factam vltimo ex impuberibus decedenti pupil-
larem substitutionem in tota hereditate. Quod tamē
18 quale sit nō possum ego intelligere. † Nam quod vul-
go iactari solet post Castrensem in *l. si pater impuberes.*
25. D. de vulg. & pupil. substit. eum qui vltimo deceden-
ti simpliciter substitutus est non nisi in vltimi portio-
ne substitutum intelligi, non pertinet ad pupillarem
substitutionem quæ sanè fieri non potest, quin totam
pupilli hereditatem complectatur, siue is à patre tan-
tùm, siue aliunde etiam bona habuerit *lege sed si plu-*
res. 10. §. ad substitutos eod. ne alioqui videretur pupil-
lus contra vulgares iuris regulas decedere pro parte
19 testatus pro parte intestatus. † Quod si ponas vltimo
ex impuberibus decedenti substitutum Sempronium
in tota hereditate patris, quomodo videtur Bartolus
intellexisse, Non video tamen, qua fieri ratione possit
vt tota patris hereditas ad substitutum pupillarem
magis perueniat ex tacita reciproca, quàm si nulla in-
duceretur. Quid enim si ex impuberibus quidam præ-
mortuus sit factus pubes superstite tamen impubere?
Nemo dubitat, quin quod ad eum spectat qui pubes
decessit pubertate finita & irrita facta sit substitutio,
d. l. coheredi. 41. §. cùm pater leg. in pupillari. 14. D. eod. nec
tamen ideò minus admittetur substitutus ad heredi-
tatem nouissimi si modò impubes ille decesserit, *dict.*
§. cùm pater, reperietque in hereditate ipsius heredita-
tem præmortui puberis si testatus non sit, At non ra-
tione tacitæ reciprocæ pupillaris quæ vt dixi extincta
est, sed propter conseruatum à pubere, qui testari po-
tuerat, integrum ius legitimæ successionis. Idemque
tractari potest etsi pupillaris reciproca expressim facta
20 proponatur vt in *d. l. si pater impuberes.* † Sed finge vt
ei magis faueas qui vltimo decedenti impuberi sub-
stitutus est in tota patris hereditate ex ea substitutio-
ne inducendam tacitam reciprocam non modò dire-
ctam, sed etiam fideicommissariam, Quid inde obse-
cro inferas? Nimirū pubertate alterutrius ex iis quorū
nouissimo decedenti substitutus datus fuerat non es-
se finitam fideicommissariam, *leg. verbis ciuilib. 7. D. eo.*
leg. precib. in fin. C. de impub. & aliis substit. Sed an ideò
effeceris vt tota hereditas patris ad substitutum pu-
pillarem perueniat, contingente in persona nouissimi
casu substitutionis? Minimè verò. Non enim faciet
inductio reciproci fideicommissi quominus possit is
qui pubes factus est legitimam saltem detrahere, in
qua scilicet certum est non potuisse eum grauari fi-
deicommisso, *leg. si adrogator. 22. §. 1. D. de adopt. d. l. co-*
heredi. 41. §. cùm filia de vulg. lege ex tribus. 16. C. de inoff.
testam Imò & præterea Trebellianicam ex iuris Pon-
tificij constitutione. Ita igitur fiet vt neque hoc casu
tota patris hereditas ad pupillarem substitutum per-
ueniat, nisi fortè & hîc ponas voluisse puberem dece-
dere intestatum: quod cùm accidit non tacita illa re-
ciproca fideicōmissaria dat substituto vniuersam pa-
tris hereditatem, sed ordo ipse successionis intestati
quæ plenior & vberior est. † Non ergo potest induci 21
reciproca tacita siue directa siue fideicommissaria ex
eo solo quòd vltimus decedens ex impuberibus ha-
buerit substitutum in tota patris hereditate, cùm ea
testatoris voluntas non alio casu effectum sortiri pos-
sit, quàm illo ipso etiamsi reciproca nulla esset idem
tamen contingeret, hóc est si liberi omnes intestati
decesserint solo superstite impubere cui ex pupillari
succedatur. † Dices fortasse imò posse tacitā recipro- 22
cam pupillarem vtilem esse ad hoc vt ex ea sint fra-
tres sibi inuicem heredes necessarij, *l. 2. §. prius autem*
dict. leg. sed si plures. §. quos possum D. de vulg. & pupil.
substit. cùm ab intestato non sint nisi voluntarij, iisq;
necessaria sit aditio ad acquirendam hereditatem, *leg.*
quoniam sororem. 7. vbi DD. Cod. de iur. deliber. Inde e-
nim posse contingere vt etiam intestati fratris præ-
mortui hereditas ad substitutum pupillarem nūquam
perueniat, si fortè impubes nouissimus qui substitutū
habuit prius decesserit quàm fratris hereditatem sibi
ab intestato delatam agnouerit: quod non eueniret si
pupillaris aliqua esset inter fratres reciproca siue ex-
pressa siue tacita, per quam præmortuorum ab inte-
stato fratrum hereditates fratri superstiti ipso iure ac-
quirerentur † Sed respondeo quod nemo fortasse ad- 23
huc dixit, Quinimò quoties nouissimo ex impuberi-
bus decedenti substituitur seruari quidem integrum
ius legitimarum hereditatum inter fratres. Sed tamē
ex patris voluntate perinde esse illos sibi inuicem ab
intestato heredes necessarios, ac si succederent ex pu-
pillari substitutione, Ratione illa, quod alioqui certū
non esset euenturum quod pater euenire omnino vo-
luit vt inter eos conseruaretur integrum ius legitimæ
successionis, vtque per nouissimi impuberis personam
tota ipsius patris hereditas ad substitutum deuolue-
retur. Cùm enim constet hîc de patris voluntate, de
iure quærendum non est quippe quod ex ipsius parē-
tis arbitrio constituatur, *d. §. quos possum.* Nam cur dif-
ficilius permittatur patri vt faciat fratres fratribus &
ab intestato heredes necessarios quò hereditas ad no-
uissimum impuberem cui pupillariter substituit, tota
confluat, quàm si eos inuicem substitueret? An non
eadem vtroque casu patri voluntas est, nisi quod alte-
rō vult omnes decedere testatos, altero solum eum
qui vltimus impubes morietur? Cæterùm effectu ipso
id sanè vnum mente agitat vt si intestati omnes dece-
dant solo superstite impubere, vniuersa successio ad
impuberem illum, deinde ab impubere perueniat ad

24 substitutum. † Idque nimirum est quod Tryphonius
scribit in *leg. qui duos. 9. de reb. dub.* Si duo impuberes
quorum nouissimo decedenti substitutus fuerat Ti-
tius simul in naue perierint, sed ordine tamen vt con-
stet alterum prius decessisse, Priori mortuo fratrem
qui superuixit ab intestato heredem esse, posteriori
verò soli substitutum, sed ita tamen vt in ea posterio-
ris hereditate etiam prædefuncti filij hereditatem in-
ueniat Quod & Papinianus sensit in *l. qui duos. 42. de*
vulg. & pupil. substit. & in *d. l. pater filium. 14. §. vlt. D. ad*
25 *leg. Falcid.* † Quomodo enim fieri posset vt duobus
impuberibus simul licèt ordine in naui mortuis alter
alterius heres esset, si non esset necessarius? Vtique e-
nim constat non posse pupillum adire hereditatem si-
ne tutoris autoritate, *l. pupillus. 9. D. de acquir. hered. l.*
cùm in vi a. 17 §. totum de appellat. An ergo tutorē quo-
que in naui fuisse & priori defuncto superuixisse di-
uinabimus? At neque hoc satis erit si non præterea di-
uinemus tutorem tam citò autoritatem præstare vo-
luisse pupillo vt hereditatem adiret nulla deliberatio-
ne præcedente: quod tamen de prudenti tutore &
patrefamilias nunquam facilè præsumendum est pro-
pter periculum latentis æris alieni. *l. 4. D. ad S.C. Tre-*
bellian. Sed & diuinandum illud erit impuberes istos
26 non fuisse infantes saltem eum qui superuixit. † Nam
nec infans adire potest nec pro herede gerere etiam
tutore autore, *d. l. pupillus.* Nec permittebatur olim tu-
tori vt infantis nomine adiret aut pro herede gereret
ante Iustiniani constitutionem in *l. si infans. 18. Cod. de*
iur. deliber. sed tantùm vt illius nomine bonorum pos-
sessionem agnosceret, *l. seruus. 7. §. impubes. D. de bon.*
possess. quam & agnoscere quilibet alius poterat, *l. 3. C.*
qui admitt. ad bon. possess. agnitio autem bonorum pos-
sessionis in naui fieri non poterat præsertim ante *leg.*
vlt. eod. quæ solennitates sustulit antea requisitas. Re-
stat igitur vt nullo modo potuerit frater fratri heres
27 esse in naui quin fuerit necessarius & ipso iure. † In
quo sanè parum subtilis fuit Baldus qui in *d. l. si infan-*
ti, scripsit ita intelligendam esse, *d. l. qui duos*, vt nouis-
simus impubes non tam citò defunctus fuerit, quin
fratris præmortui hereditatem prius adire potuerit.
Non animaduertēs tractari eo loco de impubere qui
nec volens per se vt dixi adire potuisset. Vt illud ta-
ceam quod Baldus ipse ibidem fatetur non esse veri-
simile periclitantem fratrem in naufragio deliberare
de fratris ante oculos iacentis hereditate adeunda, ac
28 non potius de salute & vita cogitare. † Nec subtilior
Bartolus qui Iacobum de Aretio secutus defendit cō-
tra manifestas iuris regulas & aperta legis verba, non
fuisse quidem in specie *d. l. qui duos*, fratrem fratri he-
redem ab intestato, sed tamen transmisisse in substitu-
tum beneficium impetrandæ restitutionis in integrū
ad adeundam præmortui fratris successionem. Quæ
sententia pugnat ex diametro cum *d. l. si infanti, leg. 1.*
C. de restit. milit. & ex iis quæ alio loco in hanc rem di-
29 cemus clarissimè refellitur. † Quod verò Castrensis
scribit ad *d. l. qui duos de reb. dub.* præmortui fratris he-
reditatem non aditam non aliter reperiri posse in he-
reditate nouissimi, quàm si sint illi inuicem substituti
prorsus falsum est, & contra legem ipsam, quæ satis
negat impuberes fuisse inuicem substitutos, cùm ait
fratrem fratri heredem esse ab intestato. Facta enim
pupillari substitutione quæ testamentum est impu-
beris, frater substitutus non est ab intestato sed ex te-
stamento heres diceretur *leg. 2. & pass. Digest. de vulg.*
& pupill. substitut. leg. mater 27. D. si quis omiss. causs. te-
stament. & quidem necessarius *leg. Iulianus. 42. alias l. si*
pupillus Digest. de acquir. hered. Et tamen lex ait, præ-
mortui fratris hereditatem quæ nec adita sit, nec adi-
ri potuerit in nouissimi impuberis hereditate reperi-
ri. Illud ergo necessariò relinquitur, quod volumus, in
ea specie, hoc est quoties nouissimo ex impuberibus
decedenti datus est substitutus, fratrem fratri ab inte-
stato heredem esse necessarium, sicut esset ex testamē-
to necessarius si essent illi aut expressè aut tacitè inui-
cem substituti. † Ea namque vis est pupillaris illius 30
substitutionis quæ vltimo decedenti facta est, vt in
successione quoque intestati fratrem fratri heredem
faciat necessarium, Ne alioqui fraus fiat voluntati pa-
tris, qui totam suam hereditatem ex persona nouissi-
mi impuberis ad substitutum peruenire voluit, quā-
uis per viam legitimæ successionis, Vt proinde aliud
admitti debeat si ne nouissimo quidem substitutus
datus sit. Tunc enim fratris præmortui hereditas non
acquiretur superstiti ipso iure & citra agnitionem, *d.*
l. quoniam sororem. 5. C. de iur. deliber. † Atque hæc qui- 31
dem expeditum meo iudicio tractatum habent secun-
dum ius Pandectarum quo obtinebat vt in fratris cō-
sanguinei successione nec mater cum filio, nec frater
vterinus tanquam qui esset extraneus, concurreret
cum fratre consanguineo defuncti, *leg. si qua mulier. 4.*
D. ad S.C. Tertyl. §. 1. Instit. eod. §. 1. Instit. de legit. agnat.
success. Inde siquidem fiebat, vt dato pupillari substi-
tuto ei qui ex impuberibus nouissimus moreretur, ni-
hil necesse esset reciprocam tacitam inducere ad hoc
vt tota hereditas ad nouissimum impuberem, deinde
ad substitutum perueniret. Nemo enim erat, qui le-
gitimæ & necessariæ inter fratres successionis ordinē
posset interuertere. † Sed cùm hodie iure illo vtamur 32
ex Iustiniani constitutionibus, vt concurrat mater in
successione filij cum fratre qui vtrinque defuncto cō-
iunctus erat, & fratri tantùm consanguineo præfera-
tur, *Auth. cessante Cod. de legit. hered. & Nouel. 118. de he-*
red. ab intest. venient. cap. 1. dubitari probabilius potest
An necessariò inducenda sit reciproca ad excluden-
dam matrem quę alioqui in præmortuorum filiorum
hereditate cum superstitibus vt dixit concurreret, at-
que ita faceret contra volūtatem patris ne tota here-
ditas ad substitutum peruenire posset. Admissa enim
reciproca quamuis tacita, certum esset prorsus exclu-
di matrem etiam à portione legitima, fauore super-
stitum liberorum, eorundémque substitutorum, † 33
Nam quod vulgo dici solet per tacitam pupillarē non
excludi matrem à legitima, at neque per eam quæ sub
compendiosa continetur, licet expressam verbis ge-
neralibus secundum receptam Decij sententiam in *l.*
precibus num. 26. C. de impub. & alijs substitut. toties lo-
cū nō habet quoties substitutus est ex liberis testato-
ris, vt taceant nostri post Accursium in *d. l. precibus*, &
similiter in reciproca post Bartolum in *l. Lucius. 45. de*
vulg. & pupil. substit. quam sententiam Senatus quoque
noster sequi solet. † An ergo ad matrē prorsus exclu- 34
dendam inducenda hodie erit per interpretationem
reciproca pupillaris. Sic putat Rip. post cæter. in *d. l.*
§. cùm ita nu. 21. ratione illa quam diximus, quòd non
posset aliter tota patris hereditas ad vltimum impu-
berem deuenire. † Sed in contrarium illud perpetuò 35
vrget quòd nunquam possit directa substitutio indu-
ci siue reciproca illa sit siue alia, nisi per verba directa,
quæ si nulla sint, sola testatoris voluntas, quantumuis
de ea constat, non potest inducere directam substitu-
tionem, sed tantùm fideicommissariam, vt omnium e-
legantissimè & apertissimè probat, *d. l. cùm proponeba-*
tur. 64. de leg. 2. quæ est de reciproca tacita substitutio-
ne. † Et quemadmodum cùm substitutio fideicom- 36
missaria vltimo ex impuberibus decedenti facta est
in tota

in tota hereditate,non ideò fit quominus dettahatui per legitimos nouissimi impuberis heredes & legitima & Trebellianica vt idem Rip. fatetur *numero 22. in fine. post Aret. in lege potest. 36. in fin. de vulgar. & pupila. substitut.* per textum *in capit. si pater de testamen. in 6.* quamuis ea detractio faciat contra voluntatem testatoris ne totam hereditatem substitutus ex fideicommisso habere possit, Nimirum quoniam non potuit testator facere quin leges in suo testamento locum haberent *leg. nemo. 55. de legat. 1. iuncta leg. sabemus. 6. cum ibi notat. Codic. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ita & admittendum est cùm testator nouissimo tantum impuberi substituit licèt in tota sua hereditate, non ideò minùs videri eum voluisse conseruatum inter liberos ius integrum legitimarum hereditatum, quòd supersit mater quæ partem successionis ablatura sit. Id enim ex ipsius patris voluntate potiùs fieri credendum est, qui si matrem à luctuosa liberorum successione excludere voluisset, vtique liberos inuicem substituisset, Nimirum sciens fore vt illis qui ab intestato decederent, succederet illa cum superstiti-
37 bus. † Ac sanè si frequentissimo nostrorum suffragio receptum est vt superstitis matris fauor directam substitutionem aliquando transformet in obliquam, itémque vt tacitam pupillarem quæ alioquin inesset omnino excludat *leg. vltim. vbi Bartol. & cæteri Codic. de institut. & substitut.* quis admittat ob substitutionem vltimo ex impuberibus decedenti factam induci debere pupillarem reciprocam ad excludendam prorsus matrem, Cùm si mater in medio non esset, nulla vt iam probauimus, reciproca pupillaris induceretur? Illud enim obseruandum est eos qui reciprocam istam inducunt non tam fauere nouissimo impuberi ad quem tota hereditas ea ratione perueniat, quàm extraneo substituto, vt per impuberis personam totum ille habeat, qui si reciproca nulla esset totum non haberet. Fauor siquidem reciprocæ inter coheredes substitutionis vt iam antè diximus pendet omnino ex fauore eius, qui postremus substitutus est, nec illã caussam habet *dict. §. Seia liberiss.* At quis dixerit fauendum potiùs extraneo substituto quàm matri contra id quod passim à nostris traditum & receptum est *in dicta leg. vltim. Cod. de institut. & substitut. dict. leg. precibus. Codic. de impuber. & alijs substitut. l. centurio. 15. D. eodem.* Præsertim verò cùm & sperandum potiùs sit superfore filium matri, eíque aut ab intestato aut ex testamento successurum quàm matrem filio *l. nam etsi. 17. D. de inofficioso testamen. l. scripto. 7. § vltim. vnde liber.* Et consequenter non modò absurdum est, sed etiam mali ominis, induci reciprocam per interpretationem vt substituto faueatur in eum duntaxat casum quo impuberes filij turbato mortalitatis ordine sint ante matrem morituri, eamque ob caussam tanto minùs ea interpretatio capienda est *argumen. leg. cum tale. 72. in principio. D. de condition. & demonstrat.*

CAPVT XV.

Si nouissimo ex pluribus impuberibus decedenti substitutio facta sit, nunquam tacitam reciprocam induci neque pupillarem neque fideicommissariam.

SVMMARIA.

1 *Frustra Ripensem distinxisse, quibus verbis vltimo decedenti impuberi substitutio facta sit.*
2 *Primum eius distinctionis caput examinatur.*
3 *Alterum quoque excutitur.*
4 *Alteram distinctionis partem non pertinere ad compendiosam substitutionem simpliciter factam, sed ad eam quæ facta sit cum hac adiectione,* in tota hereditate mea.
5 *An, quum vltimo ex impuberibus decedenti facta est substitutio in tota patris hereditate, inducat tacitam fideicommissariam reciprocam inter ipsos impuberes.*
6 *Castrensem & alios fideicommissariam admisisse, eo casu quo aliquis ex impuberibus pubes decedat.*
7 *Cur fideicommissariam eo quoque casu non admiserint, quo liberi omnes in pupillari ætate decedunt?*
8 *Contra superiorem sententiam contenditur ex pupillari substitutione expressa fideicommissariam tacitam reciprocam induci non posse.*
9 *Respondetur ad leges pro contraria sententia allegatas.*
10 *Obseruatio ad* l. cùm proponebatur. ff. de leg. 2.
11 *Superiorem Interpretum sententiam ijs aduersari quæ scripta sunt in* l. vel singulis de vulgar. & pupill. substit.
12 *Quid Interpretes ad eam legem respondeant, quid item ipsis replicandum sit?*

APparet † autem ex superioribus non esse admittendam distinctionem Ripensis *ad d. §. cùm ita. n.* 1
22. existimantis multum interesse an vltimo decedenti impuberi substitutio facta sit iis verbis, *si ambo filij mei decesserint in pupillari ætate vltimo morienti substituo Seium in tota hereditate mea* an illis potius, *Instituo filios meos impuberes, & vltimo decedenti substituo Seium in tota hereditate mea.* Priore casu in pupillari expressa contineri reciprocam tacitam pupillarem, posteriore verò nullam, facta scilicet compendiosa substitutione quæ pupillarem non continet, nisi tacitam, ex tacita autem pupillari tacitam aliam reciprocam induci absurdum videatur ex *l. seruum filij. 44. §. vlt. vbi Bart. de leg 1.* † 2
Nam quod ad primum distinctionis caput pertinet, fateor quidem posse ita fieri substitutionem pupillarem, Nec obstare quòd eam testator ad hereditatẽ suã restrinxerit, quamuis per pupillarem non patri sed impuberi succedatur *l. 2 sed si plures. 10. §. ad substitutor. l. coheredi. 41. §. cùm filia de vulg. & pupil. substit.* Sufficit enim expressam esse figuram pupillaris substitutionis quæ sanè præponderat vt Ripensis loquitur *ad l. centurio is. num. 100. per l. 1. eod. tit. l. si ita scriptum. 8. § qui filio. vbi Bar. de bon. poss. secund. tab. l. pen. vbi Castren. Decius & cæteri. C. de impub. & alijs substit.* cùm etiam per pupillarem factam filiò instituto succedatur patri licet secundariò *l. si is qui. 6. D. eod. l. vlt. C. de hered. instit.* Sed nego in ea pupillari expressa contineri tacitam reciprocam pupillarem, præsertim verò in odium & exclusionem matris. Ex iis quæ proximo capite hanc
in rem disputauimus. † Alterum autem distinctionis 3
caput etsi iudicio meo verum est (nullo siquidem casu patior induci tacitam reciprocam pupillarem ex pupillari quantumcunque expressa) nititur tamen falsa ratione. Quoties enim pupillaris comprehenditur in compendiosa, non tacita dicẽda est quomodo illa quæ in vulgari continetur, sed potiùs expressa saltem verbis generalib. vt rectè Bartolus defendit ad *d. l. centurio. n. 4. & 5. communiter à cæteris adprobatus.* Itaq; si vera esset communis illa opinio, vt in expressa pupillari tacita pupillaris reciproca contineretur, vtiq; contineretur etiam in compẽdiosa vt contra Ripens. disputat Didac. Couar. *in d. ca. Raynutius. § 8. nu. 6. in fin. ex cap. si pater. de testam. in 6.* vbi rescriptum est, per eiusmodi compendiosam substitutionem excludi matrem.

4 †Sed in eo tamen Didacus fallitur, vt puto, quod non
animaduertit, quæstionem hanc non pertinere ad cō-
pendiosam substitutionem simpliciter factam, quæ
pupillarem sanè comprehenderet, eámque expressam
verbis generalibus, sed ad eam duntaxat, quæ facta sit
cum hac ādiectione *in tota hereditate mea*. Iam enim
supra diximus ex receptissima interpretum omnium
traditione, non ex eo solo induci posse reciprocam
quòd facta sit substitutio vltimo morienti, nisi facta
etiam sit in tota hereditate. Quod in pupillari intel-
ligendum est non de hereditate pupilli, in qua fieri
non potest vt pro parte tantùm heredem ille habeat,
sed de hereditate patris, quæ vt tota ad pupillarem
substitutum perueniat, eam necesse est ad ipsum im-
puberem priùs peruenire. Atqui receptissima no-
strorum sententia est substitutionem compendiosam
factam sine ætatum distinctione si restricta sit ad bo-
na testatoris non comprehendere pupillarem. Sic e-
nim Baldus *in d.l.precibus, vers.præterea attende. Cod.de
impuber.& alijs substitut. Dec. in penult. eod.* Fieri er-
go non potest vt compendiosa facta in tota heredi-
tate testatoris non expressâ figura pupillaris substi-
tutionis, aut ea quidem expressâ, sed non in tota he-
reditate inducat reciprocam vllam pupillarem.† So-
5 lum igitur discutiendum illud superest, quod ad pu-
pillarem substitutionem pertinet, An cum vltimo
ex impuberibus decedenti facta est in tota patris he-
reditate, inducat tacitam fideicommissariam recipro-
cam inter ipsos impuberes. † Plerique enim ex iis
6 ipsis qui negarunt induci reciprocam pupillarem
admise: unt tamen fideicommissariam, illo etiam ca-
su quo aliquis ex impuberibus decedat pubes. Inter
quos præcipui nominis Castrensem video in respon-
sis, & Rip. *in d.§.cùm ita, num. 22.* Illa tantùm ratione
mouentur quòd ea testatoris voluntas fuisse videatur
vt per vltimi impuberis personam tota hereditas ad
substitutum perueniret: ea autem voluntas suffice-
re possit ad inducendam saltem reciprocam fideicom-
missariam si non directam substitutionem *ex dicta le-
ge Seia libertis. & dict. leg. cum proponebatur. 64. de le-
gat. 2.* Neque dubitandum est quin sit hæc receptior
interpretum sententia, quæ scilicet assertores habet
eos omnes quibus placet ex pupillari expressa facta
vltimo decedenti inducendam reciprocam pupilla-
rem. † Multo enim faciliùs fideicommissariam eos
7 admittere necesse est quæ coniecturis nudis conten-
ta sit. Non quidem eo casu quo liberi omnes dece-
dant in pupillari ætate, tunc enim volunt sufficere pu-
pillarem quæ plenior est, sed ita demum si quis ex iis
pubes fiat. Finita enim pupillari per pubertatem, ne-
cessaria est fideicommissaria, quæ impediat ne qui pu-
bes factus est, de restituenda portione testari possit.
Ita Didacus *in dicto §. 8. numero vltim. post Aretin. in
dict. leg. potest. in fin. de vulgar. & pupil. substit.* †Ego ve-
8 rò non magis possum fideicommissariam recipro-
cam quàm directam inducere ex pupillari expressa:
Nam cùm expressa substitutio cuius fauore recipro-
cam præmissam volunt sit directa, non intelligo qui
fieri possit vt pariat substitutionem aliam quæ sit pla-
nè diuersi generis, hoc est fideicommissariam. In-
déque est quod nostris placet substitutionem ipsam
reciprocam, aut vt loquuntur breuiloquam, quia sui
natura directa est, numquam censeri fideicommissa-
riam nisi concepta sit per verba tractum temporis ha-
bentia vt latè nostri tractant post Bartolum *in dicta
leg. Lucius. 45. de vulgar. & pupillar. substitut.* Si e-
nim substitutio ipsa reciproca quæ sui natura apta est
comprehendere species omnes substitutionum, vt
docet Bartolus *in dict. leg. Lucius*, non comprehendit
tamen fideicommissariam si simpliciter facta sit, e-
tiamsi per illud quod commune vocant verbum *Sub-
stituo*, quia censetur esse penitus directa *dicta leg. Lu-
cius & leg. cum hoc vers. 4. eodem.* quanto minùs ad-
mittendum est vt ex directa, & pupillari expressa
inducatur reciproca quæ sit fideicommissaria? Fa-
teor flecti aliquando directam substitutionem in fi-
deicommissariam si nostris credimus *ad leg. verbis ci-
uilibus. 7. eod. ad leg. Scæuola. 76. ad Senatusconsultum
Trebellianum. & ad dict. leg. precibus.* Sed vt dire-
cta manens directa includat aliam fideicommissa-
riam nullo sanè iuris loco probari possit. † Nam in 9
specie *dict. §. Seia libertis.* duplex fideicommissaria
proponitur, non vna directa, altera fideicommissa-
ria. Et *in leg. cùm proponebatur* conijcit Papinianus
reciprocam tacitam fideicommissariam non ex pupil-
lari substitutione, sed ex alia reciproca quam testator
in secundis tabulis expresserat, cùm suos ipsos sub-
stitueret quibus in alia testamenti parte fideicommis-
sum relictum erat, quòd non esset verisimile testato-
rem noluisse in fideicommisso substituere inuicem
eos quos in secundis tabulis inuicem substituerat.
Sic enim locus ille accipiendus est quomodo & Ca-
strensis contra Accursium & Bartolum rectissimè in-
terpretatur. † Quanquam & illud obseruandum 10
est mutuam eam substitutionem quam Papinianus e-
licit ex coniectura voluntatis, esse quidem fideicom-
missariam respectu heredis instituti à quo testator fi-
deicommissum reliquerat, sed inducendam tamen in
casum vulgarem duntaxat, non agniti per alterutrum
ex fideicommissariis fideicommissi, quoniam & reci-
proca illa substitutio in secundis tabulis facta vul-
garis tantùm fuit non etiam fideicommissaria, vt ex
eo magis appareat verum esse quod volo ex vna sub-
stitutione nunquam induci aliam posse, nisi quæ sit
eiusdem naturæ & condicionis. Quod si ita est,
quomodo fieri queat, vt qui vltimo ex impuberibus
morienti pupillariter substituit in tota sua heredita-
te, videatur eo ipso per fideicommissum impuberes
inuicem substituisse? † Itaque huic sententiæ sicut ob- 11
stat iuris ratio, ita & quod scriptum est *in dicta leg. vel
singulis. 37. de vulga. & pupil. substit.* Videri patrem ita
substituentem conseruasse ius integrum legitimarum
inter liberos hereditatum. Non enim potuit Iuriscon-
sultus apertiùs dicere ex huiusmodi substitutione pu-
pillari nullum induci reciprocum fideicommissum,
quia si induceretur, derogaret vtique legitimæ suc-
cessioni, cùm planè repugnantia hæc sint, succe-
dere ex fideicommisso, & succedere ab intestato.
Qui enim succedit ex fideicommisso quod in te-
stamento relictum est, succedit ex testamento *dicta
leg. coher. §. cum filiæ de vulg. l. prima. §. primo. Cod. ad
Senatusconsultum Trebellianum.* † Nec dici potest
quod pro tuenda communi sententia vulgo respon- 12
detur, non proponi eo loco factam substitutionem
pupillarem vltimo morienti in tota hereditate te-
statoris. Non enim eo minùs constat voluisse pa-
trem totam suam hereditatem ex persona nouissi-
mi impuberis ad substitutum peruenire: Nam
quid obsecro aliud est quod lex ait voluisse eum
conseruari inter liberos ius integrum legitimarum
hereditatum? Cùm & per viam legitimæ suc-
cessionis citra fideicommissum possit tota heredi-
tas ad vltimum impuberem deuolui, licet præ-
mortui facti sint puberes, si modò decesserint in-
testati. Porro testandi facultatem ipsis adimi an
non iniquum esset, præsertim fauore extranei sub-
stituti?

stituti? qui nunquam fortasse sit successurus, puta si nouissimus quoque decedat pubes *d.l.coheredi. §. pen.* Vt illud omittam quod nec per fideicommissum fieri potest vt inuitis puberibus tota eorum successio ad vltimum impuberem deuoluatur. Detrahenda enim est vt diximus, legitima, itemque Trebellianica. Atqui constat inter nostros quoties adiectis illis verbis *in tota hereditate* induceretur tacita reciproca, iis etiã non expressis perinde illam induci, si modò constet voluntatem testatoris talem fuisse vt de tota hereditate disponeret. Nihil ergo interest in specie *d.l.vel singulis*, an verba illa adiecta sint, nécne. Neque enim si adiecta fuissent in pupillari substitutione aliter tamen responsurum fuisse Iurisconsultum credendum est. Hæc de substitutione pupillari.

CAPVT XVI.

Quid si vltimo decedenti substitutus quis sit per fideicommissum, Ad §. Seia libertis l. Titia testamento. 87. de leg. 2.

SVMMARIA.

1 *Fideicommissum reciprocum eo casu inter coheredes vel collegatarios induci.*
2 *Duo ad hoc concurrere debere.*
3 *Declaratio* l. si eius. 34. ff. ad S.C. Treb.
4 *Cur in eius legis specie propinquo substituto incumbat onus probandi quis ex fratribus nouissimus obiisset?*
5 *Fideicommissariam substitutionem vltimo decedenti factam non operari vt frater fratri sit ab intestato heres necessarius.*
6 *Non posse in dicta specie matris aut alterius legitimi heredis quicquam interesse.*
7 *Ex quibus iuris locis & an bene probauerint Interpretes, ad inducendum reciprocum fideicommissum requiri vt substitutio facta sit in tota testatoris hereditate aut in toto fundo.*
8 *Respondetur ad* §. Seia libertis. l. Titia Seio. 87. de leg. 2. *Et Repensis ad eum locum coniectura refutatur.*
9 *Distinguendum esse in proposita quæstione, an simpliciter ab vltimo decedente fideicommissum relictum sit, an verò cum hac adiectione*, in fundo *aut in* hereditate.
10 *Verba illa* d. §. Seia libertis ne eum fundum vendatis, *quomodo intelligenda sint?*
11 *An in hereditatis fideicommisso pater facere possit vt nouissimus ex liberis decedens totam hereditatem alteri restituat.*
12 *Differre hac parte legatum & fideicommissum singulare à fideicommisso hereditatis.*
13 *Non ideò minus reciprocam inter coheredes in proposita quæstione induci, quod patris voluntas de tota hereditate restituenda catenus tantum valeat quatenus filium fideicommisso obstringere potuit.*
14 *Idem in extraneis admittendum esse.*
15 *Quid ad inducendam reciprocam fideicommissariam præter superiora requiratur?*

1 IN † fideicommissaria substitutione res expeditior est. Constat enim si quis vltimo ex pluribus heredibus aut legatariis decedenti substitutus sit per fideicommissum, siue in tota hereditate siue in toto fundo, induci reciprocum fideicommissum inter collegatarios, aut coheredes. Quasi in necessarium antecedens vt possit tota hereditas aut totum legatum peruenire ad vltimum, & ab vltimo ad eum qui per fideicommissum substitutus est. *l. Titia Seio. 87 §. Seia*
libertis de legat. 2. † Duo igitur concurrere necesse est 2
ad inducendam ex fideicommissaria fideicommissariam reciprocam. Nimirum vt sit facta vltimo decedenti, & in tota hereditate aut in toto legato, vel fideicommisso. Etsi enim Paulus *in d. §. Seia libertis*, ex eo potissimum moueri videtur quòd ab vltimo decedente fideicommissum relictum fuerat, vt apparet ex illis verbis *in secunda tamen adiectione verbum, Qui vltimus decesserit*, nulla tamen subesset coniectura voluntatis ad inducendum fideicommissum reciprocum si ab vltimo non nisi in ipsius portione fideicommis-
sum relictum esset, † vt nec obscurè nec ineleganter 3
probat textus *in l. si eius qui, aliàs, eum qui. 34. D. ad S.C. Trebel.* vbi Marcianus scribit, Si eius qui nouissimus ex filiis morietur partem hereditatis propinquo restitui pater voluerit, & simul fratres diem suum obierint, propinquum si non ostenderit quis nouissimus decesserit ad partem hereditatis non admitti. Quid enim fideicommissarij interesset vter ex filiis nouissimus decessisset si frater fratri per fideicommissum substitutus videretur? Vtique enim certum esset alterutrius partem ad fideicommissarium pertinere, neque verendum esset, quod Marcianum præcipuè mouisse videtur, ne alterius quàm nouissimi defuncti partem fideicommissarius haberet, postquam tota hereditas ad nouissimum peruenisset. Nam cùm per rerum naturam certum sit alterutrum nouissimum decessisse non deficit ius pro fideicommissario sed tantum probatio *vt in leg. duo sunt Titij. 30. D. de testam.*
tutel. l. si fuerit. 10. in princip. D. de reb. dub. † Probatio 4
autem ideò necessaria est, quoniam non in alterutrius aut vtriusque, sed præcisè in nouissimi portione fideicommissum relictum proponebatur, quemadmodum post Accursium & cæteros Cuiacius tractat *ad leg. ex duobus. 34. D. de vulgar. & pupil. subst.* Vt proinde iniquum futurum sit & contra patris voluntatem si admittatur fideicommissarius ad partem eius qui fortasse prior defunctus sit. Quæ tamen iniquitas cessaret ita posito iure vt in prioris portione nouissimus per fideicommissum substitutus intelligeretur. Neque e-
nim aut ipsius nouissimi, aut vllius quicquam inter- 5
esset. † Nisi fortè quis dicat: imò verò posse matris interesse aut alterius heredis legitimi, propter detractionem Falcidiæ legitimariæ, in qua non poterat filius grauari fideicommisso *leg. Papinianus. 8. §. meminisse de inoff. testam.* Siquidem quod suprà diximus pupillarem substitutionem vltimo decedenti factam operari vt frater fratri sit ab intestato heres necessarius *ex d. l. qui duos. 9. de reb. dub.* non perinde verum est in substitutione fideicommissaria vt ex eo apparet quod in *d. l. si eius* scriptum est matrem in illa specie ex Tertylliano Senatusconsulto ad vtriusque filij hereditatem admitti. Nempe quia cùm fideicommissaria substitutio nec eum ipsum heredem faciat qui nouissimo ex fratribus morienti substitutus est *§. restitutus. Instit. de fideicommiss. hered.* multo minùs facere potest fratres inuicem heredes, multo etiam minùs
necessarios. † Sed responderi potest nec matris neque 6
alterius cuiuslibet legitimi successoris posse quicquam interesse, quoniam siue hic siue ille ex fratribus aut prior, aut nouissimus decesserit, habebit legitimus heres totam alterutrius portionem, in parte verò alterius Falcidiam legitimam. Nihil autem refert cuius portionem aut integram, aut pro parte habeat, quia ponimus filios ex æquis portionibus institutos.

Alioqui etiamsi essent inuicem rogati, negarem ta-
men admitti fideicommissariam ad vllius ex ipsis
portionem, nisi ostenderet quis nouissimus decessis-
7 set. Ergo vt ad institutam quæstionem reuertamur,
non sufficit factam esse substitutionem fideicommis-
sariam vltimo morienti ex heredibus aut legatariis
ad reciprocum inter eos fideicommissum inducen-
dum, sed illud præthereà requiritur vt facta sit in tota
testatoris hereditate aut in toto fundo. Quòd tamen
id nonnulli comprobant *ex l. si Titius ex parte 96. de
legat 3. & l. Tuia. 86. Digest. ad legem Falcidiam.* fa-
ciunt parum subtiliter. Non enim proponebatur iis
locis fideicommissum relictum ab eo, qui vltimus
moreretur, sed ab vno ex coheredibus nominatim.
8 † Enimuerò huic receptissimæ & verissimæ nostro-
rum sententiæ obstare videtur is ipse textus quo mo-
uentur, *dict. §. Seia libertus*, in cuius specie nihil est ex
quo possit colligi rogatum eum qui ex legatariis no-
uissimus moreretur, vt totum fundum restitueret.
Nam quod Ripensis conicit eam fuisse testatoris vo-
luntatem ex prohibita fundi alienatione non est
probabile, tum quia is qui in vita prohibitus est ven-
dere non prohibetur in eo fundo extraneum here-
dem instituere *l. pater. 38. §. fundum. de legat. 3.* nisi ex-
pressim iusserit testator fundum in familia relinqui,
vt in l. peto. 69. §. fratre. de legatis secundo. Tum etiam
quia etsi nulla proponeretur facta prohibitio idem
tamen respondendum esset si modò indefinitè fun-
dus ab vltimo decedente per fideicommissum esset
relictus vt rectè Didacus defendit ad *capit. Raynutius.
§. 8. numero 1. & 3. post Viglium in §. vel singulis Institut.
de pupill. substit.* Ratione illa quòd in vltimis volun-
tatibus vt aiunt indefinita æquipollent vniuersali *l. si
pluribus. 44. de legat. 2. l. si plures. 98. de legat. 3.* Quòd
si fideicommissaria substitutio non in fundo indefini-
tè facta sit, sed vltimo decedenti simpliciter puta his
verbis *Vltimo ex heredibus aut legatariis morienti Ti-
tium substituo.* aliud sanè erit, videbiturque nouissi-
mus de sua tantùm portione rogatus, nec proinde fi-
9 deicommissaria vlla reciproca induceretur. † In quo
errauit Ripensis non distinguens an simpliciter ab vl-
timo decedente fideicommissum relictum sit nulla
fundi aut hereditatis facta mentione, an verò his ver-
bis adiectis *in fundo* aut *in hereditate* absque nota vlla
vniuersali, cùm tamen distinctio illa & elegans sit &
vera, quam & Bartolus & Imola & alij plerique pro-
bant *in d. §. Seia. & in d. l. vel singulis.* Nec me mouet
quod Ripensis obiicit verba illa indefinita posse veri-
ficari etiam in portione vltimi sola, cuios scilicet re-
spectu possit ea pars dici fundus & hereditas vt con-
tingit in corporibus omnibus homogeneis *l. seruus ele-
ctione. 5. §. 1. & §. vlt de legat. 1. l. in singulis. 77. D. ad le-
gem Falcidiam. §. & cum quæsitum. Instit. eodem.* Id enim
procederet si non propterea ab vltimo decedente fi-
deicommissum relictum proponeretur. At his duobus
concurrentibus, aperta est testantis voluntas vt per-
inde duo sint substitutionis gradus acsi in toto fundo
aut in tota hereditate nouissimos decedens grauatus
fuisset, cùm vt dictum est, indefinita æquipolleat vni-
uersali. & quidem ex vi ipsa & proprietate verbi citra
interpretationem. † Nec rursus obstat quod idem
10 ille obiicit, *in dict. §. Seia libertis* verba illa *ne eum fun-
dum vendatis* ita necessariò intelligenda vt quisque
ex legatariis suam tantùm fundi partem vendere
prohibitus sit, ex quo infert ille, quod sequitur
eúmque scilicet *fundum* non nisi de vltimi portione
intelligi debere. Nam respondeo malam esse ra-
tiocinationem. Illa siquidem pluralis locutio *ne
eum fundum vendatis* resoluitur necessariò in suas sin-
gularitates *lege falsa. 33. §. vltim. de condition. & demon-
stration. lege 2. §. vltim. de condic. institut.* Illa autem sin-
gularis *eúmque fundum qui ex vobis vltimus decesserit,
cum morietur restituat Symphoro* non potest resolui in
alias singularitates quas nullas habet, ideóque totius
fundi fideicommissum in persona vltimi necessariò
complectitur, & consequenter facit vt vltimus ille
collegatario substitutus videatur. Nec sanè in le-
gato aut fideicommisso singulari dubitationem hoc
vllam habet. † Sed in hereditatis fideicommisso vi- 11
detur illud posse obiici quod in superioribus attigi-
mus, non posse patrem facere vt nouissimus ex liberis
decedens totam hereditatem alteri restituat, cum vel
inuito patre detrahenda sit legitima itémque Tre-
bellianica ex cap. Raynutius & cap. Raynaldus *extra
de testam.* † Ratio igitur illa quæ in legato inducit re- 12
ciprocum fideicommissum inter collegatarios, vt to-
tum habeat is qui nouissimo decedenti substitutus
est, non aliter totum habiturus, cessare videtur eo ca-
su quo nouissimus ex liberis decedens totam heredi-
tatem restituere rogatus sit, cùm fieri neqoeat vt to-
tam habeat substitutus. † Sed responderi potest non 13
idcirco negandum esse induci reciprocam inter cohe-
redes, vt voluntas testatoris si non in tota heredita-
te propter autoritatem legis quæ dat filio primi gra-
dus duplicem detractionem vel inuito patre, si no-
stris credimus *ad l. iubemus. Codic. ad Senatusconsul-
tum Trebellianum.* saltem quantum fieri potest effe-
ctum sortiatur: vt quod de tota hereditate pater con-
stituit ad eam solam hereditatis partem pertineat in
qua filium fideicommisso obstringere potuit. † I- 14
démque admittendum est extraneis quoque heredi-
bus institutis, vt non eò minùs inducatur inter ipsos
reciproca, quòd grauatus heres Trebellianicam pos-
sit detrahere, illo etiã casu quo in tota hereditate fi-
deicommissum ab vltimo decedente relictum sit:
[quamuis enim extraneo prohiberi possit detractio
Trebellianicæ sicut & Falcidiæ, non tamen ex eo so-
lo inducitur prohibitio quòd totam hereditatem suã
restitui testator iusserit vt Castrensis verè docuit ad
Authen. sed cum testator. C. ad legem Falcidiam.] Sub-
ducto siquidem eo quod legis Falcidiæ aut Senatus-
consulti authoritas exceperit, reliquum in duplici fi-
deicommisso tam reciproco quàm vltimo esse intel-
ligitur *argum. leg. quoties. 67. D. eodem.* Et hæc sanè si-
cut receptissima, ita & verissima sententia est pleris-
que Senatus nostri consultis adprobata. † Hoc etiam 15
addito & obseruando quod ad inducendam fideicõ-
missariam reciprocam non illud sufficit vt substitutio
facta sit vltimo decedenti & in tota hereditate, sed
illud præthereà requiritur, vt ij quorum nouissimo fa-
cta est sint vocati & in dispositione positi non tan-
tùm io conditione. Quæ fuit primùm sententia I-
molæ *in leg. centurio,* quem refert & sequitur Socinus
in dict. §. cum ita. & Didacus *dicto §. 8. numer. 3. in fine.*
Sequitur enim hac parte Senatus noster & bene cõ-
munem illam nostrorum traditionem, quæ habet li-
beros in conditione positos non ob id solùm censeri
vocatos quòd sint grauati, prorsúsque inutile fidei-
commissum esse tanquàm ab eo relictum qui nõ fuit
honoratus ex regula legis ab eo 9. *Codic. de fideicom-
miss.* Tametsi contra senserit Bartolus *in dicta leg.
centurio, numero 37.* vulgò à nostris improbatus. De
quo tamen alio loco pluribus tractandum nobis e-
rit, quoniam obscura quæstio est variisque distinctio-
nibus

nibus explicanda. Illud sanè ad institutam disputationem omnino pertinet, an videatur substitutio facta vltimo decedenti, cùm post mortem plurium facta est, aut sub illa conditione *si ante decesserint*. De illo igitur in sequentibus videamus.

CAPVT XVII.

Quibus casibus videatur substitutio facta ab vltimo decedente cùm id expressum non est.

SVMMARIA.

1 *Quænam sit receptior circa hanc quæstionem Doctorum sententia?*
2 *In quo differat pluralitas ab vniuersalitate?*
3 *Quibus casibus fideicommissarius primo ex pluribus decedente ad eius portionem ex vulgari Doctorum sententia non admittatur.*
4 *Differentia inter fideicommissariam & vulgarem substitutionem.*
5 *Quibus casibus ius substitutionis potentius sit iure accrescendi.*
6 *Idem in pupillari substitutione à Doctoribus tractatum esse quod in fideicommissaria.*
7 *Examinatur superior Doctorum de fideicommissaria substitutione sententia.*

MIrum est quantas huic disputationi tenebras offuderint interpretum nostrorum contentiones. Sed nobis sufficiet dixisse quid magis communiter probatum sit, deinde quid nos magis probandum ar-
1 bitremur. † Receptior doctorum sententia est substitutionem fideicommissariam factam post mortem plurium, aut quod idem est post mortem omnium, aut etiam factam pluribus siue simpliciter siue indefinita hereditate aut in legato vel fideicommisso non censeri factam ab vltimo, sed à singulis pro cuiusque portione: ideóque nec inducere reciprocam inter oneratos, sed primo quoque decedente admitti fideicommissarium ad eius portionem *ex l. vltim. §. filium de legat. 2. lege Lucius. 78. §. Cato. ff. ad senatusconsultum Trebellian.* Idémque esse etsi sub nomine collectiuo facta sit substitutio hoc modo *si vterque sine liberis decesserit*, aut *si omnes decesserint*. Resolui enim & distribui pluralitatem in suas singularitates, quoties singularitates illæ respiciunt diuersos effectus *leg. falsa. 33. vbi Bartol. de conditionib. & demonstration. l. 2. §. vltim. de condic. institut.* Hîc autem diuersos videri effectus, quia tot sint substitutiones fideicommissariæ, quot sunt personæ oneratæ, cùm vniuscuiusque fidem testator secutus esse videatur: nec aliam censeri voluntatem testatoris cum dictione collectiua &
2 vniuersali vsus est. † Quanquam enim differt in eo pluralitas ab vniuersalitate quòd vniuersalitas nunquam resoluitur in suas singularitates, quas scilicet non continet tanquam singulas sed tanquam in vniuersum collectas vt idem Bartolus fatetur *ad §. vlt. d. l. falsa.* vt proinde ex proprietate verborum repellendus sit fideicommissarius si in alterutrius tantùm persona fideicommissi conditio extiterit, placet tamen contrariam videri testantis voluntatem, quæ maximè in conditionibus omnibus dominatur *l. in conditionibus. 19. de condic. & demonstr.* præsertim verò in fideicommissis *lege heredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad S.C. Trebellia.* Sic Bartol. Imol. & Alexand. *in d. §. cùm ita*, & alij plerique quos refert & sequitur Didacus Co-
3 uar. *in cap. Raynutius. §. 8. num. 4.* † Hæc ita si non superfit talis persona quæ ex præsumpta mente defuncti debeat excludere substitutũ siue sit illa ex descendentibus *vt Bar. voluit ad d. §. cùm ita. ex l. pen. C. de impub. & alijs subst.* Siue etiam ex transuersalibus dummodò proximior ad succedendum ab intestato, quomodo plerique tradiderunt. Addunt vulgo aliam exceptionem, nisi factum sit fideicommissum in ea re in qua etiam post agnitionem ius adcrescendi locum habere possit puta in vsufructu, aut habitatione *leg. 1. §. vltim. D. de vsufr. adcresc.* Tunc enim videri testatorem voluisse substituto præferre coniunctum ad conseruandum inter eos ius adcrescendi *ex leg. codicillis.*
4 *34. in princip. vbi Bart. de vsufr. legat.* † Quasi hoc casu eadem ratio sit fideicommissariæ, quæ vulgaris substitutionis. In qua communiter receptum est vt qui pluribus institutis substitutus vulgariter fuit, siue simpliciter hoc modo *Heredibus meis Caium substituo* [quibus verbis constat non contineri fideicommissariam sed solam vulgarem quia tractum temporis non habet vt nostri tractant *ad leg. centurio de vulgar. & pupillar. substitut.*] siue cum dictione collectiua *si neuter heres erit* non aliter admittatur quàm si in vtriusque persona verificetur conditio, hoc est si neuter heres fuerit. Neque enim hic potest resolui pluralitas in suas singularitates *l. quarumis. 4.* vbi latè post Bartolum & cæteros Decius *C. de impub. & alijs substit.* Siue quod vt Bartolus tradidit vtraque singularitas respiciat hoc casu vnum eundémque effectũ, hoc est ius succedendi in vna vnius hominis hereditate, siue potiùs quòd vulgaris substitutionis formulam necesse sit concipi per negationem. Propositionis autem negatiuæ natura illa sit vt si in vno sit falsa, in totum falsam eam esse oporteat *l. si is qui ducenta. 13. §. cùm ita De reb. dub.* Siue denique quòd vulgaris substitutio locum non habeat nisi in casum non aditæ hereditatis *l. post aditam. 5. Cod. de impub. & alijs substitut.* ac proinde casum quo locus sit iuri adcrescendi, cuius vtique conseruandi voluntatem habuisse
5 testatorem credendum est. † Nam quod dici solet ius substitutionis esse potentius iure adcrescendi *leg. 2. §. si duo. D. de bonorum possess. secund. tab.* tunc tantùm verum est cùm alicui ex coniunctis nominatim & specialiter substitutus datus est, non autem cùm in dubio testator reliquit vtrum præferri voluerit, vt contra Alexandrum disputat Decius *in dict. l. penultim. C. de impub. & alijs substitut.* Differt ergo secundum nostros vulgaris substitutio à fideicommissaria, præterquam his duobus casibus. Si inter honoratos locus sit iuri adcrescendi etiam post agnitas portiones siue ex natura rei id procedat, siue ex voluntate testatoris *d. l. codicillis.* Et, si talis persona superfit quæ ex verisimili & præsumpta mente defuncti excludat sub-
6 stitutum *d. l. penult. C. de impub. & alijs substitut.* † In pupillari idem nostri tractant quod in fideicommissaria. Nimirum si quis duobus impuberibus ita substitutus sit *si vterque decesserit*, non induci reciprocam inter impuberes, sed admitti substitutum alterutro decedente quoties non superest persona magis dilecti, hoc est si modò substitutus sit ex liberis. Nam cùm pupillariter substituere nemo possit nisi propriis liberis, semper accidit cùm substitutus est extraneus aut alius quilibet extra liberos vt superfit frater defuncti impuberis fauorabilior substituto, & consequenter vt priore ex impuberibus decedente excludatur substitutus, præferatúrque frater non tam ex proprietate dictionis illius collectiuæ *vterque*, quàm ex mente patris, quem verisimile est voluisse vt frater fratri non ex testamento & reciproca tacita pupillari, sed ab intestato succede-

ret, substitutus verò ita demum ex substitutione admitteretur si nouissimus quoque impubes decederet, quasi hoc casu nouissimo tantum substitutus sit qui vtrque substitutus est *dict. l. pen. & l. vel singulis. 37. D. eod.* Neque intererit an ita testator dixerit, *si vterque impubes decesserit*: an ita *si impuberes decesseritis*. Substitutũ enim vtroque casu excludi placet, si non sit ex liberis. Quæ Accursij sententia est à cæteris recepta *in l. si pater. 25. in verb. substituerit. eodem tit.* Si sit ex liberis & æquè dilectus, vtroque casu fratri superstiti præferetur *arg. d. §. cùm ita. l. heredes mei. ad S.C. Treb.* vbi hoc ipsum in substitutione fideicõmissaria creditur Papinianus respondisse. Atque hęc quidem, vt dixi receptior nostrorum traditio est.

7 † Sed an in omnibus vera sit, ego sanè quàm maximè dubito. Nam quod ad fideicommissariam substitutionem pertinet, non possum illud concoquere quod volunt admitti fideicommissarium ad portionem deficientem si in vnius tantùm persona condicio extiterit, cùm per dictionem collectiuam concepta conditio est, siue de prioris defuncti siue de nouissimi portione disputetur. Imò necesse arbitror vt in vtriusque persona conditio existat, priusquàm fideicommissarius admittatur. Idque non tantùm ex proprietate dictionis collectiuæ, quod omnes fatentur, sed etiam ex apertissima testatoris voluntate. Iuris siquidem regula est ad vltimas voluntates non minus quàm ad contractus pertinẽs, Propositionem, aut orationem quæ sumitur ex vniuersis non aliter veram esse quàm si in omnibus vera sit, *d. l. si is qui ducenta. 13. §. verum. de reb. dub.* Nec sanè vllus iuris locus est qui repugnet præterquàm *in d. l. heredes mei. §. cùm ita ad Trebel.* Cuius quoniam obscurissima est sententia necdum fortassis à quoquam bene explicata, dicendum nobis est paulò latius quid Papinianus eo responso sensisse videatur.

CAPVT XVIII.

Interpretatio §. cùm ita. l. heredes mei. 57. D. ad S.C. Trebel.

SVMMARIA.

1 *Species & quæstio* d. §. cum ita.
2 *Ratio dubitandi in quæstione d. §. quæ est de portione nouissimi sine liberis defuncti.*
3 *Sensus responsi Papiniani ad propositam quæstionem.*
4 *Quomodo posteriorem substitutionem in specie d. §. propositam idem Papinianus interpretetur?*
5 *Duas esse in eadem specie conditiones, sicut duæ sunt substitutiones.*
6 *Cur in specie d. §. posterior conditio ita concepta sit, si* vterque sine liberis decesserit?
7 *Dictionem* vterque *in specie d. §. collectiuè non stare quod ad conditionem, sed quod ad effectum & commodum posterioris substitutionis.*
8 *Neptem in eadem specie nonnisi nouissimo substitutam videri.*
9 *Duas illas substitutiones non esse æquè principales sed gradatim & ordine factas.*
10 *Cur priorem substitutionem in posteriore contineri necesse sit?*
11 *Alia forma concipiendæ substitutionis fideicommissariæ a Papiniano in d. §. proposita.*
12 *In quo vtraque formula differat?*
13 *Cessante prima substitutione in specie d. §. posteriorem non ideo minus locum habere, & vicissim cessante posteriore priorem saluam esse.*
14 *Si duabus substitutionibus æquè principalibus & disiunctis nouissimo decedenti auus neptem substituerit in nouissimi tantum portione, & sub hac conditione,* si vterque sine liberis decesserit, *an in nouissimi persona conditionem existere sufficiat, vt neptis ad eius portionem admittatur?*
15 *Contra Interpretes disputatur, non sufficere si in nouissimi persona conditio existat.*
16 *Respondetur rationi ab Interpretibus pro sua sententia allatæ.*
17 *Duplex error Bartoli & sequacium in interpretatione* d. §. cum ita.
18 *Multum interesse, quod ad diuisionem conditionis pertinet, an personarum quibus conditio adscripta est, enumeratio aliqua facta sit, nec ne.*
19 *Refellitur alia Bartoli ratio.*

PAter † duobus filiis institutis ita scripserat *Fidei filiorum meorum committo, vt si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit partem suam superstiti fratri restituat: Quod si vterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo.* Priore mortuo superstite filio, nouissimo autem sine liberis, quærit Papinianus an ad portionem nouissimi substituta neptis admitti debeat. Non ergo quærit de portione prioris defuncti, de qua nec poterat vlla incidere quæstio, quamuis & ipse sine liberis decessisset. Nimirum propter reciprocam disertè factam inter fratres, cuius potestate frater superstes ad fideicommissum vocatur, exclusa prorsus nepte perinde ac alio quolibet substituto. 1
† Sed de portione nouissimi sine liberis defuncti caussa dubitandi illa erat, quòd neptem auus substituerat sub ea conditione *si vterque filiorum sine liberis decederet*, quæ condicio defecisse videbatur, priore superstitibus liberis defuncto. Itaque prima facie propter condicionis verba neptis excludebatur Sed tamen contra Papinianus respondet, absurdum sibi videri cessante prima substitutione, patris nepti petitionem denegari, quam totam habere voluit auus si nouissimus fratris quoque portionem suscepisset. 2
† Sensus est, ni fallor, Patrem in proposita specie duos substitutionis gradus fecisse, Priorem illum substitutionis reciprocæ inter fratres, vt qui prior sine liberis moreretur, partem suam superstiti fratri restitueret, Posteriorem pro nepte si vterque sine liberis decederet. 3
† Hanc verò posteriorem substitutionem sic Papinianus interpretatur, vt soli nouissimo facta sit. Et rectè. Nam quemadmodum substitutio fideicommissaria facta vltimo decedenti in tota hereditate inducit reciprocam fideicommissariam inter heredes, vt diximus in præcedentibus *ex l. Titia Seio. 87. §. Seia libertis. de legat. 2.* Ita facit reciproca illa quæ expressa est inter fratres substitutio vt non possit videri neptis substituta priori sine liberis morienti, sed tantùm nouissimo *leg. si pater. 25. Digest. de vulgar. & pupillar. substit.* Prior enim substitutum alium habuit, fratrem videlicet superstitem. Nec ad rem pertinet, quòd non in nouissimi tantùm portione substituta neptis proponatur, sed in tota hereditate. Id enim fit ex vi prioris substitutionis reciprocæ, per quam fieri posse cogitauit pater, vt tota hereditas ad nouissimum perueniret. Quo casu eandem quoque totam ex nouissimi persona ad neptem nouissimo substitutam peruenire voluit. 4
† Inde verò sequitur, sicuti duæ sunt substitutiones, ita duas esse condiciones, Prioris substitutionis vnam, Posterioris alteram. Prioris conditio illa est, si prior sine liberis decesserit. Posterioris verò, quam soli nouissimo factam dicimus, conditio alia esse non potest quàm 5

hec

hæc *si nouissimus sine liberis decesserit*. Cur enim nouis-
simo auus neptem substituisset sub ea condicione *si*
prior quoque sine liberis decederet, cùm eo casu euenien-
te non neptem ille vocaret, sed filium, qui superesset?
6 † Atqui, inquies, non sic concepta condicio est *si nouis-*
simus, sed ita *si vterque sine liberis decesserit*. Nimirum
quia cogitans pater de danda nepti non tantùm no-
uissimi portione, sed tota etiam hereditate, necesse ha-
buit prioris substitutionis repetitionem quandam in-
ducere, sine qua facere non poterat vt tota hereditas
ex solius nouissimi persona ad neptem perueniret: i-
psam porrò substitutionem repetere non potuit quin
ipsius etiam repeteret condicionem. Ita ergo factum
est vt substituendo soli nouissimo sub ea tantùm con-
dicione, Si ille sine liberis moreretur, & repetendo
priorem substitutionem priori decedenti factam sub
illa quoque licèt alia numero condicione, *si prior sine*
liberis decederet necesse fuerit posteriorem substitutio-
nem compendio verborum ita concipi *si vterque*, Non
ad suspendendum duplici cõdicione euentum ipsius,
sed ad inducendum ex separato duplicis substitutio-
nis euentu effectum illum vnum, quem animo conci-
piebat auus, vt ex solius nouissimi persona omnis he-
7 reditas ad neptem perueniret. † Itaque dictio illa col-
lectiua *vterque* non stat hîc collectiuè quod pertinet
ad condicionem posterioris substitutionis quasi vo-
luerit auus neptem substitutam nouissimo ita demum
admitti si prior quoque sine liberis decederet, sed stat
collectiuè quod pertinet ad effectum & commodum
posterioris substitutionis, hoc est ratione rei per fidei-
commissum relictæ, nempè totius hæreditatis. Quia
ad colligẽdas in persona vnius neptis vtriusque filij
portiones necessarium fuit prius colligi, & velut in v-
num corpus redigi vtramque substitutionem, & sub-
stitutionis vtriusque condicionem. Alioqui non pos-
set secunda substitutio quantumuis, vt cum nostris
loquar, purificata facere, vt ex persona solius nouissi-
mi plus habeat neptis, quàm nouissimus ipse habue-
rit. Atqui non potest tota hereditas ad superstitem
fratrem peruenire, si non prior quoque sine liberis
decesserit. Vt ergo tota ad neptem perueniat prioris
quoque illius substitutionis condicionem existere ne-
8 cesse est. † Cæterùm, non nisi nouissimo substitutam
videri neptem ex eo apparet, quòd si ponas vtrumque
filium sine liberis decedere, atque ita vtriusque sub-
stitutionis condicionem existere, non ideò succedet
neptis vtrique sed soli nouissimo, vt apertè Papinian.
docet illis verbis, *si nouissimus fratris quoque portionem*
9 *suscepisset*. † Itaque quod testator in exprimenda con-
dicione posterioris fideicommissi dictione collectiua
vsus est, ex necessitate potiùs quàm ex voluntate fa-
ctum videtur propter aliam illam dictionem colle-
ctiuam *omnem* in eiusdem fideicommissi dispositione
expressam, atque vt dixi quasi in necessarium antece-
dens dispositionis huiusmodi vniuersalis, quæ aliter
effectum habere non poterat. Et, vt dicam apertiùs,
duæ illæ substitutiones non sunt æquè principales
sed gradatim factæ & ordine, aut potiùs, vt loquar
cum Paulo *in d. §. Seia libertis*, duo gradus sunt vnius
10 substitutionis. † Vnde fit vt priorem in posteriore
contineri necesse sit, non vt posterioris condicio eue-
niat quæ scilicet nihil commune habet cum prioris
condicione, sed vt posterior talem effectum pariat,
qualem testator voluit, hoc est vt non nouissimi dece-
dentis tantum portionem comprehendat, sed etiam
prioris: quod nisi per gradum euentúmque prioris re-
11 ciproce fieri non potest. † Siue igitur testatoris volun-
tatem consideres siue effectum ipsum nihil interest
an ita scriptum sit, vt apud Papinianum: an ita bre-
uiùs, *Filij mei heredes sunto: Qui ex ipsis vltimus sine li-*
beris morietur totam hereditatem meam neptis mea Clau-
dia restituat. Nam & his verbis constat induci recipro-
cam inter fratres *d. §. Seia libertis*. † Differentia tantū 12
est quod reciproca hæc est tacita quæ apud Papinia-
nū est expressa, cæterùm vtroque casu duo sunt gradus
substitutionis. vtroque casu fideicõmissum totius he-
reditatis à solo nouissimo relictū intelligitur, tametsi
in portione tantùm hereditatis esset ille institutus.
Ideóque vtriusque substitutionis condicionem eue-
nire vtroque casu necesse est ad hoc vt totam heredi-
tatem neptis habeat: † Quemadmodum ergo ita con- 13
ceptis verbis fideicommissi *Qui ex filijs meis vltimus*
morietur sine liberis omnem hereditatem Claudia nepti
mea restituat, absurdum esset dicere cessante reciproca
tacita & priore mortuo superstite filio, nouissimo au-
tem sine liberis, petitionem partis denegari nepti
quam totum habere voluerat auus si nouissimus fra-
tris quoque portionem suscepisset, tiempe quia pror-
sus inepta fuerit illa consecutio vt is cui totum testa-
tor dedit ex eo solo partem habere nequeat, quòd ad
totum admitti non possit [non enim à toto ad partem
valet argumentum negatiuè, sicut nec à parte ad to-
tum affirmatiuè] ita & in ea specie quam Papinianus
tractat, idem admittendum est, nil obstante dictione
illa collectiua, quæ vt dixi non facit condicionem in
posteriori substitutione ad excludendam omnino ne-
ptem si alteruter tantùm sine liberis decesserit, sed
priorem substitutionem eiúsque condicionem inclu-
dit, ad hoc vt prioris substitutionis non tam natura &
condicio quàm commodum in posteriorem gradatim
deuoluatur. Idque est quod Papinianus significat,
cùm ait *cessante prima substitutione* nimirum moriente
priore cum liberis non ideò cessare posteriorem sub-
stitutionem, sed priorem duntaxat, cùm etsi ex con-
trario decessisset prior sine liberis, non idcirco poste-
rioris substitutionis condicio extitisset sed prioris.
Porro nihil vetat cessante priore substitutione poste-
riorem habere locum, & vicissim cessante posteriore
priorem saluam esse. † Fac igitur non duos esse gradus 14
substitutionis, sed vnicum duntaxat, puta si testator
nulla præmissa reciproca aut expressa aut tacita sic
simpliciter scripserit *Filij mei heredes sunto, si vterque si-*
ne liberis decesserit omnem hereditatem ad neptem meam
Claudiam peruenire volo. [hac enim formula nullam
inter fratres tacitam reciprocam induci non minùs
verum quàm receptum est.] Aut si mauis, fac duas es-
se substitutiones non ordine & gradatim factas, &
quarum posterioris non euentus, sed effectus à priori
pendeat vt *in dict. §. cum ita*. sed æquè principales
prorsúsque discretas, puta si nouissimo decedenti a-
uus neptem substituerit non in tota hereditate, quæ
sola dictio substitutionum ordinem & gradus indu-
cit, sed in ipsius nouissimi tantùm portione sub ea ta-
men condicione, *si vterque filius sine liberis decesserit*:
An in nouissimi persona existere condicionem suffi-
ciet, vt saltem ad illius portionem neptis admittatur?
Ego non puto, in eóque non tam à Papiniano quàm
à nostris dissentio, qui Papiniani responsum tam ele-
gans ad aliam speciem accomodatum ad istas prorsus
dissimiles trahunt. In istis enim dici non potest, cur
testator in concipienda condicione vsus sit dictione
collectiua & vniuersali, nisi vt vtriusque condicionis
euentum in singulorum persona & portione coniun-
ctim requireret. † Itaque nepti partem his casibus 15
persequenti non tantùm obstant verba fideicommis-
si, sed etiam sententia testatoris, quia cessat ratio illa.

Sf 4

que hoc iuris sit vt ad deficientem prioris fratris suc-
cessionem non admittatur substitutus extraneus;
quia superfit persona dilectior, scilicet fratris super-
stitis. Ad portionem verò nouissimi ex voluntate te-
statoris admittatur, quoties non superest, cui magis
fauendum sit quàm substituto. Hanc vnam eos a-
gnoscere differentiam necesse est, quod in fideicom-
missaria non ita facile contingit, vt persona quæ su-
perest dilectior sit substituto. Potest enim omnibus
fieri etiam extràneis pupillaris verò non nisi liberis,
iisque impuberibus *leg. 2. l. verbis, 7. l. coheredi. 41. §. cùm*
3 *filio. & pass. De vulgar. & pupill. substit.* † Mihi verò
longè aliud iudicium est. nec dubito quin distin-
guenda sit in quæstione ista pupillaris substitutio à
fideicommissaria: sed tamen longè aliter quàm olim
Dinus distinxerit. Ille enim existimabat pupillarem
substitutionem factam impuberibus *si vterque impu-
bes decederet* non nisi vtroque decedente admittere
substitutum siue prior siue posterior tantùm impu-
bes decesserit. Fideicommissariam verò factam plu-
ribus sub ea condicione *si vterque sine liberis morere-
tur* in cuiuslibet sine liberis decedentis portione
4 confestim existere. † At ego in contrarium sic sen-
tio, in pupillari substitutione dictionem illam colle-
ctiuam non requirere euentum condicionis in per-
sona vtriusque, sed alterutrius obitum sufficere vt in
illius hereditate substitutio locum sibi vindicet, siue
prior ille sit siue posterior si substitutionis naturam
spectes, sin voluntatem patris, ita demum si de vlti-
mi decedentis successione controuertatur, siue ex
priore pubere supersint liberi siue non, Reiecta e-
tiam illa distinctione Baldi *in dict. leg. penultim.* quam
& refert, & sequitur Castrensis *ad dict. §. cùm ita. nu-
mero tertio.* An substitutus sit in pari gradu succeden-
di cum liberis præmortui puberis: an in remotiori
aut omnino extraneus. In fideicommissaria verò si-
ue ex verbis siue ex voluntate testatoris vim fidei-
commissi metiare, perpetuum illud esse vt in vtrius-
que persona condicionem euenire necesse sit, præ-
terquam si reciproca præcesserit inter grauatos siue
expressa vt *in dict. §. cùm ità*, siue tacita, vt *in dict. §.*
5 *Seia libertis.* † Dissimilitudinis caussam illam adfero,
quòd pater qui pluribus liberis pupillariter substi-
tuit licet sub illa condicione *si vterque impubes decesse-
rit*, vtrique separatim heredem dare intelligitur, &
quidem purè. illa enim verba vulgaris substitutionis
pupillaris *si impubes decesserit*, ideò tantùm adiiciun-
tur vt appareat nolle patrem filio testamentum face-
re nisi in eum casum in quem potest, id est si filius
impubes decedat Cæterùm non faciunt vt pupillari
substituto hereditas pupilli sub condicione deferri
videatur, non magis quàm si quis ita heredem insti-
tuat *Titius si ego moriar heres mihi esto.* Nam & hæc
institutio pura est, nec condicione illa, quæ tacitè
inerat vllo modo suspenditur *leg. 3. de legat. 1. leg. in
condicionibus. 29. §. 1. leg. aliquando. 107. de condit. & de-
monstr. leg. si dies. 21. § fin. & l. si Titio. 22. § 1. Dig. quand.
dies legat. ced. leg. institutio talis. 10. §. vlt. leg. verba hæc.*
6 *12. Digest. de cond. instit.* † Quod cùm ita sit apparet
naturam pupillaris substitutionis non pati, vt iis
verbis, *si vterque impubes decesserit* interpretemur vo-
luisse patrem non prius admitti substitutum ad al-
terutrius hereditatem, quàm in vtriusque persona
condicio extiterit. Cùm neque huic neque illi ex
liberis det heredem sub condicione, sed vtrique pu-
rè, in eum tamen casum quo lex ei permittit vt pro v-
troque testetur, hoc est. quo vterque impubes dece-
dat. Itaque moriente alterutro impubere confirma-
tur in persona eius substitutio pupillaris, quæ ipsius
testamentum est, sicut & cuiuslibet patrisfamilias
testamentum morte ipsius confirmatur, & ab eo
tempore vires habere incipit. Institutio autem in
persona substituti pura est, quoniam statim atque
mortuus est impubes, nulla amplius condicio im-
plenda superest. quæ intereà delationem aut adi-
tionem hereditatis remoretur. † Vnde illud etiam 7
fit quod nostri omnes fatentur, & rectè, vt si prior
pubes decesserit, nouissimus verò impubes, perin-
de ad nouissimi hereditatem admittatur is qui sub-
stitutus fuerat si vterque decederet acsi ita fuisset
substitutus *si alteruter* aut quod idem est *si quis eorum* 8
impubes moreretur. † Indeque nimirum dubitandi
caussa nascebatur in quæstione *dicta leg. penultim. Cod.
de impuber. & aliis substitut.* vt defuncto priore impu-
bere alio etiam superstite substitutus ad defuncti
partem admitteretur, quomodo admittendum eum
Proculiani fortasse contra Sabinianos existimabant
ex verbis & natura substitutionis. Nam si verum
est quod diximus, ea verba *si filius impubes decedet* non
facere vt pupillus heredem sibi habeat sub condi-
tione, sed vt habeat purè, vtique consequens est pa-
trem qui duobus liberis ita substituit *si vterque
impubes decederet* non vtriusque obitum in condi-
tione substitutionis singulorum ponere voluisse,
sed potiùs vtrique substituere: ac proinde singulis
heredem dare. Præsertim cùm insolita & prorsus i-
nepta futura sit pupillaris substitutionis formula si
ità concipiatur, *Si Titius filius meus heres erit & in
pupillari ætate decesserit, nec tantùm ipse sed alius quoque
filius meus Sempronius, Mæuium eidem Titio substituo.* †
Itaque falluntur egregiè meo iudicio qui putant in
specie *dict. l. penult.* repellendum substitutum à prio-
ris impuberis hereditate ex verbis substitutionis pro-
pter dictionem illam collectiuam *vterque.* Cùm ta-
men fateantur admittendum eum ad nouissimi he-
reditatem, licet prior pubes decesserit. Et verò vt
Sabini sententiam Iustinianus probet substitutum à
prioris successione repellentis, non ex verbis substi-
tutionis mouetur, sed ex verisimili voluntate patris;
quem ait cogitasse vt primo filio decedente super-
stes frater in eius portionem succederet. Ergo pro
substituto faciebant verba substitutionis, quemad-
modum facerent si de nouissimi hereditate ageretur;
quo casu cessaret illa Sabini ratio quæ in portione pri-
mi cōtrariam verbis interpretationem extorsit. † Præ- 9
sumptam autem illam patris voluntatem coniiciebat
Sabinus, non tantùm ex fauore fratris superstitis cui
verisimile non sit voluisse patrem præferre substitu-
tum extraneum, vt vulgo creditur, sed ex illo etiam
fortasse quod pater proponebatur non ita simpliciter
substituisse *si vterque filius meus impubes decesserit, Sem-
pronius heres esto* sed adiecta dictione *mihi* vt probant
verba illa *sibi illum heredem esse* † Quæ adiectio tam- 10
etsi non faciat vt eo minus censeatur pater substituis-
se pupillariter *lege prima. §. primo, Digest. de vulgari &
pupillari substitutione. leg. si ita scriptum. 8. §. qui filio. Di-
gest. de bonorum poss. secund. tabul.* facit tamen vt quem-
admodum patris vna est hereditas: ita pater sibi he-
redem constituendo si vterque filius impubes dece-
deret, non vtrique filio sed vni duntaxat substituisse
videatur, ac proinde nouissimo non priori decedenti.
† Nec sanè improbabilis quamquam noua est nostra
hæc coniectura, ex qua illud efficietur non fore lo-
cum Sabini sententiæ si proponas ita factam pupilla-
rem substitutionem *si vterque filius meus impubes deces-
serit Sempronium eis substituo argum. l. vltim. Digest. ad*

S.C.Trebellian. in illis verbis *Quia, Eis, vel Eis, verba vtrosque fratres complecterentur.* Quibus enim obsecro verbis possit pater vtrique filio apertiùs substituere? Aut quid interest, an vtrique substituat, an singulis separatim si vnumquemque eorum decedere testatum velit? † Sanè si nec eis nec sibi dare se heredem
33 dixerit, sed simpliciter substituerit hoc modo, *si vterque impubes decesserit Sempronium substituo*, admittam faciliùs eam videri voluntatem patris vt inter fratres conseruetur ius integrum legitimæ successionis, Sempronius verò soli nouissimo substitutus videatur non vtrique *leg. qui duos. 42. vbi Castrens. de vulgar. & pupill. substitution.* Hæc enim interpretatio & fratri superstiti fauorabilior est, & verbis satis conuenit, non quod excludendus sit substitutus, si non vterque impubes decesserit (alioqui nec ad nouissimi decedentis hereditatem admittendus esset præmortuo alio pubere) sed quod dictio collectiua aliqualem coniecturam præbeat quod noluerit pater alterutro filio superstite admitti substitutum ad præmortui successionem, sed præferri fratrem ab intestato.
34 † Vnde etiam fit quod nostri passim docent, & ego probo, vt si ab intestato frater fratri succedere aut nolit aut non possit, puta quòd sit consanguineus tantùm, qui proinde à matre defuncti excludatur *Authent. defuncto Codic. ad Tertyll.* non excludat ille substitutum, quemadmodum cap. 14. suprà diximus ex Didaco qui alios refert & communem asserit ad *cap. Raynutius. §. 3. numer.* 5. Admittitur ergo illo casu substitutus ad præmortui hereditatem, ad quam sanè non esset admittendus, nulla extrinsecus accedente coniectura voluntatis, si ex vi & potestate dictionis collectiuæ potiùs quàm fauore superstitis fratris extra illum casum excluderetur: maximè cùm cæteris paribus mater fauorabilior sit extra-
35 neo quolibet substituto. † Quid igitur si in specie *dict. leg. at. penultim.* non extraneus substitutus fuisset sed alius quidam ex liberis? Fieri siquidem potest, & verò ita fieri moris est, vt quibusdam liberis alios liberos pater substituat *leg. potest. 36. §. vltim. cum seqq. de vulgar. & pupill. substitut.* An priore defuncto impubere solus frater substitutus admitteretur? Id sanè consequens videtur sententiæ Bartoli, qui toties substitutum præfert quoties persona quæ superest in pari aut remotiori gradu est. Sic enim ille *ad dict. §. cum ita numer. 3. & in fin.* Sed contraria sententia verior est, vt concurrat superstes pupillus cum fratre substituto in successione intestati fratris, quod & Castrensis ipse probat *ad dict. leg. penultim. numer.* 6. tametsi in cæteris Bartoli distinctio-
36 nem laudet. † Mouetúrque ex *l. cum auus. 102. de condic. & demonstr.* in cuius specie rogato nepote vt intra annum trigesimum moreretur hereditatem restitueret patruo eidémque coheredi, non facit ea substitutio quominùs in caussa successionis præferantur ab intestato nepotis liberi, excludántque patruum magnum à fideicommissi petitione. Me autem illud magis mouet, quòd excludendi substituti siue extraneus ille sit siue ex liberis, eadem semper subsit caussa quandiu superest alter ex impuberibus. Nempe quòd substitutus simpliciter *si vterque sine liberis decederet* non nisi nouissimo decedenti substitutus videatur, ad conseruandum inter fratres præsertim impuberes succedendi ius ab intestato *d. l. qui duos 42. de vulg. & pupill. substit.* Nec obstabit si quis obiiciat interesse pupilli testamentarium heredem habere potiùs quàm legitimum *l. Iulianus. 42. alias l. si pupillus. de acquir. hered.* Id enim fallit cùm legitimum heredem habiturus est fratrem, maximè impuberem qui alterius fratris impuberis vitæ insidiari nequeat: quo solo intuitu pupillaris substitutio pupillo commodior, & fauorabilior esse existimatur. † 37
Porro quod dicimus ita concepta substitutione *si vterque impubes decesserit, Sempronium substituo* non tam propter dictionem collectiuam quàm ex præsumpta patris voluntate excludi substitutum à prædefuncti impuberis hereditate, probari etiam nec ineleganter potest ex eo quod vulgo receptum est, si pluribus facta sit pupillaris substitutio absque vlla dictione collectiua hoc modo *si in pupillari ætate decesserint*, perinde substitutum excludi quandiu aliquis ex impuberibus superest, ac si dictionem collectiuam pater adiecisset. Ita nostri communiter *in d. l. penultim.* post Accursium *in l. si pater 25. D. de vulgar. & pupilar. substit.* eámque sententiam receptissimam esse Didacus suprà dicto loco refert. Nimirum quòd hoc etiam casu illa vrgeat coniectura voluntatis paternæ vt frater fratri intestato succedat, substitutus autẽ soli nouissimo. Idque est, ni fallor, quod non obscurè Iurisconsultus docet *in l. vel singulis. 37. eodem.* non aliter videri patrem pluribus liberis substituentem velle neminem eorum intestatò decedere, quàm si singulis substituat, vt intelligamus cæteris omnibus casibus ad conseruandum inter liberos ius integrum legitimarum hereditatum ita interpretandam substitutionem, vt soli nouissimo facta sit. Et hæc dixisse sufficiat ad explicationem *d. l. pen.*

Capvt XX.

De differentia pupillaris, & fideicommissariæ substitutionis, & quid si post mortem plurium relictum sit fideicommissum.

SVMMARIA.

1 *Prima differentia inter pupillarem & fideicommissariam substitutionem.*

2 *Casus quo ex fideicommissaria substitutione in alterutrius decedentis portione succ. de potest. licèt in vtriusque persona conditio non extiterit.*

3 *Speciem de fideicommissaria substitutione initio capitis tractatam nihil commune habere cum specie* l. auus. ff. de cond. & demonst.

4 *Cur in* d. l. auus. *fideicommissum deficiat?*

5 *Cur priore ex grauatis heredibus sine liberis moriente, substitutus sub ea conditione* si vterque sine liberis decederet, *non statim ad mortui portionem admittatur?*

6 *An ille substitutus ad nouissimi partem admittatur si in prioris persona conditio defecerit?*

7 *Quid iuris si duobus extraneis institutis & restituere rogatis, si vterque sine liberis decesserit, in prioris decedentis persona existat conditio, in alterius verò nec dum exstat, nec deficiat?*

8 *An in alterutrius persona conditionem extitisse sufficiat, si non collectiuè sed simpliciter ita scripserit,* rogo vos vt si sine liberis decesseritis hereditatem restituatis Sempronio?

9 *Reiicitur Bartoli ad dictam quæstionem restrictio.*

10 *Respondetur ad §.* item si paterfam. l. si is qui ducenta. ff. de reb. dub.

11 *Vulgarem substitutionem duobus factam nonnisi ad vnum effectum tendere.*

12 *Quid in specie* d. §. *fauorabiliorem pro liberis interpretationem inducat?*

13 *Extrema d. §. verba Triboniani non Iuliani esse.*

14 *Iulianì mentem & sententiam in d. §. eam non fuisse quam*

quam Tribonianus credidit.
15 *An Iuliano in specie d. §. absurdum visum fuerit vt filio herede instituto extraneus per substitutionis interpretationem misceretur?*
16 *Quis in d. §. sensus sit formulæ huius negatiuæ,* si mihi filius aut filia heres non erit?

1 EX† quibus manifestum relinquitur quanta differentia sit inter pupillarem, & fideicommissariam substitutionem, cùm vtraque concepta est sub nomine collectiuo. Nam ex pupillari admittitur substitutus ad hereditatem nouissimi decedentis licet in persona prioris condicio defecerit, idque non tantùm ex voluntate testatoris, quia cesset ratio illa Sabini quæ substitutum à prioris hereditate excluderet, sed etiã de rigore verborum, vt probauimus, quoniam pupillariter substitutus *si vterque decederet* soli nouissimo substitutus intelligitur: *d. l. qui duos. 42. de vulg. & pupill. substit.* Ex fideicommissaria verò non magis in vltimi quàm in prioris decedẽtis portione succedi potest, siue rigorem verborum inspicias siue, testãtis voluntatem, nisi in vtriusque persona condicio extiterit.
2 †Excepto casu singulari de quo Papinianus *in §. cùm ita. l. heredes mei. 57 ad S.C. Trebell.* propter specialem rationem quam nos cap. 18. enarrauimus. Nec vllus iuris locus est qui distinguat an supersit persona aliqua dilectior fideicommissario an nulla, præterquàm cùm quis ex descendentibus alteri hereditatem restituere rogatus est.
3 †Quo casu placet rogati liberos ex tacita voluntate testatoris & vt Papinianus loquitur coniecturâ pietatis excludere fideicommissariam *l. cùm auus. 102 de condic. & demonst. l. generaliter. 6. §. cum autem. C. de instit. & substit. l. cùm acutissimi. 30. C. de fideicomm.* Sed nihil habet ea res commune cum eo de quo nunc disputamus. Ibi enim plus dictum, minus scriptum inuenitur, in quo nihil absurdi est, Hic verò si ad vltimi portionem post defectam in prioris persona condicionem admitteretur fideicommissarius plus scriptum quàm dictum inueniretur, quòd nec volũtatis nec veritatis ratio patitur.
4 † Sed neque verum est in ea specie fideicõmissum deficere propterea quòd superesset persona quæ testatori charior fuisset quàm substitutus. Deficit enim propter liberos nepotis de quibus testator non cogitauerat, quique nec tùm cùm testamentum fieret, cõcepti erant: Cùm tamen substitutus esset per fideicommissum nepoti si intra trigesimum annum moreretur. filius ipse testatoris non solùm duplici gradu proximior, sed etiam testatori cognitus, adeóque coheres ab eo institutus: Captâ scilicet coniecturâ pietatis non solùm ex voluntate & adfectione aui erga pronepotes: quamquã & ea quoque magna ratio est quod attinet ad portionem in qua nepos fuerat institutus, sed etiam ex officio patris erga filium, in persona ipsius nepotis, quòd impium alioqui futurum esset ea bona quæ nepos ab auo ex institutione accepisset, liberis ipsius nepotis auferri vt ad patruum deuoluerentur: quomodo nos pluribus explicauimus lib. 7. cap. 14.
5 † Ergo si quæras cur moriente sine liberis priore ex grauatis heredibus non admittatur confestim is quem testator vocauit sub ea condicione *si vterque sine liberis decederet*, nõ respondebo cum Bartolo, quia supersit persona dilecta (idẽ enim admittam etiamsi ab extraneis heredibus fideicõmissum relictum sit filio aut proximiori agnato) sed, quia fideicommissi condicio non extitit.
6 †Eademque ratione cõtendam nec ad nouissimi partem admitti eum debere, quisquis tandem ille sit, si in prioris persona condicio defecerit. Idque non minùs ex testatoris voluntate quàm ex vi dictionis collectiuæ. Nam & id voluisse quisq; præsumitur quod dixit *l. Labeo. 7. § ad Tubero. D. de supellect. legat.* nec aliter à significatione verborũ recedi oportet, quã cùm manifestum est aliud sensisse testatorem *l. non aliter. 69. de legat. 3.*
† Quid igitur si duobus extraneis institutis, & restituere rogatis *si vterque sine liberis decederet* in prioris decedentis persona existat conditio, in alterius verò, necdum existat, nec deficiat? Non potest vtique videri testator conseruare voluisse ius legitimæ successionis sicut nec ius adcrescendi inter grauatos, vt ex nouissimi persona totum perueniret ad fideicõmissarium, cùm ipsi nec ab intestato possint inuicem sibi succedere, nec habere ius adcrescendi post agnitas portiones. Vt proinde mirum non sit dictionis collectiuæ aliam esse vim in pupillari substitutione quæ non nisi liberis fieri potest, aliam in fideicommissaria quæ & extraneis fieri potest, & cùm liberis fit non sic tanquam liberis, sed tanquam extraneis quibuslibet. Itaque non potest videri fideicommissarius nouissimo tantùm substitutus qui duobus siue liberis siue extraneis substitutus est *si vterque sine liberis decederet*, sed vtrique, nec id separatim sed coniunctim & collectiuè vt appareat in vtriusque persona euentum conditionis, quæ vna tantùm est, necessariò requiri Alioqui si fideicõmissarius nouissimo tantùm substitutus censeretur, in ipsius duntaxat portione succederet, nec in ea portione, prioris hereditatem inueniret [quomodo inuenit substitutus pupillaris] nec si fratres rogatos proponeres, ac priori intestato superstitem successisse. Non enim veniret in fideicommissum quantumuis vniuersale, quod frater à fratre nõ ex iudicio testatoris *vt in d. §. cum ita*, sed ab intestato habuisset. Restat igitur vt cùm in prioris tantũ persona conditio extitit, in pendenti sit eius portio an fideicõmissario debeatur, atq; interea penes defuncti heredẽ remaneat in id vsque tempus quo in posterioris quoq; persona cõditio impleatur, Perpetuò remansura si condicionẽ deficere contingeret. Quod & Castrensis ipse fatetur ad *d. l. qui duos. n. 3. de vulgar.*
† Quòd si testator non dictione collectiua vsus sit, sed ita simpliciter scripserit, *rogo vos vt si sine liberis decesseritis hereditatẽ restituatis Sempronio.* 8
Dico perpetuũ illud esse vt in alterutrius persona cõditionẽ extitisse sufficiat ad hoc vt ad illius portionẽ fideicommissarius admittatur, *ex l. vl. §. filium. de leg. 2. l. Lucius. 78. § Caio ad S.C. Treb.* Non illa tantũ ratione qua Bartolus nititur, quòd huiusmodi pluralitas resoluatur in suas singularitates tanquam recipiẽs diuersos effectus *ex d. l. 33. §. vlt. de cond. & demon.* Sed etiã quia testator cum heredibus loquendo sicuti singulorum fidem in singulorum portionibus secutus esse intelligitur, ita in cuiusq; portione propriã distinctámque conditionem adscripsisse videtur, cùm dictio illa *vos* distributiua sit, quemadmodum & verba illa *post mortem vestram.*
† Nec possum probare quod idẽ Bartolus perpetuæ illius distinctionis suæ memor hoc ita vult intelligi, si non supersit persona, quæ ex verisimili voluntate testatoris excludat fideicommissariũ substitutum. Ita enim fieret, vt quod constitutum est *in d. §. filium. & §. Caio* restringi oporteret ad eum casum quo rogati essent extranei, non liberi aut alij inter quos legitima successio locum habere posset: Quæ tamen restrictio esset minùs magna vt Castrensis loquitur *ad d. §. Caio. n. 3.* tametsi conetur ibid. *n. 5.* eam defendere, & fratrem superstitem fideicommissario præferre cum ambo fratres instituti sunt, & ab altero duntaxat relictum fideicommissum, in quo tamen nec rationem habet ille, nec legem. † Nã quod Bartolus obiicit ex *l. si is qui ducenta. 83. § item si paterfamilias de reb.* 10

dub. ita locuto testatore *si quis mihi filius aut filia genetur heres mihi esto, si mihi filius aut filia heres non erit Seius heres esto* non esse admittendum extraneum siue filius siue filia nati fuerint, ad rem sanè non pertinet.
Primùm quia loquitur eo loco Iulianus de vulgari substitutione, in qua faciliùs excluditur substitutus quandiu aliquis superest ex iis inter quos locus est iuri adcrescendi, vt à nobis dictum est in superioribus ex eodem Bartolo *in leg. quidam testamento 30. de vulgar. & pupill. substitut. & in leg. quamuis per illum textum. C. de impuber & aliis substit.* † Præsertim cùm
11 vulgaris facta duobus nō tēdat nisi ad vnū effectum, id est ad succedendum in vna vnius hominis hereditate, licet tot sint portiones hereditariæ quot sunt institutorū personæ, vt ex Bartolo cōtra Bartolū disputemus. Hanc enim rationem solet ille reddere, cur concepta vulgari per verba pluralis numeri non resoluatur pluralitas in suas singularitates, quomodo resoluitur cùm fideicommissaria substitutio facta est.
12 † Rursum in specie *dict. §. item si paterfam.* magna est in verbis ambiguitas propter dictionem disiunctiuā quæ sæpenumero accipitur pro coniunctiua, & contrà *l. coniunctionem. 29. l. sæpe. 53. de verb. significat. l. cum quidam. 4. C eod. l. generaliter. 6. in princip. C. de institut. & substit.* Miñū igitur non est aut iniquum, accipi in dubio eam interpretationem quæ sit liberis fauorabilior vt *in d. l. generaliter.* Et hęc sanè ratio, vt dicā quod mihi videtur, Tribonianum potiùs quàm Iulianum
13 mouere potuit. † Neque enim dubito quin Triboniani non Iuliani sint verba illa extrema, *sed procliuior est testatoris sententia sic esse interpretanda vt siue filius siue filia nati ei fuerint extraneus non admittatur nisi specialiter hoc testator expresserit:* quòd à nobis iam indicatū satisque comprobatum est *lib. 12. c. 17.* Frequentissimō quidem est Triboniano specialem voluntatis expressionem requirere vbi nullam Iurisconsultus requireret, cuiusmodi locos plerosque memini iam à me aliàs adnotatos. Neque verò latina est illa locutio, *sed proclinior est sententia testatoris sic esse interpretanda* quam ideo iampridem Haloander emendauit, atque ita restituit, *sed procliuius est sententiam testatoris ita esse interpretandam.* Mouent me etiam verba illa, *vt siue filius siue filia nati ei fuerint* malè & ridiculè à Triboniano ad Iuliani contextum accommodata. Non enim ita erat concepta condicio *si mihi filius aut filia non nascetur*, sed ita *si mihi filius aut filia heres non erit.* Fieri siquidem poterat vt vterque nasceretur, nec tamen vterque heres esse vellet. Et verò natum vtrumque lex ponit, cùm disputat an non aliter admittatur extraneus quàm si nec filius nec filia heres sit. Item eùm ait ita concipi debuisse condicionem *si mihi neque filius neque filia heres erit.* Et rursū apertiùs in illis verbis *si quis cū filiū & filiā habeat* quæ nō nascituros, sed iā natos liberos demōstrant. Debuerat igitur in sequentibus ita scribi, accōmodatè scilicet ad proposita verba testamenti & ad disputationem Iuliani *vt si neque filius neque filia heres erit*, aut *vt siue filius siue filia heres erit.* † Porro non eam fuisse Iuliani mentem
14 quam Tribonianus credidit (totum enim illum versiculum *sed proclinior est* accipio pro Triboniani adnotatione, qui proculdubio ea dictione *proclinior*, Iulianū intelligit) ex eo cōiicio, quòd Iulianus dicebat formulā cōdicionis ita conceptā *si mihi filius aut filia heres nō erit*, posse interdū esse necessariā, hoc est, inquiebat ille, si quis cùm filium & filiā habeat vtrūque velit heredē instituere sed siue alter heres futurus sit, ex-
15 traneū miscere, siue neuter, extraneū substituere. † Ex quo apparet, nō fuisse visū absurdum Iuliano vt filio heredi instituto extraneus per substitutionis interpretationem misceretur: Eámque interpretationem non solùm in dubio amplectendam esse, sed etiam necessariò, cùm ad hunc casum exprimendum necesse sit hanc ipsam conditionis formulam vsurpari. Itaque non dicit Iulianus testatorem qui ita scripsit, *si mihi filius aut filia heres non erit Seius heres esto* non satis voluntatem suam declarasse an filio heredi repudiante fortassis filia extraneum miscere voluerit (declarauit enim apertissimè nec potuit apertiùs) sed non satis declarasse an non aliter extraneum heredem esse vellet, quàm si neque filius neque filia heres esset. Si enim illa erat voluntas, condicionem sic concipere debuerat, *si mihi neque filius neque filia heres erit*, quod cùm non fecerit, cur in dubio si quid dubii est in tam apertis verbis credamus aliud eum voluisse, quàm quod expresserit? † Et sanè si propriùs in- 16
spicias planè absurda & improbabilis est illa Triboniani adnotatio & sententia vt huius formulæ negatiuæ *si mihi filius aut filia heres non erit*, sensus ille sit affirmatus planéque ex diametro contrarius, *si mihi filius aut filia heres erit.* quod quis sani iudicii homo possit vnquam admittere? Si enim vllo casu verū esse potest quod in non dissimili quæstione scribit Modestinus *in l. si alii fundum 9 de vsufruct. legat.* plus interdum valere quod scriptū, quàm quod actum est, planè non video quando meliùs & veriùs iudicari possit, quàm cùm id quod actum est non solùm scripto non conuenit, sed etiam repugnat apertissimè. Sed & si voluntas scripturæ præferenda esset, quomodo sanè in conditionibus primum illa locum obtinet, illud tamen vtique fatendum esset, contrariæ voluntatis probationem non à substituto exigendam, qui pro se verba testamēti habeat, sed à filio potiùs, qui contra germanum sensum verborum voluntatem alleget testatoris, *d. l. non aliter. 69 de leg. 3. l. si scripsisset. 46. de legat. 2. cum similib.* † Vt vt sit, non potest ille Iuliani locus 17
probare fideicommissarium qui ad vnius ex heredibus rogatis portionem vocatus est, repellendum esse à fideicommissi cuius conditio extiterit, petitione, propter personam superstitem, quàm verisimile sit testatori chariorem fuisse. Ibi enim negat Iulianus aut potiùs Tribonianus substitutionis conditionem existere siue filius siue filia nascatur. Bartolus verò illud contendit, moriente vno ex rogatis heredibus conditionem quidem in eius persona existere, sed non tamen ilicò admitti fideicommissarium ad ipsius portionem si fauorabilior persona supersit † Illud sa- 18
nè verum est quod Tribonianum fefellit, non esse verisimile quod testator alienam sobolem propriæ anteponere voluerit *dict. l. cùm acutissimi 30. C. de fideicommiss.* Sed id eò pertinet vt liberi & descendentes heredis rogati qui ipse sit ex descendentibus præferantur substituto in portione patris, acsi fideicommisso adiecta esset conditio, *si sine liberis, d. l. cùm auus. de cond. & demonstr.* non autem vt à substitutione fideicommissaria cuius condicio extiterit excludatur fideicōmissarius propter fratrem defuncti superstitē. Id enim falsum est nec vsquam proditū. Multóq; faciliùs admitti potest induci tacitā conditionē ex cōiectura pietatis, præter verba testamēti, quā vt cōtra vim ipsam verborū repellatur quis in eū casum in quem nominatim & disertè vocatus est. † At quid si testator ita scripserit: *si* 19
heredes mei sine liberis decesserint, substituo Sempronium. Verius fortasse est conditionem ita conceptam per verba indefinita æquipollere vniuersali, & perinde esse acsi ita scriptum esset *si omnes heredes mei. argum. l. si plurib. 44. de legat. 2. l. si plures. 98. de legat. 3.* quo casu iā diximus in superioribus vno ex heredibus moriente sine liberis non admitti confestim fideicommissa-

rium,

nium; sed ita demum si in alterius quoque persona
condicio eueniat. Quod enim nostri dicunt, plurali-
tatem resolui in suas singularitates, ad hunc casum
non pertinet, in quo non tantùm pluralis locutio est,
sed etiam vniuersalis per æquipollens: vniuersalitas
autem vt etiam dictum est, nunquam resoluitur in
singularitates sed verificari in singulis coniunctim
20 debet *d.l. si is, qui ducenta 15. §. verum de reb. dub.* † Nō
idem dicerem si cum ipsis heredibus testator locutus
esset hoc modo *si sine liberis decesseritis rogo hereditatem
restituite Sempronio.* Illa enim oratio quæ condicio-
nem continet, neque vniuersalis est, neque indefini-
ta, sed potius distributiua propter subintellectū pro-
nomen *vos* quod est distributiuum, & ad singulas he-
redum personas refertur, aut si mauis, ad omnes qui-
dem, sed non tanquam ad omnes, at potius tanquam
ad singulos *d. §. filium & §. Caio.* Itaque qui sic scribit
si sine liberis decesseritis non idem sentit quod si dice-
ret *si sine liberis omnes decesseritis.* Dictio siquidem col-
lectiua *omnes* facit vt in omnium persona condicio-
nem impleri non minus necesse sit quàm si ita scri-
21 ptum esset *si omnes sine liberis decesserint.* † Planè si po-
nas ita relictum fideicommissum *si Titius & Caius
sine liberis decesserint, hereditatem Sempronio restitui volo,*
probabilius est singulis ex fideicommisso substitu-
tum Sempronium, diuisámque condicionem, vt si
Titius sine liberis decedat, admittatur ad eius por-
tionem Sempronius, licèt posteà superstites liberos
Caius reliquerit *arg. d. §. Caio & §. filium.* Nēpe quia
personarum enumeratio inducit, non tantum oneris,
sed etiam conditionis diuisionem *d. l. cui fundus 56. de
cond. & demonst.* Proceditque optimè isto casu textus
dicta l. falsa. §. vitam. eod. vt pluralitas resoluatur in
suas singularitates, nempe cum singularitates præces-
serunt, nec habet pluralis locutio quicquam vniuer-
sale, aut quod vniuersali æquipolleat. † Hoc ita nisi
22 in dispositiuis verbis fideicommissi, testator mentio-
nem fecerit totius hereditatis vniuersaliter: aut et-
iam quod idem est, hereditatis, indefinitè. Illis enim
casibus aperta videtur voluntas vt non nisi existente
in vtriusque grauati persona conditione fideicom-
missarius admittatur. Quæ fuit iam olim sententia
Bartoli *in l. quidam testamento. 36. de vulgar. & pupill.
substitut.* à Baldo probata *in l. pen. C. de impub. & aliis
subst.* licèt ab aliis ferè omnibus communiter impro-
bata, vt refert Alex. contra Bartolum consulens cons.
23 92. incip. super eo de quo quæritur, in fin. vol 3. † Nec
me mouet textus qui pro communi opinione adduci
solet aduersus Bartolum *in d. l. filium.* vbi proponeba-
tur vsus testator verbo illo vniuersali, *quicquid vobis
legaui.* Obseruandum enim est iunctum verbum illud
vniuersale dictioni distributiuæ *vobis*, quæ efficit, vt
non de tota hereditate, sed de singulis singulorum
24 portionibus sensisse testator videatur. † Minùs quo-
que obstat quod Papinianus respondit *in d. §. cum ita
l. heredes mei ad Trebell.* Nā ex iis quæ diximus c. 18. ap-
paret non illam esse Papiniani sententiā, quæ vulgo
creditur, vt qua ratione voluit testator substitutū fi-
deicommissariū habere totā hereditatē, existente cō-
ditione in persona vtriusque, eādē videatur voluisse,
vt haberet partē hereditatis, si in alterutrius tantum
parte condicio existeret (neque enim ita Papinianus
loquitur) sed admittit ille substitutā neptem ad por-
tionem nouissimi, in cuius persona condicio extite-
rat, quia soli nouissimo fuerat substituta, nec quòd in
prioris persona condicio defecisset, faciebat vt eò mi-
nus admittenda esset neptis, sed tantum vt eo mino-
rem minúsque locupletem consequeretur heredita-
tem, cessante scilicet non secunda substitutione sed
prima cuius condicio nil commune habebat cum po-
sterioris condicione. Et hæc interpretatio vel hoc ip-
so magis amplectenda est, quod in specie à Papinia-
no proposita vsus fuerat testator dictione collectiua,
qua concurrente non possum intelligere quid sit
quod suadeat, sufficere vt eueniat conditio in alter-
utrius persona. † Minúsq. dubitationis habet meo iu- 25
dicio hæc Bartoli sententia cùm condicio concepta
est per dictionem siue collectiuam siue indefinitam,
nulla adiuncta distributiua, quibus casibus iam dixi-
mus etiamsi non sit relictum fideicommissum in tota
hereditate vniuersaliter, aut in hereditate indefinitè,
sed tantùm simpliciter, nihilominùs requiri in perso-
na vtriusque implementum condicionis. Sanè quod
nostri vno ore sentiunt, nullo casu ex istis induci re-
ciprocam, verissimum esse arbitror, & ex iis quæ su-
prà tractauimus apertissimè confirmatum. † *Superest* 26
vt de illo videamus, si fideicommissum post mortem
plurium relictum sit, an inter heredes inducatur re-
ciproca, aut an vno ex ipsis mortuo fideicommissa-
rius illicò admittatur. Et si quidem relictum sit sim-
pliciter nulla hereditatis aut bonorum vniuersaliter
vel indefinite facta mentione non est qui dicat in-
duci reciprocam, imò fatentur omnes vno ex iis mor-
tuo admittendum in eius portione fideicommissa-
rium *ex d. §. Caio.* Nisi supersit persona quæ illum ex-
cludat ex verisimili voluntate testatoris. † Sed si fa- 27
cta sit in tota hereditate, Pauli Castrensis opinio fuit
censeri eam factam vltimo decedenti *in l. penul. C. de
impub. & aliis subst. nu. 3.* & consequenter reciprocam
induci *ex d. §. Seia libertis l. Titia testamento. 87. de leg.
2.* Quam sententiam à plerisque ex recentioribus
probatam video, vno saltem illo casu quo supersit
persona verisimiliter substituto præferenda. In quo
tamen vereor ne illos deceperit quod hoc casu Bar-
tolus, & qui Bartolum sequuntur, excludunt substi-
tutum, vt superstitem eundémque grauatum præfe-
rant. Sed non ideò volunt induci reciprocam inter
coheredes, quæ nec necessaria est si persona superstes
talis sit, quæ priori mortuo possit ab intestato succe-
dere. Hoc enim casu sufficit à testatore conseruatum
esse ius integrum legitimæ successionis. Quòd si non
sit inter eos legitimæ successioni locus, nihil interest
superstitis an substitutus admittatur necne, eóque
nimirum casu placet nostris admitti substitutum tan-
quam à singulis non tantùm ab vltimo decedente re-
lictum videatur fideicommissum, quòd post mortem
omnium relictum est. Quare frequentiori calculo
reprobata est illa Castrensis sententia teste Didaco
Couar. *ad cap. Raynutius. §. 8. numer. 4. per tot.* vbi post
alios defendit illo, si non supersit persona dilectior
admittendum esse substitutum ad partem eius qui
prior sine liberis decesserit. † Ego verò sicut non 28
probo, quod Castrensis putabat facta substitutione
post mortem plurium in tota hereditate, reciprocam
induci, ita nec possum admittere quod isti volunt,
locum fieri fideicommissario antequam heredes om-
nes decesserint. Veriùs enim puto expectandam
omnium mortem, ne fiat omnino contra voluntatem
si viuis quibusdam admittatur is quem non nisi post
omnium mortem admitti testator voluit: Nam
quibus, obsecro, verbis dici possit apertiùs, vt non
nisi mortuis omnibus admittatur fideicommissarius,
quàm si disertè post mortem omnium sit inuitatus?
† In eámque rem textus videtur apertissimus *in* 29
leg. codicillis. 34. de vsufruct. legat. vbi cùm reli-
ctum esset fideicommissum republicæ post mor-

tem libertorum omnium, negat Scæuola, reipublicæ
quicquam deberi quoad aliquis eorum viuat. Scio
Bartolum & post eum cæteros ferè omnes illius re-
sponsi rationem sumere, non ex fideicommissi verbis,
sed ex natura relicti, hoc est habitationis. In qua si-
cut & in vsufructu speciale esse aiunt, vt etiam post
agnitionem admittat ius adcrescendi *ex l. 1. §. vlt. de*
vsufr. adcresc. Sed cùm textus ille de vsufructu tan-
tum loquatur in quo speciale est, vt diuidi possit, dif-
ficile est, vt trahi possit ad habitationem quæ prorsus
indiuidua est sicut & cæteræ omnes seruitutes *l. 1. §.*
si vsusfructus. D. ad l. Falcid. Nam in re indiuidua pla-
nè non intelligo quo casu aut qua ratione locum ha-
bere possit ius adcrescendi, quod & ante nos elegan-
30 ter obseruauit Ripensis *ad d. §. cùm ita n. 16.* † Deinde
obseruandum est, non de illo quærere Scæuolam an
mortuis quibusdam ex iis quibus habitatio legata
fuerat eorum portiones adcrescant collegatariis su-
perstitibus, an verò deferantur reipublicæ [cùm enim
reipublicæ fideicommissum relictum fuisset non ha-
bitationis, sed proprietatis domus, non poterat respu-
blica controuersiam facere habitationis] sed de illo
tantùm dubitatur apud Scæuolam, vtrum fideicom-
missum proprietatis domus deberetur reipublicæ in
portionibus eorum qui iam decessissent. Hoc ergo
cùm neget Scæuola, non tam videri potest respexisse
ad conseruandum inter legatarios ius adcrescendi in
legato habitationis, quam ad id quod priusquàm le-
gatarij omnes decessérint non videatur extitisse con-
31 ditio fideicommissi post ipsorum mortem relicti. †
Nec mouet quod Rip. obiicit non fuisse in ea specie
proprietatis fideicommissum relictum ab illis quibus
tantùm habitatio fuerat legata, sed ab herede ad quẽ
durante habitationis legato propietatis spectabat.
Nam vel ex eo magis inferri potest, si ab ipsis legata-
riis fideicommissum proprietatis relictum fuisset rei-
pub. multò minus admissam iri eam, quandiu aliquis
ex legatariis viueret. Magis enim ipsis parcendum es-
set, cùm & ab iis & post eorum mortem fideicommis-
sum deberetur quàm si ab alio post ipsorum mor-
tem. Quanquam non tam illud inspici volo à quo
relictum sit, quàm sub qua conditione aut in quod
32 tempus. † Neque simile est, quod nostri volunt & e-
go non improbo, Si vir & vxor bona sua donauerint
monasterio his verbis, *post mortem nostram*, alterutro
mortuo bona illius statim acquiri monasterio non
expectata superstitis morte, De quo Bart. *in d. §. Cato.*
Bald. post Dinum & Cinum *in d. l. penult.* vbi etiam
Castr. *C. de impub. & aliis subst.* Id enim fit non fa-
uore monasterij, vt vulgò creditur, sed quia quod
illi donarunt his verbis additis, *post mortem nostram*,
non censetur donatum post mortem omnium, sed
post mortem singulorum, ex natura illius dictionis
nostram, quæ, vt diximus, est distributiua. † Diuersum 33
igitur est cùm aut donatum aut fideicommissi iure
alicui relictum fuit à pluribus post mortem omnium.
Tunc enim omnium mors expectanda est, acsi dona-
tum aut fideicommissum esset post mortem nouissi-
mi. † Quæ res erroris caussam præbuit Castrensi exi- 34
stimanti, quemadmodum nihil interest an post om-
nium mortem, an post mortem nouissimi fideicom-
missum relictum sit, ita nihil referre an post nouissi-
mi mortẽ relictum fuerit an à nouissimo decedente,
ex *d. l. codicillis*, vbi cùm testator sic scripsisset, *post e-*
ius nouissimi decessum ad rempublicam Arelatensium per-
tinere volo, respondit Scæuola posse ea verba sic acci-
pi, vt eius legatarij, qui nouissimus decederet fidei-
commissum videatur. Succedit enim alia propositio
iam toties in superioribus repetita, quæ habet substi-
tutionem fideicommissariam ab vltimo decedente
factam in tota hereditate, inducere reciprocam *ex d.*
§. Seia libertis, sed animaduertere Castr. debuerat, i-
mò verò longè interesse an post mortem nouissimi
an à nouissimo ipso fideicommissum testator reliqüe-
rit, cum fieri possit vt diximus, & verò ita fieri in du-
bio credendum sit, vt à singulis fideicommissum re-
linquatur, ex die tamen aut potiùs sub conditione
mortis omnium Quod cùm fit non solùm medio tẽ-
pore portionem primi decedentis penes ipsius here-
dem remanere necesse est, sed illud etiam sequitur, si
ante nouissimi obitum decedat fideicommissarius
nihil eum transmittere ad heredem, hoc est ne præ-
mortui quidem in cuius persona conditio extiterat,
portionem, quasi defecta conditione, quę licet in plu-
rium persona, vna tamen erat, cùm dies incertus, qua-
lis est mortis pro conditione habeatur *l. dies incertus.*
75. D. de cond. & demonstr. indéque eueniat, vt is cui
post alterius mortem restituenda erat ex fideicom-
misso hereditas si antè moriatur, nihil transmittat *l.*
Statius Florus. 48. §. Cornelio Felici ff. de iur. fisc. † Et 35
quod contra respondisse videtur Scæuola *in d. l. codi-*
cillis, specialem habet rationem, quia testator qui plu-
ribus legauerat, prioribus decedentibus superstites
disertè substituerat illis verbis, *vt qui ab his decesserit*
pars eius reliquis adcrescat. Inde enim fit, vt non
possit videri respublica substituta primis decedenti-
bus sed tantùm nouissimo, quemadmodum suprà di-
ximus in interpretatione *d. §. cùm ita*. sed si reci-
proca nulla præcessisset, aliter proculdubio
Scæuola respondisset.

CLARIS-



CLARISSIMO VIRO

IOANNI VAVDO

SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CONSILIARIO, IN SENATV PEDEMONTANO Senatori & in Taurinensi Academia Iurisprudentię professori Primario,

ANTONIVS FABER S.P.D.



Vantum tibi debeam, vir clarissime, etsi neque pluribus verbis recensere necesse est, neque alium mihi testem quærere, quàm te ipsum: facio tamen perlibenter, vt in tuorum erga me beneficiorum repetenda memoria, qua nihil habeo iucundius, non solùm frequentissimè animum meum exerceam, sed etiam suauissimè conquiescam. Inter cætera verò illud mihi omnium, vt antiquissimum, ita gratissimum occurrit, quod iam inde ab ineuntibus studiorum meorum cunabulis, cùm præclarissimo ætate nostra Iureconsulto Ioanni Antonio Manutio præceptori tuo alumnum me darem, Tu & publicis iam tùm prælectionibus, & familiaribus, quæ tua humanitas erat, colloquis rudiorem infantiam meam sic complectebare, vt facilè intelligerem parum referre an ex ipsis Manutianæ eruditionis vberibus vera rectáque iuris addiscendi ratio, an ex tuis mihi esset haurienda. Atque vtinam magnus ille vir, & si quis vnquam alius ad ciuilis nostræ scientiæ principia ingeniosissimè pertractanda bene natus, elegantissimis cogitationibus suis in publicum edendis curam aliquam & diligentiam ad minimam adhibere persuaderi potuisset. Non egerent nunc cineres, eius testimonio nostro vt prudentum illorum veterum subtilitatem adæquasse, eorum verò quos ætas nostra tulit, non paruo sanè interuallo superasse crederetur. Quamquam quid ego hæc de re tecum de illo conqueror & expostulo? Ac non potiùs de te ipso, qui vnus inter omnes quotquot sunt tota Italia iuris professores celeberrimus, in ea iampridem viuis & perstas hæresi, vt ad illustrandam scriptis tuis iurisprudentiam nihil conferre studeas; quasi nec quicquam ex ingenio tuo tam vbere ac fœcundo in eam rem accedere posse arbitreris. Quo nomine si te grauioribus quàm illum pœnis dedendum dixero, vereor ne pro tua modestia duriùs id à me quàm veriùs dictum suspicere. Sed habeo tamen quod me sic & dicere & sentire non solùm suadeat, sed etiam ita cogat, vt nec te negare patiatur. Nam si tuos illos variarum quæstionum libros à te priùs iam editos, quàm Doctoratus lauream assecutus esses, tanta eruditorum omnium adprobatione, tantóque applausu exceptos vides, vt & subtilitatis & doctrinæ copias quibus abundant, maiores requirere vix quisquam possit, Quàm multo locupletiora videremus, quæ nunc exhiberes, si quæ continuata per tot annos docendi iuris exercitatione cumulasti, proferre velles, nec diutiùs nobis inuideres. Non sum ego tam consideratus; qui licèt tenuitatis meæ mihi adprimè conscius publicarúmque functionum vinculis constrictus, non desino tamen in singulos ferè annos, aliquid parturire, vixque dum conceptos fœtus edere, vt illi etiam qui mea hæc non probabunt, fateri aliquando cogantur, ingenium mihi potiùs quàm bene de libris nostris merendi animum, studiúmque defuisse. Etsi bene me sperare iubet coniectura illa tua, quam de prioribus Coniecturis meis fecisti, nisi fortè iudicio tuo alioquin lucidissimo charissimi discipuli nomen tenebras offudit, vt coactus magis quàm iniustus eas probaueris, quæ si omnino liberum fuisset, improbare potius debuisses. Sed de me scriptisque meis sentient quidem alij posterique vt volent. Me neque tam peritum vnquam iudicabo, vt omnibus placere posse existimem, neque tam insulsum aut ineptum vti ne nonnullis etiam peritioribus hæc nostra saltem aliqua ex parte

probari posse sperem. Probabitur sanè mihi liber hic inter cæteros præcipuo quodam & suo iure, si facere poterit, vt obseruantia erga te mea, gratique animi qualemcunque hanc testificationem tibi non iniucundam, mihi etiam honorificâ publicè extare patieris. Bene vale vir clarissime, & me quod facis fratrémque meum charissimum, tui, vt audio iubeóque, studiosissimum amare perge. Dat. Camber. Id. April. 1597.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præsidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus quartus.

CAPVT I.

Explicata & emendata l. Pannonius Auitus 86. De acquir. hered.

SVMMARIA.

1 *Hereditatem non agnitam exceptis duobus casibus non transmitti.*

2 *Cur in suis heredibus & in* l. si infanti C. de iur. delib. *transmissio locum habeat?*

3 *Quatuor casus quibus heredi heredis succurritur, vt non transmissæ hereditatis commodū nihilominus sentiat.*

4 *De adaptatione & coniunctione* l. sed & si. 5. ff. de bon. possess. cont. tab. *cum alia eiusdem tituli lege.*

5 *Cur hereditas non adita non transmittatur?*

6 *Legatum, sicut & fideicommissum vniuersale perinde ac singulare in heredem legatarij & fideicommissarij transmitti.*

7 *Cur legatum & fideicommissum ignoranti acquiratur?*

8 *Hereditatem licèt non aditam aliquando in heredem transmitti beneficio restitutionis in integrum.*

9 *Militem qui bonorum possessionem proximi cognati intra tempus præscriptum non petijt, nec restitutus est, non aliter eam ad heredem transmittere posse quam si declarauerit velle se heredem esse, aut habere tempus ad deliberandum.*

10 *Restitutionem nec minori nec absenti Reipub. causâ dari nisi concurrente & probatâ læsione.*

11 *Quid iuris, si absenti Reip. causa & ignoranti tempus cucurrerit, & ille prius defunctus sit quam sibi delatam successionem cognosceret?*

12 *An aliud iuris obtineat, si ex alia quàm Republicæ, iusta & necessaria causa abfuerit?*

13 *Quatenus ei succurrendum sit, qui ex voluntaria quidem, sed probabili causâ abfuit?*

14 *An, si intra diem aditionis miles decesserit, restitutio heredi eius competat?*

15 *Refellitur sententia Interpretum existimantium, eiusmodi restitutionem non solùm heredi militis, sed etiam minoris & cuiuslibet alterius absentis cõpetere.*

16 *Non per restitutionem sed per decretum succurri heredibus heredis in ea hereditate quam heres ex iusta aliqua causa impeditus adire non potuit?*

17 *Legem* Pannonius Auitus 86. ff. de adquir. hered. *pro Interpretum sententia facere.*

18 *Species & quæstio dictæ legis.*

19 *Heredi qui intra diem aditionis decessit restitutionem non competere, nec proinde heredi eius, eamque fuisse Papiniani* in d. l. *sententiam.*

20 *Tribonianum æquitatis prætextu & specie motum nonnihil* in d. l. *de suo adiecisse.*

21 *Diui Pij rescriptum* in d. l. *à Triboniano relatum ad Papiniani responsum minimè pertinere.*

22 *Vnicum fuisse illud Diui Pij rescriptum.*

23 *Bonorum possessionem* in d. l. Pannonius, *filio non aliter quàm ex testamento delatam fuisse.*

24 *Patri in specie* d. l. *subueniendum, non tanquam heredi filij, sed ex proprio iure & capite.*

25 *An per in integrum restitutionem? Distinguitur.*

26 *Cur in specie proposita in rescripto Diui Pij patri per in integrum restitutionem subueniri non possit?*

27 *Minori aduersus aditionem aut omissionem hereditatis post distractas res hereditarias per in integrum restitutionem non subueniri.*

28 *Explicatur & limitatur* l. vlt. in fin. C. de repud. vel abstin. hered.

29 *Quomodo in superiore Diui Pij rescripto patri subueniendum sit?*

30 *Differentia inter constitutionem Iustiniani in* l. si infanti. 18. C. de iur. deli. *& illud Diui Pij rescriptū.*

31 *Alia ratione probatur, patri in specie dicti rescripti per in integrum restitutionem succurrendum non esse.*

32 *Distinctionem à Papiniano in d.* l. *propositam Diui Pij rescripto postea allegato non conuenire.*

33 *Speciem à Papiniano* in d. l. Pannonius *tractatã ab ea specie differre, quæ Diui Pij rescripto continetur.*

34 *An quod à Papiniano* in d. l. *ex æquitate responsum putatur in herede eius qui Reipub. causâ abfuerat, ad alios heredes minoris vel alterius cuiuslibet, qui ex alia quàm iusta & necessaria causa abfuit, sit protrahendum?*

35 *In quo melior esse debeat hac parte conditio eorum qui Reipub. causa absunt, quàm minoris aut aliorum qui Reipub. causa non abfuerunt.*

36 *In quo conueniant?*

37 *Quis* in l. 1. C. de restit. milit. *sensus sit horũ verborũ,* ita demũ si post exactos dies. *& an* in d. l. *abũdet?*

38 *An defuncto ante aditam hereditatem minore, heredi eius restitutio danda sit vt adire possit?*

39 *Quid in extraneo infantis herede obtineat?*

40 *Respondetur ad* l. qui duos 9. ff. de reb. dub.

ET † veteris, & noui iuris regula est, hereditatẽ nõ agnitã non transmitti *l. vnic. §. in nouissimo. C. de caduc. tollen.* præterquam ascendentium in descendentes ex Theodosij constitutione *in l. vnic C. de his qui ant. apert. tabu.* aut ratione adiuncti iuris deliberandi, si intra tẽpus, quod Iustiniani lege ad deliberandum datũ est heres decesserit *l. cum in antiquorib. 19. C. de iur. delib.* † Extra has exceptiones supradicta regula perpetua est. Nam in suis heredibus ideò locum habet transmissio, quoniam

hĩ ipso iure heredes existunt absque vlla agnitione. *l. in suis. 14. ff. de suis & legit. l. apud hostes. 8. C. eod. l. 1. §. qui sunt in potestate. ff. si quis omiss. caus. testa.* In casu autem legis Si infanti 18. C. *de iur. delib.* hoc est cùm infanti delata fuit hereditas, nec illam eius nomine pater adiit, acquiritur hereditas patri, non ei transmissionis, sed iure patriæ potestatis vt lex ait, & ex constitutione Iustiniani aduersus receptas iuris regulas, secundum , quas haud dubiè finitur morte filij ius
3 potestatis.† Aliquando tamen succurritur heredi heredis, vt etiam non transmissæ hereditatis commodum nihilominùs sentiat, siue data ei actione contra illum per quem factum est quominus hereditas trãsmitti potuerit, *vt in l. 1. §. nonnunquam. ff. si mulier ventr. nom. caliam. caus. in possess. ess. dicet.* siue concessis illi hereditariis actionibus vtilibus, quemadmodum S. C. Silaniano constitutum est, si heres institutus ideò non adierit, quòd propter Senatusconsulti prohibitionem non potuerit aperire tabulas testamenti antè habitam de occisi familia quæstionem. *l. 3. § eleganter. ff. de S. C. Silan.* Quo exemplo idem seruat Prætor in bonorum possessione, si Carbonianam dederit aduersus eum, qui secundum tabulas, aut vnde agnati obtinere potuisset *l. scriptus. 12. ff. de Carbo. ed.* Succurrit enim illius heredi, decernitque saluum illi esse commodum eius possessionis, quæ defuncto competierat: Sicut & decreto locus est, quoties is, qui siue ex testamento siue ab intestato rem omnimodo habiturus erat, decessit incerto eo an venter preteritus vacuus esset, an plenus. Non n. illi solùm qui in vtrumque euentum succedere potuit subuenitur per decretum. *l. ventre. 84. de acq. here.* de cuius sententia scripsimus *lib. 1. c. 10.* sed ipsius quoque heredibus, si fortè decesserit ille priusquam decretum impetraret. *l. sed etsi decesserit. 5. ff. de bon. poss contr. tabul.* vbi Iulianus scribit, debere Prætorem decernere saluum esse heredis heredibus commodum bonorum possessionis aut secundum tabulas si venter vacuus fuit, aut contra ta-
4 bulas, si plenus.† Itaque debuerat illa lex accommodari ad posteriorem partem dictæ legis *ventre*, potiùs quàm ad §. *vlt. l. 4. eod. tit. De bonor possess. contr. tabul.* vbi tractatur de filio emancipato dubitante, non an venter sit vacuus, necne. sed ex qua causa sibi competitura sit bonorum possessio nondum natò posthumo, quem sciat esse conceptum. Eo siquidem casu dat ei Iurisconsultus bonorum possessionem contra tabulas beneficio ventris preteriti edictum committentis, ne scilicet si intereà decedat heredi suo relinquat nihil. Nam etsi suus heres esset atque intereà decederet, ab intestato heres patri fuisse intelligeretur *l. si filius. 16. De liber. & posthum.* Nemo autem dixerit heredi eius qui non nisi contra tabulas petere potuit, succurrendum esse vt commodum sentiat bonorum possessionis secundum tabulas. Succurritur etiam ex eadem æquitate heredibus filiæ patroni, quę ex liberti testamento, quod in prouincia falsum esse dicebatur, successionem agnoscere non potuit & pẽdente lite decessit, sed pro ea tamen duntaxat parte, quam vel iure intestati habuisset filia si vixisset, idque ex decreto Marci Imperatoris *l. si filius. 42. § vlt.*
5 *de bon. libert.* † Cur autem ita ius constitutum sit, vt hereditas non adita non transmittatur, alia ratio quęrenda non est quàm quod ius adeundi pendet ex delatione *l. delata. 151. de verbor. signific.* Hereditatem verò non defert lex, nisi vel heredi scripto, cùm testamentum factum est: vel ab intestato proximis agnatis, aut cognatis, non etiam eorum heredibus *l. 1. & 2. D. de suis & legit.* Ex sola porro delatione non acquiritur hereditas, præterquàm in necessariis heredibus, defertur enim ignoranti quoque & inuito. sed non acquiritur nisi volenti *l. nec emer. 16. C. de iure delib.* Nempe quoniam hereditas aliquotem obligat creditoribus & legatariis ex quasi contractu *§. heres, Instit. de obligat. quæ ex quasi contr. l. 3. §. vlt. cum l. seq. D. quib. ex caus. in possess. ea. l. 4. D. ad S. C. Trebell.* Qui autem semel obligatus est liberari posteà non potest. nisi consentientibus omnibus quorum interest. Inde igitur fit vt hereditatem transmittere in heredem non possit is, quem non constat voluisse adire
& obligari. † Quod in legato prorsus diuersum est. 6
Transmittitur namque in heredem legatarij, sicut & fideicommissum vniuersale, perinde ac singulare, si modò dies eius cesserit viuo legatario aut fideicommissario *leg. si post diem. 5. D. quand. dies legat. ced. l. 3. & vlt. C. eod.* Nimirum, quoniam acquiritur & legatum, & fideicommissum etiam ignoranti *l. sepe tam. 19. § 1. D. quemadm. seruit. amitt. l. si fundum. 81. §. si Titius. de legat. 1. l. cum pater. 77. §. iurda. de legat. 2.* Non quidem ita irreuocabiliter, quin liceat repudiare quandiu agnitum non est [licet enim, nec legatario tantùm & fideicommissario, sed eorum quoque heredibus *d. §. si Titius.* Nec ante expressam agnitionem fit irreuocabilis acquisitio, vt docuimus *lib. 8. cap. 19. ex l. ex qui ita. 14. D. de cond. instit.*] sed vt si non repudietur legatum, videatur transijsse recta via à testatore in legatarium quasi nunquam factum heredis *l. legatum ita. 80. de legat. 2. l. a Titio. 64. D. de furt.* † Idcir-
co autem acquiritur legatum, itémque fideicommis- 7
sum ignoranti quia non obligat acquisitorem, nec potest vnquam esse illi damnosum *l. si hereditatem. 32. D.*
mandat. † Potest tamen aliquando accidere vt heredi- 8
tas licet non adita transmittatur in heredem beneficio restitutionis in integrum. nempe quoties ille ipse qui ante aditam decessit, potuit ad eam adeundam restitui. Finge militem qui bonorum possessionem cognati proximi petere potuerat decessisse in militia priusquam peteret, sed post exacta tamen eius petendæ tempora. Constat potuisse illum restitutionem implorare ex edicto Prætoris, *Ex quib. caus. maior.* quoniam hoc ipso quod petiisset restitutionem, declarasset velle se bonorum possessionem admittere, atque ita læsum se probasset. Ergo & eius heres restitui poterit *l. 1. C. de restit. milit.* † Quod tamen sic
intelligendum videtur, si viuus miles qui in inte- 9
grum restitutionem non petiit, declarauerit velle se heredem esse, aut habere tempus ad deliberandum. Alioqui vix est vt quis læsus existimetur ex eo solo, quòd passus sit labi tempora ad successionẽ agnoscendam præstituta, nisi illud etiam concurrat vt posteà heres esse velit. Quid enim si consulto labi passus sit, & animo repudiandæ successionis? Nam & id in dubio credendum est. Perindè sanè esse debet acsi repudiasset. Atquin is qui hereditatẽ sibi delatã repudiauit, licet minor sit, non tamen ideò læsus intelligitur, sed tum demũ cùm dicit velle se heredem esse: Forsitan enim prudenter faciat qui nunquam heres esse velit, quamuis opulenta sit hereditas *l. 4. D. ad S. C. Trebell.* † Restitutio autem nec minori datur, nec ab-
senti Reipublicæ causa, nisi concurrente, & probata 10
læsione, quæ propter minorem ætatem aut absentiam contigerit *l. eam postea quam. 9. § si minor. D. de min. 25. ann. leg. si quis. 44. D. ex quib. caus. maior. l. Iulianus. 17.* in illis verbis: *si miles hereditatem agnouit &c.* Ergo nec restituendi erunt heredes eius, qui non declarata voluntate post lapsa successionis agnoscẽdi tẽpora decesserat, ne eadẽ ratione cogamur admittere quod nemo vn-

quàm dixit, minoris qui hereditatem repudiauerat,
heredem posse restitui vt adeat, quoniam & minor
ipse, si viueret, aduersus repudiationem restitueretur
l. quod si minor. 24. §. restitutio. D. de minor. leg. 1. & 2.
C. si vt omiss. hered. Attamen fuerit prorsus id ridicu-
lum. Nunquam enim repudiantis heres potest resti-
11 tui ad adeundum. † At quid si ignoranti tempus cu-
currerit, & prius ille defunctus sit, quàm sibi delatam
successionem cognosceret? Non potest ille videri si-
milis repudianti, at nec adire aut deliberare volenti.
Sed tamen humanius est, vt si absentia reipublicæ
causa ignorantiam pepererit, transmittat ignorans in
heredem beneficium restitutionis, quod sibi compe-
teret si viueret, & heres esse vellet, vt eleganter à
contrario sensu probat responsum Papiniani, quod
12 extat *in l. Pannonius Auitus. 86. de acquir. here.* † Quòd
si ex alia quàm reipublicæ iustáve, & necessaria eius-
modi absentiæ causa abfuerit is, qui si sciuisset adire
potuisset: quantumuis probabilis causa fuerit here-
di eius succurri non potest, quia nec ipsi si viueret,
succurreretur. Non enim succurrit Prætor nisi iis, qui
absunt ex causa iusta & necessaria *l. sed etsi. 26. §. vbi*
enim l. sed ex. quib. caus. maior. Et de iis omnimodo in-
telligi debet *l. vlt. D. de in integr. restit.* in illis verbis,
13 *cæteris quoque qui in eadem causa habentur.* † Sanè si ra-
tio aliqua sit quæ suadeat indulgendam restitutionē
ei qui abfuit ex causa voluntaria quidem, sed proba-
bili, puta studiorum, aut exercendæ negotiationis,
succurrendum quidem illi est, sed hactenus vt dam-
num vitet, non etiam vt lucrum captet. Hæc enim
mihi videtur esse sententia *l. nec non 28. in princip. D.*
ex quib. caus. maior. facit l. cùm quidam. 30. in princip. de
14 *acquir. hered. eo quòd*, inquit, *reipublicæ causa aberat.* †
Quid ergo si intra diem aditionis miles decesserit?
Nego restitutionem heredi eius competere, quia nec
ipsi militi quãdiu vixit competiit *d. l. 1. C. de restit. mi-*
lit. cuius contextus in hanc rem tam clarus & apertus
est, vt non facile sit adinuenire, quid responderi pos-
15 sit. † Et tamen consentientibus ferè omnium inter-
pretum notis in contrariam sententiam itum est, nec
tantùm in herede militis, sed etiam in herede mino-
ris & alterius cuiuslibet absentis ex quacumque cau-
sa dummodò probabili, quasi minor ætas, aut absen-
tia quælibet probabilis, quæ sola non mereretur be-
neficium restitutionis, eadem cum morte coniuncta
inducat restitutionem. Quod ego ferre & concoque-
re nullo modo possum. Qua enim obsecro ratione
competere possit heredi restitutio, quæ nunquam cō-
16 petiit defuncto? † Nam & iis quoque casibus, quibus
æquum est succurri heredibus heredis in ea heredita-
tē quam heres ipse iusta aliqua causa impeditus adire
non potuit, non tamen iis succurritur per restitutio-
nem quæ si daretur vtique daretur ex edicto prætoris
quod est de restitutionibus, sed succurritur iis per de-
cretum *d. l. 5. ff. de bonor. poss. contr. tabul.* Cui porro non
aliter locus est quàm si edictum non sufficiat *l. 1. §. si*
ea quæ in possessionem. iunct. §. si quis primus. ff. de ventr. in
possess. mitt. d. l. scriptus. 12. de Carbon. edict. l. & mulieri.
17 *15. §. 2. D. de curat. furios.* † Vnus tantum iuris locus est,
qui pro interpretibus contra nos pugnare videatur,
& qui omnes certè præcipites egit, Is est *in d. l. Pan-*
nonius. Dicam libere, & candidè meo more, quod sen-
tio. Irascendum potiùs & succensendum est Tribo-
niano, cæterisque Pandectarum compositoribus, qui,
vt ego quidem arbitror, elegantem illum Papiniani
locum corruperunt, quàm interpretibus ipsis, quos
18 in corrupto loco laborantes errare necesse fuit. † Tra-
ctat Papinianus de Pannonio Auito, qui cùm in Cili-
cia procuraret, atque ita abesset Reipublicæ causa, he-
res Romæ institutus fuerat, priusque decesserat quàm
se institutum cognouisset. Petierat quidem eius pro-
curator bonorum possessionem: quam constat peti
posse per procuratorem absentis nomine, & sufficere
vt posteà dummodo intra constituta tempora ratiha-
bitio sequatur *l. qui in absent. 6. D. de acquir. hered.* Sed
quia ante ratihabitionem nullum ex ea possessione
ius absenti quæritur, ita vt prius defuncto illo inu-
tilis sit agnitio possessionis, nec ipsi quicquam prosit
quoniam ratum non habuit, nec eius heredi quia ra-
tum habere non potest cùm in heredem non transeat
ius admittendæ bonorum possessionis *l. 4. §. acquirere.*
D. de bon. possess. Ob eam nimirum causam petebant
heredes Auiti restitutionem in integrum, & quidem
ex persona defuncti. Verùm competere illam Papi-
nianus negat, ideò quòd intra diem aditionis Aui-
tus obiisset. † Non de illo Papin. quærit, an tempus 19
ignoranti cucurrerit, nécne. Nam siue cucurrerit, pu-
ta si dies aditionis fuerint continui, non vtiles, siue
non cucurrerit, puta quòd vulgaris fortasse cretio fa-
cta esset, de qua Vlpianus in Titulis tractat tit. 22. fie-
ri non potest, vt heredi, qui intra diem aditionis de-
cessit, vnquam competierit restitutio, qui scilicet
quandiu vixit non fuit læsus. Nec pugnat quod ex
nostris subtiliores nonnulli obiiciunt, videri eum læ-
sum in vita sua, quia moriens perdidit potentiam, vt
loquuntur adeundi, hoc est voluntatem sine qua per
eum adiri hereditas non potuit. Nam vt taceam eum
qui nunquam sciuit delatam sibi hereditatem non
potuisse habere voluntatem adeundi, nec eam pro-
inde amittere, illud obseruare nostri debuerunt, non
amitti voluntatem istam propter absentiam, sed pro-
pter mortem, aduersus quam non est præter Deum
Opt. Max. qui dare possit in integrum restitutionem.
Ac præterea, non videri quemquam læsum ex eo so-
lo, quòd amittat voluntatem adeundi, nisi cùm acci-
dit, vt eandem posteà recuperet, velitque adire: quòd
neque per mortem contingit, neque post mortem.
Nulla ergo ex iuris ratione competere potest restitu-
tio heredi qui intra diem aditionis moritur, nec pro-
inde heredi heredis, ne plus iuris habeat ille quàm
habuerit defunctus. Neque dubito quin ita Papinia-
nus scripserit, cùm mihi planè constet sic omnino
scribendum fuisse. † Sed Tribonianus, aut si quis a- 20
lius fuit ex compositoribus, specie quadam æquitatis
motus locum corrupit, & quasi pugnaret hîc æquitas
cum iuris rigore, adiecit primùm verba illa, *stricto iu-*
re, vt Papiniani sententiam, quàm prorsus peruertere
non poterat restringeret ad stricti iuris rationem.
Deinde subiecit, *quod & hîc humanitatis gratia obti-*
nendum est. Quæ loquendi formula neque admodum
latina est, nec Papiniano familiaris, sed Triboniano
potiùs, qui quoties Iurisconsultorum responsa pro
arbitrio suo lacerat, æquitatis potissimùm & huma-
nitatis prætextu aliquo niti solet, vt à nobis sæpius,
ac sæpius in superioribus libris obseruatum est. † Me 21
illud etiam valde mouet, quòd totus ille versi. *Diuum*
tamen Pium contra constituisse Mæcianus libro quæstio-
num refert in eo, qui legationis causa Romæ erat, & fi-
lium qui matris delatam possessionem absens amiserat,
sine respectu eius distinctionis restitutionem locum ha-
bere, magis insulsè & inconcinnè cōscriptus est quàm
vt Papiniani elegantiam sapiat. Quinimò ad Papi-
niani responsum minimè aut potiùs nullo modo ac-
commodatè. Rescriptum enim illud Diui Pij; quod
ex Mæciano refertur, idipsum est cuius meminit Vl-
pianus *in d. l. cùm quidam. 30. de acquir. hered.* De illo
felicès

scilicet qui cum Romæ esset legationis caussa, non
potuerat filium à matre institutum eundémque in
prouincia agentem iubere matris adire hereditatem.
†Non enim vt vulgo creditur, duplex Diui Pij rescri-
22 ptum fuit, vnum de illo, qui reipublicæ causa aberat,
alterum de filio, qui delatam matris possessionem ab-
sens amiserat, sed vnicum duntaxat de illo qui cum
esset in legatione non potuerat iubere filio, quem ha-
bebat in potestate, vt hereditatem matris ex testamé-
to delatum adiret, atque ideò mortuo intereà filio
spem acquirendæ hereditatis amiserat. Itaque quod
Vlpianus proponit *in d.l. cum quidam*, institutum filiũ,
ita intelligendum est, vt fuerit à matre institutus, se-
cundum id quod scriptum est *in d.l. Pomponius*. †Et vi-
23 cissim quod *in d. l. Pomponius*. proponitur delatam fi-
lio bonorum possessionem matris, non aliter accipi
potest quàm vt ex testamento delata esset. Nempe
quia temporibus Diui Hadriani, & ante S.C. Orficia-
num, quod longo post interuallo sub Marco Impera-
tore factum est non poterat filius heres esse matris,
nisi ex testamento *Inst. De S.C. Orfic. in princ.* Cum igi-
tur pater Romæ esset legationis caussa, filius autem
in prouincia ageret, euenerat, vt non potuisset pater
iubere filiũ adire, quomodo sanè potuisset, si in pro-
uincia cum filio non Romæ legationis causa fuisset.
† Meritò igitur rescriptum est mortuo filio subue-
24 niendum patri, non tanquam heredi filij, in quo om-
nes decipi video [neque enim pater heres est filiifa-
milias *l. 1. D. de castrens. pecul.* neque alius quilibet filij
heres si patrem non habuisset, restitueretur] sed ex
proprio iure & capite tanquam illi ipsi, qui reipubli-
cæ causa abfuerat, & cui ex illa absentia damnum
contigerat amissæ hereditatis, quam filio delatam
potuisset sibi per filij personam acquirere, si non rei-
publicæ caussa abfuisset. Nocere verò ei absentiam
25 reipublicæ causâ æquum sanè non erat. † An autem
subueniendum erit patri per in integrum restitutio-
nem? Et si quidem filius viueret, sed tamen absente
patre causâ reipublicæ dies aditionis effluxissent,
posset pater ex edicto restitui, adhoc, vt non obstante
lapsu temporis liceret sibi iubere filium adire, & per
illum hereditatem acquirere, neque in eam rem opus
fuisset rescripto vllo Diui Pij, sufficienti nimirum e-
dicto quo succurritur etiam maioribus, qui cùm rei-
publicæ causâ abessent damnum aliquod passi sunt,
aut lucri captandi occasionem amiserunt *leg. & fine*
quod. 27. ex quib. caus. maior. Quamuis enim reipubl.
causa propriè abesse non videatur is, qui pro ciuitate
in legatione est, quoniã non agnoscit ius ciuile Roma-
norũ, aliã rẽpublicã Romanã, iisdẽ tamen gaudet pri-
uilegiis, præsertim quod ad beneficium restitutionis
pertinet *l. sed et si 26. §. vlt. eod. ex quib. causs. maior.* nisi
sit in legatione priuati negotij sui causâ *l. non verè 42.*
26 *eod.* †Sed quoniã absẽte patre filiũ in prouincia defun-
ctum ponimus, sine cuius tamen persona & ministe-
rio fieri non potest vt acquiratur patri hereditas, quæ
non patri delata fuerat, sed filio, apparet in eo statu
rem esse vt restitutionem in integrum admittere nul-
lo modo possit. Non enim potest in integrum restitu-
tio facere, nisi vt in eum ipsum statum reducantur o-
mnia in quo erant, priusquàm læsio contingeret quod
& nomen ipsum demonstrat in integrum restitutio-
27 nis *leg. quod si minor 24. §. restitutio. Dig. de minor.* †Id-
cóque quoties desiit res esse integra, cessat restitutio,
puta si minor velit restitui aduersus aditionem, aut
omissionem hereditatis post distractas res heredita-
rias *dict. leg. quod si minor. §. Scaeuol. l. vltim. C. de repud.*
28 *vel abstin. hered. in princip.* † Nam quod in fine consti-
tutionis subiicitur, si durante minori ætate distractio
facta sit, licere minori res recuperare & paternis cre-
ditoribus satisfacere, vel restringendum est ad suos
heredes quorum fauorabilior causa est semperque
fuit quàm extraneorum, vel ad eum casum quo filius
non aduersus immistionem restitui velit, sed aduersus
omissionem hereditatis, quippe quam adiri non tan-
tùm ipsius intersit sed etiam creditorum, quod planè
diuersum esset si aditam repudiare vellet distractis re-
bus hereditariis. Fieret enim fraus & creditoribus, &
legatariis, si restitutio ei concederetur, qui iam distra-
ctas res hereditarias in integrum restituere non pos-
set. Atqui in specie de qua quærimus, in eo rés erat
priusquàm defunctus esset filius eius, qui legationis
causâ Romę aberat, vt non nisi per filium ipsum adi-
ri hereditas posset vt patri quæreretur. Quemadmo-
dum ergo non potest restitutio facere vt mortuus fi-
lius viuat, ita nec faciet vt delatam filiu hereditatem
pater per se adeat mortuo filio, quã viuo eo per se adi-
re nequiuisset. † Itaque non rescripsit Diuus Pius, 29
quod nimis ridiculum fuisset, restituẽdum patrem in
integrum mortuo filio ad adeundam matris heredita-
tem sed subueniendum patri, vt Vlpianus loquitur
in *dict. l. cum quidam*, hoc est, vt ego interpretor, datis
ei hereditariis actionibus perinde acsi iussu eius fi-
lius adisset. † Sic & *in l. si infanti. 18. Cod. de iur. delib.* 30
succurritur patri cuius filius infans priùs decessit,
quàm eius nomine pater hereditatem adiret extra-
nei, & succurritur ex constitutione Iustiniani, nulla in
eam rem necessaria restitutione. Quamquam inter
eam Iustiniani constitutionem, & rescriptum D. Pij
hoc fortasse interest, quòd ex constitutione directæ
quoque actiones patri competunt, quem scilicet per-
inde haberi vult Iustinianus, acsi iure patrio quæsita
illi hereditas per filium fuisset. Ex rescripto autem
Diui Pij non putem competere directas patri, sed vti-
les tantum ex æquitate, deficiente iure *arg. l. 3. §. ele-*
ganter. D. de S.C. Silan. Id enim subuentionis verbum
ipsum demonstrat. † Sed & illud obseruandum est 31
quod ad rem nostram maximè pertinet, non Prætori
sed Consulibus rescriptum fuisse à Diuo Pio vt Vl-
pianus refert *in d.l. cum quidam*. Nam si patri subueni-
ri voluisset per in integrum restitutionem, vtique
Prætori rescribendum erat, cuius solius fuit ea cogni-
tio concedendæ vel denegandæ restitutionis ex edi-
cto, quod ipsum in vrbe prætorium fuit non consula-
re *dict. leg. quod si minor §. vlt.* Sed quoniam non pol-
licetur Prætor in integrum restitutionem nisi quoad
eius per leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta, &
decreta Principum licebit *l. 1. l. nec non. 28. § quoad eius.*
D. ex quib. causs. maior. cessante hîc potestate edicti re-
scribendum fuit Consulibus, qui in vrbe vices Prin-
cipis gerebant, vt ea concederent præsertim rescri-
bente Principe, quæ nec prætoris edicto, nec ordina-
rio magistratus imperio alioquin concedi potuissent.
Ex quo apparet absurdum prorsus esse, & consequen-
ter Triboniano potiùs quàm Papiniano adscriben-
dum, quod *in dict. l. Pomponius* scriptum legimus, re-
scripsisse Diuum Pium dandam patri in integrum re-
stitutionem. † Quemadmodum & ridiculum illud est 32
quod additur *siue respectu eius distinctionis*. Nam præ-
ter id quod parum elegans locutio est, non poterat in
ea specie de qua Pius rescripsit locus esse distinctioni,
an intra diem aditionis, an postea decessisset filius
eius qui Romæ erat legationis caussa. Quandocum-
que enim decessisset, constabat nec adiri ampliùs pos-
se hereditatem, nec patri succurri per restitutionem,
quoniam eo casu non tam lapsus temporis patri no-

cebat, quàm mors filij, nec rursus petebat pater sub-
ueniri sibi tanquam heredi filij, sed tanquam patri.
Distinctio autem illa Papiniani, an heres institutus
qui reipubl. caussa aberat intra diem aditionis deces-
serit, an post diem, non aliam rationem habet, quàm
quod si post diem defunctus sit, competierit ei viuo
beneficium restitutionis quod proinde in heredem
33 suum transmisserit, non item si ante diem.† Est igitur
planè dissimilis species illa quam Papinianus tractat
in leg. Pannonius, ab ea quæ Diui Pij rescripto conti-
netur. Subueniendum enim putauit Diuus Pius illi
ipsi qui legationis & reipublicæ caussâ abfuerat, non
etiam illius heredi, idque citra restitutionem. Papi-
nianus verò non de illo quærit, An Pannonio Auito
qui reipub. caussâ abfuerat, succurrendum esset, siue
per in integrum restitutionem, siue quo alio auxilij
genere (ponit enim defunctum illum intra diem adi-
tionis, ac priùs quàm se heredem scriptum cognosce-
ret) sed an heres eius restitutionem in integrum im-
plorare posset, quam viuus ille implorare non potue-
rat. At nulla sanè siue iuris, siue æquitatis ratione ad-
mitti id potest. Non enim quæ æquitas induceret re-
stitutionem pro Auito si viueret, & heres esse vellet,
post effluxa aditionis tempora, eadem facit vt restitui
possit, quandiu superesset aliquid temporis ad adeun-
dum, quia scilicet tamdiu læsus non videtur. Eo igi-
tur intra diem defuncto, relinquitur necessariò caus-
sam nullam esse, propter quam aut ex iure aut ex æ-
quitate restitui heres eius debeat, cùm in hereditate
defuncti non inueniat beneficium restitutionis, quæ
ipsi defuncto numquam competierat. Errauit ergo a-
pertissimè Tribonianus, aut quisquis alius fuit, qui ad
illam Papiniani speciem trahendum putauit rescri-
ptum D. Pij, nec ipsi Papiniano parcerem, si constaret
mihi aut fieri posset probabile, nihil in eius responso
34 immutatum. † Sed errant longè periculosiùs, & fœ-
diùs, qui quod à Papin. ex æquitate contra iuris ratio-
nem responsum putant in herede eius qui reipublicæ
caussâ abfuerat, vt scilicet competat ei restitutio,
quę numquam defuncto competierat, hoc ipsum pro-
trahunt ad alios heredes quoscumque, nõ solùm mi-
noris sed & alterius cuiuslibet, qui ex alia quàm iusta
& necessaria caussa abfuerit. Diuersam enim istorum
rationem esse vel ex eo intelligimus quod Vlpianus
in d. l. cùm quidam scribit. non alio æquitatis iure niti
rescriptum D. Pij quàm quòd pater reipublicæ caussa
abfuerat, vt colligamus si aliud nõ fuisset quàm quòd
filij mors interuenerat absente ex alia caussa patre,
35 non idem rescripturum fuisse Imperatorem.† Nec sa-
nè ambigendum est quin hac parte melior esse de-
beat condicio eorum qui reipublicæ caussâ absunt,
quàm cæterorum. sicut & in eo quod iam diximus, vt
qui reipubl. caussâ absens exclusus est tempore ab ad-
eunda hereditate, restitui in integrum possint: *argum.
d. l. sed et si. 26. §. vlt. cum l. seq. D. ex quib. caus. maior. &
dict. l. 1. C. de restit. milit.* Item in eo, vt cui cùm reipu-
blicæ caussâ abesset, priùs defunctus est quàm se in-
stitutum cognosceret, dummodò post aditionis diem
decesserit transmittat in heredem beneficium restitu-
tionis etiam ignorans. Minor autem vel alius quis-
quis non reipublicæ caussâ abfuerit, non transmittat,
nec si delatam sibi hereditatem aut bonorum posses-
sionem ignorauerit.† In illo autem solo conueniunt,
36 quòd & is qui reipublicæ caussâ abfuit, si post exa-
ctos aditionis dies decesserit, sibi delatam sciens suc-
cessionem, non aliter tamen in heredem suum trans-
mittit quàm si declarauerit velle se heredem esse aut
tempus habere ad deliberandum *dict. l. Iulianus. 17. ex*
quibus caus. maior. quod & in minore & in cæteris om-
nibus qui ipsi restitui potuerunt sine ante impetra-
tam restitutionem decesserint, idem prorsus est. † Sa- 37
nè in militis herede certum, ni fallor, ius est, vt ex de-
functi persona non possit iuuari beneficio restitutio-
nis, si miles intra diem aditionis decesserit. Id enim
est quod apertè imperatores significant *in d. l. 1. C. de
restit. milit.* iis verbis *ita demum si post exactos dies*. Quæ
si cum nostris interpretibus putes abundare, vt impe-
ratores cum Papiniano concilies, non minùs ridiculè
facias, quam si cùm iis sentias rescripsisse Imperatores
de stricto iure, Papinianum verò de æquitate respon-
disse. Solent enim Imperatores de æquitate potiùs,
quàm de stricto iure rescribere, ne aliqui eos à qui-
bus consulebantur fefellisse magis quàm docuisse vi-
derentur. Si quando enim aliàs, certè in legibus, edi-
ctis, & rescriptis verba cum effectu sunt accipienda.
Quis porrò effectus esset eius quod lex ait. Ita de-
mùm posse militis heredem ex persona defuncti re-
stitui si decesserit ille post exactos dies petendæ bo-
norum possessionis, cum iis quoque non exactis idem
nihilominus admittendum esset? Denique cùm resti-
tutiones omnes sola æquitate nitantur, ac contra stri-
cti iuris rationem inductæ sint, non video qua ratio-
ne potuerint Imperatores iuris rigorem inspicere ad
denegandam restitutionem quam ex æquo & bono
concedere debuissent. † Sed & quod tradunt nostri
defuncto ante aditam hereditatem minore, dandam 38
heredi eius restitutionem vt adire possit, an non pu-
gnat apertè cũ *d. l. si infantes. 18. C. de iur. delib.* † Quam- 39
uis enim infanti priuilegium hoc detur, vt ei delatam
hereditatem possit pater ipsius nomine adire, adeò-
que vt si priùs infans defunctus sit quàm pater adie-
rit, habetur nihilominus hereditas pro adita, & ipsi
patri iure potestatis quæsita, si tamen pater non sit
nec tutor, aut tutor quidem sit, sed hereditatem pro
infante adire neglexerit. Placet Iustiniano heredita-
tes omnes ad infantem deuolutas & non agnitas ita
intelligi, & perinde ad alias personas subsequentes
peruenire, acsi nunquam fuissent infanti delatæ. Qui-
bus verbis vtique excluditur infantis heres non so-
lùm ab hereditate, sed etiam ab omni beneficio resti-
tutionis, vt pluribus ad eum locum disputat Baldus
contra Bartolum. quamuis idem Bald. *in d. l. 1. C. de re-
stit. milit. in fin.* tentet dici posse aliud iuris esse in in-
fante, aliud in alio minore. Sed præter id quod dissi-
militudinis rationem nullam adfert, illud etiam ne-
gari non potest, plus fauere Iustinianum voluisse in-
fanti quam minori, sicut & re vera fauorabilior est in-
fans quàm minor, vel eo solo quòd minùs æquum sit
nocere infanti aut eius heredi negligentiam tutoris,
quàm minori suam propriam. † Obiicitur etiam vul- 40
go pro interpretibus lex *Qui duos. 9. D. de reb. dub.*
quasi in ea specie hereditas fratris præmortui reperia-
tur in hereditate nouissimi beneficio tantùm restitu-
tionis in integrum, vt ad eum locum Bart. defendit.
Sed longè alia illius loci sententia est, vt tractauimus
lib. super. c. 14. & ex iis apparebit, quæ nos de tota
quæstione ista fusiùs & commodiùs disseremus no-
stris Disputationum forensium libris, quos parturi-
mus iampridem, & breui, si Deus fauebit, in publi-
cum edemus.

CAPVT II.

De verbis fideicommissorum ad §. vlt. l. vnum ex familia. 67. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Quænam olim fuerint solemnia fideicommissorum verba.*

a Ad

2 *Ad fideicommissa inducenda nec verba sine voluntate, nec voluntatem idoneis verbis non expressam sufficere olim potuisse.*

3 *Vbi verba, licet ad exprimendum fideicommissum non satis idonea manifestam, tamen fideicommittendi voluntatem præ se ferebant, ad inducendum fideicommissum vel S.C. vel rescripto Principis opus fuisse.*

4 *Ex quibus verbis in specie* l. alumnæ. 30. ff. de adim. legat. *fideicommissum inducatur?*

5 *Quenam verba in* §. qui Marco l. Titia. 19. de ann. leg. *fideicommissum inducant?*

6 *Particula* & *pro* etiam *posita quam vim in d.* § *habeat?*

7 *Dictiones has* plus & tantumdem *fideicommissum implicare in* §. patet l. cùm filius. 76. de leg. 2.

8 *Fideicommissum non solùm precarijs, sed etiam directis ad fideicommissarium verbis olim relinqui potuisse?*

9 *Declaratur & explicatur* §. vlt. l. vnum ex familia. 67. ff. de leg. 2.

10 *Verba illa testatoris*, se non dubitare te aliquid facturum *ad fideicommissum inducendum regulariter non sufficere.*

11 *An post rescriptum Diui Marci, ex illis verbis passim & indistinctè fideicommissum induci possit?*

12 *Ratio eius rescripti a Bartolo excogitata reycitur.*

13 *Vera huius rescripti ratio a Papiniano allata.*

14 *Quomodo in* d. §. fin. *accipienda sint verba illa*, patrem decipiat?

15 *Non ex eo sole fideicommissum induci quod testatoris expectationi & præsumtioni satisfactum non fuerit, si nulla adsint fideicommissi verba?*

16 *Quid Bartolus respondeat* ad l. Titia quum testamento. 34. ff. de leg. 2?

17 *Rescriptum Diui Marci ad alias species, quibus eadem ratio conuenire non possit, non esse protrahendum.*

1 FVere † olim verba quædam certa, & vt ita dicam solennia fideicommissorum, sicut & legatorum. qualia illa *Rogo, peto, mando, iubeo, cupio, opto, volo, desidero.* & si qua sunt similia *§. vlt. Inst. De sing. reb. per fideic. relict. l. 2. C. commun. de legat. Paul lib. 4. senten. tit. 1. de fideic. §. fideicommittere.* † Quæ si nulla aderant non poterat ex sola voluntatis coniectura fideicommissum induci *l. pater filio. §. pen. l. testatorem. 68. alias l. Iulianus: §. 1. de legat. 3.* Quibus locis ridiculus sanè est Accursius, qui fideicommissum deberi contendat, quod apertissimè Scæuola & Vlpianus deberi negát, sed magis ridiculi, qui scripserunt *in dict. § pen.* legendum esse *dubitari* non *propera.* Nulla enim certè eo loco fideicommissi verba proponebantur, sicut nec *in l. generali. 32. in princip. de vsufruct. legat. l. Titia cùm testamento. 34 in princip. & §. Caius Seius. de legat. 2. l. fideicommissa. 11. §. si is a quo. de legat. 3.* At nec fideicommissi verba quædam interuenire satis erat, nisi ex iis quæ præcedebant aut sequebantur, apparet testatorem fideicommittere voluisse *l. cùm pater. 77 § mando de legat. 2.* Vnde & dubitandi ratio ad *d. l. fideicommissa § hæc verba,* vbi tamen non obscura videtur testatoris voluntas, eaque verbis precariis expressa acsi scriptum esset *rogo fac vt ea prædia possint ad liberos tuos peruenire* quibus verbis vtique fideicommissum significatur *l. epistolam. 75. §. vlt. D. ad S.C. Trebell.* Itaque nec poterant sufficere verba sine voluntate, nec voluntas quæ verbis idoneis expressa non esset *l. libertates. 26. D. de fideic. libert.* ne fauore quidem libertatis *l. Thais. 41. §. Lucius Titius. 6. eod. l. ex verbo. 12. C. eod.* prӕterquàm in casu valde singulari *l. Paulus respondit. 39. §. 1. D. eod. tit.*

3 † Quòd si talia verba testatoris proponerentur, quæ licet non essent ad exprimendum fideicommissum satis idonea, præ se ferrent tamen apertissimam fideicommittendi voluntatem, ita vt æquum videretur fideicommissum induci, necessarium erat in eam rem Senatusconsultum, vt in illa specie cum quis rogatus est vt alium heredem instituat, *l. filiusfamilias. 114 §. vt quis. de legat. 1. l. ex facto 17. in princip. D. ad S.C. Trebell.* Aut rescriptum aliquod Principis vt si scriptum esset *mando tibi ne testari desinas donec liberi tibi sint* idque nullis consilij verbis adhibitis *l. qui filium. 74. in princ. eo. tit.* Vel si pater rogatus fuisset filium emancipare nulla hereditatis restituendæ facta mentione *l. si cui legatum. 92. § vlt. cum l. seq. de cond. & demonstr. l. quamuis 11. C. de fideic.* Aut denique si testator ita cauisset *non dubitare se quodcunque vxor eius cepisset liberis suis reddituram, l. vnum ex familia. 67 §. vlt. de legat. 2.* vbi Papinianus refert Diuum Marcum rescripsisse pro fideicommisso accipiendum hunc sermonem, cùm fideicommissi verba cessare animaduerteret. Non enim fideicommissi verba sunt hæc *non dubito te redditurum* sed spei potiùs, præsumptionis & confidentiæ: Sicut nec illa *Scio omnia quæ tibi Pamphile relinquo ad liberos meos peruentura cùm affectionem tuam circa eos bene perspectam habeam*, vt apertè Scæuola respondit *in l. Pamphilo. 39.* ibi *non videri quantum ad verba testatoris pertinet fideicommissum Pamphili* de legat. 3. † Nec obstat quod ab eodem Scæuola contrà responsum videtur *in l. alumnæ. 30. de adim. legat.* Non. n. ex iis verbis *certa autem sum te Meui pro tua pietate ab herede tuo petiturum vt voluntas mea in persona alumnæ meæ duret* fideicommissum Scæuola coniicit, vt malè putat Accurs. sed ex illis præcedentib. *cautionibus interpositis, vt ex ea summa eidem Semproniæ quandiu vixerit præstes menstruos denarios quinque. & vestiarij nomine denarios centenos vicenos quinos idque fides vestræ committo.* Præsertim cum non posset in illa specie Mæuius translatum in se legatum agnoscere, nisi cum suo onere *l. sed duobus. 5. de legat. 2. l. a filio 15. de alimen. & cibar. legat.* nec minus heredes Mæuij, quàm ipse Mæuius onerari *l. si fuerit. 5. §. vlt. de legat. 3* † Quemadmodum & in *l. Titia 19. § qui Marco. de ann. legat.* ex huiusmodi verbis *Domina sanctissima scio te de amicis meis curaturam ne quid his desit, verumtamen & Marco dari octingenta.* idem Scæuola respondit deberi Marco fideicommissum non solum octingentorum, sed etiam annuorum, quæ solebat viuus testator ei præstare, non propter verba illa enunciatiua futuri euentus ad grauatum directa *Scio te curaturam* vt Bartolus credidit, sed propter sequentia *verum tamen & Marco dari octingenta* in quibus certum est subintelligendum verbum *volo*, quod si additum esset, perfectum sensum efficeret *l. verbum volo 10. C. de fideic. l. si in testamento 96. de legat. 1.* Quæ sententia est § *fideicommissa d. l. vnum ex familia. arg. l. 1. § si autem. de hered. instit. l. errore. 7. Cod. de testam. l. 4. §. vlt. C. de recep. arbitr.* Cùm autem verbum *volo* sit precarium vt diximus, mirum non est deberi ex fideicommisso octingenta ac proinde annua etiam deberi † ex vi particulæ illius & quę cùm ponitur pro *etiam* dicitur à nostris implicatiua, & facit vt in proposito perinde sit acsi scriptum esset *verumtamen & eo amplius Marco dari volo octingenta.* Quo casu dubitari non posset quin annua viderentur simul relicta & vtrique fideicommisso eædem inesse condiciones *l. libertis 108 de cond. & demonstrat.* † Sicut & qui ita scribit *Peto cùm morieris licet alios quoque filios susceperis Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei* cæteris quoque nepotibus nondum natis censetur fideicommissum relinquere, quia dictio *plus* implicat *tantumdem*, & dictio

tantundem implicat fideicommissum aliis quoque nepotibus prȩstandum *l. cùm filius. 76. §. pater & ibi Bald. de leg. 2. facit l. Seia cum nuberet. 11. de liber. legat.* Quo exemplo putem in specie dict. §. qui Marco. cæteris quoque omnia deberi, quibus præstare solitus erat testator, idque esse quod Papinianus scribit *in d. l. cum pater. § cum imperfecta. de legat. 2.* Cum imperfecta scriptura inuenitur ita demum verbum legati vel fideicommissi quod præcedit vel sequitur ad communionem

8 assumi si dicto scriptum congruat. † Cæterùm quod dico necessaria olim fuisse verba exprimendo fideicommisso idonea, non sic accipi debet, vt tamen precaria omnimodo esse oporteret. Poterat enim fideicommissum relinqui directo ad fideicommissarium sermone, nec intereat cum qun testator loqueretur sed in quem voluntatis intentio dirigeretur *l. si seruus legatus 108 § qui margarita de legat. 1. d. l. Titia cum testamento. 34. §. Titia 7. l. peto. 69. in princip. l. miles. 75 dict. l. cùm pater. 77. §. donationis de legat. 2. l. cùm quis decedens. 37. § nuptura de legat. 3.* Sed eam tamen voluntatis intentionem verbis idoneis, & vt lo-

9 quuntur dispositiuis expressam esse oportebat. † In eamque rem omnium elegantissimus textus est & ad propositam disputationem accommodatissimus *in d. l. vnum ex familia. 67. §. vlt. de legat. 2.* vbi cùm proponeretur testator ita cauisse *non dubitare se quodcumque vxor eius cepisset liberis suis redditurum*, Papinianus ait cessare verba fideicommissi, & nihilominus Diuum Marcum rescripsisse eum sermonem pro fideicommisso accipiendum esse, vt intelligamus ante Diui Marci rescriptum non potuisse in ea specie pro fideicommisso responderi, quia tametsi voluntas testatoris non obscurè fideicommissariis fauere videretur, nulla tamen fideicommissi verba aderant, ex quibus fidei-

10 commissum inducere Iurisconsultus posset. † Nimirum, quoniam qui dicit se non dubitare te aliquid facturum, non ideò tamen satis voluntatem suam declarat, an idipsum te facere velit, eáque spes, aut præsumptio aut confidentia vt diximus potiùs quàm voluntas dicenda est. id enim est quod Papinianus ait *qui melius de matre præsumpserat.* Porro ad inducẽdum fideicommissum siue absint verba aliqua, siue desint idonea, voluntas fideicommittentis prorsus necessaria est, nec sufficit bene de herede sperasse, aut præsumpsisse testatorem: Alioqui non tam fidei quàm prudentiæ, aut existimationi, aut potiùs arbitrio heredis commissa res videretur, herésque fideicommissum petenti denegans non tam fidem suam quàm testatoris spem & opinionem fallere dicendus esset.

11 † Quare nec hodie post rescriptum Diui Marci admitteret Papinianus inducendum passim fideicommissum ex illis verbis *non dubito te redditurum*, vt ex eo apparet, quòd rescripti rationem reddit non minùs specialem, & singularem, quàm elegantem, & quæ vix ad aliam speciem vllam aptari commodè possit quàm de qua Diuus Marcus rescripsit. Ait enim rescriptum illud summam habere vtilitatem, id est ȩquitatem (scilicet æquitatem semper æstimat ciuilis legislator ex publica vtilitate, quòd quicquid publicè vtile est, non possit id etiam æquum non esse, & contrà, non vtile quod æquum est) *ne*, inquit, *honor bene transacti matrimonij fides etiam communium liberorum*

12 *deciperet patrem, qui melius de matre præsumpserat* † Non igitur ea rescripti ratio est quam Bartolus comminiscitur, vt more suo ex casu specialissimo inferat generalem propositionem, quòd verba enunciatiua futuri euentus ad grauatum directa inducant dispositionem fideicommissariam, quando prolata sunt vt ipse loquitur, propter se, non propter aliud, sed quia mariti verba proponebantur ad vxorem directa cum qua matrimonium bene feliciterque transactum fuerat: Item fauore liberorum quibus etsi pater non satis bene prospexerat, à matre tamen meliùs prospectum iri præsumpserat. Quæ si omnia non concurrant dico non minùs cessare rescriptum, quàm rescripti æquitatem. Quid enim si alius quàm maritus ad heredem talia verba dixerit? Nullus subest honor bene transacti matrimonij, ex quo coniectura aut color æquitatis sumi possit. Quid si nulli ex eo matrimonio supersint liberi, vt proinde de hereditate non liberis sed fratribus aut quibusdam extraneis restituenda testator cogitauerit? Nulla subest communium liberorum fides, quæ decepto marito subueniendum esse suadeat. Ergo nec subueniendum est, vt ea verba pro fideicommisso accipiantur. † Obserua enim non ita lo- 13

qui Papinianum vt rationem rescripti hanc adferat *ne decipiatur testator qui melius de herede suo præsumpserat.* Esset enim potiùs quod imputare sibi testator deberet qui volens heredem onerare, nullis tamen verbis siue directis siue precariis fidem eius obstinxisset. Nisi quid prætereà adsit quod testatorẽ nõ improbabiliter mouere potuerit vt nihil heredi imperaret. Eiusmodi verò fuit in ea specie quam Papinianus tractat, honor bene transacti matrimonij, fides etiam communium liberorum, quibus nimirum rationibus motus pater & persuasus credidit, & verò non abs re credere debuit nil esse sibi necesse rogare vxorem vt communibus liberis hereditatem restitueret. Quam si posteà nolit illa restituere, decipitur quidem pater sed non tam ab vxore cui scilicet voluntatem suam nõ satis apertè ipse insinuauerit, quàm ab honore ipso bene transacti matrimonij, & fide communium liberorum † Rursus obseruandum est, quod post Papi- 14

nianum dicimus *patrem decipi* non sic accipiendum esse vt patris voluntas decipiatur (quis enim admitteret decipi posse voluntatem testatoris ab herede tametsi aliud nihil concurreret? Aut quæ potest dici voluntas eius qui nullis verbis dispositiuis vsus fuerit?) sed sic intelligimus, vt patri spes, expectatio & præsumptio decipiatur. † Atqui non ex eo solo indu- 15

ci fideicommissum potest quod testatoris expectationi & presumptioni satisfactum non fuerit si nulla adsint verba fideicommissi, vt apparet *ex d. l. generali. 32. in princip. de vsufruct. legat.* in cuius specie proponebatur testator vsus verbis illis, non adulatoriis, vt somniat Bartolus, sed enunciatiuis futuri euentus *cuius fundi proprietatem puto te consecuturum, si non contenderis cum herede meo, sed potiùs concordaueris*, Nec ad honoratum duntaxat directis, sed etiam ad oneratũ. Sequitur enim *sed & tu heres omnia fac vt amici sitis. Hoc enim verbis expedit.* Nec tamen admittit Scæuola vt his verbis relicta proprietas videatur. Sic & *in l. testatorem. 68. alias l. Iulianus §. 1. de legat. 3.* nullum fideicommissum inducitur ex illis verbis. *Ita enim fiet vt filios vestros filius meus vobis condonet.* Quamquam non ignoro respondere Bartolum, verba illa esse adulatoria vt & *in d. l. generali.* & ad honoratum ipsum directa ac propter aliud non propter se emissa, † sed quid 16

ille respondeat ad *l. Titia cùm testamento. 34. de lega. 2.* Ibi enim testator ita dixerat *A te autem Mania filia charissima peto vt Stichum seruum tuum manumittas cùm in ministerio tuo tot capita seruorum tibi his codicillis legauero.* Quæ verba haud dubiè sunt enuntiatiua futuri euentus, & ad grauatam filiam directa nec tamen fideicommissum vllum inducunt. Dicet ille, Emissa propter aliud, id est ad validandam fideicommissariam

missariam libertatem Sticho relictam, idque ita esse non inficior. Sed rogo cur non vel eo magis fideicommissum inducatur, quam si propter se emissa fuissent? Fauore [illegible] libertatis, quae ob hoc solum non debetur, quod iis verbis nec fideicommissum vllum debeatur? Addes fortasse pro Bart. nullum eo casu fideicommissum deberi, propterea quod legati species adiecta non esset. Id enim est quod Modestinus ait *nec adiecerit legati speciem*. Sed quamuis adiecta fuisset, certaque seruorum corpora demonstrata, non idcirco tamen fideicommissum valuisse vt apertissime Modestinus docet cum ita scribit *nec possit vtile fideicommissum putari quod datum non sit cum legasse se dixerit, nec ab herede vel praestarentur mancipia petierit*. Quae ratio non minus locum habet, cum verba enunciatiua futuri euentus ad grauatum directa emissa sint propter se, quam cum propter aliud. Illud enim perpetuum est, vt fideicommissum nunquam videri possit relictum, nisi verba adsint aut precaria aut dispositiua; nec sola enunciatiua vllo casu sufficiunt, si eum tollas quem iam diximus singularem, fauore libertatis aut alterius cuiuslibet piae causae, de quo *in dict. l. Paulus respondit. 39. §. 1. de fideicommiss. libert.*

17 † Itaque vt ad Papinianum nostrum redeamus, cum rescriptio illa D. Marci de qua *in d. § vlt. l. vnum ex familia*, specialissimam rationem habeat, non est quod ad alias species, quibus eadem ratio conuenire non possit, protrahatur: sed ad vnam illam, quae alia potius quam dissimilis dicenda est, si mulier herede scripto marito ita dixerit *non dubito charissime domine te quicquid ex bonis ad te peruenerit liberis nostris redditurum*. Nam & hoc casu eadem ratio suadet vt verba huiusmodi pro fideicommisso accipiantur, *ne scilicet bonus bene transacti matrimonij fides etiam communium liberorum decipiat matrem qua melius de patre praesumpserat*. Et haec quidem ad Papinianum sufficiant. Ad Scaeuolam enim properandum est.

CAPVT III.

Inconsulta Triboniani nota in l. Pamphilo. 39. in princip. de legat. 3.

SVMMARIA.

1 *Propositam* l. Pamphilo *cum superioris capitis fine pugnare videri.*

2 *Quatuor notatu digna ad soluendam obiectionem ex* d. l. *propositam obseruantur.*

3 *Rescriptum D. Marci ad speciem in* d. l. *propositam, sed non ad omnes alias trahi posse.*

4 *Fideicommissum his verbis relinqui non posse*, credo te daturum, *aut* scio te restituturum hereditatem meam Titio.

5 *Respondetur ad* l. etiam hoc modo. 115. & l. eo modo. 118. de leg. 1.

6 *Tentatur in* d. l. Pamphilo. *multa Triboniani non Scaeuolae esse.*

7 *Mos respondendi ad propositas quaestiones Scaeuolae peculiaris.*

8 *Scaeuolam ad ea tantum respondisse quae ex facto proponerentur.*

9 *Quid in* d. l. *Scaeuola ad propositam quaestionem respondisse praesumendus sit?*

10 *Obseruantur verba quaedam in* d. l. *quae Triboniani manum produnt.*

11 *Plus esse sententiam quam voluntatem.*

12 *Speciem ad quam Imperator Marcus rescripsit multum ab ea specie differre quam Scaeuola in* d. l. Pamphilo *tractauit.*

13 *Scaeuolam ad aetatem vsque Marci Imperatoris non peruenisse.*

14 *Verba illa d. l.* quia in simili specie Imperator noster D. Marcus hoc constituit, *Triboniani non Scaeuolae esse.*

ADuersus † id quod proximè diximus, rescriptum illud Marci imperatoris, de quo Papin. tractat *in §. vlt. l. vnum ex familia. 67. de leg. 2.* nō esse ad alias species facilè protrahendum, pugnare omnino videtur quod Scaeuola respondisse creditur *in l. Pamphilo. 39 in princ. de legat. 3.* Nam cum patroni testamento ita scriptum proponeretur. *Pamphilo liberto hoc amplius quam codicillis reliqui, dari volo centum. Scio omnia quae tibi Pamphile relinquo ad liberos meos peruentura cum affectionem tuam circa eos bene perspectam habeam*, & quaereretur, an verbis suprascriptis Pamphili fidei commissum esset vt post mortem suam filiis defuncti centum restitueret? Respondit Scaeuola secundum ea quae proponerentur, non videri quidem quantum ad testatoris verba pertinet fideicommissum Pamphili vt centum restitueret, sed cum sententiam defuncti à liberto decipi satis inhumanum sit, centum illa filiis testatoris debere restitui, *quia, inquit, in simili specie & Imperator noster Diuus Marcus hoc constituit*. 1

† Hic ego priusquam meam propono sententiam animaduerti volo, quod superioribus mirificè congruit, fateri Scaeuolam nullum fideicommissum contineri iis verbis *scio omnia quae tibi Pamphile relinquo ad liberos meos peruentura*. Cuius tamen iuris ratio alia esse non potest, quam quae supra à nobis allata fuit, quod fideicommissum nunquam induci possit absque verbis precariis aut quomodocunque dispositiuis *dict. l. Titia cum testamento. 34. d. l. miles ad sororem. 75. d. l. cum pater. 77. § donationis de legat. 2. l. quidam cum filium familias. 46. de hered. instit.* Sed & illud obseruandum est, Scaeuolam, vt in proposita specie fideicommissum inducat praeter verba testamenti, non moueri sola coniectura voluntatis, sed potissimum autoritate rescripti Diui Marci, ita innuens non obscurè, si tale nullum fuisset rescriptum, nec fuisse se pro fideicommisso responsurum. Tertiò notatu quoque dignum est, quod ait Diuum Marcum in simili specie hoc constituisse, vt intelligamus non idem in omnibus speciebus constituendum esse sed tantum in similibus. Postremò quod ait *cum sententiam defuncti à liberto decipi satis inhumanum esse* ostendit apertissimè in eo similem esse propositam speciem illi de qua Marcus rescripserat, quod sicut permittendum non est vt honor bene transacti matrimonij, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre praesumpserat, ita nec ferendus sit libertus, qui patroni sui sententiam decipere velit, nempe quod non minore obsequendi necessitate patrono libertus, quam marito vxor tenneatur. 2

† Ex quo apparet, vt maximè trahi possit rescriptum Marci ad eam speciem, de qua Scaeuola respondet, non ideò tamen ad alias omnes species trahendum esse: Alioqui scribendum erat, inhumanum esse decipi sententiam defuncti ab herede, aut legatario quolibet, nec debuerat liberti nomen specialiter adiici, si nihil ex adiectio prodesset. Prodest autem in eo, vt appareat liberto qui non modò legatum sed etiam libertatem à patrono meruerit, difficilius quam caeteris heredibus, aut legatariis prorsus extraneis permittendum esse, vt frustretur, vel decipiat patronum, qui de eo melius praesumpserat. 3

† Itaque non faciet responsum hoc Scaeuolae, vt mihi persuadeam, relinqui posse fideicommissum his verbis *credo te daturum*, aut *scio te restituturum hereditatem meam Titio*, siue vim verborum species, quae proculdubio nec 4

precaria sunt nec dispositiua, siue testatoris voluntatem quæ non diuinanda est sed ex ipsa potestate aut interpretatione verborum colligenda. † Et conse-
5 quenter quod contrà scriptum est *in l. etiam hoc modo. 115. & in l. & eo modo. 118. de legat. 1.* vel omnino accomodandũ & tractãdum est ad eas species de quibus Scæuola & Papinianus tractant, vel Triboniano adscribendum aut imperito interpreti respicienti ad Iustiniani constitutionem *in l. 2. C. commun. legat.* quasi ex ea factam sit vt verba quælibet hodie idonea sint ad exprimendam fideicommissi voluntatem: quo tamen stultius dici nihil potest, vt docebimus *infr. cap.*
6 *5.* † Sed vt dicam quod sentio, videtur mihi posse quid tentari & verius & elegantius, à nemine adhuc tentatum aut obseruatum. Multa enim sunt, quę mouent me, vt in eo Scæuolæ responso inanem & verbosam Triboniani eloquentiam potiùs, quàm elegantem Scæuolæ breuitatem deprehendere videar. Perlege enim si voles omnia Scæuolæ responsa, siue Digestorum, siue responsorum, siue quæstionum libris comprehensa. Non reperies vllibi eum tot verba effundere, vt respondeat ad propositam quæstionem. † Solet enim ille si quam dubitandi, aut deci-
7 dendi rationem exprimere vult, eam consultationis verbis complecti: vt eò breuior sit responsio. Sed & quoties contigit ex eodem facto plures oriri quęstiones, solet etiam consultationis capita distinguere, vt ad singula sigillatim, & breuiter suo more respondeat. In quo comprobando non est quod laborem, iis nimirum scribens, quibus æquè ac mihi perspecta sit Scæuolæ elegantia, & de iure respondendi ratio. † Ii-
8 dem verò sciunt, moris illis fuisse, ad ea tantùm respondero, quæ ex facto proponerentur, & vt passim loquitur *secundum ea quæ proponerentur.* Vnde fit vt si quando implicita sit facti quæstio de iure aperto duntaxat non etiam de facto respondeat, *vt in leg. à testatore. 109. de condic. & demonstr. l. qui Romæ. 121. §. Agerius. de verb. oblig.* quorum locorum interpretatio non nisi huius rei ignoratione difficilis plerisque visa
9 est. † Atqui in quæstione *dict. l. Pamphilo.* de illo tantùm consultus erat Scæuola. An propositis testamenti verbis fidei Pamphili commissum esset vt post mortem suam filiis defuncti patroni centum restitueret. Illud igitur duntaxat respondisse eum credendum est, non videri. Cur enim de voluntate diuinasset, de qua nec proponebatur quicquam, nec aliter respondere vnquam ille soleat, quàm si possit eam ex verbis deducere? Alioqui cùm voluntatis defuncti quæstio facta sit, ad arbitrium & æstimationem iudicis remittenda est *l. voluntatis. 7. C. de fideic. l. Stichus. 12. l. non aliter. 69. §. 1. de legat. 3.* Propter quam causam toties Iureconsultos omnes, sed præcipuè Scæuolam nostrum ita scribere legimus *eum cuius notio fuerit æstimaturum.* Non enim de facto sed de iure tantùm respondere
10 Iurisconsultus & potest, & debet. † Sed & verba illa *sed cum sententiam defuncti a liberto decipi satis inhumanum est,* Tribonianum sanè produnt multo aperciùs, cui familiaris est in Iustinianá constitutionibus ea locutio, numquam ab ipsis iuris autoribus vsurpata *satis inhumanum* pro eo quod est *valde inhumanum.* Vt taceam ex latini sermonis ratione scribendum fuisse *cùm satis inhumanum sit* non quomodo scriptum legimus *cùm satis inhumanum est.* Adde quòd falsum est in proposita specie decipi sententiam defuncti patroni à liberto, qui nolit patroni liberis centum restituere. Etenim vt iam suprà diximus, verba illa testatoris *Scio omnia Pamphile quæ tibi relinquo ad filios meos peruentura cum adfectionem tuam circa eos bene perspectam habeam* non exprimunt voluntatem vllam fideicommittentis, sed spem tantùm & expectationem, ac vt Papin. loquitur *in d. l. cum ex familia. 67. §. vlt. de legat. 2. præsumptionem.* Quòd si non exprimunt voluntatem, multo minùs ergo sententiam testatoris. † Plus 11
namque est sententia quàm voluntas, cùm sit ipsa voluntatis testatio vt ex testamenti diffinitione apparet *l. 1. Digest. qui testam. facer. poss.* Non enim quemadmodum dicimus testamentum esse voluntatis nostræ iustam sententiam, ita possit quis dicere nisi absurdè & ridiculè, testamentum esse sententiæ nostræ iustam voluntatem. Accedit quòd ea verba *centum a filiis* non sunt latina nisi subaudias *aureos* de quibus tamen nihil expressum erat in consultatione. Nam *centum* simpliciter cùm dicimus, in neutro genere accipimus, *vt in l. cùm centum 9. de adim. legat. l. Titio centum 71. in princip. & §. 1. & 2. De cond. & demonst.* † Sed me om- 12
nium maximè mouent sequentia illa *quia & in simili specie Imperator noster Diuus Marcus hoc constituit.* Præter id enim, quod iam docuimus speciem illam, ad quam Imperator Marcus rescripsit, esse huic longè dissimilem, vel hoc ipso, quòd neque honor bene transacti matrimonij, neque fides communium liberorum patronum mouere potuerit vt de liberto bene præsumeret, illud etiam dissimile est, quòd apud Papinianũ liberis debetus à matre fideicõmissũ statim, non expectata matris morte *l. vxorem. 41. §. vltim. de legat. 3. l. 1. de condic. & demonstr.* Apud Scæuolam verò nõ nisi post liberti mortem, ex vi & potestate dictionis *peruentura* quę habet tractum temporis *l. fideicommissa. 11. §. hæc verba. de legat. 3. l. epistulam. 75. §. 1. D. ad S.C. Trebell.* Vt & in specie *§. vltim. l. si legatarius 8. de legat. 3.* † At rursum quid si probem non peruenisse 13
Scæuolam ad ætatem vsque Marci Imperatoris? An non inde sequetur apertissimè Tribonianum Scæuolæ manus intulisse? Vtique. Atqui non peruenisse apparet, ex eo quod ipsius Marci constitutionem ad Aufidium Victorinum ignorauit, qua inductum est, vt ipso iure liber sit, qui ea lege venditus fuit, vt intra certum tempus manumitteretur, nec manumissus est, *leg. 1 & 3. leg. si quis obligatum 6. l. mancipia. 8. D. qui sin. manum. ss ad libert. peruen. l. 2. & 3. & vltim. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* Quam constitutionem verisimile est non fuisse eum ignoraturum, si Marci tempora attigisset, ea præsertim, quibus mortuo iam Vero fratre imperabat ille cum filio Commodo: Quæ. n. viuo fratre ab eo constituta sunt, ea Iureconsulti solent dicere à Diuis fratribus constituta. Quæ verò post fratris obitum, ea omnia vel Marco soli tribuunt, vel Marco & Commodo, qualis illa constitutio est ad Aufidium Victorinum. Porro ignoratam fuisse à Scæuola constitutionem illam, probat manifestissimè ni fallor *lex vlt. D. de seru. export.* De cuius tamen sententia, quoniam hac in re nobis dimicandum est cum Iacobo Cuiacio dicemus separatim capite sequenti. † Id verò
si ita est, consequens fit omnino, vt verba illa *quia in* 14
simili specie Imperator noster Diuus Marcus hoc constituit Triboniani sint non Scæuolæ. Iam enim sæpius monuimus Triboniano familiare esse vt Iureconsultorum responsa pro arbitrio corrumpat, & in quam vult contorqueat, præsertim vt ea ad Iustiniani constitutiones accomodet, obtentu æquitatis quam ille humanitatem solet appellare: Aut, vt quod ab aliis Imperatoribus in specie aliqua singulari iure constitutum & rescriptum est, protrahat ad alias species quantumuis dissimiles: Quomodo suprà ca. 1. docuimus ab eo factum esse *in l. Pamponium. 86. de acquir. hered.* vbi perelegans Papiniani responsum destruxit, vt

rescripto

rescripto Diui Pij de quo *in l.eum quidam 30.eod.tit.* non secus ac rescripto Diui Marci *in d.l.Pamphilo pessimè abuteretur.* Et consequenter credendum est, Scæuolam *in d.l.Pamphilo* ad propositam quæstionem quæ illa erat, An ex verbis suprascriptis videretur fideicommissum Pamphili, vt post mortem suã filiis patroni centum restitueret, nihil aliud respondisse, quàm quod initio responsi scriptum adhuc extat, *non videri.*

CAPVT IIII.

Ad l.vlt. D. de seru.export.

SVMMARIA.

1 *Quæstio d.l.vlt. & quomodo Scæuola ex Hadriani constitutione ad eam respondeat?*
2 *Claudij nota ad Scæuolam.*
3 *Scæuolam qui in d.l. Hadriani constitutione mouetur correctoriam Marci constitutionem ignorasse.*
4 *An Scæuolæ responsum ita sit accipiendum vt ex conuentione duntaxat non ex constitutione libertatem ipso iure competere neget?*
5 *An ex eo Scæuola moueatur, quòd lex venditionis ita dicta fuerat, vt mancipia post mortem demum emptoris in libertate morarentur?*
6 *Quam ob caussam necessaria visa sit Hadriani constitutio quam Scæuola in d.l.refert.*
7 *An si propositum fuisset seruum ea lege venditum vt manumitteretur, similiter respondisset Scæuola non posse ipso iure liberum esse cum qui non esset manumissus.*
8 *Cuiacij ad hanc l.coniectura refutatur.*
9 *Seruos ea lege venditos vt post emptoris mortem liberi essent post Diui Marci constitutionem ipso iure liberos esse.*
10 *Eam constitutionem ad seruos quoque donatos, & eos pro quibus manumittendis dominus pretium acceperit, pertinere.*
11 *Cur Scæuola in §.Flauius l. qui Romæ 122. sic loquatur, quasi in seruis donatis constitutioni locus non sit?*
12 *Alio l.C.nos non dubitasse quin dictæ constitutionis sententia etiam in seruis donatis locum haberet.*
13 *Respondetur ad §* [illegible] *verum.* [illegible] *ff. de min. quo moti [illegible] Cuiacius credidit Scæuolam ad Marci & Commodi ætatem vsque peruenisse.*

1 PRoponebantur † mancipia quædam vendita ea lege adiecta, vti ne alterius seruituti quàm emptoris subijcerentur, vtque post ipsius emptoris mortem in libertate morarentur. Quærebatur an post mortem emptoris ipso iure libera essent. Respondit Scæuola, secundum constitutionem Diui Hadriani super hoc prolatam, Pamphilam & Stichum de quibus quære-
2 batur si manumissi non sint liberos non esse. † At subinde notat Claudius ad Scæuolam, Diuum Marcum in Semestribus constituisse, ex lege dicta in vendendo quamuis nõ manumissos liberos fore, licet in tempus mortis emptoris distulerit venditor libertatem.
3 † Apparet igitur Marci cõstitutione tanquam posteriore abrogatã cõstitutionẽ Hadriani, ac proinde Scæuolam qui Hadriani constitutione mouetur vt contra libertatem respondeat, correctoriam Marci constitutionem ignorasse. † Neque enim probabile est,
4 quod vir clarissimus Iacobus Cuiacius tentauit sic accipiendum esse Scæuolam vt ex conuentione duntaxat, non etiam ex constitutione libertatem ipso iure competere neget, quia, inquit, de conuentione tantũ consultus fuerat, non etiam de constitutione. Nam cùm sic concepta esset quæstio *an hæc mancipia de quibus inter emptorem & venditorem conuenit, post mortem emptoris iure ipso liberata sint,* nõ video cur non de iure constitutionis, æquè ac de iure conuentionis Scæuola consultus videatur: Præsertim cùm in eo maximè potestas eluceat constitutionis, vt ipso iure libertas competat ei, qui ex conuentione facto & manu emptoris indigebat, vt ad libertatem perueniret. Sed neque possum intelligere cur Scæuola prætermissurus fuerit tam celebrem illã Marci constitutionẽ, de qua Claudius subiecit, & ex qua omnino disfiniẽda erat quæstio proposita, cùm abrogatã Hadriani legem, cuius nulla in consultatione mẽtio facta erat, nõ prætermiserit. Et sanè quid mãcipiorum interesat vtrum ex conuentione, an ex cõstitutione libera essent cùm de eo tantùm quærerent an ipso iure libertatem consecuta fuissent? Aut cur aliam tamen Scæuolã inane, & captiosum dedisse responsum? Quale illud certè fuerit, si putemus sic eum sensisse, vt [illegible] ex constitutionis potestate mancipiis [illegible] competat, quam ille propter Hadriani constitutionem ex sola conuentione non competere respondet. † Deinde non possis 5
dicere ex eo moueri Scæuolam, quòd lex [illegible] ni dicta fuerat vt mancipia post mortem demum emptoris in libertate morarentur. Quasi non [illegible] hoc casu locus esse cõstitutioni Marci, sed potius Hadriani. Nam immò verò constat ex Claudij nota & ex *l.* [illegible] *C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.* [illegible] ni ideò minus locum esse constitutioni Marci quòd in tempus mortis distulerit venditor libertatem, tametsi cõstitutionis verba eum casum exprimerent, quo factum emptoris intercedere oporteret. Si enim potestas constitutionis repræsentat id quod facere emptor debebat, vt ait *l.vlt.alio eod.tit.* quanto magis fiet vt ipso iure libertas competat, si ex conuentione nullo manumittentis facto opus fuit. † Atque [illegible] nimirum ob caussam 6
necessaria visa est Hadriani constitutio, quam Scæuola refert, cùm putarent plerique ius quod tum obtinebat vt seruus ex lege venditionis manumittendus non aliter liber esset quàm si manumissus fuisset, non debere locum habere si lex venditioni dicta nullum manumissuri emptoris factum requireret: quomodo vtique non requirit cùm conuenit vt post emptoris mortem seruus venditus in libertate moretur. † Nam 7
si propositum fuisset, seruum venditum ea lege, vt manumitteretur, similiter quidem respondisset Scæuola non posse ipso iure liberũ esse eum qui nõ esset manumissus, sed non fuisset cur in eam rem afferret Hadriani constitutionem, cuius scilicet temporibus dubitari non poterat, An sine manumissione liber esse posset, qui ex venditionis lege manumittendus fuerat, cùm nondum esset constitutum, vt sola condicionis potestate factum hominis repræsentaretur. At postquàm Marco placuit, vt in eo etiam casu, quo iussus est emptor manumittere intra certũ tempus, elapso tempore libertas ipso iure cõpetat dubitandũ non est, quin ex mente constitutionis, licet verba deficiant, liber ipso iure fiat post emptoris mortẽ ille qui sic venditus fuit, vt post emptoris obitum in libertate moraretur. Hoc enim & facilius est & conuentionis ipsius verbis conuenientius. † Itaque prorsus improbabile est 8
quod idem Cuiacius scribit Scæuolam si de constitutione consultus fuisset forsitan responsurum fuisse non esse in ea specie locum constitutioni, Verborum, inquit scrupulositate inspecta, & eadem religione, qua victus ille ausus non est quod de seruis venditis Marcus constituerat protrahere ad donatos *l. qui Romæ 122 §.Flauius de verb.oblig.* Nam quæ obsecro illa esset religio, duriorem facere caussam eius, quem post certum tempus ipso iure liberum esse contrahentes voluissent, quàm eius de quo non nisi per manumissionem liberando egissent? Superstitio illa esset, non

religio. Siquidē constitutionis potestas in eo vt dixi-
mus tota elucet, quod libertatem repræsentat, etiamsi
manumittētis factū, quod interuenire debuerat, nul-
19 lum interueniat. † Ergo si quis dicat idē admittendū
esse, cùm cōuenit vt ipso iure libertas cōpetat, non tā
extendit constitutionē nouam ad casum diuersum &
incogitatum, quàm explicat diligētiùs, quid verbis i-
psis, quid sententiâ legis cōtineatur. Nam quam lex fa-
ctum hominis non curat, vbi tamen factū ipsum alio-
qui requireretur, multo minùs curabit vbi nihil fieri
necesse est. Eóque facilius recipiēda est hæc interpre-
tatio quòd noua illa Marci cōstitutio libertatibus fa-
uorabilis est, quarum fauore permulta sunt cōtra iuris
rigorē introducta *l. generaliter 9. § si quis seruo D. de fi-*
20 *deic. libert. §. vlt. Inst. de donat.* † Propter quam causam
illud quoque receptū videmus, vt licèt de venditis tā-
tùm seruis constitutio loquatur, tamen etiā ad dona-
tos pertineat *l. pen. D. qui sine manumiss. ad liber. peruen.*
l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien. Itē ad eos pro quibus ma-
numittentis dominus preciū acceperit *l. si is qui. 4. D.*
eod. l. Paulus respondit 38. §. 1. D. de lib. caus. Quanquam
difficiliùs proculdubio fuit hoc probare, quàm quod
Claudius notat ad Scæuolam *in d. l. vlt. de seru. export.*
Vt enim quod de seruis vēditis cōstitutū est trahatur
ad donatos, itémque ad proprios pro quorū libertate
preciū acceptū sit, non potest fieri citra extensionem.
Vt verò cōstitutio facta fauore seruorū venditorum
qui manumissi non sunt cùm manumitti debuerunt,
locū habeat in seruis vēditis quos voluit vēditor sine
manumissione liberos fieri, neque extensione neque
ferè interpretatione vlla opus est. Nisi quis malit ver-
bis omnino inhærere, quàm legis vim & potestatem
perpendere, quo nihil sane potest esse indignius. Id e-
nim maximè est legi fraudē facere si quis saluis verbis
legis sententiam eius circumueniat, & mentē. Sed nec
illud probabile videtur, Scæuolam adeò fuisse religio-
sum iuris, vt Diui Marci cōstitutionem de seruis vē-
ditis noluerit protrahere ad donatos. Cur enim dete-
rioris conditionis sit seruus donatus quàm venditus?
Aut cur agatur mitius cū donatario, qui seruum intra
tempus manumittendum ex causa lucratiua habeat,
quàm cum emptore qui ex causa onerosa *arg. l. apud*
Celsum 4. si cùm legitima 38. ff. de dol. except. l. omnes 17. l.
21 *ex promissione 19. ff. de verb. obl. & alt. cum simil.* † Qua-
re & quod idem Scæuola *in d. §. Flauius.* sic loquitur
quasi in seruis donatis non sit locus constitutioni, nō
ad iuris religionem illam cōmentitiam referendū est,
sed ad id potius quod dicimus, non peruenisse illū ad
ætatem vsque Imperatorū Marci & Commodi, quæ
nouū ius istud induxit. Cui rei argumento esse potest
quòd in Scæuolæ respōsis, quæ tot habemus, nec Di-
uorum fratrū nec Cōmodi mentionem vllā reperias.
At nec Diui Marci, si tollas legē Pamphilo 39. *de le-*
gat. 3. de qua superiori capite disputauimus, id est eam
responsi partē, quæ de Marci rescripto loquitur. Cùm
tamen, & Hadriani Imperatoris meminerit *in d. l. vlt.*
de seru. export. & Diui Pij, hoc est Antonini primi qui
Diuorum fratrū pater adoptiuus fuit *in l. cùm quis de-*
cedens 37. §. pater de leg. 3. iunct. l. 5. §. 1. de censib. l. Antoni-
nus 42. ff. de fideic. libert. Nec sanè dubitandū est quin
hodie post Marci constitutionē ociosæ & inanes sint
omnes illæ quæstiones quas tā accuratè tractat Scæ-
uola *in d. l. Flauius.* quod & Cuiacius ipse fatetur *lib. 1.*
Obseru. c. 29. & apparet ex *d. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. a-*
lie. l. caussam 20. §. puellam ff. de manumiss. quod tamen à
nostris interpretibus vulgo ignoratum est non bene
distinguentibus tempora vt concordent scripturas.
22 † Cæterùm nunquam dubitasse Iureconsultos, quin
sententia cōstitutionis etiam in seruis donatis locum
haberet, constat manifestè *ex d. l. caussam in princ. & ex*
l. illud 16. §. 1. ff. de manum. vindict. d. l. pen. ff. qui sin. ma-
num. ad liber. peruen. C. si emancip. ita fuer. alien. vt manu-
mitt. Idque ex sola prudentium interpretatione, ita vt
nulla in eam rem opus fuerit noua constitutione.
Quod ideò subiicere lubet, vt eundem refellam Cu-
iacium existimantem fuisse hoc posteà receptū. Quasi
verò statim receptum non fuerit, & an recipiendum
esset longo tempore inter Iureconsultos decertatum
sit. † Vnus tantùm iuris locus est in vniuerso iure, qui
virum doctissimum & diligentem alioqui obserua- 23
torem præcipitem egit, vt crediderit peruenisse Scæ-
uolam ad ætatem vsque Marci & Commodi, & su-
prædictam constitutionem non ignorasse. Nam ad le-
gem Pamphilo, qua moueri potius debuerat, non a-
nimaduertit. Is est *in l. verum 11. §. quod si minor. ff. de mi-*
nor. qui tamen ad rem non pertinet. Illa enim verba
quibus decipitur *& magis est vt sententia constitutionis*
Diui Marci ad Aufidium Victorinum hunc non comple-
ctatur. non sunt Scæuolæ, sed Vlpiani. Quæ autē pro-
ximè antecedunt, *ideò proposui maiorem quoniam & sic*
Scæuola scribit, ita sunt accipienda, vt quæstionem il-
lam de seruo à minore vendito ea lege vt manumit-
tatur, Scæuola conceperit de minoris annis viginti-
quinque, sed maiore viginti, ac si scriptum esset, *quo-*
niam & de minore viginti annis Scæuola quæstionem pro-
ponit, nimirum propter legem Æliam Sentiam, quæ
prohibet ne minor annis viginti possit seruum manu-
mittere. Hanc enim sic intelligendam Scæuola puta-
uit, & rectè, vt multo magis prohibeatur minor ser-
uum ea lege vendere, vt manumittatur. Alioqui faci-
lè fraus fieret legi, adeóque maiore quodammodo
minorum detrimento, cùm talis pacti adiectio faciat
vt minorato, hoc est longè minore precio seruus ven-
datur *l. si venditor 6. §. vlt. & d. l. vlt. ff. de seru. export.* I-
tem seruus ea lege venditus & ab emptore manumis-
sus fiat emptoris libertus *l. si quis hac lege 23. ff. de oper.*
libert. l. si quis 30. ff. qui & à quib. manum. qui tamen es-
set minoris libertus si eum manumittere minori ipsi
liceret. Quod ius patronatus potest aliquando precio-
sius esse, quàm dominium ipsum, quod in seruo & in
seruum dominus habeat.

Capvt V.

Alia Triboniani nota in §. 1. l. Pamphilo 39. de leg. 3.

Svmmaria.

1 *Species & quæstio* d. §. 1.
2 *Responsum quod Scæuola in* d. § *adfingitur Triboniani esse.*
3 *Speciem in* d. §. *propositam à præcedente diuersam esse.*
4 *Responsum illud ad quæstionem non satis accomodatum esse.*
5 *Verba illa* d. §. 1. volo tibi prædia relinquere, *destinationem fideicommissi, non fideicommissum inducere.*
6 *Aliud est destinatum quod esse vt fiat, aliud, factum esse.*
7 *In vltimis voluntatibus, quum de legato aut fideicommisso inducendo quæritur, nullius potestatis esse voluntatem siue destinationem quæ in dispositionem non transierit.*
8 *Verbum* relinquo, *fideicommissi actionem parere non posse.*
9 *An si in* d. §. *testator dixisset* vellem, *fideicommissum induceretur?*
10 *Verbum* volo *ex se nihil disponere, sed tantum ratione adiuncti quod tale esse potest, vt inducat*
dispositio-

dispositionem, tale etiam aliquando vt non inducat.
11 *Veterem illam in legatis & fideicommissis verborum obseruationem ab Imperatoribus paulatim sublatam fuisse.*
12 *Adeo vt omne verbum significans legitimum sensum testatoris legare vel fideicommittere volẽtis ad legatum vel fideicommissum inducendum efficax & vtile sit.*
13 *Non tamen hodie quibuslibet verbis, sed tantum idoneis ad exprimendam testatoris mentem legari vel fideicommitti posse.*
14 *Voluntate à verbis discrepante, nullam voluntatis rationem haberi.*

1 QVando † in superioribus non infeliciter, vt nobis
videmur, Scæuolam ab inscitia Triboniani vindicare
cœpimus, pergamus obsetro, & videamus, an
non eadẽ Triboniani audacia corruptum quoque sit
aliud Scæuolæ responsum quod in eadem *l. Pamphilo*
39. de legat 3. de qua iam diximus, proximè sequitur *in*
§. propositum. Propositum est, inquit Scæuola, non habentem
liberos nec cognatos in discrimine vitæ constitutum
per infirmitatem accersitis amicis Caio Seio
contubernali dixisse quòd vellet ei relinquere prędia
quæ nominasset, eáque dicta Caium Seium in testationem
redegisse etiam ipso testatore interrogato an
ea dixisset, ac responso eius tali *μάρτυρα* inserto. Quærebatur
an prædia quæ destinata essent pertinerent
ad Caium Seium ex causa fideicommissi. † Respondit
2 Scæuola si Triboniano credimus, *super hoc nec dubitandum esse, quin fideicommissum valet.* Sic enim scriptũ est,
omnino insulsè. Scribendum namque fuerat Latinè
loquenti, *dubitandum non esse quin fideicõmissum valeat.*
Sed & cùm particula illa *nec* sit implicatiua negatiuè,
quemadmodum particula *etiam* implicat affirmatiuè,
videntur ea verba, *super hoc nec dubitandum esse*, sensum
hunc præ se ferre, ac si scriptum esset sicut superiore
casu responsum est ex voluntate testatoris fideicommissum
deberi, ita & isto dubitandum non esse quin
3 fideicommissum valeat. † Quasi verò species illa ad
quam respondetur *in d. §. propositum*, ex præcedente pẽdeat,
ac non potiùs omnino sint diuersæ. At cùm putaret
Tribonianus in vtraque specie inducendum fideicommissum
ex volontate potiùs Iustiniani *in l. 2.*
C. commun. de leg. quàm testatorũ, & vtriusque responsi
eandem esse rationem, nimirum quod post eam Iustiniani
legẽ verba quælibet videantur ad exprimendum
fideicõmissum idonea, facile illi excidit, parùm
ad id quod agebat attendenti, vt vtrumque respõsum
vna manu corrigens perinde ille scripserit ac si duæ
ille species Scæuolæ simul propositæ fuissent. † At ne-
4 que videtur responsum ad quæstionem satis accommodatum:
Non enim quærebatur, an fideicommissum
valeret, sed an relictum esset. Prius ergo erat vt respõderetur
relictum esse. Eo siquidem constito nec dubitari
poterat quin valeret. Denique vt ad rem ipsam
5 propriùs accedamus, non puto ex iuris ratione defendi
posse quod *in d. §. propositum*, respondetur induci fideicommissum
ex illis verbis, *volo relinquere tibi prædium Tusculanum.*
Ea namque fideicommissi destinatio
dicenda est potiùs quàm dispositio, vt & Scæuola
ipse fatetur illis verbis, *an prædia quæ destinata essent.*
Atqui nemo bene dixerit sola fideicommittendi destinatione
fideicommissum induci. Repugnant enim
textus apertissimi *in l. fideicommissa 11. §. 1. de leg. 3. l. ex*
ea scriptura 29. D. qui test. fac. po. l. Titia cum testamento
6 *34. de leg. 2.* Repugnat etiam sensus ipse dictionis. † Aliud
enim longè est, destinatum quid esse vt fiat, Aliud
factum esse, vt pluribus exemplis comprobari
posset petendis *ex l. librorum 52. §. vnde non malè. & §.*
chartis. l. ligni 55. §. si lignum. de leg. 3. vbi scriptum est
nec libros nondum perscriptos librorum appellatione
contineri, nec lignum paratum ad carbones coquendos,
appellatione carbonum. Sic & destinata ad
affigendum non habentur pro affixis *l. fundi. 17. § pen.*
& vlt. D. de act. empt. & pecunia destinata societati
non ex eo solo intelligitur esse societatis *l. si id quod*
58. §. 1. D. pro socio. † Et quamuis aliquando sola desti- 7
natio maior sit momenti, vt in specie *l. si chorus 79. §.*
1. de leg. 3. l. qui res 98 §. arcam D. de sol. in vltimis tamẽ
voluntatibus, præsertim si de legato aut fideicommisso
inducendo potiùs quàm interpretando quæratur,
certum est nullius potestatis esse voluntatem, quæ nõ
transierit in dispositionem *l. vnic. §. sin autem ad deficientis. C. de caduc. toll. l. quidam cùm filium familias 46. de hered. instit.*
Nec minùs in vltimis voluntatibus, quàm
in contractibus locum habet quòd dici solet, Propositum
in mente retentum nihil operari *l. pen. §. ancillam. de lega. 2. l. si repetendi 7. C. de cond. ob caus. dat.* Nulla
ergo ratio suadet, vt destinatã fideicommisso prædia
censeantur hoc ipso per fideicommissum relicta † 8
Accedit [& hoc nimirum est quo præcipuè moueor]
quod video Paulum scribere *lib. 4. senten. tit. 1. De fideic. §. fideicommittere*, verbum *relinquo* non magis fideicommissi
actionem parere posse quàm verbum
commendo, de quo nemo dubitat quin fideicommissarium
non sit, vt probat *d. l. fideicommissa 11. § si ita quis*
scripserit. de leg. 3. l. ex verbo 11. C de fideicom. libert. Nam
si temporibus Scæuolæ verba illa, *relinquo Titio fundum Tusculanum*,
non inducebant fideicommissum,
nisi vel additum esset generale caput fideicommissi
de quo *in l. post emancipationem 40. §. vltim. l. quisquis*
95. de legat. 3. leg. generali 32. de vsufruct. legat. vel specialia
aliqua legati aut fideicommissi verba, *vt in l. Lucius 78. § qui filium ad S.C. Trebell. dict. l. fideicommissa. §. si seruo*,
in illis verbis, *cum per fideicommissum aliquid relinquitur*
[vbi ponderandum est, quod lex ait,
per fideicommissum. Sic enim ferè semper iuris autores
loqui videas cùm quid relictum dicunt, *vt & in l. qui*
vxoris 18. § vlt. de aur. & argent. legat.] Quanto minùs
admisisset Scæuola ex illis verbis, *volo relinquere tibi*
fundum Tusculanum induci fideicommissum? † Quòd 9
si ponas cùm Bartolo non dixisse testatorem *volo*, sed
vellem. An improbabilius est relictum esse fideicommissum?
Siquidem verbum hoc *vellem* longè minùs
disponit quàm verbum *volo*, quod alioqui perfectum
sensum facit & disponit *l. verbum volo. 10 Cod. de fideic.*
sed ita demùm si adiiciatur alteri verbo ex quo inferri
possit actus ipse relinquendi quid per legatum
aut fideicommissum: puta si scriptum sit, *volo mi heres vt des Titio centum*,
aut *volo Titius habere te centum*,
aut *Volo contentus sis centum aureis. leg. peto 69. de leg. 2.*
At is qui ita scribit, *volo tibi relinquere*, si nihil prætereà
exprimat, nihil tamen relinquit. Et falsum sanè
est hoc casu quod nimis indistinctè & generaliter
Bartolus scribit ad hunc locum, verbum *vellem*
in vltimis voluntatibus & aliis actionibus habentibus,
vt ille loquitur, dependentiam de futuro, inducere
dispositionem, quod & repetit *in leg. seruis electione 6. de legat. 1.*
distinguendo tamen plures casus qui
ad rem nostram non pertinent. † Generaliter enim 10
dicere potiùs debuerat, verbum *volo* ex se nihil disponere,
sed tantùm ratione adiuncti quod tale esse
potest, vt inducat dispositionem, tale etiam aliquando
vt non inducat. Nam quemadmodum fatente eodem
Bartolo *in l. gerit 88. num. 10. de acquir. hered.* aliud est,
dicere *volo adire*, aliud dicere *volo heres esse*, nempe
quia præcedere aditionem necesse est ad hoc vt quis

heres sit, ita longè interest an quis dicat, *volo relinquere*, aut quod plus est, *volo dare tibi fundum Tusculanum*, an ita potiùs, *volo dari tibi fundum Tusculanum*. Nimirum quoniam non debet dari tibi ab herede meo, quin priùs ego dederim, adeò vt non sufficiat quod dare voluerim. At hoc ipso quod dico *volo tibi dare* do ego, qui non darem si hoc solùm scriberem *volo tibi dare*. Habétque hæc distinctio naturalem intellectũ
11 si bene intueare. † Hæc cùm ex iuris ratione verissimè disputentur, negari tamen non potest quin ex Imperatorũ constitutionibus multum hac parte sit immutatum. Primùm enim Constantini, Constantij & Cõstantis lege factum est vt in legatis vel fideicommissis non sit necessaria verborum obseruatio, ita vt nihil prorsus referat quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi vsus effuderit, inquit lex in legatis 21. *C. de legat*. Quod & ad heredum institutiones idem Constantinus traxit *in l. quoniam indignum 15. C. de test.* quæ vult quod magis nimirum est, nihil etiam interesse an directis an obliquis ver-
12 bis heres instituatur. † Postea verò Iustiniani accessit constitutio *in d. l. 2 C. com. de legat.* quæ non solùm exæquauit legata fideicommissis, adeò vt quicquid legatum est censeatur fideicommissum, & contrà, sed etiam induxit, vt omne verbum significans legitimum sensum testatoris legare vel fideicommittere volentis sit vtile atque efficax ad inducendum legatum vel fi-
13 deicommissum. † Sed non inde queas inferre Iustinianum constituisse vt quibuslibet verbis fideicommissum relinqui possit. Quid ergo? iis demùm quæ idonea sint ad exprimendam mentem testatoris legare vel fideicommittere volẽtis. Quare fateor esse verbum *relinquo* vt & illa *deputo. assigno.* sed non illud *volo relinquere*. Alioqui dicendum esset vltimas omnes voluntates fideicommisso um iure censeri, sublatámque penitus non verborum duntaxat sed etiam voluntatum distinctionem contra id quod scriptum est *in l. non aliter. 69. de legat. 3. l. Labeo 7. in fin. de supell. legat. l. si idem 7. C. de iur. codicil.* Et consequenter abrogatas ea Iustiniani constitutione tot veterum iuris autorum sententias in illis speciebus omnibus in quibus responderunt nihil de fideicommisso proponi, *vt in l. pater. 28. § pen. l. testatorem 63. alias l. Iulianus § 1. de legat. 3. l. Titia cùm testamento. 24 § Caius Seius. de legat. 3. l. generali. 31. in princ. de vsufr. leg.* Sustulit quidem Iustinianus scrupulosas illas legatorum & fideicommissorum differentias quæ ex directorum & precatiorum verborum differentiis emanabant, vt nihil intersit ad inducendum legatum, vel fideicommissum directis ne verbis testator vsus sit, an precarijs, sed tamen perpetuò requirit ille, vel legare vel fideicommittere testator voluerit, quod ipsum aliter apparere non potest, quàm si ea voluntas aptis & idoneis ver-
14 bis expressa sit. † Adeò vt si voluntas à verbis omnino discrepet, nulla voluntatis ratio habeatur, quia nec sit expressa nec ex verbis expressis concipi possit, sicut nec verborum quibus voluntas ipsa refragetur *l. quoties. 9. in princ. D. de hered. instit. l. si pater. 4. C. eod. l. si quis in fundo vocabulo 4. de leg. 1. l. si alij 9. de vsufr. legat.* idque est, quod dici solet, non præsumi testatorem voluisse quod non dixerit cùm dicere potuerit *d. l. vnic. § sin autem ad deficientis. C. de caduc. toll. l. Labeo 7. in fin. de supell. legat.*

Capvt VI.

Prohibita alienatione extra familia non esse prohibitam extranei heredis institutionem. Et emendatur §. quindecim. l. pater 38. de legat. 3.

Svmmaria.

1 *Simplicem alienationis prohibitionem non valere, adiecta verò causa valere.*

2 *Secuta posteriore casu contra prohibitionem alienatione, omnes eos fideicommissum petere posse, quorum fauore prohibita fuit alienatio.*

3 *Multum tamen eo casu interesse an fideicommissum ex sola testatoris voluntate, an verò ex disertis verbis inducatur.*

4 *Triplici ratione probatur inducto ex testatoris voluntate fideicommisso rem alienari prohibitam ad extraneum ex causa successionis ab intestato, vel ex testamento transferri posse.* 1

5 *Species* §. quindecim d. l pater *& quæstionis ibi proposita decisio.*

6 *Rogerij & Accursij ad* d. § *interpretatio.*

7 *Triplex circa* d. § *authoris dubitatio.*

8 *Duplicem de duplicibus partibus in* d. §. *quæstionem proponi.*

9 *Partes emptorum quæ vendita non sunt nec ad collibertos, nec ad Rempublicam pertinere.*

10 *Cur in* d. §. *de collibertorum potius quàm de Republicæ iure quod ad dictas partes quæratur?*

11 *In specie* d. §. quindecim. *testatoris voluntate inspecta plus dictum aut saltem cogitatum, minus scriptum inueniri.*

12 *Duplex fideicommissum ibidem inducendum videri, vnum ex verbis alterum ex voluntate.*

13 *Deficientibus fideicommissi verbis & subsistente nihilominus, vt videbatur testatricis voluntate collibertos exclusa Republica vocatos videri.*

14 *Aliud Scæuolæ esse hac parte iudicium.*

15 *Verba illa* d. § aliudve quid facere *ad alienationem inter viuos factam restringi.*

16 *Substituta in casum alienationis inter viuos Republica in portionibus non venditis nullum in specie* d. § *collibertis locum esse.*

17 *Cur in portionibus venditis Respublica Tusculanorum non admittatur?*

18 *Idem in vtraque* d. §. *quæstione à Iurisconsulto responsum fuisse.*

19 *Summa huius capitis, & interpretationis ad* d. §. *proposita.*

Sit † testator heredibus suis, aut legatariis prohibuerit simpliciter, ne fundum alienent, constat nõ valere prohibitionẽ, quę scilicet nudi pręcepti iure censeatur *l. filius familias. 114. §. diui secundo. de legat. 1. l. pater 36. § Iulius Agrippa. l. Lucius 93. de legat. 3. l. Titia centum 71. in prin. de cond. & demonst.* Sed si prohibitionis caussam adiiciat, putà quòd liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdã personis consultum velit, quomodo accidit cùm extra familiã alienari prohibet, valet prohibitio, seruandáque est voluntas testatoris *d. l. Titia centum.* † Ita vt secuta alienatione fideicommissum petere possint ij omnes, quorum fauore prohibita fuerat alienatio *d. §. Diui.* nõ quidem ex verbis prohibitionis (qui enim ita scribit *prohibeo ne fundus extra familiam alienetur* nullis fideicommissi verbis vtitur.) Sed ex testatoris voluntate quæ cùm seruanda sit quia neque contra leges est, neque contra bonos mores, aliter tamen seruari, effectúmque sortiri nõ potest, quàm si in pœnã alienatis fideicommissum inducatur *l. cùm pater. 77. §. libertis. de leg. 2.* † Multum tamẽ interest, an ex sola testatoris voluntate fideicommissum inducamus, quod fit vt

dixi

dixi eũm fundũ herès aut legatarius ex familiam alie-
nare prohibetur, an verò ex disertis fideicõmissi ver-
bis cuiusmodi illa sunt si testator ita scripserit, *fideicõ-
mitto ne fundum alienes sed vt in familia relinquas*, vt *in
d. l. filiusfamilias. §. cum pater. de legat.* 1. vel ita *Peto ne
fundus de familia exeat vt in l. vnum ex familia. 67. §. sed
etsi fundum. ver. quod si talia. de leg. 2.* vel ita etiam *Peto
ne fundus alienetur sed vt in familia relinquatur* vt *in l. pe-
to. 69. §. fratre. eo. tit.* His enim omnibus casibus nõ tan-
tum alienatio inter viuos prohibetur, sed etiam here-
dis institutio, & alia quælibet vltima voluntas in ex-
traneũ collata, quemadmodũ supradict. locis apertissi-
mè scriptum est. Nẽpe quia cõtra testatoris voluntatẽ
manifestè facit ille, qui cũ in familia fundũ relinquere
iussus sit, legat eũ aut institutionis nomine relinquit
extraneo. In eóque nostri omnes consentiunt, secuti
Bartolum, *in l. si ita quis promiserit. 135. §. ea lege. nu. 7. de
verb. oblig.* † At cũ ex sola testatoris voluntate, hoc est
4 ex sola alienationis extra familiã prohibitione fidei-
cõmissum inducitur, magis esse puto vt alienare pro-
hibitus transferre possit fundũ in extraneum, non so-
lũ ex causa successionis ab intestato quod omnes ad-
mittunt *ex d. l. cum pater. 77. § cum inter de leg. 2.* de cu-
jus tamen sentẽtia dicemus infr. c. 12. sed etiam ex te-
stamento, siue institutionis siue legati iure, quãuis in-
terpretes quos mihi legere contigit, ferè omnes dis-
sentiant. Mouet me primũ, quòd quibus locis scriptũ
legimus, fieri contra voluntatẽ si fundus legetur ex-
traneo, non tantũ prohibita alienatio proponitur, sed
præterea iussus heres aut legatarius fundũ in familia
relinquere, *vt in d. l. 114. §. cùm pater. de legat. 1. d. l. vnum
ex familia. & d. l. peto. 69. §. fratre. de legat.* 2. vbi illud
quoque obseruandum est quod sic Papin. loquitur. *Si
dominum alienauerit vel extero herede instituto decesserit.*
Innuens non obscurè quàm sint hæc differentia *Alie-
nare & instituto extraneo herede decedere.* Disiunctionis
siquidem proprium illud est, vt ponatur inter diuersa.
Mouet me secundò, quòd si heredis institutio esset a-
lienatio, vtique patrimonium suum alienare dicere-
tur is, qui sibi testamento successorem eligeret, quod
tamen quàm falsum & ridiculũ sit, vel ex eo apparet,
quod minori annis vigintiquinque, cui rerũ suarum
immobilium alienatio absque pretoris decreto inter-
dicta est, non ideò tamen prohibetur testamenti fa-
ctio. Sed me omniũ maximè mouet, quod Scæuolam
respondisse video *in d. l. pater. 38. §. quindecim de leg. 3.*
5 † Nam cum patrona proponeretur quindecim libertis
quos nominauerat legauisse prædiolum cum taberna
sua, & adiecisse hæc verba *sibique eos habere possidere
volo ea lege & condicione ne quis eorum partem suam ven-
dere, donare aliudve quid facere alij velit. Quod si aduer-
sus ea quid factum erit, tunc eas portiones prædiumve cum
taberna ad rempublicam Tusculanorum pertinere volo.* &
ex libertis quidam portiones collegatariorum emis-
sent ac posteà Caio Seio extraneo herede instituto
decessissent, negat tamen Scæuola & qui ad eum no-
tas scripsit Claudius extitisse condicionem fideicom-
missi Tusculani relicti: Tametsi verba illa prohibitio-
nis *aliudve quid facere* essent generalissima. Verbum
enim *facere* omnem omnino faciendi causam comple-
ctitur *l. verbum facere. 218. de verb. sign.* † Scio Roge-
6 rium, & Accursium Scæuolæ responsum illud sic in-
telligere, vt ad eas duntaxat portiones pertineat quæ
fuerant venditæ non ad illas etiam quæ ex testamen-
to peruenerant ad libertos ipsos à quibus institutus
fuerat extraneus, Quasi de iis non dubitauerit quin
per institutionem extranei heredis contra prohibitio-
nem alienatæ viderentur. Sed vt mihi non probari
possit hęc interpretatio, illud facit, quod quamuis de
vẽditis tãtùm portionibus tractet Claudius, cùm ait,
nõ possidẽtis qui nũc extraneus est personã respiciẽ-
dã esse, sed emptorũ, qui secundum voluntatẽ defun-
ctæ ex illis fuerunt, quibus permiserat testatrix venũ-
dari. Quod tamen subiicit, *nec conditio extitit dati fi-
deicommissi Tusculanis* omnino generale est, nec aliter
potest intelligi, quàm vti ne possint Tusculani quic-
quã petere ex fideicommisso ob institutionem, in ex-
traneũ collatã. At neq; mihi persuadere possum nihil
quæsiisse Scæuolã de partibus, quas emptores illi ex
patronæ testamẽto habuerant, cùm de illis dubitandi
saltem caussa aliqua fuerit, aut si dicas fuisse nullam,
planè nõ video cur ex eo inferas, extitisse igitur pro
iis partibus conditionẽ fideicommissi, potiùs quàm
quod volo, nõ extitisse. † Sed & illud obseruandũ est: 7
duplicem apud Scæuolã quæstionẽ proponi Priorem
illam vtrũ partes quæ venierunt ad Caiũ Seium em-
ptorum heredem pertineant, an ad superstites colli-
bertos qui partes suas non vendiderunt. Alteram, v-
trum partes venditæ ad rempublicam Tusculanorũ
pertineant. In quo mirum illud est, si non nisi de par-
tibus venditis dubitabatur, cur non potiùs vna illa
quæstione tota controuersia comprehensa sit, vtrum
partes venditæ ad Caium Seium pertinerent, an ad
collibertos, an ad rempublicam. Nam siquidem ad
priorem dubitationem illud tantùm Scæuola respon-
disset, non pertinere eas ad collibertos, poterat sanè
superesse quæstio, vtrũ ergo ad Caium Seium, an ad
rempublicam pertinerent: sed cùm apertis verbis re-
sponderit, pertinere eas ad Caium Seiũ, quis obsecro
dubitationi posteriori locus esse potest, vtrum ad rẽ-
pub. pertineant? vtique enim non possunt ad rempu-
blicam, & ad Caium Seium pertinere. Illud quoque
obscurũ mihi est cur dubitet Scæuola, An partes quæ
venierunt pertineant ad superstites collibertos, qui
partes suas non vendiderint. Cur enim de collibertis
quęramus, cùm si peccatũ quid esset contra volunta-
tem testatricis, non ipsi ad fideicõmissum vocati es-
sent, sed respublica Tusculanorũ? Denique nõ possũ
intelligere quã ob caussam de partibus venditis du-
plicẽ quæstionem instituat Scæuola, de non venditis
verò inque extraneum heredem collatis, penitus nul-
lam. † Itaque vt dicam quod sentio, fit mihi verisimi- 8
lius duplicem de duplicibus partibus quæstionem a-
gitari, priorem de partibus ipsorum emptorum, hoc
est quæ non venditæ, sunt, sed institutionis titulo in
extraneum trãslatę. Posteriorem verò de partibus vẽ-
ditis, hoc est ipsorũ venditorũ, vt in illis verbis prioris
quæstionis, *partes quæ venierunt*, legamus addita nega-
tione *quæ non venierunt*. Sic enim apparabit de iis om-
nibus, circa quæ poterat incurrere dubitatio, elegan-
ter Scæuolã more suo respondisse. † Partes igitur em-
ptorũ, quæ nõ sint vẽditæ, sed per institutionẽ extra- 9
neo delatę, negat Scæuola pertinere ad collibertos.
Ad rempublicã autẽ an pertineant, ne quidẽ quærit.
Nimirũ, quia nõ fuerat respublica per fideicommis-
sum substituta, nisi sub ea condicione, *si contra quam
prohibuerat testatrix factum fuisset*, i. e. si quis collegata-
riorum partẽ suam vendidisset, vel donasset, vel quid
aliud simile fecisset. Atqui nihil horũ euenerat, quia
nec venditę erant partes istæ nec donatæ, sed per te-
stamentũ in extraneũ heredem collatæ: quod omnino
diuersum est. Meritò igitur ab earum petitione ex-
cludi respub. debet, vtrumque illud est generaliter &
indistinctè, hoc est non pro partibus duntaxat ven-
ditorum, sed etiam pro partibus emptorum, quod
ad Scæuolam Claudius notat, non extitisse con-

10 ditionem fideicommissi dati Tusculanis. † Cur ergo,
inquies, de collibertorum iure potiùs quærimus, cum
in casum contrauentionis non ipsi substituti sint, sed
sola respublica? Hoc enim est quod nec Rogerius in-
tellexit, nec Accursius. Respôdeo, dubitandi pro col-
libertis rationem illam fuisse quod ex volũtate testa-
tricis, quæ prohibuerat libertos prædium illud ven-
dere, donare, vel quid aliud simile facere, alij qui non
essent de familia, perinde esse videretur, acsi prædium
in familia retinere liberti iussi essent *arg. § fundum. d.
§. pater*. At iam diximus eum qui in familia fundum re-
tinere, aut etiam relinquere iussus est, facere contra
voluntatem, si in eo extraneum heredem instituat *d.
§. cùm pater. & d. §. fratre*: eóque proculdubio casu, licèt
nõ sint substituti illi qui sunt ex familia, nihilominus
fideicommissum petere possunt. Nec tamen videba-
tur obstare collibertis, quòd sobstituta esset respubl.
Tusculanorum. Erat enim verisimile ita factum à te-
statrice, non tã vt de republica bene mereretur, quàm
vt eius pœne metu liberti ab alienatione coercerẽtur,
vt in d. l. fundum, vbi prohibita alienatione sic testator
scripsisse proponitur. *Quod si aduersus voluntatem meã
fecerit, fundum ad fiscum pertinere volo. Ita enim fiet vt de
nomine nostro nunquam exeat*. † Igitur in specie *d. §. quin-
11 *decim* si voluntatem testatricis inspicias, plus dictum
aut saltem cogitatum, minùs scriptum inuenitur. Il-
lud enim dictum videtur, aut certè cogitatum, vt fun-
dus in familia relinqueretur. Scriptum verò duntaxat
illud, vt si fundus venderetur, donaretur, aut aliter, si-
mili tamen modo hoc est inter viuos alienaretur, ad
rempubl. Tusculanorum pertineret. † Duplex proin-
12 de fideicommissum inducendum videbatur, vnum ex
verbis, alterum ex voluntate, ex verbis, in fauorem
reipubl. nominatim substitutæ in casum alienationis
inter viuos, ex voluntate, in fauorem collibertorum
quibus proculdubio prospicere testatrix voluerat ea
dictione *alij*. Inter ipsos enim, vt lex ait, alienationem
permiserat. Nemo autem dubitat quin prohibita in
alicuius gratiam alienationem secutáque contrauen-
tione, ei competat fideicommissi petitio cui prospe-
ctum testator voluit *d. § Diuus. 2. l. filiusfamilias. 114. de
leg. 1.* † Itaque tametsi eo casu in quem disertis verbis
13 substituta erat respublica nihil iuris colliberti ha-
beant, quoniam, vt vulgo iactatur, expressum facit
cessare tacitum [ideóque nimirum secũdam quæstio-
nem quæ est de partibus venditis sic concipit Scæuo-
la, an ad Caium Seium an ad rempublicam pertineãt,
de collibertis verò ne quidem dubitat] in eum tamẽ
casum quo fideicommissi verba deficiebant, subsistẽte
nihilominùs, vt videbatur eadem voluntate testatri-
cis, hoc est instituto herede extraneo, videri poterat
exclusa manifestissimè respubl. quæ scilicet non erat
substituta si quid factum esset contra voluntatem, *vt
in d. § fundum*. sed *si quid contra ea factum esset*, hoc est
contra quàm disertis verbis ne fieret cautum erat.
Nam si fuisset substituta his verbis, *si quid contra vo-
luntatem meam factum erit*, planè non video quænam
pro collibertis dubitandi ratio esse potuisset. Vocati
autem colliberti videbantur ex voluntate acsi ita te-
statrix scripsisset. *Prædiolum quod cum taberna legaui li-
bertis meis alienari prohibeo, sed in familia relinqui volo.
Quod si quis eorum partem suam vendere, donare, aliudve
quid facere alij velit, tunc eas portiones prædiive ad rem-
publ. Tusculanorum pertinere volo* Finge. n. talia fuisse
verba testamenti. Vtique in casum alienationis inter
viuos admitteretur respublica ex fideicommisso, at
non in casum institutionis collatæ in extraneum, quã
nostri testamentariam alienationem vocant, imò ad-
mitterentur colliberti qui partes suas non vendidis-
sent *d. § fratre. sundl. §. libertis. l. cùm pater. 77. de leg. 2.*
Nihil siquidem vetat vtroque casu fieri contra volun-
tatem testatricis, sed vno tamen vocari ex verbis rẽ-
publicam, altero vocari ex voluntate collibertos, qui
& nominatim in eum casum tãquam separatim sob-
stitui poterant. Idem ergo & in proposita specie re-
spondendum videbatur. † Sed aliud tamen Scæuolæ 14
iudicium est, cui nempe perpetuum illud fuit, vt vo-
luntates morientium non nisi ex verbis ipsis æstima-
ret, suppleret verò nunquã, interpretaretur etiam, vt
alij Iureconsulti solent, perrarò. Illud enim duntaxat
Scæuola intuetur, quòd verbis illis prohibitionis *ven-
dere, donare* non quælibet alienatio prohibita erat, sed
ea tantùm quæ inter viuos facta esset. † His verò se- 15
quentibus *aliudve quid facere*, non nisi similes aliena-
tionis species cõtinebãtur, puta permutatio, oppigne-
ratio, & si quæ aliæ sunt eiusmodi, *vt in l. vlt. §. de tri-
tic. vin. & olei legat* heredis autẽ institutio nequaquã.
Nõ enim iusserat testatrix, vt fundus in familia relin-
queretur: quod si esset, sanè instituto extraneo admit-
terentur colliberti, si in casum alienationis duntaxat
inter viuos substituta fuisset respublica, aut admitte-
retur respublica ipsa si sobstituta fuisset iis verbis, *si
quid contra voluntatem factum esset*. † At si cõcepta pro- 16
hibitione, vt alienatio sola quæ inter viuos fieret de-
mõstrata esset, ac in casum istius contrauentionis sub-
stituta respub. meritò negat Scæuola in portionibus
non venditis locũ vllũ esse collibertis, qui scilicet nec
testamenti verba pro se habeant, nec voluntatẽ testa-
tricis. De reipublicæ iure non quærit, quia etiam con-
stabat in casum hunc instituti heredis non fuisse rem-
publ. substitutam. † Rursus in portionibus venditis 17
meritò negat Sceuola admitti Tusculanos, quia ven-
ditæ sunt illis de familia quorum vtique persona in-
spicienda est, non extranei, cũ de sua tãtùm portione
rogatus quilibet ex libertis proponatur. Verum enim
est, quod ad eum locum notat Bartolus, Eum qui par-
tem suam alienare prohibitus est, non videri prohibi-
tum alienare partem quam redemit. De collibertorũ
verò iure in his portionibus non quærit, quia consta-
bat in hunc alienationis casum si cõtra testatricis vo-
lũtatem factum fuisset, nominatim substitutam rem-
publicam, non collibertos. Itaque concludit rectissi-
mè in omnibus partibus tam venditis quàm non ven-
ditis admitti Caium Seium heredem extraneũ. Clau-
dius verò, qui ad Scæuolam perelegantes notas scri-
psit, prioris responsi quod minorem dubitationem ha-
bere videbatur, rationem nullam reddit, sed posterio-
ris dũtaxat, quia erat obscurius. Cũ enim per fideicõ-
missum nominatim substituta esset respubl. probabi-
liùs dubitari poterat an admittenda esset, quàm de
iure collibertorum qui nuda volũtatis cõniectura ni-
tebantur. † Sed tamen vt intelligamus idem vtroque 18
caso responsum fuisse, subiecit ille *nec extitit conditio
dati fideicommissi Tusculanis*. Coniecturam meam il-
lud etiam iuuat, quod in priore quæstione sic scriptũ
video, *an ad collibertos suos qui partes suas non vendide-
rint*. Nam cùm is qui Scæuolam consulebat putaret
factum esse contra voluntatem testatricis tam à ven-
ditoribus qui partes suas alienauerant, quàm empto-
ribus qui instituto extraneo herede decesserant [alio-
qui enim de quo poterat ille dubitare?] cur obsecro
consultationi inseruisset verba illa si de venditis tan-
tũ portionibus ipsi quoq; vẽditores admittendi essent
cum cæteris collibertis. Atqui non nisi ridiculè id sos-
picari quisquam poterat. At in portionibus non ven-
ditis, sed in extraneum institutionis titulo collatis nõ
erat

erat id prætermittendum; Ne dubitationi locus relinqueretur. At qui priores alienauerant admittendi essent cum cæteris ratione illa, quòd quantum ad eas portiones attineret, nihil fecissent ipsi contra voluntatem, tametsi in propriis fecissent. Quanquam & illud verum est, prout quisque prior alienauarit, partem eum posterioribus non facere, vt pluribus tractat Papin. *in d. §. liberis*. Cæterùm consulentis ea verba esse non Scæuolæ, ex illo apparet, quod Scæuola respondet, neq. venditores neque emptores quicquam fecisse contra voluntatem, vt proinde si in aliquo peccassent emptores instituendo extraneum, non eo minus admitti deberent venditores ad ipsorum portiones. Illud denique mouat me quod si prior quæstio esset de partibus venditis, posterior, quæ de iisdem est, non sic concipi debuisset, *idem quæsiit an partes vendita ad rempubl. Tusculanorum pertinerent*, sed ita potiùs, *an eadem partes*. Quamuis vt iam dixi planè absurdum sit quærere an partes istæ venditæ ad Tusculanos pertineant si ponas iam suprà responsum

19 eas ad heredem extraneum pertinere. † Hæc a. nos eo pluribus enarrare oportuit vt locum alioqui obscurissimum emendatione ac interpretatione nostra illustraremus & probaremus, quod initio capitis proposuimus, Prohibita simpliciter in venditione & alia simili qualibet alienatione extra familiam, non esse prohibitam extranei heredis institutionem, proinde nec legatum aut fideicommissum, sed ita demùm si petierit testator, vt fundus in familia relinquatur, aut quod idem est, ne de familia exeat. Superest, vt ad ea, quæ in contrariũ adduci solent respondeamus.

Capvt VII.

Ad § fundum & §. Iulius Agrippa l. pater. 38. de lega. 3. & ad §. prædium l. qui solidum. 78. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Prima obiectio aduersus sententiam superiore capite propositam & defensam.*

2 *Respondetur ad secundam obiectionem petitam ex §.* fundum l. pater. de leg. 3.

3 *Plus esse prohibere ne fundus exeat de familia quàm ne extra familiam alienetur.*

4 *Alienationis appellatione nec institutionem nec aliam vltimæ voluntatis speciem contineri.*

5 *Prohibita à testatore alienatione, eum qui vendidit contra eius voluntatem facere non videri, donec alius traditionis secutus sit.*

6 *Latius patere prohibitionem testatoris ne res ad aliquem perueniat, quam simplicem alienationis prohibitionem.*

7 *Tertia obiectio.*

8 *Prohibita alienatione multum interesse, etiam quod ad extranei heredis institutionem attinet, an causa aliqua adiecta sit, nec ne.*

9 *Adiecta causa rursus distinguendum esse quibus verbis expressa fuerit.*

10 *An in §.* Iulius d. l. pater, *verba illa*, aut vllo modo alienaret, *ipsam quoque intestati successionem comprehendant?*

11 *Postrema obiectio petita ex §* prædium l. qui solidum 78. de leg. 2.

12 *De quo casu* in d § *disputetur?*

13 *Multum interesse an simpliciter prohibita sit alienatio de familia, an vero verbis fideicommissi.*

14 *Ad impediendam extranei heredis institutionem, non sufficere prohibitam esse alienationem de familia, nisi verbis fideicommissi hæc prohibitio facta sit.*

15 *Cur in* d. §. prædium. *Papinianus neget sibi non offendisse qui solum alienare fundum prohibuit, sed etiam in familia relinquere iussit, extraneum heredem instituens?*

16 *Quo ordine liberi in specie* d §. *decessisse ponendi sint?*

17 *Vera dubitatio Papiniani* in d. §. prædium *quænam fuerit?*

18 *Non esse* in d. §. *parem omnium extraneorum heredum causam.*

19 *Cur ibidem Papinianus requirat ad vim prohibitionis tollendam, vt ipse quoque intestatus siue liberis decesserit?*

PRimum † illud obiicitur quod scriptum est *in d. l. filiumfamilias. 114. 6. cum pater de legat. 1. l. vnum ex familia. 67. §. sed etsi fundum d. l. peto. 69. §. fratre de legat.* 2. Sed iam respondimus superiore capite, iis locis non tantùm prohibitam fuisse alienationem, verùm etiam additum, vt fundus in familia relinqueretur, aut ne de familia exiret. † Obiicitur secundò *d. l. pater §. fundum de legat. 3.* In cuius specie prohibita filiæ venditione, donatione & oppigneratione *quoad viueret*, negat Scæuola prohibitam testamenti factionem in extraneum, propter verba illa, *quoad viueris* contrarium vt videtur responsurus si simpliciter prohibita fuisset alienatio. Verùm respondendum est non esse rectam consecutionem. Nam adiectis verbis illis, *quoad vixeris*, manifestior quidem est voluntas testatoris testamenti factionem in extraneum non prohibentis: Sed tamen iis etiam non adiectis nihil prohibet eandem quoque subesse voluntatem licèt minùs apertè declaratam. Deinde dici potest, tametsi rectè esset consecutio illa, quæ à contrario sensu elicitur, non ea tamen ratione defendendam fore quòd sublatis iis verbis, *quoad vixeris*, pura remaneat alienationis prohibitio, quæ extranei heredis institutionem comprehendat, sed quia sic testator subiecerat. *Itaenim fiet vt fundus Titianus de nomine vestro nunquam exeat*, quibus verbis petiisse videbatur, ne vnquam fundus de nomine exiret, atque ita extranei heredis institutionem prohibuisse. *argu. d. §. sed etsi fundum. & l. is qui complures. 94. de legat. 3.* † Plus. n. est prohibere ne fundus exeat de familia, quàm ne extra familiam alienetur. Exit de familia etiam cùm per vltimam quamlibet voluntatem confertur in extraneum, nec idcirco tamen alienatur quoniam alienationis nomen ad contractus magis quàm ad vltimas voluntates pertinet *arg. l. alienatio. 28. l. alienationem. 67. de V. S. l. vlt. C. de reb. alien. non alienan.* † vbi Iustinianus etsi alienationis appellatione contractus omnes intelligi vult, de institutione tamen aut alia vltimæ voluntatis specie constituit: Nempe quod alienatio dicatur ille demùm actus per quem dominium transfertur *l. 1 C. de fund. dot.* nemo autem dixerit per solam heredis institutionem aut aliam vltimam voluntatem transferri dominium, nisi sequatur mors testatoris. At nec secuta morte nisi sequatur etiam agnitio hereditatis *l. si tibi homo. 86. §. cùm seruus de legat. 1. leg. ea quam 14 C. de fideicom.* Quo tamen tempore cùm non supersit qui alienare possit, fatendum est fieri alienationem solius legis potestate, quæ defuncti hominis factum suppleat. *arg. l. Stichus. 59. D. de manum. testam.* Sicque intelligenda est *l. his verbis. 48. de hered. instit.* Indéque nimirum euenit vt alienare prohibitus, non eo minùs possit in ea re heredem instituere *arg. l. ex hoc 8. §. alienare. D. de alien. mut. iudic. caus. fact.* quàuis translatio illa quę fit per heredis institutionem aliquádo dicatur alienatio, largiùs scil. minúsq. propriè

1 2 3 4

sumpto alienationis vocabulo *d. §. alienare & l. si quis*
prior u. 8. §. 1. C. de secund. nupt. Alioqui si ex sola insti-
tutione, saltem secuta morte induceretur alienatio,
non facerent verba illa, *quoad vixerit*, apud Scæuo-
lam, ne alienare prohibitus extraneum quoque insti-
tuere prohiberetur, quia & tempus institutionis, &
instans mortis vitæ adscribitur non morti, *l. qui duos.*
5 *18. §. 1. ff. de manum. test. l. 3. ff. de condict. seru.* † Imò quòd
plus est, nec is qui vendidit censetur fecisse contra
voluntatem testatoris prohibita alienatione, si non
ipsa venditio nominatim prohibita sit, donec secutus
sit actus traditionis, vt nostri tractant ad *d. §. Dmi*,
quia solus titulus quantumuis iustus & legitimus li-
cèt sit necessarius non tamen est sufficiens ad domi-
nium transferendum. Porrò traditio nulla fit à testa-
tore, qui extraneum heredem instituit, ergo neque
alienatio. Taceo quod vulgo dici solet, Multa esse
quæ cùm sola alienari non possint, tamen per vniuer-
sitatem transeunt *l. quædam. 62. ff. de acq. rer. domin.* Nã
quod ad hanc rem pertinet non tam mouet me vni-
uersalis titulus institutionis, quàm nomen ipsum vl-
timæ voluntatis, nec in legato aliud iuris hac parte
6 quàm in heredis institutione constituo. † Sanè si cau-
tum sit, ne res ad aliquem perueniat, fateor nec lega-
ti nec institutionis iure posse eam rem relinqui perso-
næ prohibitæ *l. si ita quis. 135. §. ea lege de V. O.* quia la-
tiùs patent verba illa quàm alienationis prohibitio:
multùmq. refert an res ipsa quodammodo efficiatur,
an persona cuius factum prohibetur. Quod à nostris
minùs obseruatum fuisse miror. † Tertiò potest ob-
7 iici *d. l. pater §. Iulius Agrippa.* Vbi prohibita heredi
alienatione qualibet, institutóq. herede extraneo, ne-
gat Scæuola quicquam factum contra testatoris vo-
luntatem, quia nudum præceptum esset: ita innuens, si
nudum præceptum non fuisset, aliud respondendum
fore, hoc est non fuisse permittendam extranei here-
dis institutionem. Porrò nudum præceptum non est,
quoties extra familiam alienare quis prohibetur *d. §.*
8 *Dmi.* † Respondeo, prohibita alienatione multum
quidem interesse, etiam quod ad extranei heredis in-
stitutionem attinet an causa aliqua adiecta sit, necne,
Non quod adiectâ causâ confestim verum sit, prohi-
bitam extranei heredis institutionem, quæ alioqui
non magis prohibita esset, quàm alia qualibet inter
viuos alienatio. Sed quia nulla adiecta causa indi-
stinctè verum est potuisse in eo fundo extraneum he-
9 redem institui, † Adiecta verò causa distinguendum
omnino est quibus verbis expressa fuerit. Quid enim
si Testator ita dixerit, *Fundum Titianum vllo modo a-*
lienari prohibeo, quia in familia relinqui volo. Vtique
censebitur prohibita extranei heredis institutio *dict.*
§. fratre & dict. §. cùm pater, sicut & si sic scriptum esset
fundum Titianum de familia exire veto dict. §. sed & si
fundum. At si talia sint prohibitionis verba, *fundum ex-*
tra familiam alienari prohibeo non est quidem nuda
prohibitio ideoque valet ad inducendum fideicom-
missum, si fundus inter viuos alienetur. Sed non facit
tamen vt non perinde liceat heredi extraneum in eo
fundo heredem habere, atque si nuda esset prohibi-
tio. Hoc autem idcirco Scæuola tacuit, quoniam nu-
da tantum prohibitio testatoris proponebatur, non
quæ caussam aliquam, hoc est fauorem alterius, quàm
ipsius prohibiti haberet. Solet. n. ille ad ea tantùm
quæ proponuntur respondere, cætera verò quantum-
10 uis propositæ quęstioni finitima prætermittere. † Scio
non deesse qui putent, responsum hoc Scæuolæ ra-
tionem illam habere, quod prohibita erat alienatio
iis verbis generalibus, *aut vllo modo alienaret*, quorum
tantam vim esse volunt, vt ipsa quoque intestati suc-
cessio prohibita videatur. Sed mihi aliud iudicium
est, nec institutionem extranei heredis iis verbis pro-
hibitam censeri. Itaque nostra responsio, & interpre-
tatio magis arridet: † Obstare postremò videtur Pa- 11
piniani responsum elegans *in §. prædium l. qui filiabus.*
78. de legat. 2. vbi ait ille si pater prædium de familia
liberorum alienari verbis fideicommissi prohibuerit,
supremum ex liberis, qui fideicommissum petere po-
tuit non ideò minùs actionem in bonis suis reliquisse
videri, quòd heredem exterum sine liberis decedens
habuerit. Illa siquidem dubitandi ratio erat, quòd
nouissimus hic defunctus fecisse videretur contra
patris voluntatem, instituendo heredem extraneum,
atque hoc ipso indignus factus, qui petendi à cohe-
redibus fideicommissi ius vllum in hereditate sua
reliquisset. † At obseruandum est, quod nostram sen- 12
tentiam confirmat elegantissimè, non de eo casu Pa-
pinianum tractare, de quo disputamus, hoc est, quo
testator fundum extra familiam alienari simpliciter
prohibuerit, sed quo prætereà proponebatur libero-
rum fideicommissum esse, vt prædium in familia vel
relinquerent, vel retinerent. Id enim est quod Papi-
nianus ait *de familia liberorum alienari verbis fideicom-*
missi prohibuit. † Nam vt superioris capitis initio di- 13
ximus, cùm prohibita tantum est alienatio de familia
fideicommissum quidem inducitur secuta alienatio-
ne, at ex sola testatoris voluntate, non quòd vlla hic
sint verba fideicommissi. Vt verò prohibeatur alie-
natio de familia verbis fideicommissi illud omnino
requiritur, vt iusserit testator fundum in familia re-
linqui vel retineri. Quod cùm accidit, sanè extranei
heredis institutio prohibita intelligitur. † Porrò si ita 14
ius esset, vt ad impediendam extranei heredis insti-
tutionem, sufficeret prohibitam esse alienationem de
familia, quid necesse erat Papinianum addere, *verbis*
fideicommissi? Addidit ergo vt appareret, quam ob
causam videretur nouissimus ille moriens extraneum
instituendo fecisse contra patris voluntatem. Etenim
si facta fuisset prohibitio alienandi extra familiam
absque vllis verbis fideicommissi, nihil proponeba-
tur propter quod dubitari debuisset an per institu-
tionem extranei heredis offendisset ille patris volun-
tatem: nec eo minùs tamen inductum fuisset fidei-
commissum in casum alienationis quandiu aliquis ex
liberis superfuisset. Quod minùs rectè animaduer-
sum, aut intellectum est à Cuiacio qui ad Nouell. 159.
scripsit nudam videri prohibitionem, nisi quæ fidei-
commissi verba habeat. † Quòd cùm ita sit, dubitari 15
magis potest. Cur ergo neget Papinianus, offendisse
filium qui extraneum heredem instituit, cùm non so-
lùm alienare fundum prohibitus esset, sed etiam ius-
sus eum in familia relinquere. Respondeo, Quia ne-
mo de familia supererat, cùm alij omnes liberi præ-
mortui essent sine liberis, institutisque heredibus
extraneis, & post eos omnes nouissimus quoque. Sic
enim Accursius, & post eum cæteri locum illum in-
telligunt, & rectè. † Si enim poneres decessisse prio- 16
res liberos superstitibus quidem liberis, sed alienatis
tamen partibus, quarum petitio decedenti nouissimo
competisset, nouissimum verò posteà defunctum si-
ne liberis instituto herede extraneo, vtique falsum
esset transmissam in heredem illum nouissimi extra-
neum fideicommissi petitionem. Admitti enim po-
tius deberent præmortuorum liberi, qui essent ex fa-
milia *dict. §. fratre & l. cùm ita. 32. §. in fideic. de legat. 2.*
Nec iis obesse posset, quòd eorum parentes portiones
suas alienassent, cùm & ipsas parentum portiones
contra

contra voluntatem sui alienatas reuocare possint *d.§.fratre.* Adeo vt in iis parentum portionibus coniecturâ pietatis præferendi sint patruo *l. cum auus. 102. de condit. & demonst. l. cum virum. 16. C. de fideic.* Multo igitur magis in patrui portione extraneo heredi præferentur. Atqui, inquies, Si nemo supererat de familia, quænam dubitandi ratio esse poterat? aut à quo extraneus iste nouissimi heres fideicommissi controuersiam pati? Dico, nemine ex familia superstite non posse dubitationem illam superesse, An fideicommisso vllo obstrictus fuerit is, qui sine liberis nouissimus decedens extraneum heredem reliquit, quamuis hanc esse Papiniani sententiam vulgo
17 creditum sit. † Sed dubitatio apud Papinianum ex eo nascebatur, quòd nouissimus ille decesserat priusquam fideicommissum peteret, cuius tamen petitio ei competebat propter institutiones extraneorum heredum à præmortuis factas. Inde enim fiebat, vt non de illo quærendum esset An aliqua aduersus hunc extraneum nouissimi heredem fideicommissi petitio competeret, sed de illo tantum An extraneus hic aduersus alios extraneos præmortuorum heredes eandem fideicommissi persecutionem haberet, quam defunctus habuisset. Videbatur namque morte nouissimi extincta actio, cùm inter heredes omnes extraneos res ageretur, nec iste aliis fauorabilior crederetur. In pari siquidem caussa, hoc est liberis omnibus defunctis post institutos heredes extraneos contra patris prohibitionem, Existimari poterat meliorem esse debere conditionem possidentium, quàm actoris, qui cùm esset ipse extraneus, tamen aduersus cæteros agebat eo solo prætextu, quòd essent illi extranei, exemplò eius quod aliàs dici solet, In pari iure potiorem esse caussam possidentis *l. vbi autem. 3. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus. l. volt. D. de acquir. poss. l.*
18 *vlt. C. de rei vendic.* † Sed subtiliter Papin. animaduertit, non esse hîc parem extraneorum omnium heredum caussam. Qui enim præmortuis successerunt ius habent ab iis qui fecerunt contra voluntatem defuncti instituentes extraneum, cùm deberent ei qui supererat ex familia fundum relinquere. At is qui nouissimo successit habet ius ab eo cui liberum fuit heredem habere extraneum, cùm nemo amplius superesset ex familia cui relinquere posset. Proinde fideicommissi petitio quam instituerat, aut præparauerat, aut instituere vel præparare potuerat, (neque enim præparatio hîc vlla necessaria est) non idcirco extincta videri potest quòd vel coactus extraneum heredem habuerit: Succeditque iuris regula quæ habet in heredem quemlibet transire omnia defuncti
19 iura. † Propter quam caussam requirit Papinianus vt ipse quoque nouissimus sine liberis decesserit. Nam si liberos habens instituisset extraneum fecisset procul dubio contra voluntatem, ideóque fideicommissi petitio in præmortuorum portionibus. non secus ac in parte ipsius nouissimi, non extraneo heredi competeret, sed liberis superstitibus, quamquam exheredatis. Neque enim eo minus essent de familia *dict. l. filiusfamilias 114. §. cum pater*, sicut & si ex postfacto essent emancipati *dict. l. peto in fin. l. si cognatis. 19. D. de reb. dub.* atque adeò concepti & editi, dummodo concepti essent tempore conditionis existentis, vt ex magis communi nostrorum sententia receptum esse testantur cumulatores.

CAPVT VIII.

De sententia & emendatione §. libertis l. cùm pater. 77. de legat. 1.

SVMMARIA.

1 *An si testator ita scripserit,* peto ne fundum alienetis sed vt in familia retineatis, *idem sit ac si heredem aut legatarius fundum in familia retinere iussisset?*
2 *Vera Papiniani sententia* in d. §. libertis.
3 *Accursij & aliorum ad eum locum interpretatio reijcitur.*
4 *Reprobatur viri cuiusdam doctissimi emendatio ad vltima d. §. verba.*
5 *Repetitur authoris interpretatio ad* d. §. libertis.
6 *Aliud esse si testator heredes fundum in familia relinquere, aliud, si in familia retinere iubeat.*
7 *An in specie d. §. si ex pluribus libertis fundum in familia retinere iussis priores decedentes extraneum heredem instituerint, fideicommissi petitio superstitibus supersit?*
8 *Cur si non prior, sed nouissimus sine liberis decesserit, liberi qui ex præmortuis libertis supersunt, ad fideicommissum non admittuntur?*
9 *Plus esse si collegatarij fundum in familia retinere iubeantur, quam si fundum dimittant extra familiam alienare prohibeantur.*
10 *Liberorum ratione qui ex præmortuis libertis supersunt nihil* in d. §. *inter se vtro modo testator locutus sit.*
11 *Cur in fin.* d. §. *Papinianus requirat vt nouissimus libertus sine liberis decesserit?*
12 *Cur si libertus ille extraneo herede instituto superstitibus liberis decedat, fideicommissi petitio liberis illis supererit?*
13 *Petitionem illam non ex natura verbi* retinere, *sed velut per accidens competere.*
14 *Vis differentiæ supra propositæ inter iussum fundi in familia retinendi & præceptum fundi in familia relinquendi.*
15 *Testatore iubente vt fundus in familia retineatur fideicommissum reale non personale induci.*
16 *Proximiorem, quum ad hoc fideicommissum admittitur, cauere debere se restituturum.*
17 *Cautione non præstita, si fundus quandoque ad exteros peruenerit fideicommissi petitionem familiæ nihilominus competere.*

AT † quid rursum si testator ita scripserit? *Peto ne fundum alienetis, sed vt in familia retineatis.* 1
Videtur casus hic diuersus ab eo quo heredes aut legatarij fundum in familia relinquere iussi sint. Nam vt in superioribus dictum est qui fundum in familia relinquere iubetur non potest in eo extraneum heredem habere ex testamento *l. filiusfamilias. 114. §. cum pater de legat. 1. leg. pen. 69. §. fratre leg. vnum ex familia 67. de legat. 2.* et neque ab intestato vt probauimus infrà capit. *l. penul. cod. tit.* At is qui fundum in familia retinere iubetur, satisfacere voluntati credendus est si modò viuus non alienet, cùm paria ferè sint Prohiberi vendere & Iuberi retinere *leg. pater 38. §. fundum de legat. 3.* Qui verò prohiberetur vendere non prohibetur instituere *§. quidecum d. leg. pater, de quo fere ipsimus capit. 6.* Ergo nec qui iubetur fundum in familia retinere. † Et hæc 2
mihi videtur Papiniani esse sententia in *l. cum pater. 77. §. libertis de legat. 2.* In postremis illis verbis. *At si nemo vendiderit & nouissimus sine liberis rerum decesserit, fideicommissi petitio non superent*, quorum sanè vix est vt verior & accommodatior vlla possit adferri interpretatio. † Etenim si ponas decessisse libertos omnes sine liberis nemineque supe- 3

resse ex familia, quomodò intellexisse videtur Ac-
cursius, & post Accursium cæteri, planè ridiculum
facias Papinianum, qui moneat petitionem nullam
superesse vbi nemo superest, qui petere possit. Quod
si sic intelligas, vt hæc supersit petitio fideicommissi
extraneo, qui nouissimo sine liberis decedenti heres
extitit, facias Papinianum sibi ipsi contrarium, qui
in §. prædium l. qui solidum. 78. eod. in tit. contrà scribit:
Imò verò heredi nouissimo quantumuis extraneo
petitionem fideicommissi superesse. Sed neque dici
potest cur ponat Papinianus nominem ex libertis
vendidisse, si sic intellexit vt omnes tamen extraneis
heredibus institutis decesserint. Si enim fatendum
esset perinde fecisse illos contra voluntatem insti-
tuendo extraneos heredes, atque si extraneo vendi-
dissent, quid attinebat verba illa adiicere *si nemo ven-*
4 *diderit.* † Scio virum quendam doctissimum cuius
nomini hîc parcendum arbitror, in ea fuisse senten-
tia vt diceret corruptum esse contextum, & legen-
dum potius *si omnes vendiderint* aut quod esset tolera-
bilius *si nemo non vendiderit.* Vt sensus sit liberis omni-
bus proprias portiones vendentibus nullam nouissi-
mi extraneo heredi petitionem superesse, quasi sit
hæc restrictio quædam, & exceptio ad id quod scri-
ptum est *in d. §. prædium.* Extraneo siquidem heredi e-
ius, qui nouissimus defunctus est superesse petitio-
tionem fideicommissi, si priores sine liberis deceden-
tes reliquerint heredes extraneos, siue antea vendi-
dissent, siue non vt *in d. §. prædium.* Sed hoc ita de-
mùm si non nouissimus quoque cum cæteris vendi-
derit. Eo namque casu nullam fideicommissi petitio-
nem reliquam esse. Verùm neque emendatio hæc
probabilis est, neque video qua ratione vera esse
possit. Vel enim ponis libertos omnes pariter vendi-
disse, vel diuersis temporibus. Si pariter, iam dixerat
Papinianus absurdum esse, vice mutua petitionem
induci, vt ab alio partem alienatam quis petat, cùm
suam alienando perdiderit, Quod & Iustinianus
probat *Nouell. 159. vt restitut. fideicommiss.* vsque ad
vnum grad. consist. paullo ante finem princip. vers.
& leges nostras. Sin diuersis temporibus, falsum est
eum qui priùs venditas portiones petere potuit, si
nouissimus decedat sine liberis non vendita parte
sua, eandem petitionem non posse in heredem suum
transmittere. Cur non enim perinde transmittat, ac
si præmortui nullis venditis partibus extraneos he-
redes instituissent? *dict. §. prædium.* Quòd si nouissimus
quoque portionem suam vendiderit post cæteros, vel
fingis alios superesse de familia vel nullos. Si nullos,
cur dicas extinctam petitionem fideicommissi aut
cuius fauore? *d. §. prædium* Si alios, Cur neges iis qui
supersunt ex familia superesse petitionem? *d. §. fratre*
5 *cum similib.* † Ea igitur sola restat interpretatio quam
nos inducimus, vt si nemo ex libertis vendiderit, sed
omnes tamen decesserint, priores quidem superstiti-
bus liberis, nouissimus verò sine liberis (id enim est
quod non obscurè Papinianus innuit, cùm ponit no-
uissimum sine liberis decessisse) ac proinde quod o-
mnino consequens est relicto herede extraneo siue
ex testamento siue ab intestato, fideicommissi petitio
non supersit præmortuorum liberis quamuis sint illi
6 de familia libertorum. † Ideò quia non in familia
fundum relinquere iussi sunt liberti, sed in familia re-
tinere. Si relinquere iussi essent, faceret nouissimus
contra voluntatem instituendo extraneum *d. §. fra-*
tre. Sed quia retinere tantum iussi sunt, non facit con-
tra voluntatem qui fundum illum extraneo heredi
relinquat. Ratio dissimilitudinis apertissima, nec ta-
men omnino insubtilis, ex ipsa verborum potestate
propriaque significatione deducitur. Relinquendi e-
nim verbum demonstrat faciendum aliquid, Reti-
nendi verò faciendum nihil, dummodo ne quid con-
tra fiat per quod impediatur retentio. Inde fit vt qui
fundum in familia relinquere iussus est non tantùm
rogatus censeatur vt nihil faciat quod impediat vo-
luntatem testatoris, sed etiam vt ea omnia curet ac
faciat, per quæ voluntas testatoris effectum sortiri
possit, fundúsque in familia relinquatur. Qua ratione
illud etiam admittimus vt nec ab intestato extra-
neum heredem habere possit. Sed qui retinere iu-
bentur in familia hoc tantùm rogati videntur, ne a-
lienent extra familiam. † Quid ergo, inquies, Si ex 7
pluribus libertis fundum in familia retinere iussis
priores decedentes extraneum instituerint. An non
supererit fideicommissi petitio superstitib? Dico su-
perfore. Non quòd prior ille alienare prohibitus &
retinere iussus fecerit contra voluntatem extraneum
heredem instituendo [si enim solus in familia reti-
nere iussus esset, valeret institutio, nec fideicommissi
petitio aliis de familia competeret] sed quia ex iis
verbis ad omnes libertorum personas directis *Peto
ne fundum alienetis sed vt in familia retineatis* ac proin-
de ea voluntate ipsa testatoris ius sit superstitibus li-
bertis fundum retinendi: ac si præmorientes supersti-
tibus restituere rogati essent, *vt in l. 2. C. quand. dies le-
gat. vel fideic. cedat.* Cum enim plures vnica oratione
fundum in familia retinere rogati sint, non tantùm
de sua quisque portione, sed etiam de coheredum
aut collegatariorum partibus retinendis, iussi singuli
videntur. Nec nouum est vt quis coheredis quoque
sui portionem retinere iubeatur, ex eoque fideicom-
missum inducatur. *l. post emancipationem. 40. §. vlt. de
leg. 3.* secundum ea quæ de illius loci sententia scripsi-
mus *lib. 1. c. 14. d. an quartam. 91. D. ad leg. Falcid. l. dedu-
cta. 58. §. acceptis vers. Diuersa D. ad S.C. Trebell. dict. l.
cum pater. 77. in princip. de legat. 2.* † Dices fortasse, Cur 8
ergo diuersum admittimus si non prior sed nouissi-
mus sine liberis decesserit, hoc est, Cur non liberos
qui supersunt ex præmortuis libertis ad fideicommis-
sum admittimus cùm sint illi de familia? Id enim est
quod sibi vult Papinianus *in d. versic. at si nemo* vt iam
diximus, non esse admittendos. Respondeo rationem
illam esse quod ad eos porrigi non possit vis & pote-
stas verbi *retinendi.* Ij enim demùm retinere fundum
possunt quibus fundus relictus est. At libertis dunta-
xat relictus est non etiam eorum liberis. Soli ergo
liberti fundum in familia retinendi ius habent, non
etiam eorum liberi. Sicut nec præmortuorum liberi
ius vllum habent in fideicommisso quod non nisi su-
perstitibus relictum est, si nulla liberorum mentio
facta sit. Quæ sententia est *dict. l. 2. C. quand. dies leg.*
Nam qui præmortuorum liberos ad fideicommis-
sum vocare velit, & prohibere ne fundus extraneo
per legatum aut fideicommissum vel institutionem
relinquatur, eum necesse est præcipere coheredibus
aut collegatariis vt fundum in familia relinquant,
non vt simpliciter retineant. † ex quo apparet quod 9
ad ipsos collegatarios pertinet maiorem esse vim eo-
rum verborum quibus iubeantur illi fundum in fa-
milia retinere, quàm si prohibeantur duntaxat fun-
dum extra familiam alienare. His enim verbis qui
præmoriuntur non prohibentur in eo fundo extra-
neum heredem instituere, licet alij collegatarij super-
sint. Illi verò non minùs prohibentur, quàm si super-
stitibus restituere iussi essent. † Sed ratione liberorũ 10
qui supersunt ex præmortuis libertis quamuis sint
illi ex

illi ex familia, nihil ta men interest, vtro modo testator locutus sit. Vtroque enim casu, si fundus inter viuos alienatus sit, fideicommissi petendi ius habent propter imperatam retentionem & prohibitam fauore familiæ alienationem *d. versic. at si nemo vendiderit à contrario sensu.* Sin ad extraneum hereditatio aut legati, aut fideicommissi petitione excluduntur, quia nihil hîc factum sit contra voluntatem, siue ex eo capite quo prohibita est alienatio, siue ex illo etiam quo iussi erant liberi vt fundum in familia retine-
11 rent. † At cùm ita sit illa adhuc dubitatio superest cur ergo *in dict. vers. at si nemo.* requirat Papinianus vt nouissimus sine liberis decesserit. Ita enim satis apertè significat, Si nouissimus relictis liberis decesserit, & extraneum heredem instituerit, fideicommissi pe-
12 titionem superesse. Ac sanè ita est. † Sed cur ita? An quòd pater fundum illum legando aut per institutionem relinquendo extraneo fecerit contra prohibitam alienationem? Minimè. An quòd retinendi ius datum videatur istis nouissimi liberis quibus fundus relictus non est? Ne hoc quidem. Sed quia pater qui iussus fuerat fundum illum in familia retinere, videatur fecisse contra voluntatem, hoc ipso, quòd cùm posset nihil faciendo hoc est si modo intestatus decessisset retinere eum in familia per liberos futuros sibi ab intestato heredes, maluit tamen testari vt præferret extraneum Cùm enim per vim successionis intestati possit satisfieri iudicio testatoris ab eo, qui liberos habet vt scilicet fundum in familia retineat, facit proculdubio contra voluntatem qui idcirco testatur, vt eum relinquat extraneo. Non quod videatur probibita testamenti factio quæ nec prohiberi potest *dict. l. cùm pater §. mando.* Sed quia nihil vetabat hunc ita testari vt tamen fundum liberis suis relinqueret. Quo casu quod ad fundum pertineret perinde fuisset acsi intestatus is decessisset. Fundus enim
13 ad liberos peruenisset. † Nec est contrarium, quod proximè diximus eum qui in familia retinere iussus est non videri iussum in familia relinquere. Hoc enim fit in proposito non ex natura verbi *retinere* sed veluti per accidens vt ita loquar, propter testamentum ab eo factum qui decedere noluit intestatus. Nam cùm non satisfecerit iudicio defuncti eo modo quo satisfacere poterat, vel nihil faciendo, hoc est moriendo sine testamento, non est quod conqueratur si facto testamento cogatur plus facere quàm ab initio debuerit, hoc est fundum illum liberis suis per expressam voluntatem relinquere, ne alioqui minus faciant, quàm facere debeat. † Et in hoc nimirum a-
14 pertiùs differentia illa cernitur quam nos inducimus, An fundum quis in familia retinere iussus sit an in familia relinquere. Nam qui retinere iussus est si intestatus moriatur, relicta herede matre aut alia persona extranea, fortassis cognato, qui hodie succedit ex iure ciuili & Iustinianeo non, vt olim, tantùm ex prætorio, nihil facit contra voluntatem testatoris. Quomodo enim, aut quo colore imputare possis ei, qui intestatus moritur, cur non retinuerit fundum in familia? Nisi fortè hoc imputare velis cur non perpetuò vixerit. Vrgere siquidem eum non possis, vt testetur vel codicillos faciat, qui non in familia fundum relinquere iussus sit, sed tantùm retinere. At is qui relinquere iussus est testari etiam cogitur si aliò modo facere nolit cùm possit, vt fundum in familia relinquat. Alioqui vt sæpiùs dictum est, offendit illé voluntatem. † Diuersum esse puto si testator iusserit
15 vt fundus in familia retineatur. Tunc enim fideicõmissum induci non personale sed reale, id est non in fauorem tantùm collegatariorum superstitum, sed etiam liberorum qui ex præmortuis supersint adeóque omnium qui sunt de familia. Ordine tamen, id est ita vt proximiores remotioribus præferantur *dict. l. peto §. fratre.* Nam quid interest an iusserit testator vt fundus in familia retineatur, an vt remaneat, an vt relinquatur, an vt ne de familia exeat? His vtique casibus omnibus cùm fundus ipse afficiatur, admittendum est induci fideicommissum reale & perpetuum, hoc est tandiu duraturum quandiu à fundi possessore ostendetur iudicium testatoris aliquo
ex familia superstite. † Ideóque cùm ad huiusmodi fideicommissum proximior admittitur, cauere debet se familiæ restituturum inquit Papinian. *in dict. §. fratre.* Vbi tamen subiicit quod notandum est, si non fuerit cautio desiderata ab eo qui primo loco admissus fuit, nullam quidem eo nomine nasci condictionem, quasi indebito soluto fideicommisso vt aliàs plerumque euenit *leg. heres. 21. D. ad S. C. Treb.* & contingeret si vsusfructus nomine res tradita fuisset nulla interposita stipulatione *leg. & si vsusfructus. 7. D. vsufr. quemadmod. caueat.* 16
† Sed si domus ad exterum quandoque peruenerit fideicommissi petitionem familiæ competituram. 17
Hanc porro cautionem ratione doli mali exceptionis desiderari, Nempe quòd dolo facere videatur is qui ex fideicommisso petit fundum, tanquam contra prohibitionem testatoris alienatum, quem ipse quoque alienare velit, quomodo velle meritò credendus est si cauere recuset, eum se familiæ restituturum.

CAPVT IX.

Ad §. fratre. l. peto. 69. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Cautionem de fundo familiæ restituendo non frustrà* in d. *§. desideratam videri, licèt nemo ex familia supersit cui restitui possit.*

2 *Respondetur ad leges contra allegatas.*

3 *De materia* l. si in persona 2. 1. C. de fideicom.

4 *Remotiores, vel pares in gradu qui viuo testatore concepti sunt, cæteris postea conceptis in* d. *§. præferri.*

5 *Non tamen requiri vt qui ad fideicommissum admitti volunt viuo testatore concepti sint.*

6 *Non idem esse si proximioribus testator fideicommissum reliquerit.*

7 *An* in d. §. fratre. *frater qui fundo contra testatoris voluntatem alienato fideicommissum restituere coactus est iis qui ex familia supererant, iisdem fundum alienantibus de nouo ad fideicommissum admitti possit?*

8 *Quo sensu dicatur, eos ad huiusmodi fideicommissum inuitatos videri qui iudicio testatoris paruerunt, non qui alienauerunt?*

9 *Fratrem illum à fideicommisso arceri quandiu aliqui ex familia etiam gradu remotiores supersunt.*

ILlud † tamen subobscurum est quod apud Papinianum sequitur in *d. §. fratre, quamuis nemo alius vlterior ex familia supersit.* Videtur enim frustra desiderati cautio de fundo familiæ restituendo, cùm nemo ex familia superest, cui restitui possit. Frustratoria autem & superuacua cautione quem onerati, æquum sanè non est *leg. non cogendum. 45. §. vlt. D. de procurat. leg. hæc stipul. 14. §. 1. D. vt legat. seu fideic. nomin. caueat. l. 1. §. penult. & vlt. l. 2. & 3. D. vt in possess. legat.* Quam ob causam sic eum locum 1

intelligit Accursius, & post eum cæteri, nec male vt
ratione doli mali exceptionis desiderari possit cautio
quamuis nemo alius ex familia supersit si modò ali-
quis fore speretur. Cùm enim fideicommissum illud
fundi in familia relinquendi sit perpetuum, conse-
quens est vt ad ipsum admittantur, quotquot vn-
quam in familia nascentur, *& nati natorum & qui na-
scentur ab illis*, quia sufficit vt natus sit vel conceptus
fideicommissarius eo tempore quo condicionalis fi-
de.commissi condicio existit *leg. cum pater. 77. §. here-*
2 *ditatem filius de legat. 2.* † Nam quod nonnulli contrà
putant moti *ex l. Titius. 6. D. de iust. & leg. iis l. prima §.
Si quis proximior D. vnd. cognat. l. si cognatis 19. D. de
reb. dub.* faciunt sanè parum subtiliter, cum iis locis
tractetur de successione, quam lex defert aut de lega-
to purè relicto, non item de legato aut fideicommis-
so conditionali, cuius sanè longè diuersa ratio est.
Sufficit enim talem quem esse qualis esse debet ad
legatum aut fideicommissum consequendum, quan
do dies relicti cedit *l. intercidit. 59. l. mea res. 98. leg. eum
qui post. 104. de condic. & demonstr. l. 1. §. sed & eius de
leg. 3. l. interueniens. 24. de legat. præst.* quia huiusmodi fi-
deicommissa non iure cognationis acquiruntur, sed
ex dispositione testatoris. *l. Titius respondit. 47. §.
3 Paulus respondit nepotem D. de bon. libert.* † Nolim ta-
men in hanc rem adduci legem *si in persona. 21. C. de
fideic.* quā plerosque moueri video ex iis, cum quibus
& ego sentio. Loquitur enim de fideicommisso quod
postea nato acquiritur iure transmissionis, & ex alte-
4 rius, non ex propria successionis persona. † Illud sanè
non improbo quod quidam tradiderunt eos qui viuo
testatore concepti sunt præferri cæteris posteà con-
ceptis, quasi qui magis noti videantur tanquam co-
gniti *ex l. cum si tabulis. 14. in princip. de legat. 1.* Itaque
intelligo etiamsi sint remotiores aut pares in gradu,
alioqui non tanquam cogniti præferentur, sed tan
quam proximiores. Multò igitur magis præferentur
qui in eodem aut pari gradu sunt, cæteris paribus. †
5 Cæterùm non requirimus, vt qui ad fideicommissum
admitti volunt concepti sint viuo testatore, præser-
tim si vt plerumque fit, testator fideicommissum infi-
nitum extendi voluerit, aut digressus sit ad plures
gradus substitutionum. Quinimò de cendentibus
substitutis, omnes in infinitum descendentes etiam
vltra quartum gradum substitutos intelligi placuit.
6 † Non idem est si testator proximioribus suis fidei-
commissum reliquerit. Eos namque solos tum vide-
tur inuitasse qui se viuo concepti fuerint, nec exten-
ditur fideicommissum ad vlteriores gradus, nisi fauo-
re agnationis & familiæ conseruandæ relictum pro-
ponatur. Nimirum quia nomen *proximorum* collecti-
uum quidem est plurium personarum quæ sint eius-
dem gradus, sed non plurium graduum quomodo no-
men *familiæ*, vt nostri tractant *ad §. in fideicommisso l.
omnia. 32. alias l. cùm ita de legat. 2.* † Tentemus tamen
7 an dici etiam possit, Papiniani *in dict. §. fratre* eam esse
sententiam vt ratione doli mali exceptionis iustè de-
sideretur cautio de fundo in familia relinquendo, et-
iamsi nemo alius vlterior ex familia supersit, nec su-
perfore speretur. Nimirum eo casu quo is ipse, qui
cautionem desiderat & à quo debetur fideicommis-
sum est ex familia, Quomodo erat frater in specie
dict. §. fratre. Finge enim fecisse fratrem contra testa-
toris fratris voluntatem, non in eo quod extraneo
herede relicto decesserit (nam in extraneo herede
tractari hoc non posset) sed in eo quòd fundum quē
in familia relinquere iussus erat, extraneo inter vi-
uos vendiderit, aliáve qua ratione alienauerit. Di-
co non ideo minùs manere eum de familia ac proin-
de admitti debere ad fideicommissum familiæ reli-
ctum si quando contingat, ab iis qui nunc admittun-
tur, posteà alienari fundum, nec alios vllos eo tempo-
re ex familia superesse. Nam cùm fideicommissum
perpetuum sit fauore familiæ, nouum non est, vt qui
semel fundum perdidit ob alienationem à se factam
admittatur iterum velut ex nouo fideicommisso. Ma-
gisque esset contra voluntatem, si isto ex familia su-
perstite qui prior fundum habuisset ac amisisset, fun-
dus ille ad extraneum perueniret Imo faceret apertè
dolo malo is qui fundum ex fideicommisso peteret
tanquam alienatum contra prohibitionem testato-
ris, qui cauere noluisset eundem se restituturum non qui-
dem ei nominatim, qui amiserit, sed generaliter fa-
miliæ ex qua ille etiam sit qui amisit. † Nec est con- 8
trarium quod diximus in superioribus, Eos videri
ad huiusmodi fideicommissum inuitatos qui iudicio
paruerunt, non qui alienauerunt *d. §. liberis d. l. cùm
pater de legat. 2. l. cùm proponi. 120. §. omnibus de legat. 1.
l. quoties ab omnib. 11 C. de fideicom.* Id enim tum verè
dicitur cùm fideicommissum vnum est & simplex,
puta quod ex alienationis prohibitione sola induci-
tur. At cùm tractamus de fideicommisso quod per-
petuum sit & reale, nec solùm graduale, sed etiam
reciprocum, cuiusmodi illud est, cùm præcepit testa-
tor vt fundus in familia relinqueretur, tot sunt fidei-
commissa quot sunt alienationes extra familiam. Ac
proinde verum est, quandiu aliquis ex familia super-
est, quisquis ille tandem sit, tametsi iam eum ipsum
fundum semel alienauerit, admitti eum debere po-
tiùs quàm extraneum quasi repetito fideicommisso
*arg. l. fruct. 3. & l. repeti. 5. D. quib. mod. vsusfr. amitt. l. li-
cet. 23. de v. usf. legat. l. sed & si quod. 25. §. si operas D. de
vsu & v.* Aut potiùs quasi succedat ille sibi ipsi ex nouo
iure vt aliis plerisque casib. non omnino dissimiliter
contingit *l. si creditor. 11. §. Pater meus & D. qui potior. in
pign. cr. hab. & l. 2 §. sed & sciendum D. de success. edict. l.
vxore mortua 6. C. ad leg. Iul. de adulter.* † Sanè quandiu
superfuerunt aliqui ex familia licet remotiores in gra- 9
du, fateor præferri eos debere, nec posse cum ipsis
concurrere eum qui semel fecerit contra volunta-
tem, vt saltem quantùm fieri potest, seruetur volun-
tas testatoris. Id enim est quod scribit Papinianus
*in dict. §. fratre, nec tamen ideo sequentium causa propter
superiores in posterum lædi debet.* Siquidem admittendo
sequentes excludit vtique eum, qui prior admissus
fuerat, quandiu sequentium gradus aliquis super-
erit, Vt in eo deterior condicio sit illius, qui de-
functi iudicio non paruit, quam eorum qui non of-
fenderunt.

CAPVT X.

Explicatio & emendatio §. sed et si fundum. & §. ideò l. vnum ex familia. 67. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Legis propositæ argumentum, & species in ea examinata.*
2 *Species & quæstio d. §.* sed & si fundum.
3 *Quomodo Castrensis sumd interpretetur quod* in d. §. *Papinianus respondet extraneum fideicommissum petere posse si præterea electo tantundem relictum sit quod fundi pretium efficiat?*
4 *Electum in specie d. §. non solum ex iudicio prioris testatoris, sed etiam aliquomodo ex voluntate eius qui fundum habet videri.*

5 Cur

5 Cur fideicommissum non valeat, si electo qui fundum restituere rogatus est, nihil praeterea legatum sit?

6 Electum illum pretij legatum repudiare non posse, vt fundum habeat?

7 An si minus ei legatum sit quàm quanti fundus est, fideicommissum valeat?

8 An eo casu permittendum ei sit vt legatum petat, nec tamen extraneo fundum restituat?

9 Distinguendum esse in specie d. §. cum Papiniano quibus verbis testator fundum in familiâ relinqui iusserit.

10 Quid iuris si ita testator scripserit, Rogo fundum cui, aut quibus voles ex familia relinquas, & quid significent verba illa Papiniani, rem in expedito esse.

11 Multum interesse an iussus cui volet ex familia fundum relinquere heredem ex familia instituat, & fundum leget extraneo, an verò alicui ex familia leget adiecto onere fideicommissi in fauorem extranei.

12 Cur si heres qui iussus est vnum ex familia eligere, vnum ex familia instituerit, & de fundo extranea persona restituendo grauauerit fideicommissum illud non valeat?

13 Differentiam inter legata & fideicommissa perpetuam illam fuisse, vt legatorum dominium recta via à testatore in legatarium, fideicommissum verò in fideicommissarium nonnisi facta restitutione transiret.

14 Cur Praetor in interdicto quod legatorum, nullam fideicommissarij mentionem fecerit.

15 An post sublatam legatorum & fideicommissorum differentiam aequè testatoris voluntatem offendat is qui vnum ex familia eligere iussus vnum ex familia heredem scripsit, eiusque fidei commisit vt eum fundum extraneo restitueret, ac si eum fundum legaret extraneo?

16 Cur testatoris voluntatem non offendat ille qui vnum ex familia eligere iussus vni ex familia fundum reliquit, eiúsque fidei commisit vt extraneo restituat?

17 Summa eorum quae ad primum distinctionis Papinianeae caput dicta sunt de his verbis, Rogo cui voles ex familia fundum restituas.

18 De alterâ distinctionis parte, quum prior testator ita scripsit, Peto ne fundus de familia exeat.

19 An fideicommissum extraneo relictum eo casu valeat, si alij ex familia supersint?

20 An electo mortuo, & caeteris deinceps ex familia fundum euincentibus aliqua eo nomine actio, & aduersus quem extraneo competat?

21 Communis Interpretum de hac quaestione sententia reijcitur.

22 Quis in d. §. iussus sit fundum extraneo restituere?

23 Re aliena per legatum vel fideicommissum relicta, in qua testator ius aliquod habuit, illud tantùm relictum videri quod habebat, licet morte eius extinctum iri certum sit.

24 Si verò ius illud morte testatoris non extinguatur, praeter ius illud nihil deberi, non adhibita distinctione an testator scierit, ius illud tantum sibi competere, an ignorauerit.

25 Non censeri secundum testatorem voluisse, vt mortuo quoque electo caeteris de familia fundum euincentibus, heres suus fundi aestimationem extraneo praestaret.

26 Quibus casibus aliena res per legatum aut fideicommissum scienter relicta aestimatio debeatur?

27 Heredis heredem ad hoc non teneri vt fundum redimat ab illis qui sunt ex familia, & redemptum extraneo praestet.

28 Illud quoque indici non posse vt post electi mortem fundi aestimatio extraneo praestetur, quae penes eum perpetuò sit remansura.

29 Quem sensum habeant verba illa Papiniani, heredis heredem propter sequēs fideicommissum quod in exterum collatum est, onēratum intelligi?

30 Papinianum ibi tractare de fundi fideicommisso ijs qui ex familia sunt praestando, propter alienationem ab herede factam.

31 Quando superstites illi ad fideicommissum admittantur?

32 Euicto fundo per eos qui sunt ex familia, non idcirco ius vllum extraneo competere petendae aestimationis.

33 Verba illa §. ideò, d. l. vnum ex familia. si electo vno fideicommissum in exterum non conferatur absque negatione legenda esse.

34 Rectam esse in d. §. ideò de cautionibus interponendis ablationem.

35 An, si vno ex familia electo fundi fideicommissum in extraneum collatum non fuerit, interponi cautiones debeant?

36 Speciem l. 3. §. si quis ita. ff. de adimen. leg. differre à specie d. §. ideò.

37 Cur in specie §. fratre l. peto. 69. de leg. 2. proximus ex familia qui ad fideicommissum admitti vult, de restitutione cauere debeat, electus vero in specie d. §. ideò. cautione de fundo restituendo non oneretur?

38 Alia ratione probatur negationem è d. §. ante sublatam abundare.

39 Quomodo Rogerius & Accursius dictum §. intellexerint?

40 Refellitur Azonis & aliorum sententia, existimantium fideicommisso in exterum non collato, cautionem praestandam esse.

41 Aliud esse postulare caueri de fundo simpliciter non alienando aliud vero cautionem hanc exigere, Fundum quum electus morietur, si non in familia relinqueretur, cum effectu restitui.

42 Cur fideicommisso in extraneum collato fundus post electi mortem restituendus sit?

43 Reprobatur Cuiacij interpretatio ad d. § ideo.

44 Cur permittendum sit secundo heredi quum dat electo fundum, vt stipuletur fundum quum morietur restitui, si non in familia cum effectu relinqueretur?

45 Cur fundi fideicommisso in extraneum collato, fundus ipse, non eius aestimatio restitui debeat.

46 Heredem heredis duplici fideicommisso onerari non posse.

47 Effectus cautionis quam heredis heres ab electo exigit.

COnueniens † est superioribus vt coniecturam nostram subiiciamus de sententia & emendatione §. *sed et si fundum l. vnum ex familia. 67. eodem tit. De legat.* 2. quia & de interponendis cautionibus tractat, & perobscuram habet interpretationem. Tota ferè ea lege de illo agitur, qui fundum in familia relinquere, & vnum ex familia eligere iussus erat, variasque species Papinianus prosequitur, vt sciamus quibus demum casibus videatur ille fecisse ex voluntate, aut contra voluntatem. † Inter caeteras verò hanc praecipuam *in dict. §. sed et si fundum*, si fundum heres vni ex familia reliquerit, eiúsque fidei commiserit vt extero illum restituat. Quaerit autem, an huiusmodi fideicommissum extraneus ille petere possit, Ac primùm respondet posse si praetereà tantumdem electo relictum sit quod fundi precium efficiat. † Quod ita accipiendum 1 2 3

Castrensis credidit, si electus pretij legatum agnouerit, Quasi in eius potestate sit vt fundi electionem agnoscat, pretij verò legatum repudiet, quo tamen agnito fideicommissum fundi extero præstare teneatur sibi imputaturus cur non repudiauerit. Ego verò nec
4 repudiare posse arbitror si electionem accipiat. † Quamuis enim post factam perfectámque electionem videatur electus fundum habere non ex testamento eligentis, sed ex iudicio prioris testatoris *d.l. unum in princip. & §.1.* nisi facta sit electio per institutionem vniuersalem, quo casu transit in ius hereditarium vt & Castrensis fatetur ex *§. si duos eiusd. legis in illis verbis, quas iure hereditario retinent.* Negari tamen non potest quin habeat etiam aliquomodo ex voluntate eligentis, in cuius scilicet potestate fuit vt alium eligeret siue proximiorem siue remotiorem de familia *l. verum.8. §. cum quidam de reb. dub. adeoq; indignum, l. cùm quidam.24. de legat. 2.*
5 † Ac proinde si rogetur eum fundum alteri restituere nec quicquam ipsi prætereà legatum sit, admittimus quidem fideicommissum non valere ex regula legis *ab eo.9. C. de fideicom.* quemadmodum nec valeret legatum si idem testator ei quem elegisset fundum ipsum legasset *d. §.1.* Sed si præter fundum tantùm ipsi legatum sit quod fundi pretium efficiat, æquum sanè est valere omnimodo fideicommissum, quasi fundum quoque ipsum effectu retinere videatur is, qui fundi pretium iustum habeat *l. quia qui precio.39. l. si vsusfructus.35. in princip. D. de vsufruct. & l. si rem.12. in fin. D. de petit. hered. l. sed si quis sermon.33 cùm seq. D. de pecul.*
6 † Nec si fundum habere malit quàm pretium, ideóque pretij legatum repudiet, id ipsi indulgendum est, quia non patitur iuris ratio vt legatario liceat inducere diuisionem voluntatis *l. cum quis.18. §. vlt. D. de his quæ vt indign.* præsertim ad repudiandam eam voluntatis partem, quæ onus habeat *l. sed duobus.5. de leg. 2. l. si legatario.22. l. l. mem.40. D. de fideic. libert. l. 6. l. 13. C. eo.* Sicut nec ei concedendum est, vt precij legatum consequatur, & fundum nihilominus retineat.
7 † Sanè si minùs ei legatum esset quàm quanti fundus esset, his etiam verbis adiectis *pro precio fundi* quamuis dici posset videri electum tanti fundum æstimasse *l. sed si non seruum.36. ad l. Falcid.* crederem tamen fideicommissum non valere, quoniam alioqui facilè fraus fieret voluntati testatoris nec fun-
8 dus in familia cum effectu relictus videretur. † An igitur permittendum erit electo vt legatum petat nec tamen fundum extraneo restituat? Minimè. Quin repellendus erit exceptione doli si vtrũque vellet cõsequi Esset enim id contra voluntatem testatoris, qui nõ nisi ea mente legauit precium vt fundus extero restitueretur *arg. l. generaliter.24. §. si quis alienum & seqq. D. de fideic. libert.* Atque hæc quidem indistinctè vera
9 essent si de electi dũtaxat iure quæreretur. † Sed quoniam fieri potest vt aliorum quoque intersit, subtiliter animaduertit Papinianus distinguendum esse quibus verbis primus testator fundũ in familia relinqui iusserit. Multùm enim refert an ita scriptũ sit, *Rogo fundum cui voles aut quibus voles ex familia relinquas* an sic
10 potiùs *Peto ne fundus de familia exeat.* † Priore casu ait Papinianus rem in expedito esse, hoc est, vt Accurs. rectè interpretatur, idipsum sine dubio obtinere, quod iam dixerat, esse fideicommissum fundi, si modò tantundem præterea electo relictum sit, quantum possit fundi precium efficere. Non enim simile est quod in contrarium paullo antè idem Papinianus scribit *in d. §. sed si vno*, Si vno ex familia herede instituto fundus ille extraneo relictus sit, perinde ex priore testamento fideicommissum peti posse, ac si nemo de familia heredis heres extitisset. † Nam qui 11
heredem instituit vnum ex familia, & fundum nihilominus legat extraneo, non satisfacit voluntati, cùm ita faciat vt nullo tempore videatur fundus in familia relictus. Quod secus est cùm alicui ex familia legatur, quamuis adiecto onere fideicommissi. Tunc enim tametsi purum sit fideicommissum, videtur tamen satisfactum imperio testatoris, cùm ex legato fundus ille ad vnum ex familia rectà pertineat, nec nisi per eius manus ad fideicommissarium peruenire possit. Porro sufficit vt fundus in familia relictus sit, quãuis in familia non remaneat si modò electus precium retineat, vt in effectu fundũm ipsum retinere videatur. Illis siquidem verbis *rogo cui ex familia voles restituas* vnum duntaxat fideicommissum est, non habens tractum temporis, vt loquuntur, successiuum, ideóque electo vno ex familia protinus fideicommissum extinguitur *d. l. vnum §. princ. in fin.* † Quòd 12
si is qui eligere debuerat instituerit vnum ex familia eiúsque fidei commiserit vt fundum illum extraneo restituat, æquè admittam cum Accursio & Cuiacio lib. 5. obser. cap. 2. fideicommissum hoc non valere. An ratione illa qua mouetur Accursius, quòd per omnia iam olim exæquata fuerint legata fideicommissis? *l. 1. de leg. 1.* Nequaquam. Habet enim illa lex longè aliam strictioremque sententiam quam nos docuimus lib. 6. cap. 3. † nec dubitandum est Pandectarum 13
iure perpetuam illam fuisse inter legata & fideicommissa differentiam, quòd quamuis omnium dies ab ipso die mortis aut conditionis cederet, adeò vt etiam ab ignorantibus legatarijs & fideicommissarijs petitio in heredes transmitteretur, quæ eo nomine competebat in personam actio *l. vltim. Cod. quand. dies leg. vel fideicom. cedit. l. si a furioso.24. de oblig. & action.* legatorum tamen dominium rectà via transibat à testatore in legatarium, velut numquam factum heredis, Non sic fideicommissum in fideicommissarium nisi facta restitutione. *l. si partem.19 §. 1. Digest. si seruit. vendic. l. Titio 34. & seq. ad legem Aquiliam. l. si seruus legatus.40. de noxal. act. l. proinde.8. D. si certum petatur. l. sed si damnum.9. §. sed & creditor. de pecul. l. cùm seruus. 39. alias l. apud Iulianum. §. fructus de legat. 1. l. cùm pater. 77. §. fundo. l. legatum.80 de legat. 2. l. quidam.15. de rebus dub. l. 1. §. verum. D. si quid in fraud. patron. l. magis puto. 6. §. fundum autem de rebus eorum qui sub tutel. leg. si dominium.47. leg. a Titio 64. D. de furt. sentent. l. facta.63. D. ad S.C. Trebell. §. restituta Instit. de fideicom. hered.* Vnde illud etiam fit vt nullo Digestorum loco reperias dari vindicationem fideicommissario pro fideicommisso nondum restituto, quæ passim datur legatario pro legato. † Sicut nec vllam fideicommissarij mentio- 14
nem Prætor fecit in interdicto quod legatorum, nempe quia si fideicommissarius authoritate propria fideicommissum cepisset, potuisset heres tanquam dominus ab eo rem vindicare, non etiam à legatario, quippe qui factus fuisset ipso iure dominus, vt proinde necessarium esset heredi auxilium interdicti ad auocandam possessionem *l. 1. D. quod legat.* † Quid ergo 15
est quod me mouet, vt cum Accursio sentiam? Id vnum, quod à Iustiniano constitutum video *in l. 2. D. commun. de legat. & fideicom.* vt legatorum & fideicommissorum vsque adeò vna eademque hodie sit natura, vt quicquid legatum est censeatur fideicommissum, & contrà. Proinde transfusum fit in fideicommissa, quicquid erat olim plenius in legatis, & vicissim in legata quicquid erat plenius in fideicommissis. Itaque si hodie is, qui vnum ex familia eligere iussus est, vnum ex familia heredem scripserit, eiúsque fidei
com-

commiserit vt eum fundum extraneo restituat, non minùs ostendit voluntatem, quàm si eum fundum legaret extraneo, quia æquè facit ne fundus ille vnquã in familia relictus dici possit. Et perinde igitur dicendum est fideicommissum non valere sicut nec legatũ, Tametsi longè aliter ni fallor Papinianus respondisset, nec adhibita ea distinctione, An ex hereditate tãtumdem electus ipse consequeretur quantum ad fundi precium satis esset. Constat enim hereditatẽ quantumuis damnosa sit, videri tamen soluendo esse quæ heredem habeat, viderique heredem secum compensasse quod sibi debebatur *l. quæ dotis.33. D. soluto matrimonio. leg.3. D. ad legem Falcidiam. l. libertus.36. de bon. li-*
16 *bert.* † Cæterùm, non quemadmodum facit contra voluntatem is qui vnum ex familia eligere iussus instituit vnum ex familia, & ab eo legatum vel fideicommissum relinquit extraneo, ita & ille qui fundum vni ex familia relinquit, eiúsque fidei committit vt extraneo restituat. Media namque legatarij aut fideicommissarij persona impedit, ne possit fideicommissum transire recta via in secundum fideicommissarium, aut legatarium. Addo *legatarium*, quoniam etsi iure vetere ita obtinebat, vt à legatario legari non posset, sed fideicommitti tantùm §.1. *Inst. de sing. reb. per fideic. relict. Caius lib.2. Inst. tit.7. §.4. Vlp. Tit.24. qui est de legat.* §. à legatario, hoc tamen hodie immutatum est *d. l.2. in*
17 *fin. C. commun. de legat.* † Ergo quod ad primum distinctionis Papinianeæ caput pertinet, si prior testator ita simpliciter scripserat, *Rogo cui voles ex familia fundum restituas*, res vt diximus est in expedito. Fundum enim vni ex familia relictum secundus heres præstabat electo, ac prættereà fundi pretium, vt valeat fideicõmissum quod ab electo primus heres dedit extraneo, Electus verò fundum extraneo restituet, Extraneus portò acceptum retinebit, atque ita cedent omnia cõmodissimè. † Sed finge priorem testatorem ita scripsisse,
18 quæ secunda distinctionis pars est, *Peto ne fundus de familia exeat.* Res non adeò erit expedita quid enim si alij supersint ex familia, qui fundum illum ab extraneo euicturi sint saltem post obitum electi? Nam vtique poterunt illi euincere, & ex priore testamento fideicommissum petere, quotiescunque contra prioris testatoris voluntatem fundum extra familiam alienatum inuenient, cùm habeant illi ius antiquius, quod nec primi nec secundi heredis nec alterius illius facto imminui, aut tolli potuit *d. §. fratre. & §. prædium eiusd.*
19 *leg. peto.* † An igitur valebit fideicommissum relictum extraneo? Valebit sanè quemadmodũ & superiore casu. Idque apertè Papinianus docet, cùm ait, Cæteros deinceps ex familia non rectè fideicommissum petituros ex priore testamento nisi post mortem electi, vt intelligamus viuo electo relinquendum esse fundum penes extraneum, Nec alio sanè id iure quàm fideicõmissi. † At dubitatio illa manet, an electo mortuo, ac
20 cæteris deinceps ex familia fundum euincentibus, aliqua eo nomine actio, & aduersùs quem extraneo cõpetat. Nam aduersus eos qui cùm sint ex familia fundum petunt ex priore testamento competere nulla potest, quando euincunt eũ proprio iure, Aduersus electum verò multo minùs. Quanquã enim ita comparatũ est, vt cùm aliena res per fideicommissum scienter relinquitur, necesse sit ei qui rogatus fuit vt vel eã ipsam redimat & tradat, vel præstet eius æstimationem. §. *cùm autem Institut. de singul. reb. per fideicommiss. relict. l. cùm alienam.10. C. de legat.* In proposito tamen electus hic quem extraneo fundum restituere testator voluit, cogi non potest vt pretium quod suo iure ab herede habet, extraneo quoque restituat. Non enim pretij sed fundi fideicommissum ab eo relictum est, & sicuti non potuisset primus heres grauare illum in fundo, si nihil prætereà ipsi reliquisset, ita nec eum onerare potuit in pretij legato, sine quo futurum erat inutile fideicommissum fundi, vsque adeò vt nec æstimationem petere extraneus potuisset. Perpetuum namque illud est vt ex inutili legato vel fideicommisso ne quidem æstimatio debeatur. *l. quod in rerum.24. §.1. l. cùm seruus.39. §. vltim. de legat.1. § non solum Instit. eodem.* Non est igitur permittendum extraneo, vt ex fideicommissi caussâ pretium fundi ab electo exigat, cùm si pretium electus non haberet, fideicommissum omne ab eo datum hoc ipso intercideret, sicque incideret quæstio in eam difficultatem, & implicationem de qua tractat Africanus *in l. qui quadringenta.88. Digest. ad legem Falcidiam.* † Restat ergo vt euicti fun- 21
di æstimationem ab heredis herede extraneus consequatur. Atque ita vno ore nostri omnes sentiunt post Accursium, Quasi scienter relicto fideicommisso rei alienæ, ex *dict. l. cùm alienam.* Idque esse quod Papinianus ait *heredis heredem propter sequens fideicommissum quod in externum collatum est, oneratum intellige.* Mihi tamen subtiliùs intuenti opinio hæc & interpretatio probari nullo modo potest. Primùm quia nullo iuris loco scriptum reperio, alienæ rei quæ per legatum aut fideicommissum relicta sit, æstimationem deberi, nisi ab eo ipso à quo relicta fuerit *dict. §. cùm autem de singul. reb. per fideicommiss. relict. dict. leg. cùm alienam. l. si domus.71. §. qui confitetur de legat.1. l. non dubium*
14. de legat.4. † In ea verò specie quam tractamus, 22
non heres heredis oneratus est vt fundum extraneo restituat, sed electus, cui ob eam caussam fundi quoque precium legatum fuit, vt fideicommissà grauari posset. Igitur absurdum est dicere, cogendum heredem heredis vt fundi qui non à se sed ab alio relictus sit, extraneo inferat æstimationem. Deinde iniquissima mihi videtur, & prorsùs improbabilis ea voluntatis coniectura quæ hunc heredis heredẽ duplici præstatione precij eiusdẽ fundi oneret *argumen. l. Titia.34. §. qui inuita de legat.2. l. vxorem.41. §.1. de lega.3.* Ponimus enim iam ab eo solutum electo precium fundi per fideicommissum relicti extraneo. Ponimus præstitisse prætereà fundum, atque ita satisfecisse in omnibus iudicio sui testatoris. Cur ergo iterum obligari eum volumus vt eiusdem fundi aliud precium
præstet extraneo, cui nihil ipse dare rogatus sit? † Po- 23
stremò me illud maximè mouet, quod apud omnes in confesso est, Testatorem qui alienam rem legat aut per fideicommissum relinquit, in qua tamen ius aliquod habeat, id solum legare, aut fideicommittere videri quod habeat, non quod sit alterius, quamuis ius illud morte legantis vel fideicommittentis extinctum iri certum sit, potiúsque ea sumitur interpretatio quæ legatum aut fideicommissum inutile faciat, quàm quæ honoret heredem *dict. l. quod in rerum.24. §. 1. de legat.1. l. Sechia.36. de vsufru. legat.* Tractant nostri *ad l. vxor patrui.* 20. licet longè diuersa eius loci sententia
sit *C. de leg.* † Quòd si testatoris ius in re legata aut per 24
fideicommissum relicta tale sit, vt ipsius morte non extinguatur, Nemo dubitat quin præter ius illud nihil debeatur *dict. l. si domus. § vltim. de legat.1.* Adeo vt hoc casu nullus sit distinctioni locus, An sciuerit testator ius illud tantùm sibi competere, an ignorauerit, si Castrensi credimus *in dict. §. sed etsi fundum*, ratione illa quod neque necessaria distinctio sit, cùm vtroque casu relictum valeat. Et generaliter verum est quoties alicui certa res relinquitur, talem ab herede dari eam debere qualis est, *l. si a substituto. 45. §. vl-*

retinuerit, quandiu passa est voluntas primi testatoris
33 vt posset ille retinere. † *Et adeò*, inquit Papinianus *si electo vno fideicommissum in exterum conferatur, non alias ei qui electus est fideicommissum præstandum erit, quam interpositis cautionibus Fundum cum morietur si non in familia cum effectu relinqueretur restitui.* Sic enim Papinianum legendum arbitror sublata negatione quæ in prioribus illis verbis est, *si electo vno fideicommissum in exterum non conferatur.* Nam cùm illatio ea sit ex præcedentibus, fatendum est eam ipsam quæstionem cócludi quæ priùs fuerat instituta de eo qui vnum ex familia elegerat, eiquè fundum reliquerat cùm eius fideicommiserat vt eundem fundum extraneo resti-
34 tueret. † Illatio autem rectissima est de cautionibus interponendis. Cùm enim iis verbis *peto ne fundus de familia exeat* obstrictus sit fideicommisso, quisquis ex familia fundum illum à se possessum extra familiam alienauerit, vt diximus, apparet heredem eius qui fideicommisso in exterum collatu eum fundum alienauit, tanquam heredem alienatoris ex priore illo fideicommisso conueniri & vrgeri posse ab aliis qui supersunt ex familia, vt eum fundum præstet, quem iam semel electo præstitit. Ita fit vt oneretur, & magno incommodu afficiatur, ni sibi diligenter prospexerit, cũ electo fundum dedit, interpositis videlicet cautionibus de eo fundo sibi restituendo ab electi heredibus si non in familia cum effecto is fundus relictus erit, cùm electus morietur. Alioqui nulla cautione interposita non poterit actionem vllam habere, aut contra electi heredem, aut contra fideicommissarium exterum, neque tamen eo minùs cæteris, qui ex familia supersunt, fundum petentibus tenebitur. Tam enim qui ex electione, quàm qui ex fideicommisso secundu fundum habuit iure suo habuerunt. † Quòd si pone-
35 res vnu ex familia electu non fuisse collatum fundi fideicommissum in extraneum, quæ vulgaris lectio est, dicerem sanè nullas interponi debere cautiones. Si enim electus alienauerit inter viuos ille ipse fideicommisso tenebitur, si in vltima voluntate, ab eius herede fideicommissum præstandum erit. Ab herede verò heredis nullo modu, quia nec ipse alienauit, nec eius autor. Proinde cùm neutro casu heredis heres oneratus intelligitur, nihil caussæ est cur ei caueri oporteat cessante nimirum ratione, quæ sola inducere posset præstandæ cautionis æquitatem, & necessitatem. † Nec similis species illa est quam Vlpianus
36 tractat *in lege tertia. §. si quis ita. de admen. legat.* vbi ait, Si quis ita scripserit *Heres meus vni ex familia fundum data, & si ille eum fundum alienauerit eundem tu alius de familia dato*, oneratum esse heredem nec videri secundum fideicommissum à priore fideicommissario relictum, si is fundum alienasset, sed ab herede, vtrumque, videlicet primum purè, alterum verò sub conditione. Ideoque doli exceptione opposita cùm ab eo primum fideicommissum petetur prospicere sibi illum debere cautione à fideicommissariis prioribus exacta de fundo non alienando. Nempe quia ipsius interest nnu alienari, ne eo quandocunque alienato futurum sit vt fideicommissatus secundis ex eodem testamento teneatur. At in ea specie quam Papinianus proponit cùm testator ita scripsit *Peto ne fundus de familia exeat* si heres primus vnum ex familia elegerit, nec vllum extero fideicommissum reliquerit, nihil omnino interest secundi heredis an electus fundum illum alienet extra familiam, necne, quoniam supradictis verbis non alius fideicommisso obstrictus videri potest ex caussa secutæ alienationis, quàm is ipse qui alienauit, eiúsve heres, vt iam dixímus. Nec dubius ille casus est vt putat Bartolus; sed apertissimus, verbis testamenti simpliciter, & in rem ipsam, non in heredis aut alterius vllius perso-
nam conceptis. † Neque rursus simile est quod *in* 37
dict. §. fratre. leg. peto. 69. de legatis 2. scriptum est ita admittendum esse proximum si paratus sit cauere se familiæ restituturum. Illa enim cautio desideratur vt lex ait, ratione doli exceptionis ab eo qui non aliam ob causam admittitur, quàm quod iam factum sit contra voluntatem. Qui proinde recusare non potest quominùs caueat se satisfacturum voluntati, vt culpa careat, qui in alium dicere paratus est. At apud Papinianum nulla ratio est, vt electus caueat se fundum familiæ restiturum, quem ille ex mero legato habeat non in pœnam aliquam præcedentis a-
lienationis. † Et sanè abundare negationem quam 38
tollimus, vel ex eo maximè apparet, quod si eo quoque casu, quo fideicommissum in exterum non conferatur, interponendis tamen cautionibus locum esse Papinianus credidit, quanto magis exprimere debuit iisdem locum esse cautionibus collato
in exterum fideicommisso? † Idque iam olim a- 39
nimaduertit Rogerius quem Accursius refert, qui Papinianum sic intelligebat, acsi scriptum esset, interponendam huiusmodi cautionem etiamsi electo vno fideicommissum in exterum non conferatur. Quasi Papinianus senserit, multo igitur magis interponendam, si fideicommissum in exterum conferatur. Quam interpretationem Castrensis quoque se-
cutus videtur. † Sanè longè meliùs quàm Azo fece- 40
tit, qui versiculum hunc sic intellexit; vt eo tantùm casu interponendæ cautioni locus sit, quo fideicommissum in exterum non conferatur. Sed omnes malè in eo quod putant, cùm in exterum non est collatum fideicommissum æquè præstandam esse cautionem, quam non probauimus præstari nullam debere. Ratio autem qua mouebatur Azo probabilis videri non potest. Etenim putabat ille, eo casu, quo fideicommissum in exterum collatum sit, non licere heredi petere cautionem de fundo non alienando, quoniam ita faceret contra voluntatem sui testatoris, qui electo præceperit vt fundum illum extraneo
restitueret. † Obseruare namque debuerat, longè a- 41
liud esse, postulare caueri de fundo simpliciter non alienando vt *in dict. §. si quis ita leg.3 de admen.leg.at.* quod sanè facere hic heres non posset salua defuncti voluntate, cùm viuo electo nihil possint cæteri de familia petere, Aliud verò cautionem hanc exigere *Fundum cùm electus morietur si non in familia cum effectu relinqueretur restitui.* Hac enim cautione interposita satisfit voluntati secundi testatoris, saltem quantum fieri potest. In eo nimirum, quod viuo electo fundus peruenit ad extraneum, & penès eum remanet quandiu electus viuit, perpetuò remansurus si viuo electo cæteros omnes de familia præmori
contingeret. † Nec ad rem facit quod post mortem e- 42
lecti restituendus sit. Id enim accidit propter graduale illud & perpetuum fideicommissum relictum à primo testatore qui petierat ne fundus de familia exiret. Atqui prioris testatoris voluntatem ab heredis herede seruari non minùs æquum est, quàm posterioris, cùm sit verissimum quod iactari solet heredem heredis heredem esse primi testatoris. *l. paterfam. 46. in fin. de vulgar. & pupil. substit. l. vltim. Cod. de hered. instit.* Imò prioris testatoris voluntas eo fauorabilior est, quo antiquior, nec valere debet, quod à primo herede contra primi testatoris iussum, aut prohibitionem factũ est, sed eatenus duntaxat quatenus prioris testa-

menti ratio patitur: credendúsque est primus heres, qui electum rogauit vt extero fundum restitueret voluisse non diutiùs penes extraneum remanere fundum, quàm quanto tempore ex testatoris sui iudicio manere posset, non autem id animo agitasse, vt cæterorum ex familia iam primo testamento vocatorum ius læderet, quod nec si voluisset lædere potuisset *argum. l. Cerdonem. 42. de oper. libert.* † Omnium verò pes-
43 simè Iacobus Cuiacius Papinianum interpretatus mihi videtur: Scribit enim ille libro decimoquinto, capite secundo, heredem heredis oneratum intelligi quòd non solùm teneatur præstare fundum electo nulla interposita cautione de fundo restituendo familiæ, ita vt possit electus impunè fundum hunc fideicommissario extraneo reddere, sed etiam cæteris ex familia eundem fundum dare ex causa fideicommissi priore testamento relicti. Nam si ita est, vt ille putat, Quæro, Posteaquàm fundus hic ad electum per manus secũdi heredis peruenerit, deinde ab electo ad extraneũ, quid tandem post electi mortem secundus heres præstare debeat aliis de familia fideicommissum ex primo testamento petentibus? An fundi æstimationem duntaxat? Sic sanè sentire Cuiacium dixeris. † Etenim
44 si negat ille permittendum secundo heredi cùm dat electo fundum, vt stipuletur *fundum cùm morietur, si nõ in familia cum effectu relinqueretur, restitui.* propterea quòd vt ipse quidem existimat, id fieret contra volũtatem primi heredis eiusdémque secundi testatoris, An non multo magis negare possit auferendum ab extraneo fundum quem ille ab electo habuerit, nulla restituendi necessitate obligato? Cur enim repetitionem citra stipulationem daret ei, quem neget stipulari posse, *fundum restitui?* Atqui iam probauimus, Posse cæteros ex familia post electi mortem ex primo testamento agere, vt consequantur non æstimationẽ fundi sed fundum. Nam & idem contingeret, etiamsi necessaria facta esset alienatio dummodo si propter æs alienum heredis non primi testatoris *d. § prædium. l. peto. sunt l. §. Dum l. filiusfamilias. 114. de leg. 1.* Siquidem ponimus petiisse testatorem ne de familia exiret fun-
45 dus, non autem fundi æstimatio. † Cúmque propter prohibitam alienationem impedita sit translatio dominij, tametsi viuo electo, qui precium pro re habet nulla dum fideicommissi petitio competat, consequẽs est post electi mortem debere fundum ipsum non eius æstimationem aliis de familia restitui. Alioqui exisse dicerem fundum de familia contra voluntatem testatoris, & postquàm semel extitisset fideicommissi conditio in fauorem proximiorum, numquam posset iterum existere in vtilitatem cæterorum sequentium in gradu, quorum tamen ius ex proximiorum persona lædi non debet, *dict. § fratre.* Non enim in fundi precio graduale & perpetuum fideicommissum
46 factum est, sed in fundo ipso. † Rursus non possis dicere pro Cuiacio, oneratum esse heredem heredis duplici præstatione eiusdem fundi, tum quia non potest idẽ fundus pertinere ad extraneũ fideicõmissarium ex secundo testamento, & ad proximiores de familia ex priore fideicommisso *l. si vt certo. 5. §. si duobus vehiculum. D. commod.* nec rursus vtrique in eo fundo possunt concurrere, in quo ius habeant ex diuersis caussis, tũ etiam, quia quod electo præstatur fundus, non secundi heredis onus est, sed primi, quem iussum ponimus vt vnum ex familia eligeret *d. leg. vnum. 67. §. 1. de legat. 2.* An igitur admittendum erit oneratum censeri heredis heredẽ vt iis qui superfuerunt ex familia post mortẽ electi præstet fundum, Extraneo autem qui eum fundum ab electo habuerat non nisi eiusdem fundi æstimationem? Ita putat Accursius & lõgè rectius quàm Cuiacius, sed malè tamen in eo, quod heredis heredẽ à quo nullum fideicommissum relictum est extraneo obligatum vult vt præstet æstimationem. Pessimè verò vterque, quòd existimant si vno electo fideicommissum in exterum conferatur non posse heredis heredem ab electo stipulari *Fundum cùm morietur si non in familia cum effectu relinqueretur restitui.* Potest enim imò & debet cautionem hanc exigere, vt suprà probauimus. † Cuius effectus non ille erit vt fideicom- 47
missarius vindicare fundum possit ab extraneo possessore, (nam & cautione nulla præstita vindicationem haberet saltem nouo iure) sed vt fideicommissarius agere malit aduersus secundum heredem, habeat heres pro sua indemnitate paratam actionem aduersus electum aut eius successorem. Itaque simili stipulatione & cautione sibi prospicere electus debet aduersus extraneum, qui nec recusare potest quominus eodẽ iure fundum habeat, quo haberet electus si de eo restituẽdo rogatus non esset. Neque enim res pluribus ordine per fideicommissum relicta meliore conditione esse potest penes secundum fideicommissarium, quàm futura esset penes primum. Idque tanto æquiùs ferre extraneus fideicommissarius debet, quòd etiam nulla eiusmodi interposita stipulatione fundum æquè amissurus sit, vindicantibus eum vt interpretes volunt, aut quod malo ex fideicommisso euincentibus illis, qui ex familia supersunt, si eam actionem instituere malint, quàm agere in personam secundi heredis, à quo diximus deberi fideicommissum fundi, etiamsi fundum, quem electo tradidit, possidere desierit. Quòd à Papiniano prætermissum sanè miror.

Capvt XI.

An prohibitus alienare & iussus fundum in familia relinquere possit extraneum heredem habere ab intestato, ad §. pen. l. pen. de leg. 2.

Svmmaria.

1 *Cur is qui extra familiam simpliciter alienare prohibitus est, in re alienari prohibita extraneum heredem ab intestato habere possit?*

2 *Reijcitur & refutatur communis Interpretum sententia in proposita initio quæstione.*

3 *Eum qui extraneum heredem ab intestato relinquit in re prohibita & quam in familia relinquere iussus erat, contra testatoris voluntatem facere.*

4 *Cùm in alienationis prohibitione nulla fideicommissi verba interueniunt, non censeri prohibitam intestati successionem.*

5 *Necessariam alienationem, in proposita quæstione eam dici non posse, quæ fit per viam successionis intestati.*

6 *Eum cui fideicommissum datum est ea lege vt illud relinquat in familia, non idcirco testari cogendum, sed omnimodo compellendum vt testatoris voluntati satisfaciat.*

7 *Probatur authoris sententia per* §. matre. l. penult. de leg. 2. *eiusq. § textus examinatur.*

8 *Eum qui fundum alienare prohibetur & in familia relinquere iubetur, in personas certas licèt non singulares extraneorum omnium alienare prohiberi.*

9 *Verba illa Scæuolæ* in d. § matre, habes filios sororis tuarum quibus relinquas *nullum fideicommissum continere in fauorem filiorum sororis.*

10 *Superstites ex familia, in specie §.* fratre. l. peto. de leg. 2. *deterioris conditionis esse non debere quam filios sororum* in d. § matre.

11 *Decla-*

11 *Declaratur* Nouell. 159. §. nos verò. *eiusque ratio affertur.*

12 *An in proposita nostra quæstione valeat institutio extranei heredis qui ab intestato sit successurus?*

13 *Alia ratio propter quam prohibitus non potest ab intestato transferre in extraneum, quod in familia relinquere iussus est.*

1 IAm † in superioribus diximus, eum qui extra familiam alienare simpliciter prohibitus est nullis fideicommissi verbis adiectis, non ideò prohibitum videri heredem instituere extraneum. Multo igitur faciliùs admittemus, quòd nostri volunt, posse eum habere extraneum heredem ab intestato, siue quòd quicunque intestatus moritur censeatur hereditatem suam legitimis heredibus sponte relinquere *leg. conficiuntur. 8. ff de iur. codicill.* siue quòd minùs faciat contra testatoris voluntatem, qui intestatus decedens nihil facit vt extraneum heredem habeat, quàm qui extraneum instituit. † Sed talis casus contingat in quo

2 prohibita videatur extranei heredis institutio, puta si testator alienationem de familia verbis fideicommissi prohibuerit hoc modo *Peto ne fundum alienaris sed vt in familia relinquatis* quæ fideicommissi verba sunt, non possum probare quod ab interpretibus magis communiter probatum video, vt nihilominus in re prohibita extraneum ab intestato heredem habere prohibitus possit. Quid enim obsecro interest an quis heredem instituat extraneum, an verò successorem eum sibi eligat ab intestato? Siquidem dici solet verúmque est patremfamilias qui testamenti factionem habet si intestatus moriatur, perinde haberi debere, acsi omnes ex testamento heredes eius essent ad quos legitima ipsius hereditatis vel bonorum possessio peruenit, *l. 3. in princip. d. l. conficiuntur 8. de iur. codicill. l. vel singulis 37. D. de vulg. & pupill. substitut.* † Nec

3 est quod quis dicat, eum qui intestatus moritur cùm nihil faciat, nec videri posse quicquam facere contra voluntatem. Nam imò verò hoc ipso facit contra voluntatem, quod non facit ea omnia, quæ ex voluntate testatoris facere & posset, & deberet, hoc est quod eum fundum non relinquit in familia *l. qui non facit 121. de reg. iur. Arg. l. posthumus 6. Digest. de inoffic. testament.* Et generaliter verú est in eum qui alienare prohibetur ab iis quoque omnibus prohiberi, ex quibus sequatur alienatio etiam ex legis vel statuti dispositione, quasi nihil intersit an alienes, an ita rem geras vt sequatur alienatio *l. pen. vlt. §. matre. vbi Bart. de legat. 2. l. vlt. C. de legit. tutel.* Tractant nostri *ad l. si ita quis. 35. § ea lege de verb. oblig.* Vnde illud etiam fit vt qui alienare prohibitus est si patiatur rem vsucapi aut præscribi, quamuis nihil faciat hoc ipso tamen censeatur facere contra prohibitionem *arg. l. alienationis 28. de verbor. signific. leg. 3. § 1 D. quæ in fraud. credit.* † Quamquam ne ratio hæc mihi probetur, il-

4 lud obstat, quòd si in alienationis prohibitione nulla fideicommissi verba interuenerint, non puto prohibitam intestati successionem, quoniam vt dictum est in præcedentibus alienatio quæ fit per caussam successionis testamentariæ aut legitimæ solius legis potestate fit non aliqua hominis voluntate. Illud sanè nostræ sententiæ non obstat, quòd prohibita generaliter alienatione, censeatur tamen excepta causa alienationis necessariæ, *l. alienationes 13. D. famil. ercisc. leg. Diuus 5. de petit. hered. l. item si rer. 4. alias leg. non solum §. 1. de alien. iudic. mut. caus. fact. leg. filiusfamilias 114. §. Diui. de leg. 1. d. l. peto 69. §. prædium de lega. 2. l. pater 38. in princip. de leg. 3. l. 1. D. de fund. dot. leg. 2. C. eod. leg. cùm fides 9. De fideicom. libert. l. rogo 22. eod. l. 1. Cod. de in integr.*

† Nam alienatio quæ fit per viam successionis intesta- 5

ti, necessaria dici non potest, sicut nec necesse est vt moriatur quisquam intestatus, cùm intestati propriè appellentur, qui cùm possent facere testamentum testati non sunt *l. 1. de suis & legit. d. l. conficiuntur.* Porrò necessariam alienationem cùm dicimus, eam intelligamus, quæ inspecto initio talis sit, non quæ ex postfacto *d. l. alienationes.* Imò nec ex alienatione necessaria, quæ ab herede causam habeat extingui fideicommissum quod familiæ relictum est, constat *ex d. l. peto. §. prædium.* † Quòd si quis dicat, Non esse cogendum 6

quempiam vt testetur, Respondebo, Eum cui fideicommissum datum est illa lege, vt idipsum relinquat in familia non idcirco testari cogendum, sed tamen si fideicommisso se liberare velit, omnimodo compellendum vt testatoris voluntati satisfaciat, hoc est vt fundum in familia relinquat siue testamento siue codicillis aut aliquo etiam contractu inter viuos, nec ei permittendum, vt ad fraudandam defuncti voluntatem patiatur se mori intestatum, & ab intestato extraneũ sibi successurem eligat, *d. l. 3. §. 1. quæ in fraud. credit.* † 7

Facitque pro hac nostra sententia textus nec inelegãs nec obscurus *in l. pen. quæ est l. Lucius 28. alias l. codicillis §. matre de lega 2.* vbi cùm quidam matre & vxore heredib. institutis, ita cauisset *A te vxor charissima peto ne quid post mortem suam fratribus tuis relinquas: Habes filios sororum tuarum quibus relinquas.* Vxore defuncta intestata, eiúsque legitima successione ad solos fratres superstites deuoluta. Respondit Scæuola posse defendi sororis filiis fideicommissum deberi. Nam quod nostri tradunt id fieri propterea quòd vxor in singulares certas personas fratrum scilicet, alienare hereditatem prohibita erat: Secus autem esse si non nisi in certum genus personarum prohibita sit alienatio iuxta distinctionem Bartoli *in leg. si ita quis. 135. §. ea lege de verborum obligat. & in dict. §. matre ad rem meo iudicio non pertinet.* † Etenim cùm quis fundum alienare pro- 8

hibetur, ac in familia relinquere iubetur, An non satis prohibetur alienare in personas certas licet non singulares, nimirum extraneorum omnium? Aut quid refert, An certas personas singulares testator demõstrauerit, an certum genus personarum si modò constet de quibus personis testator senserit? *argum. l. certum. 6. Digest. de reb. credit.* An non vtroque casu eadem voluntas & potestas est testatoris alienationem prohibẽtis? Quinimò fauorabiliorem puto esse eum, qui cùm sit de familia petit fideicommissum à legitimo prohibiti herede extraneo, quàm sint apud Scæuolam filij sororis. Non enim solius prohibitionis, licèt caussam iustam habentis, rigore nititur, sed etiam expressa voluntate testatoris, disertisque verbis fideicommissi, quibus petitum est, vt fundus in familia relinqueretur. † At apud Scæuolam verba illa *habes filios sororum* 9

tuarum quibus relinquas nullũ fideicommissum continent in fauorem filiorum sororis in quo plerosque ex interpretibus errasse video. Quid enim si testatoris vxor non intestata decessisset, sed extraneum fortassis heredem instituisset? Nihil vt puto, sororis filij petere potuissent. Satisfactum siquidem fuisset voluntati testatoris eo solo, quòd ad vxoris fratres nihil peruenisset. Quid rursus si nullã de sororũ filiis mentionẽ testator habuisset? An ex eo solo, quod petierat ille ab vxore, ne quid post mortẽ suã fratribus suis relinqueret, prohibiti fuissent fratres intestatæ sorori succedere in bonis testatoris? Minimè verò. Non enim odium ipsorũ sufficeret, si non expressa fuisset persona cuius fauore facta esset prohibitio *d. §. Diui. l. 114. de legat. 1.* Itaque concurrere vtrumque necesse est, ac præterea

intestatam mori vxorem, id est non instituto alio herede extraneo, ad hoc vt sororum filij ex fideicommisso admittantur. Atqui cùm institutus est extraneus ab eo qui fundum in familia relinquere iussus erat, fideicommissum omnimodo petere possunt ij omnes, qui sunt ex familia, ita tamen vt qui gradu proximiores sunt, cæteris præferantur. *dict. l. peto §. fra-*
10 *tre de leg. 2.* † Cùm ergo in hoc sint illi melioris condicionis quàm filij sororum apud Scæuolam, non debent esse deterioris in eo vt si ad extraneum fundus ille alienari prohibitus perueniat iure legitimæ successionis, fideicommissum petere non possint. Denique probat optimè locus ille Scæuolæ, Eum qui in personam aliquam quid alienare testamento prohibetur, nec ab intestato posse quicquam ei relinquere, sed curare debere ne quid ad prohibitum perueniat, *vt & in specie l. si qui complures. 98. de legat. 3.* Nempe quoniam vt prædixi, & qui ab intestato succedit defuncti voluntate nititur, sicut & qui ex testamento, nisi quod hic voluntatem expressam, ille tacitam dun-
11 taxat habet † Idque probatur etiam non malè ex Iustiniani *Nouell. 159. vt restit. fideicommiss. vsque ad vnum grad. consist. § nos verò vers. quin vt maxime.* Vbi non alia ratione mouetur Iustinianus, vt putet Constantem in ea specie nihil fecisse contra testatoris voluntatem in eo, quod filiæ suæ impuberi matrem quæ ab intestato successura erat, substituisset, quàm quòd quatuor iam generationes præterierant, ita inuens non obscurè, si intra quartum gradum facta fuisset ea matris institutio futurum fuisse vt contra voluntatem fuisse videretur. Cui etiam conueniunt verba illa vltima Nouellæ *sed & reliquarum in quibus alienatione facta tot successiones præterierint, & vltimus heredum per intermedium aliquam impuberis personam hereditatem capessat.* Vt intelligamus Nouellæ illius sententiam suis esse limitibus concludendam, non ad alias species facilè protrahendam. Quod & vir inter Gallos do-
12 ctissimus Iacobus Cuiacius monuit in expositione † Porro sicut non putamus permittendum ei qui fundum in familia relinquere iussus est, vt extraneum sibi heredem ab intestato eligat, ita neque admittimus valere institutionem extranei heredis qui sit ab intestato successurus, quamuis ea sit receptissima nostrorum sententia post Accurs. *in dict. §. fratre.* Parum enim hac parte interest an decedat quis intestatus, an verò heredem instituat, eum qui esset ab intestato successurus, cùm dici soleat expressionem eorum quæ tacitè insunt nihil operari, certè non immutare condicionem iuris *l. non rectè 2. C. de fideiuss. l. aliquando. 107. de cond. & demonstr.* † Et hoc est quod magis me
13 mouet vt sentiam nec ab intestato posse prohibitum transferre in extraneum quod in familia relinquere iussus sit, qui scilicet tot locis scriptum videam fideicommissi conditionem existere, quoties extraneus heres instituitur, non adhibita ea distinctione, An esset ille ab intestato successurus, necne. *vt in d. l. filius familias §. cùm pater d. l. peto §. fratre §. prædium*, & similibus. Nulla enim alioqui ratio esset prohibendæ institutionis, quæ scilicet fauorabilior esse solet *l. 1. & 2. D. si quis omissa caus. testam. l. posthumus. 12. D. de iniust. rupt. & irrit. fa. testam.*

CAPVT XII.

Ad §. cùm inter l. cùm pater. 77. de legat. 2 & §. Iulius Agrippa l. pater. 38. de legat. 3.

SVMMARIA.

1 *Argumentum contra superiorem sententiam petitur ex* d. §. cùm inter.

2 *Filium matris libertæ non esse ex familia testatoris in specie d. §.*

3 *An illa specie ponendum sit hunc libertæ filium cum ipsa matre manumissum & ita testatoris libertum factum fuisse.*

4 *An in d. §. Papinianus responderit fauore filij quasi aliter fuerit responsurus in alio quolibet intestatæ mulieris successore.*

5 *Coniecturam pietatis aui erga nepotes in specie* l. cùm auus. 102. de cond. & demonstr. *ad pietatem paternam extendi debere.*

6 *Cur is qui extra familiam alienare prohibitus est, extraneum instituere non possit, ne quidem si cognatione ille sit proximior, & ab intestato successurus?*

7 *Papiniani responsum in* d. §. cùm inter. *specialem rationem habere ipsis Papiniani verbis expressam.*

8 *Sensus verborum rationem illam exprimentium.*

9 *Si in specie* d. §. inter. *prædium libertis simpliciter legatum fuisset, & ab ipsis petitum ne prædium de nomine exiret, non debuisse libertam ad legati petitionem admitti.*

10 *Testatorem in d. §. animum conseruandi in familia prædij non habuisse.*

11 *An si in specie d. §. liberta intestata absque liberis relicto herede fratre, aut aliquis ex libertis legatarijs relicta herede ab intestato matre vel sorore decessisse fingatur, cæteri colliberti fideicommissum petere possint?*

12 *Non eam esse in d. §. sententiam Papiniani, quam ipsi Bartolus & Castrensis adfingunt.*

13 *An Papinianus aliud responsurus fuisset, si alienationem prædij in extraneum ex causa quoque successionis intestati patronus disertè prohibuisset?*

14 *Fideicommissum familiæ relictum in eum casum, non magis nocere successioni intestati, quàm si simpliciter post mortem grauati relictum proponeretur.*

15 *Libertæ filium in specie d. § ad matris portionem admitti non iure fideicommissi, sed retentionis quasi defecta conditione fideicommissi quod alijs datum fuerat.*

16 *Tres Bartoli notæ ad* d. §. inter.

17 *Respondetur* ad §. Iulius Agrippa. l. pater. 38. de leg. 3.

OBstare † tamen huic nostræ sententiæ maximè creditur textus quo passim nostri abutuntur in *dict. l. cùm pater. 77. §. cùm inter de legat.* 2. vbi Papinianus scribit heredem libertæ filium eam prædij partem retinere posse, quæ ad matrem suam peruenerat, tametsi petiisset testator ne prædium illud de familiæ 1
nomine exiret. † Non enim possis dicere cum Accursio, ita respondisse Papinianum, quoniam filius liber- 2
tæ connumeretur in familia libertorum. Nam, vt verissimè Bartolus disputat, si libertæ filius non est de familia matris, quia mulier familiam nullam habet. ideóque familiæ suæ caput & finis esse dicitur *l. pronuntiatio. 195. §. vlt. & l. seq. de verborum significat.* quomodo fieri potest, vt per matris personam sit ille ex familia testatoris? Nec qood propter matris ingratitudinem possit ipse quamuis ingenuus reuocari in seruitutem viua saltem matre *ex l. vlt. Cod. de libert. & eor. liber.* ad rem quicquam facit, vt eo magis de libertorum familia esse credendus sit. Iure enim singulari ita receptum est fauore patronorum, vt non solùm à libertis debita patronis reuerentia præstetur, sed etiam ab eorum liberis, tametsi liberti non sint. Sicut & ex contrario interdum manet operarum petitio, etiamsi ius patroni non supersit *l. vltim. D. de oper. liber.* † Rursus si 3
ponas hunc libertæ filium, cum ipsa matre fuisse manumis-

humiſſum,& teſtatoris quoque libertum, facies qui-
dem apertiſſimam Papiniani ſententiam, ſed planè
inelegantem & de caſu omnino indubitabili, quod
tamen ridiculum fuerit,& Papiniani eleganti indi-
4 gnum. † An igitur dicemus ita reſpondiſſe Papinia-
num fauore filij, quaſi aliter fuerit reſponſurus in
alio quolibet inteſtatæ mulieris ſucceſſore? Ita credi-
dit Salicet *ad legat.ea lege Cod. de condict. ob cauſ.* Cu-
ius ſententiam probabilem facit coniectura pietatis,
quæ non patitur vt in parentis portione liberis alios
anteponere teſtatorem voluiſſe interpretemur, nec
ſi in ea portione nominatim alios ſubſtituerit nulla
liberorum facta mentione *l. cùm auus. 102. de condict.*
5 *& demonſtr.* † Sic enim intelligo quod eo loco Papi-
nianus ſcribit de coniectura pietatis, Vt ſcilicet non
de pietate ſolùm aui erga nepotes ſenſerit, quomodo
videtur intellexiſſe Iuſtinianus *in l. cùm acutiſſimi.*
30. C. de fideic. ſed etiam de pietate paterna, quæ quic-
quid fuit patris inteſtati defert liberis ex communi
parentum omnium voto, quemadmodum explicaui-
mus lib. 7. Coniect. Qua ratione motum eundem
Papinianum credibile eſt *in d. §. cùm inter,* admiſiſſe
filium libertæ ad portionem matris eadem coniectu-
ra pietatis quòd inhumanum videretur in ea parte
præferri filio extraneos, quamuis alioqui condicio
fideicommiſſi extitiſſet: vt nihil interſit an ab auo
ab extraneo fideicommiſſum relictum fuerit, licet
non ignorem contrariam ſententiam interpretibus
paſſim probatam eſſe. Et ſanè non aperit Papinianus
in d. §. cùm inter, An filios matri ſucceſſerit ab inteſta-
to, an ex teſtamento. Nec tamen facilè admitteret
Bartolus, potuiſſe filium hunc quamuis ab inteſtato
ſucceſſurum à matre heredem inſtitui. Putauit enim
faciliùs prohibendam inſtitutionem legitimi here-
dis quàm inteſtati ſucceſſionem *ad l. peto. 69. §. fratre*
de legat. 2. & ad l. ſi ita quis §. ea lege de verbor. obligat.
Tametſi in eo reprehendatur à cæteris, non diſtin-
guentibus an legitimus heres ex teſtamento ſucce-
dat, an ab inteſtato. Quibus & ego libentiſſimè ac-
cederem, ſi poſſem credere id quod extra familiam
alienari prohibitum eſt, poſſe in extraneum ab inte-
ſtato transferri. † Sed quemadmodum hoc non pro-
6 bo, ita & cum Bartolo ſentio vt qui extra familiam
alienare prohibitus eſt numquam inſtituere poſſit
extraneum, nec ſi cognatus iſte ſit proximior, & ab
inteſtato ſucceſſurus. Non illa ratione Bartoli, quòd
minùs delinquat qui inteſtatus moritur relicto ex-
traneo herede, quam qui legitimum heredem inſti-
tuit, ſed quòd vtroque caſu faciat contra volunta-
tem is, qui fundum extra familiam alienare fuit pro-
hibitus, eúmque in familia relinquere iuſſus. Non e-
nim curat ne fundus de familia exeat, qui inteſtatus
moritur, ſciens futurum ſibi extraneum legitimum
heredem. Atqui curare idipſum debet ne exeat *l. hu-*
7 *ius complures. 93. de legat. 3.* † Puto ergo Papiniani re-
ſponſum *in d. §. cùm inter* habere ſpecialem omninò
rationem, quam à noſtris interpretibus non obſerua-
tam fuiſſe eo magis mirandum eſt, quòd ipſis Papi-
niani verbis expreſſa eſt. Sic. n. ille præfatur, *Cùm in-*
ter libertos ad prædij legatum liberta quoque fuiſſet admiſ-
ſa, quod patronus petijſſet ne de nomine familiæ non exiret.
8 † Senſus autem eſt, ni fallor, teſtatorem qui petiit vt
ne prædium de nomine familiæ exiret, videri quidem
ea mente fuiſſe vt in extraneum id conferri nullo
modo poſſet, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, ſed
in propoſita ſpecie non idcirco videri libertam,
quæ filio herede relicto deceſſit, rogatam eſſe vt
partem ſuam prædij collegatariis reſtituerit. Nempe
propter coniecturam voluntatis teſtatoris, ex eo col-
ligendam, quòd inter libertos ad prædij legatum li-
bertam quoque ipſe admiſerat, per quam tamen ſcie-
bat non poſſe familiæ nomen conſeruari *dict. l. pro-*
nunciatio. 195. §. vltim. & l. ſequent. de verborum ſignific.
Quaſi dicat, eſſe quod imputari patrono debeat, qui
cùm nollet exire prædium de nomine familiæ nihilo-
minus libertam ad legatū admiſerit. Fecit enim per-
inde ſtultè, ac ſi quis nollet exire bona de agnatione
ſua, & filiam tamen cum maſculis ſibi heredē ſcribe-
ret. Nam & eo caſu admittēdi eſſent nepotes ex filia,
licet nō ſint de agnatione, ad portionem matris, quo-
niam ſcilicet fieri nequeat vt pro ea parte teſtator ra-
tionem habuerit vllam agnationis conſeruandæ. Ta-
metſi namque filia ipſa ſit agnata, non poteſt tamen
per eam aut eius liberos conſeruari agnatio. † Propter 9
quam cauſam receptum eſt, vt ſi appareat curam fuiſ-
ſe teſtatori conſeruandæ familiæ, filiorum vocatorum
appellatione non contineantur filiæ, quæ alioqui cō-
tinerentur. Quo etiam exemplo dicerem ſi apud Papi-
nianum legatum fuiſſet prædium libertis ſimpliciter,
& ab ipſis petitum ne prædium de nomine exiret non
debuiſſe ad legati petitionem admitti libertam per
quam ſcilicet futurum erat omnimodo vt de familia
pars illa prædij exiret. Idque eſt meo iudicio, quod
Papinianus ait, Moueri ſe vt pro libertæ filio reſpon-
deat ex eo, quod inter libertos ad prædij legatum li-
berta quoque admiſſa fuerat. † Nempe verbis diſertis 10
teſtatoris quem ideo conſtabat non habuiſſe animum
conſeruandi pro ea parte in familia prædij. Itaque de-
buerat, ſi collibertos præferre filio libertæ volebat in
ipſius libertæ portione, non ſolùm inter libertos om-
nes fideicommiſſum illud generale & reciprocum ex-
primere quo petierat, ne prædium de nomine exiret,
ſed etiam à libertā nominatim fideicommiſſum relin-
quere, nec hoc ſolùm ſed libertæ liberos apertè exclu-
dere, ad remouendam coniecturam illam pietatis, quę
Papinianum perpetuò mouit, vt grauati liberos in
portione parentis cuilibet fideicommiſſario putauerit
præferendos *d. l. cùm auus.* Alioqui vix eſt vt videatur
vnquam teſtator voluiſſe liberis adimere quod dede-
rit parentibus quantumlibet extraneis, præſertim ve-
rò amicis, præcipuo neceſſitudinis vinculo coniunctis.
Atqui libertos patrono amiciſſimos eſſe negari non
poteſt quos & ad libertatem perduxerit, & in familiæ
ſuæ nomen adſciuerit. Tanto magis ergo credendum
eſt, noluiſſe patronum quod libertæ dederit adimere
libertæ filio tametſi ingenuo & extra teſtatoris fami-
liam conſtituto. Ex quo intelligimus reſponſum illud
Papiniani *in dict. §. cùm inter,* non illa ſolùm ratione
niti, quòd inter libertos patronus ad legatum præ-
dij libertam quoque admiſerat, ſed illâ potiſſimùm
quòd filium ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato here-
dem liberta habuerat. † Finge enim deceſſiſſe illam 11
inteſtatam abſque liberis relicto herede fratre, aut de-
functum aliquem ex libertis legatariis relicta herede
ab inteſtato matre vel ſorore, dicam non idcirco pro-
hibendos collibertos fideicommiſſum petere ex iis
teſtamenti verbis, quibus petitum eſt ne fundus de
nomine exiret. Ceſſat enim hîc coniectura pieta-
tis, quæ faceret pro filio, nec ſufficit admiſſam ad le-
gatum prædij libertam, vt ſibi liceat partem ſuam le-
gati in alium heredem, quàm filium ſiue ex teſtamen-
to ſiue ab inteſtato tranſmittere. † Itaque non probo 12
quòd vulgo creditur poſt Bartolum, eam eſſe Papi-
niani ſententiam vt qui decedit ab inteſtato relin-
quens extraneum heredem, non videatur alienare, nec
quod ſpecialiùs Caſtrenſis notat in quocūq; inteſtato

successore extraneo idem respondendum esse quod in libertę filio: sed potius id Papinianum sensisse arbitror, testatorem qui fundum in familia relinqui iussit, prohibendo ne exiret, non videri cogitasse de excludendo filio libertæ, quam ipsam ad legati portionem admiserat. Imò verò qua ratione admiserat libertam quamuis sciret non posse per eam conseruari nomen familię, eadem penitus censeri ad eandem portionem
13 admisisse filium licet ingenuum. † Nec aliud credo Papinianus respondisset, tametsi alienationem prędij in extraneum ex caussa quoque successionis intestati patronus disertè prohibuisset. Semper enim subsisteret coniectura illa pietatis, quæ non patitur vt credamus ex testatoris voluntate præferendum filio fideicommissarium in parentis portione, nisi cùm id nominatim expressum est. Illa siquidem expressa prohibitio alienationis ex causa successionis intestati, maiorem vim habere non potest, quàm si in illum ipsum casum, quo extraneus aliquis ab intestato succederet
14 fideicommissum familiæ relictum esset. † Nec rursus fideicommissum familiæ relictum in eum casum, magis obstaret successioni intestati, quàm si simpliciter post mortem grauati relictum proponeretur. Constat enim potiorem semper esse caussam fideicommissarij ex testamento succedentis, quàm legitimi heredis: Atqui non obesset liberis grauati, quod fideicommissum post mortem patris relictum fuisset, Nempe quia propter liberos ex eo superstites videretur condicio defecisse coniectura pietatis, de qua *in dict. leg. cùm auus*. Ergo nec obesse deberet quòd à liberta relictum esset fideicommissum familiæ sub ea condicione, Si extraneum illa heredem haberet ab intestato, defuncta illa quandocumque superstitibus liberis, quamuis eos liberos testatori extraneos esse constaret. Tacitè enim excepti viderentur ad excludendum fideicommissum, quasi quorum & parentum vno sit persona eadémque proinde ratio *arg. l. vlt. C. de impub. & alijs substit. leg. cùm scimus 22. Cod. de agricol. & censit. lib. 11.* Atque ita dictum §. *cum inter*, cum dicta *l. cùm auus* coniungendum arbitramur, & illius loci ex isto vicis-
15 simque istius ex illo sententiæ quærendam esse. † Admittimus igitur libertæ filium ad portionem matris, non iure fideicommissi quasi sit ille ex familia, (neque enim admitteremus inuita matre si alium fortè sibi heredem ipsa elegisset, sicut nec ad aliorum collibertorum portiones vllo modo admittendus esset, nec si alius nemo de familia superforet) sed tantùm iure retentionis quasi defecta condicione fideicõmissi quod aliis datum fuerat. Ideòque sic Papinianus loquitur *heredem libertæ filium partem prædij quam mater accepit*
16 *retinere visum est*. † Sanè quod ad eum locum Baldus notat matrẽ quæ filio vendit non videri alienare extra familiã, licet filium in familia sua verè non habeat ostendit satis aliud iuris eum cõstituisse in filio, aliud in quolibet alio matris successore. Nec valde alienum est quod idem Baldus scribit ad *d. l. ea lege 5. C. de cond. ob caus.* eum qui prohibitus sit alienare in potentiorem, posse tamen alienare in filium licet potentiorem, quia continuatum magis videatur quam translatum quod in filium collatum est *arg. leg. in suis 11. de liber. & posthu. l. cùm miles 30. D. ex quib. caus. maior. l. vnic. C. de impon. lucrat. descript. lib. 10. d. l. cùm scimus §. vlt. C. de agricol. & cens. lib. 11.* Cogitare enim, inquit Baldus, debuit is qui patri reliquit parare nos omnia filiis. *l. 2. C. de bon. quæ libert.* Idémque putat, non malè, etsi filius alienauerit in patrem ex *d. l. vnic. Cod. de impon. lucrat. descript.* præterquàm in feudis quorum natura illa est vt numquam ascendant *lib. 2. feud. tit. 50. d. natur. success. feud. & tit. 84. Patrem in feud. filij non succed.*
† Obiici etiam fortasse possit pro communi sententia, 17
responsum Scæuolæ *in §. Iulius Agrippa l. pater. 38. de leg. 3.* In cuius specie prohibuerat testator filiæ heredi institutæ ne domum vllo modo alienaret. Nec tamen dubitat Scæuola, quin ei licuerit filiam suam neptem testatoris heredem instituere: Sed quærit tantùm an alius heres extraneus ab ea nepte institui vtiliter potuisset. Tametsi neptem quoque testatori extraneam esse constaret, si nomen eius & familiam inspicias. Respondeo non fuisse cur dubitaretur de nepte, quia nõ erat verisimile prohibitam filiam heredem scriptam ne filiam suam neptem testatoris institueret, *arg. d. l. cùm auus. & d. §. cùm inter.* Ideóque non vocat Scæuola neptem extraneam, quomodo extraneos dicit heredes à nepte institutos, quamuis quod ad testatorem pertinet, non sit illa minùs extranea. Facitque non eleganter locus ille pro eorum quæ proximè diximus confirmatione. Nam si in ea specie filia heres matrem fortasse heredem instituisset, perinde sanè dubitari poterat, An in eo fecisset contra voluntatem ac penitus extraneum scripsisset. Fecisséq; dicerem, si proponeres iussisse testatorem vt prædium illud in familia relinqueretur, quamuis contrà putet Accursius à nostris adprobatus.

Capvt XIII.

Prohibitum vendere extra familiam non videri prohibitum donare.

Svmmaria.

1 *Venditionis verbo propriè ac strictè loquendo donationem non contineri.*
2 *Casus quo in statutis, legibus vel contractibus prohibita venditionis appellatione donatio quoque significatur.*
3 *Baldi distinctio ad hanc quæstionem faciens.*
4 *Non ideo quod lex XII. tabularum venditionis verbo omnem alienationis speciem complexa sit, prohibita extra familiam venditione donationem prohibitam censeri.*
5 *Non eandem rationem esse prohibendæ donationis, quæ est prohibendæ venditionis.*
6 *Cur lex Iulia fundi dotalis oppignerationem etiam cõsentiente muliere prohibuerit, venditionem vero mulieris consensu accedente permiserit?*
7 *Cur in multis iuris locis testator prohibita heredi venditione, donationem quoque expressè prohibeat?*
8 *Prohibita venditione prohibitam quoque videri locationem ad longum tempus.*
9 *Respondetur ad* l. voluntas 4. C de fideicommiss.
10 *Duplicem esse in ea lege decidendi rationem.*

PRobare † non possum quod vno ferè ore nostri omnes tradunt, Eum qui extra familiam vendere 1
prohibitus sit, donare etiam non posse, nec alio quouis modo alienare, quasi venditionis verbo omnis alienatio contineatur *ex leg. statuliberi. 29. §. vltim. de statulib. l. voluntas. 4. C. de fideicom.* Nam imò verò constat venditionis appellatione propriè ac partitè loquentibus non contineri donationem *l. sicut. 8. § sed si permiserit. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. si quis fundum. 37. & seq. de contr. empt.* † Ideóque nec in statutis 2
quæ sunt correctoria, & strictè accipienda, nec in contractibus, nec in legibus, illa vnquam recipitur interpretatio, vt vendidisse videatur qui donauit, vt & Baldus fatetur *in dict. l. voluntas.* Nisi donatio in fraudem prohi-

prohibitæ vēditionis facta proponeretur: quod in dubio sanè præsumendum non est. Cui simile illud est quod dicimus, in quorū finibus quis emere prohiberetur pignus accipere non prohiberi *l. in quorū 24. D. de pign.* Nimirū quia sunt ista longè diuersa emere, & pignus accipere, licet verū sit inutile pignus esse quod
3 distrahi non potest. † Et quod supradicto loco Baldus distinguit. An actui de quo tractatur adnexa sit pœna, an fauor aliquis, vt posteriore casu venditionis appellatione omnis alienatio significetur, priore non item, nostram potius confirmat sententiam. Cùm enim prohibitioni venditionis annexa sit pœna, scilicet, fideicommissi, quod in odiū contra facientis inducitur, consequens est, vt prohibita venditione extra familiam non ideò censeri debeat prohibita donatio, quamuis non ignorem fauorabile censeri eiusmodi fideicommissum, quod conseruandorū in agnatione &
4 familia honorū caussam habet. † Nec quod lex duodecim tabularū venditionis verbo omnē alienationis speciem complexa sit, ad rē facit. Nam & legandi verbū vsurpauit pro actu ipso testandi, & pro qualibet vltima voluntate *l. verbis legis. 120. de verb. signif.* Neque tamen ideò quis dixerit, legati appellatione testamentū significari. Quòd si quis ex rationis paritate, &, vt nostri loquuntur, identitate prohibitionem venditionis trahere velit ad prohibitionē donationis, quoniam hac parte voluntas testatoris ex caussa finali prohibitionis diiudicanda sit *arg. l. cum pater. 77. §. dulcissimis de leg. 2. l. pater 38. §. fundum de leg. 3.* non parum meo iudicio etiā aberrauerit: † non enim quę ratio est prohibendæ venditionis, eadem quoque semper est prohibendę donationis, cum faciliores sint homines ad vendendū, quàm ad donandū *l. 1. §. 1. quæ res pig. oblig. poss. l. 3. §. si seruus de donat. int. vir. & vxor. l. si filius, nauclerus 7 in princip. de donat.* Itaque eo minùs prohibenda est heredi donatio, quo minùs verendum sit
6 ne accidat vt donet. † Sic enim & olim lex Iulia prohibebat oppignerationem fundi dotalis etiam consētiente muliere, venditionē verò permittebat, si mulieris consensus accederet *§. 1. Instit. quib. alien licet vel non:* propterea quod faciliùs videretur mulier con-
7 sensura oppignerationi quàm venditioni. † Neque aliā ob caussam videas tot locis, testatorē prohibita vēditione heredi, prohibere etiam donationē *d. §. fundum & §. quindecim d. l. pater de leg. 3. Nouell. 159. Vt restit. fideicom.* nisi quod sola venditionis prohibitio non sufficeret ad impediendā donationē, quod & probat manifestè *lex vlt. Cod. de reb. alien. non alienandis* quæ non venditionis verbo comprehendi vult quamlibet speciē translationis dominij, idémque iuris hac parte constituendum esse siue lex, siuè testator, siue pactio
8 inhibuerit alienationem. † Sanè prohibita venditione censeri quoque prohibitam locationem ad longū tēpus, puta in decēnium, verius est, quoniam venditionis instar obtinet, quippe per quam vtile dominium transferri intelligatur *l. 1. & 3. D. si ager vectig. vel emphyt. ess. dicat. leg. 1. §. quod ais de superf. Bart. & cæteri*
9 *ad l. pen. § ambulatio de leg. 2.* † Obstate tamen opinioni nostræ videtur quod scriptum est *in d. l. voluntas. 4. C. de fideic.* Eum qui extra familiam vendere prohibitus erat non posse videri prohibitum donare sorori. Sic enim locum illum nostri intelligunt, vt non fuerit valitura donatio si in extraneam personam collata esset. At ego contrà puto, valere in ea specie donationem, non ideò solùm quòd sorori facta proponeretur, sed quòd venditionem duntaxat pater prohibuisset, non etiam donationē. Quòd. n. sororis mentio fit in quam collata donatio fuerat, non continuò efficit vt in alterius persona diuersum ius constituendum putare debeamus *arg. l. miles ad sororem. 75. de leg. 2.* Et quicquid dicant nostri, lex illa aut est de indubitabilis, cuiusmodi sunt & aliæ pleræque leges Codicis, Aut aliam dubitationem non habet quàm quæ à nostris decisio esse creditur, quod ex verisimili mēte patris qui venditionem prohibuerat, videretur prohibita etiam donatio in sororem, ex cuius persona fieri non poterat vt fundus in familia conseruaretur, tametsi esset illa ex
familia. † Sed decidendi ratio duplex est, & vtraque pereuidens, nempe quòd prohibita tantùm esset venditio non etiam donatio, & quòd soror in quam facta erat alienatio esset ex familia in quam proinde venditio quoque conferri potuisset. Alioqui si venditione prohibita admittamus prohibitam videri quamlibet alienationem ex coniectura illa voluntatis, qua mouentur interpretes, quòd qui venditionem extra familiam prohibuit videatur prouidere voluisse ne fundus de familia exiret, alienationis autem prohibitione heredis quoque extranei institutionem contineri, quod nostri etiam volunt, consequens erit dicere, Eum qui extra familiam fundum vendere prohibitus est, nec posse in eo fundo extraneum heredem instituere, vt ita venditionis nomine etiam extranei heredis institutio comprehendatur. Quod tamen & ridiculum prorsus fuerit & inauditum. Ita error ex errore profluit. 10

CAPVT XIV.

An fideicommissum reciprocum quod ex iusta alienationis prohibitione inducitur sit semper conditionale an etiam aliquando purum.

SVMMARIA.

1 *Quid per iustam alienationis prohibitionem intelligatur?*
2 *Alienatione extra familiam simpliciter prohibitâ fideicommissum quidem reciprocum ex testatoris voluntate induci, sed eius vnam esse conditionem, si fundus scil. alienetur.*
3 *Explicatur* §. in fideicōmisso. l. omnia 32. de leg. 2.
4 *Eum qui propter alienationem ab alio factam fideicommissum illud consecutus est, impunè posse fundum quem consecutus est alienare.*
5 *Testatore fundum in familia relinqui iubente, fideicōmissum non solum reciprocum, sed etiam graduale multiplex & perpetuum induci.*
6 *Nō sufficere in proposita quæstione Interpretum distinctionem, an prohibitus quis sit alienare partem suam, an rem ipsam simpliciter.*
7 *Propositæ quæstioni tunc demum locum esse, quum testator petijt ne fundus de familia exiret, aut vt in familia relinqueretur.*
8 *Testatore nuda alienationis prohibitioni hæc verba adijciente, quia volo vt in familia relinquatur, conditionale tantum fideicommissum induci si voluntati non pareatur.*
9 *Soluuntur duo argumenta in contrarium allata.*
10 *An si alienatione his verbis prohibita,* ne fundus extra familiam alienetur, *verba hæc testator adiecerit,* quia volo fundū in familia remanere, *fideicōmissū purū & absolutū alienatione secuta inducatur?*
11 *Quæstionem hanc ab Interpretibus frustra agitari.*
12 *In quo posterioris huius fideicommissi plenior sit vtilitas, quam superioris?*
13 *Multum interesse an prohibita alienatione extra familiam testator hanc rationem subiciat,* quia volo vt in familia relinquatur, *an ita scribat,* fundum illum familiæ relinquo.

14 *Nihil in proposità quæstione referre an prohibita extra familiam alienationis rationem testator sic conceperit,* vt in familia relinquatur, *an ita*, quia volo vt in familia relinquatur?

15 *Species & quæstio* Nouell.159.

1 IVstam † alienationis prohibitionem cùm dicimus
eam intelligimus quę caussam aliquam habeat, hoc
est fauorem alterius quàm ipsius prohibiti, vt illam
excludamus, quæ nuda est & ex qua fideicommissum
nullum inducitur, ideò quad nudi præcepti iure cen-
seatur, quemadmodum à nobis supradictum est capi-
te sexto. Ex quo loco repetendum est quod ad propo-
sitam quæstionem omnino pertinet, multum referre,
an testator simpliciter prohibuerit alienari fundum
extra familiam, an verò iusserit etiam vt fundus in fa-
milia relinqueretur. Quanquam enim vtroque casu
valet prohibitio ad inducendum fideicommissum *le-*
2 *ge filiusfamilias.114.§. Diui de legat.*1.† Constat tamen
si tantùm prohibita sit alienatio extra familiam, in-
duci quidem fideicommissum reciprocum ex volun-
tate testatoris, sed condicionaliter duntaxat, hoc est, si
contra prohibentis voluntatem facta sit alienatio *leg.*
*cùm pater 77.§.libertis de legat.*2. Et huius fideicom-
missi quemadmodum vnicum est, ita vnam esse puto
condicionem, si fundus alienetur. Adeò vt si is, qui
propter alienationem ab alio factam fideicommis-
sum consecutus est, eundum fundum posteà aliena-
uerit, impunè id faciat, quia cùm vna tantùm sit fidei-
commissi condicio, non nisi semel potest existere: &
quamuis non tantùm proximus in gradu ad huius-
modi fideicommissum admittatur, sed etiam cęteri o-
nes de familia, ordine successiuo, censentur tamen vo-
cati in casum vulgarem non agniti fideicommissi, nó
etiam in casum fideicommissarium, quo eodem modo
vocarentur etsi fideicommissum familiæ relictum es-
set. *l.cùm ita 32. alias lege omnia §. in fideicommisso de le-*
3 *gat.*2.† Etsi enim fideicommissum quod familiæ reli-
ctum est videtur relictum de vno in alium, acsi post
mortem priorem vocati essent sequentes, vt Castren-
sis defendit ad *d.§.* in fideicommisso ex illis verbis *post*
eos omnes extinctos quasi verbum ipsum *familia* impor-
tet, vt loquuntur, tractum temporis, perpendendum
tamen est quod Iurisconsultus eo loco non ita scribit
& post eos omnes extinctos sed per disiunctionem *aut*
post omnes eos. Sic enim videtur innuere, nunquam
omnes admitti posse ne quidē successiuè, sed aut hos
aut illos, quod euenit in casum vulgarem non in fi-
4 deicommissarium. † Nam & fideicommissariis sicut
heredib. substitui potest vulgariter *l. vt heredib.50.D.*
eod. Ideóque nec cauere cogitur de fundo restituendo
aut in familia relinquendo is qui prior ad fideicom-
missum admittitur. Res enim quæ primùm fuit ina-
lienabilis, postquàm semel alienata est, fit remanétque
semper alienabilis, *leg. pater 38.§. quindecim de leg.* 3. e-
tiamsi prior alienatio nullum effectum sortita sit vt
nostri probant *ex l. tutor rerum 56. D. de admin. & pe-*
ric. tutor. licet textus ille tractet de re pupilli quæ si-
ne decreto alienari non potest. Sanè si cui coniunctó
ea pars coheredis aut collegatarij alienari prohibita
accresceret. vtique cùm onere suo accresceret, ne alie-
nari posset. Sic enim Bald. *in l. si in testamento §. de vulg.*
& pupill. substitu ax l. vnic. §. pro secundo C. de caduc. tol-
lend. † At cùm iussit testator fundum in familia relin-
5 qui, fideicommissum eo casu inducitur, non solùm re-
ciprocum, sed etiam graduale, reale, & perpetuum ac
proinde non vnum sed multiplex, vt posteaquàm in
priorum persona fideicommissi condicio extit, non
idcirco tamen sequentium in gradu ius permatur, si

quando fundum extra familiam alienari contingat *l.* 6
*vnum ex familia.67.§.pato.69.§.fratre de lega.*2.† Quod
non satis diligenter à nostris obseruatum est, distin-
guentibus duntaxat, an prohibitus quis sit alienare
partem suam vt *in d. §. quindecim.* An rem ipsam sim-
pliciter vt *in d.§. fratre:* Cum tamē illa quoque distin-
ctio necessaria sit, An testator alienationem extra fa-
miliam prohibuerit solùm, An etiam adhibitis verbis
fideicommissi, iusserit vt fundus in familia relinque-
retur. † Hoc igitur duntaxat casu, cùm petit testator, 7
ne fundus de familia exiret, vt *in d.l. vnum ex familia.*
§. sed etsi fundum, aut in familia relinqueretur vt *in d.§.*
fratre, propositæ quæstioni locus est, An fideicommis-
sum sit conditionale tantùm, an aliquando etiam pu-
rum & simplex. Aut quod idem est, An his verbis du-
plex fideicommissum contineatur cōditionale vnum
in casum contrauentionis, purum alterum, id est, in 8
casum mortis licet nulla contrauentio præcesserit. †
Et si quidem nuda alienationis prohibitio interuene-
rit, deinde testator adiecerit, *quia volo vt in familia re-*
linquatur receptior nostrorum sententia est, nonnullis
licet dissentientibus, non nisi conditionale fideicom-
missum induci, si voluntati non parebitur. Illa enim
verba, *quia volo vt in familia relinquatur* censentur ad-
iecta vestiendæ, vt aiunt, & confirmandæ prohibitio-
nis gratia, quæ alioqui nuda esset, potiùs quàm ad in-
ducendum purum & absolutum fideicommissum *d.§.*
Diui.d.§. fratre. † Nec obstat quod cōtrariæ opinionis 9
assertores obiiciunt, verba enunciatiuè prolata per
modum caussę inducere dispositionem, si Bartolo cre-
dimus *in l. si socer.44.§. Lucius. D. solut. matrimon. & in*
l. ex hac scriptura.16. D. de donat. Satis enim inducunt
dispositionem hoc ipso, quòd faciunt, vt ex alienatio-
nis prohibitione inducatur fideicommissum quod a-
lioqui non induceretur manente nuda eiusmodi pro-
hibitione. Sicut nec ad rem pertinet quod dici solet
rationem appositam per modum dispositionis non re-
gulari à dicto, sed dictum à ratione *ex leg. regula.9.§.*
cum quis de iur. & fact. ignor. Tradit Bartol. ad d.l. pa-
ter.§. fundum de leg.3. per illum textum & per legem cùm
*pater in §. dulcissimis de legat.*2. Id enim procedere
non potest eo casu, quo ratio adiicitur non tam ad in-
ducendam aliquam dispositionem, licet exprimatur
per modum dispositionis, quàm vt confirmet ac vali-
det id quod priùs dictum fuit, vt in proposito, Præce-
dente siquidem nuda prohibitione, tametsi poneres
nolle te testatorem fideicommissum absolutum indu-
cere, sed conditionale duntaxat, cogeretur tamen ra-
tionem illam subiicere, fundi in familia conseruandi.
† At si prohibitio valida præcesserit, puta *ne fundus ex-* 10
tra familiam alienaretur quo casu apparet prohibitam
alienationem fauore familiæ, putant nostri probabi-
liùs dici posse ex iis verbis testatoris *quia volo fundum*
in familia remanere induci fideicommissum purum &
absolutum vt aliquid operentur *arg. l. si quando.109. in*
*prin. de legat.*1. Atque ita magis communiter nostros
sentire video præsertim recentiores post Bar. & Areti-
num *in §. coheredes l. qui Romæ.122. de verb. oblig.* Ea po-
tissimùm ratione quòd facillimè & ex nuda voluntate
inducatur fideicommissum *l. pen. de legat.*1. *l. cùm propo-*
nebatur 64. de leg.2. l. fideicommissa.11 §. itē si quis de leg.
3. l. heredes mei.57.§. cùm ita ad S.C. Treb. Item quod re-
petitum nomen *familia* exuberantius ostendat volū-
tatem testatoris & adfectionē. vt proinde enixa volū-
tas illa multo magis debeat inducere fideicōmissum
simplex & absolutum *arg. l. Ballista.32. eo. d. l. cùm pater.*
*§. filius matrē de leg.*2.† Ego verò fatebor ingenuè, aut 11
nō intelligo quid sibi velint, aut quæstionē hanc quā
tantis

tantis agitant contentionibus, penè ociosam ne dicā
planè ridiculam esse arbitror. Esto enim quod illi vo-
lunt, nō debere rationē illā esse superuacuam nec re-
gulari à dicto, sed dictum potiùs à ratione, quæ & ge-
neralior sit & per modū dispositionis prolata, Quæro
An non hoc etiam casu permittatur ei qui fundū ex-
tra familiam alienare prohibitus est vt eū fundum re-
linquat alicui de familia licet remotiori in gradu? V-
tique fateri cogentur permittendum esse, viderique
prohibitum hunc satisfecisse voluntati testatoris si
modò fundū in familia reliquerit *d. l. filiusfamilias §.*
cùm pater de legat. 2. d. l. vnum ex familia. 67. §. 1. & d. §.
fratre l. peto de leg. 2. Ergo dici nō potest fideicommis-
sum induci purum & absolutum, cùm si tale fideicō-
missum familiæ relictum esset, proximiores in gradu
omnimodo præferendi essent remotioribus *d. §. in fi-*
12 *deicommisso l. vlt. C. de verb. signific.* † Dices fortasse, ple-
niorem huiusmodi fideicommissi vtilitatem in eo e-
lucere, quòd si ab intestato perueniret fundus cū he-
reditate ad legitimū heredem extraneū, possent pro-
ximiores fideicommissum petere ametsi nihil prohi-
bitus fecisset contra voluntatē, si vera est illa nostro-
rum traditio quā in superioribus retulimus, Ac pro-
inde hoc saltem casu fideicommissum videri purū &
absolutum, quippe cui locus sit etiam non existente
prohibitionis conditione. Sic enim ab Alciato & aliis
nonnullis proditum est *ad dict. §. Diui.* At iam osten-
dimus, voluntatem eum ostendere qui cùm in fami-
lia fundum relinquere iussus sit, patitur tamen vt ad
extraneum perueniat ab intestato *ex l. penult. §. matre*
de leg. 2. l. 4. l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill. Sed finge si
voles ita esse vt prohibita alienatione extra familiam
non censeatur prohibita successio intestati, nisi eo
demum casu quo adiecta sit ratio illa *quia volo fun-*
dum in familia remanere, nego tamen rectam esse con-
secutionem, si quis ex eo inferat, fideicommissum er-
go purum esse. Nam si purum esset, non sufficeret re-
linqui in familia, nisi proximioribus relinqueretur vt
diximus. Quid igitur inferre possis? Hoc vnum dun-
taxat, Adiectam rationem illam facere vt augeatur,
vel vt ita dicam multiplicetur fideicommissi condi-
tio, hoc est, vt huic fideicommisso quod perpetuam
illam conditionem habet, si testatoris voluntati non
parebitur, non ea tantùm conditio inesse videatur,
quæ alioqui sola inesset, si fundus in extraneum ex
contractu alienabitur, aut si ex testamento. vel qua a-
lia vltima volūtate transferetur in extraneum ab in-
testato non successurum, sed illa etiam, si ad extraneū
quemlibet fundus peruenerit siue ex testamento, si-
ue ab intestato, vt omnibus his casibus fideicommissi
petitio familiæ competat. Cæterùm non ideò minùs
condicionale est fideicommissum, imò eo magis quo
13 pluribus abundat conditionibus. † Et sanè multū in-
teresse fatendū, sit in prohibita alienatione extra fa-
miliā an testator rationem illam subiiciat, de qua no-
stri tractant, *quia volo vt in familia mea relinquatur*, an
potiùs ita scribat *quia fundum illum familiæ relinquo.*
Hoc enim casu admittam libentissimè videri fideicō-
missum purè & absolutè relictum familiæ ita vt post
nominatos quibus testator alienationem prohibuit
omnimodo admittantur proximiores, in casum scili-
cet. vt diximus, vulgarem, nec sit in potestate prohibi-
tum eum ordinem quem à testatore præscriptum lex
interpretatur peruertere, id est facere quin proximior
succedat cùm verbis disertis fideicommissum familiæ
relictum proponatur *d. § in fideicommisso d. l. vlt. C. de*
verb. signific. l. codicillis. 18. in princip. de annuis legat. d. l.
heredes mei. 57. § peto. D. ad S.C. Trebell. l. cùm pater. 77.
§. penultim. de legat. 2. At cùm testator ita scribit *quia*
volo vt fundus in familia relinquatur, etiamsi nulla præ-
cedat alienationis prohibitio, non idcirco relinquit
ipse fundum familiæ, sed heredis fidei committit vt
relinquat, ac proinde in eius arbitrio ponit cui velit
relinquere dummodò vni ex familia relinquat quan-
tumlibet remotiori, acsi vnum ex familia eligere ius-
sus esset *vt in d. leg. vnum ex familia. 67. de legat. 2.* † 14
Quam distinctionem à nostris animaduersam non
fuisse mirandū est, quos videas in quæstione ista tra-
ctanda tam diligentes extitisse, & subtiles, vt distin-
guendum crediderint, an prohibitæ extra familiam
alienationis rationem testator sic conceperit *vt in fa-*
milia relinquatur, an ita potius *quia volo vt in familia*
relinquatur, quasi plenior & exuberantior sit hæc scri-
ptura quàm illa. Quód tamen prorsus improbabile &
absurdum est. Si quo enim casu fideicommissum pu-
rum induci posset ex prohibitione alienationis, indu-
ceretur vtique in ea specie quam Scæuola tractat *in*
d. l. penult. § instructo de legat. 2. vbi testator ita dixerat
Volo ædes meas non vendi neque fœnerari super eas, sed
manere eas firmas simplices filiis meis & nepotibus per v-
niuersum tempus. Et tamen non nisi conditionale fi-
deicommissum esse apertissimè scribit Scæuola cùm
negat fideicommissi nomine teneri patrē filiis, nisi fi-
deicommissi conditio extiterit. † Adde Iustiniani 15
constitutionem *Nouell. 159. Vt restit. fideic. vsque ad v-*
num gradum, quæ hoc ipsum euidentius comprobat.
Nam cùm proponeretur quidam testamento prohi-
buisse alienationem fundi extra familiā & codicillis
id confirmasse expressa clausula his verbis, *propterea*
quod hoc suburbium & ædes suum sitásque intra portam,
&c. per omnia & perpetuò velim permanere in familia
mea neque vnquam de nomine meo egredi, negat Iustin.
vllum ex iis verbis induci fideicōmissum, nisi secuta
alienatione. Ideoque nimirum contendebatur in ea
specie, An qui permissu Principis alienauerat videre-
tur fecisse contra voluntatē necne, vt sciretur an pos-
set aliis voluntarias alienationes obiicere. Indeque
illud etiam, quod ibidem Iustinianus disputat. An
qui testamento substituerat impuberi filiæ matrem,
videretur offendisse iudiciū testatoris, quasi nō reli-
quisset in familia. Id enim significant verba illa §. nos
verò, *quamuis nemo successorum gloriosæ memoriæ Hierij*
circa voluntatem eius deliquisset. Sed & Iustiniano pla-
cet admittendas personas matris & vxoris tanquam
quæ sint de familia, adeóque præferēdas Alexandro
qui solus supererat de nomine defuncti. Cū tamen si
familiæ relictū esset fideicōmissum purum, non essēt
illæ admittendæ quaodiu alij superessent de nomine
testatoris. Non enim sunt de nomine, quamuis con-
stitutū sit à Iustiniano vt computentur in familia &
possint ex fideicommisso succedere sicut & gener &
nurus post cæteros omnes extinctos *d. l. vlt. C. de verb.*
signific. Itaque concludendum est nunquam ex alie-
nationis prohibitione induci præcisum fideicommis-
sum purum & absolutum, quibuscunque tandem
verbis iubeat testator, vt fundus in familia relin-
quatur. Nisi relinquat ipsemet familiæ.

CAPVT XV.

Prohibitus extra familiam alienare an post denuntiationem alienare impune possit.

SVMMARIA.

1 *Varia differentia inter purum & conditionale fideicom-*
missum.
2 *Propositam initio quæstionem per distinctionem ab Inter-*

pretibus allatam non bene decidi posse, & alia distinctione opus esse.

3 *Fundi alienatione extra familiam simpliciter prohibita, prohibitum cæteris ex familia denunciare, iisque recusantibus extraneo vendere posse.*

4 *Testatore autem adiiciente velle se vt fundus in familia relinquatur, non licere prohibito post denunciationem extraneis vendere.*

5 *Huius iuris ratio redditur.*

6 *An si valeret denũciatio in præiudiciũ eorũ quibus facta est, iis quoque quibus denunciatũ non est nocere posset?*

7 *Denunciationem factam illis qui ex familia iam nati sunt non posse nocere nascituris.*

AN † autem purum sit fideicommissum, an condi-
1 cionale permultùm refert scire: Non ob eam dũtaxat differentiam, quàm diximus quòd cum purum est, omnimodo præferuntur proximiores, cùm verò condicionale, sufficit relictum esse vni ex familia vt proximiores excludantur Sed etiam quia cùm fideicommissum familiæ relictum est per verba tractum temporis habentia, puta cùm testator ita scripsit *Relinquo familia mea fundum Titianum vt in familia perpetuo remaneat*, fideicommissum perpetuum est, nec quarto gradu concluditur, sed in infinitum vsque extenditur. At cùm conditionale est, nec inducitur nisi ex contrauentione, non vltra quartum gradum extendi potest. Ita vt iis qui in quinto gradu sunt alienare impunè liceat *Nouell. 119. Vt restit. fideicomm. vsque ad vnum grad. iunct. § in fideicommisso, leg. omnia aliàs l. cum ita. 32. de legat. 2. l. vlt. C. de verb. signific.* Subiiciunt nostri exceptionem, nisi testator prohibitionis caussam illam expresserit, quod velit fundum perpetuò remanere penes descendentes suos. Quasi latior sit *descendentium* quàm *familia* appellatio *ex l. vlt. C. de suis & legit. her. l. cognoscere. 56. § vlt. de verb. signific.* Omnino absurde vt apparet *ex l. pronunciatio. 195. § familia. 2. eod.* Nisi ex aliis coniecturis alia probetur voluntas testatoris, vt puta si deficientibus descendentibus ex familia sua voluerit fideicõmissum transire ad aliam familiam ordine successiuo. Quod & ex
2 interpretibus nonnulli tradiderunt. † Alia etiam inter purum & conditionale fideicommissum differentia est, de qua hoc capite breuiter aliquid dicere visum est. Cùm fideicommissum familiæ relictum est condicionaliter, si testatoris voluntati non parebitur, Placet nostris eum, qui prohibita alienatio est posse denunciare cæteris omnibus qui sunt de familia paratum se vendere, vt emere ipsi possint si volent, Eo scilicet pretio quod extraneus offerat si non excedat iustum ne quid fraude fiat & dolo malo. Post quam denunciationem si nolint cæteri de familia emere liberum esse denunciãti vt vendat extraneo impunè *ex l. qui Romæ. 122. § coheredes. de verbor. obligat.* Cùm autem fideicommissum purum est, nõ potest huiusmodi denunciatio facere, vt eo magis permittatur alienatio, quandoquidẽ inuito denũciante futurũ sit vt fundus iste in familia gratis aliquando relinquatur, aut si nõ relinquetur, fideicõmissi persecutione repetatur. Eámque fuisse creditur opinio Bartoli & Aretini *in d. § coheredes.* Mihi tamen probabilius videtur non solùm aliam fuisse eo loco Bartoli sententiã, sed etiã alia distinctione totam quæstionẽ hanc concludendam esse
3 † Nam si testator prohibuerit duntaxat alienari fundum extra familiam, nec iusserit vt in familia relinquatur, fateor posse prohibitum denunciare cæteris, iisque recusantibus extraneo vẽdere, quia cũ nõ sint hoc casu vocati per fideicommissũ cæteri de familia, nisi sub ea conditione, si fundus inter viuos alienabitur extra familiam, vt disputauimus in superioribus Consequens est vt si nihil imputari possit alienanti, nulla ex eiusmodi alienatione nascatur fideicommissi petitio *arg. l. vnum ex familia. 67. § sed et si fundum. leg. peto. 69 § prædium de legat. 2.* Quid porrò imputare possis ei qui non prius alienet extra familiam, quàm requisitis omnibus qui sunt ex familia *arg. d. § coheredes.* Nam quod quidam obiiciunt non aliam ob caussam prohiberi alienationem à testatore quam vt fundus in familia remaneat. Ideóque prohibita solum alienatione idem iuris obseruari debere acsi hoc ipsum expressum esset, vt fundus in familia remaneret, non puto verè dici Potest enim fieri vt alienationem extra familiam testator prohibuerit ea mente vti ne liceret alienare in extraneum liberè, ignorantibus, & irrequisitis illis de familia, quos scilicet voluerit in emptione præferri. Proinde iis requisitis & recusantibus, non offenditur voluntas testatoris si in extraneum venditio conferatur. Quasi pro impleta habenda sit venditio familiæ oblata, cum per familiam ipsam steterit, quominus sit impleta *arg. l. iure ciuili. 24. de condic. & demonstr. l. Labeo scribit. 50. D. de contr. empt.* † At si voluerit testator, vt fundus in fami- 4
lia relinquatur, non possum probare quod Dynus putat licere prohibito vendere extraneis post denuntiationem, sed eo libentiùs in sententiam Bartoli, vt illi ipsi quoque quibus denunciatum fuit vt emerẽt, possint collatam in exterum venditionem retractare ex caussa fideicommissi *l. seruo legato. 69. § 1. de legat. 1. l. vlt. C. commun. de legat.* † Non quòd fideicommis- 5
sum hoc purum sit vt Bartolum sensisse vulgò autumant, sed quia condicionem eam habeat si non in familia fundus relinquetur, quæ conditio non eo minùs existit quod interpellati illi qui erant de familia emere noluerint. Cur enim cogantur emere quod eos gratis consequi voluit testator? Itaque cùm nihil imputari eis possit cur non emerint, non potest perinde res haberi acsi emissent indéque fit vt cõtra testatoris voluntatem fecisse videatur is, qui fundum in familia non reliquit *d. § fratre l. peto, & § sed et si fundum l. vnum ex familia de legat. 2.* † Sed et si valeret 6
denunciatio in præiudicium eorum, quibus denunciatum esset, aliis tamen quibus denunciatum non fuisset nocere non posset. puta qui in familia post denuntiationem concepti essent, & editi. Nam quemadmodum si omnes de familia consentirent vt fundus vẽderetur extraneo non noceret ea res nascituris, sed tantũ consentientibus, vt nostri tractãt *ad l. quoties ab omnibus. 11. C. de fideic.* Ita consensũ illũ tacitũ ex recusatã per eos, quibus denunciatũ est, emptione inducendũ, solis iis quibus denunciatũ esset, non etiã cæteris nocere oporteret. Cùm enim iussit testator fundũ in familia relinqui, aut remanere, aut conseruari, constat fideicõmissum hoc habere tractũ tẽporis *l. filiam 16. in fin. de aur. & argent. legat.* cæterique vocatos post mortẽ prioris honorati, etiã eos qui morient e testatore nondũ nati, at ne quidẽ concepti fuerint, ad decimum saltem vsque gradum si non repugnet voluntas testatoris, quia sufficit vt natus sit vel cõceptus fideicommissarius eo tempore quo condicionalis fideicommissi condicio existit *l. cum pater. 77. hereditatem filius de legat. 2. l. intercidit. 59. l. cum qui post. 104. de condic. & demonstr. l. 1. § sed & eius de leg. 3. l. interueniens 24. de leg. præst.* Quãuis ex supradicta Iustiniani constitutione Nouell. 159. inductũ sit contra iuris veteris rationem, vt fideicommissum huiusmodi vltra quartũ gradũ non extendatur. † Ex quibus apparet denun- 7.
ciationem factam illis de familia iam natis, non posse nocere

se nocere nascituris, quominùs fideicommissum quandocunque petant si fundus in familia non relinquetur, ac proinde nec prodesse denuncianti, quo magis liberum ei sit post denunciationem extraneo vendere. Quòd si fideicommissum purum esset puta si testator ipse fundum familiæ reliquisset, sanè multò magis admitterem quod nostri volunt, non idcirco posse fundum vendi extraneo, quòd eum emere noluerint illi de familia, quibus scilicet omnimodo præstandus erat ex fideicommisso non vendendus. Neque habet meo iudicio hæc pars distinctionis vllam dubitationem.

CAPVT XVI.

Explicatio §. filiam l. pater. 38. de legat. 3

SVMMARIA.

1 *Differentia inter reciprocum & graduale fideicommissum.*

2 *Reciprocum non inter alios admitti posse quàm eos qui in fideicommisso concurrunt.*

3 *Reciprocum fideicommissum quodnam dicatur?*

4 *Cur in specie* d. §. filiam. *virilem duntaxat portionem non autem integrum fideicommissum verna superstes habeat?*

5 *Quò pertineat* l. virilis. 145. de V. S.

6 *Per* virilem partem in d. §. filiam *nõ totum fideicommissum sed certam eius particulam intellegi.*

7 *Cuiacij coniectura & ratiocinatio ad* d. §. *examinatur.*

8 *Vera eius loci difficultas & dubitatio.*

9 *Ius fideicommissi potentius esse quàm ius adcrescendi.*

10 *An quia ex Iustiniani constitutione legati à legatario potest, legati substantia & natura immutata sit?*

11 *Quænam distinctio* in d. §. *ad eius difficultatem tollendam adhibenda sit?*

12 *Testatorem* in d. §. *non iussisse vt in familiâ vernarum fideicommissum perpetuo remaneret*

13 *Species & interpretatio* §. duobus. d. l. pater. 38.

14 *Quo sensu dicatur ex his verbis* veto ædificium de nomine meo exire, *fideicommissum graduale & reciprocum induci?*

1 DIfferentia † est inter fideicommissum graduale,
& reciprocum. Quotiescunque testator prohibet
alienari fundum extra familiam, censentur in casum
alienationis gradatim vocari ad fideicommissum illi
de familia hoc est proximiores primo loco, deinde remotiores
siue iusserit testator fundum in familia relinqui,
siue non Ideoque in casum vulgarem non fideicommissarium,
vt proximo capite diximus. Itaque
huiusmodi fideicommissum semper graduale est.
Non tamen semper reciprocum, sed inter eos duntaxat
qui simul vocantur, quòd sint vel æquè proximi
vel simul vocati *l. g. cùm pater 77. §. libertis de legat. 2.*
2 Quod & Accursius sensit ad §. institutio *l. pen. eo. tit.* †
Reciprocum enim fideicommissum non inter alios
admitti potest quàm qui in fideicommisso concurrunt,
alioqui non esset duplex sed simplex, nec videretur
alteruter de portione sua alteri restituenda rogatus:
cùm inter eos, qui ordine & successiuè admittuntur
priores quidem de restituendo posterioribus
grauari possint, sed non posteriores de restituendo
3 prioribus *l. pen. 69. §. fratre eod. tit.* † Dixi, reciprocum
esse fideicommissum quod ex alienationis prohibitione
inducitur inter eos, qui simul vocati sunt, quoniam
licèt sint ex disparib. gradibus, simul tamen admittuntur
non seruata graduum distinctione, quæ
alioqui inter illos, qui nominati non sunt seruanda
esset etiam ratione eorum, qui in eodem gradu constituti
essent quo ipsi nominati *in l. omnia. 32. alias l.*
cùm ita §. in fideicommisso eo. † At videtur obstare ma- 4
ximè quod Scæuola respondit *in l. pater. 38. §. filiam de*
leg. 3. Si fideicommissum ita relictum sit *veto ædificium de nomine meo exire, sed ad vernas meos, quos hoc
testamento manumisi pertinere volo,* Defuncta herede &
legatariis vernis vno tantùm superstite, ad vnum illum,
qui ex vernis superesset virilem duntaxat pertinere.
Cur non n. totum ad eum pertineat, si fideicommissum
est reciprocum, vt nos volumus? Quare nec
potest Accursius hoc concoquere, at quod mirum est,
sic Scæuolam intelligi, vt ad vernam illum superstitem
totum ædificium pertineat, cum tamen non nisi
virilem pertinere Scæuola disertè responderit. † A- 5
butitur autem eo quod *in l. virilis 145. de V. S.* scriptum
est, virilis appellatione interdum etiam totam
hereditatem cõtineri. Pertinet enim ea lex, vt inscriptio
demonstrat ad legem Iuliam Papiam, quæ cùm
de virili hereditatis parte locuta esset, monet Vlpianus
posse virilis appellatione interdum totam hereditatem
contineri, puta si tota hereditas ad vnum
peruenerit *arg. l. si duobus. 16. §. 1. de leg. 1.* † Cæterùm 6
virilis nomine de ea tantum parte Scæuolam sensisse,
quæ ad vernam superstitem ex proprio fideicommissi
capite peruenerat, ex illo apparet, quòd sic proposita
erat quæstio, An ad eum totum fideicommissum pertineret.
Ad quam cùm respondeat virilem pertinere,
adeóque adiiciat *virilem partem* consequens est, vt nõ
totum pertinere crediderit, nec satis mirari possum
tam absurdam & improbabilem Accursij interpretationem
à Bartolo, & cæteris ferè omnibus melioris
notæ interpretibus probatam fuisse. † Subtilius vi- 7
deri possit quod Iacobus Cuiacius lib. 15. Obseruat.
cap. 4. tradidit, ea ratione nisi responsum illud Scæuolæ,
quòd proponeretur fideicommissum relictum
vernis nominatim, sicut & ipsis nominatim relinquenda
erat libertas ex lege Caninia. Nominum verò nũcupationem
facere partes ab initio, acsi singulis ab
initio quasi diuisim partes adscriptæ essent *l. si Titio.
7. de leg. 2. l. vxorem. 41. §. agri plagam de legat. 3. l. planè.
34. §. si coniunctim. de legat.* 1. atque ideò impedire ius
adcrescendi, quod numquam locum habet nisi inter
eos qui concursu tantùm partes faciunt *l. 1. D. de vsufr. adcresc.*
non etiam inter illos, qui ab initio partes
habent, aut habere intelliguntur *dict. l. si duobus. 16. in
princip. de leg. 1. & d. §. si coniunctim.* Nisi, inquit ille, testator
apertè inducat ius adcrescendi, puta si adiiciat
*donec ad vnum totum fideicommissum perueniat, vt in l.
Lucius Titius. 89. §. Lucius Titius. de leg. 2. l. codicillis.
34. in princip. de vsufr. legat. l. libertis. 108. de condic. & demonstr.*
Aut nisi testator iubeat eligi vnum ex familia,
quo casu fideicommissum quod omnes de familia
petere possent nemine electo, ad vnum solum
pertinere potest, nimirum si moriente eo qui eligere
debuit solus vnus de familia supersit *d. l. vnum ex familia.
§. rogo.* Sed tamen si subtiliùs intueare, non potest
interpretatio hæc, & viri doctissimi opinio satisfacere
propositæ dubitationi. † Non enim de illo quæ- 8
rimus, cùr ex his verbis *ad vernas meos quos hoc testamento
manumisi ædificium meum pertinere volo* non
indicatur ius adcrescendi inter collibertos, sed cur
ex illis generalioribus *veto ædificium de nomine meo
exire*, non inducatur reciprocum fideicommissum
inter omnes fideicommissarios, præsertim in casum
vulgarem ne alioqui eueniat vt fundus de nomine
exeat contra testatoris voluntatem. Id enim est quod
facit dubitationem *ex dict. l. vnum ex familia. §. sed*

etsi fundum vbi scriptum est eiusmodi verba inducere fideicommissum non modo reciprocum, si fortè plures simul essent vocati vt *in dict. §. libertis*, sed etiam graduale in fauorem proximiorum de familia si ab eo fundus alienetur qui solus prior admissus fuerit vt & *in dict. § fratre.* † Pontentius enim est ius fi-
9 deicommissi quàm adcrescendi: nec cùm testator iubet præmorientium partes ad reliquos pertinere *vt in dict. l. cum pater §. volo de leg. 2.* idcirco inducit ius adcrescendi, tametsi *adcrescendi* verbum vsurpet *vt in l. codicillis 34. de vsufruct. legat.* sed potiùs ius fideicommissi, vt ex supradictis locis apparet iunct. l. verbum *volo 10. C. de fideicommiss. & §. vlt. Instit. de singulis rebus per fideicommiss. relict.* Non enim facere testator potest vt in portionibus agnitis ius adcrescendi locum habeat, contra naturam & receptissimam regulam iuris adcrescendi *l. vnic. §. his ita diffinitis C. de caduc. tollend. l. 1. §. interdum de vsufruct. adcrescend.* nec nisi per viam fideicommissi potest grauari legatarius aut fideicommissarius vt rem sibi iam acquisitam alteri restituat: qua ratione inductum erat iam olim vt à legatario legare non liceret, sed tantùm fideicommittere *Tit. De singul. reb. per fideicommiss. relict. apud*
10 *Instit.* † quod etsi hodie correctum est vt videtur *ex leg. 2. in fin. C. commun. de legat.* non in eo tamen inducta correctio est, vt hoc obiter moneamus, quod legari à legatario nunc possit, quasi immuta natura ipsa & substantia legati, sed quòd ex illa Iustiniani constitutione factum sit, vt quicquid legatum est, fideicommissum censeatur quoties fideicommissi natura amplior est, & ad conseruandam defuncti voluntatem aptior: quomodo videtur sanè aptior in proposito, cùm ea fuerit testatoris voluntas vt in legato iam acquisito legatarium oneraret. ac proinde in re ipsius legatarij propria: quod tamen cum per viam legati & imperatiuè fieri non possit, consequens est vt fiat per viam fideicommissi & verbis precariis. Quod vereor ne à nostris non satis bene perceptum sit. Sed & cùm testator iubet eligi vnum ex familia, & fideicommissum, nemine electo totum peruenit ad eum qui solus de familia superest moriente eo qui eligere debuerat, non fit id, quòd huiusmodi fideicommissum sit reciprocum, sed quia sit familiæ relictum: familiæ autem appellatione alius contineri non possit, quàm qui solus supersit eo tempore quo condicio existat *d. l. vnum ex familia § rogo. & d. l. cum pater §.*
11 *hereditatem filius de legat. 2.* † Igitur respondendum est ad *dict. § filiam.* Multum interesse an testator ita scribat *Veto ædificium de nomine meo exire sed ad vernas meos pertinere volo.* an ita potius *volo vt ædificium meum ad vernas meos pertineat nec vnquam de nomine meo exeat*, aut quod idem est *vt nunquam de nomine meo exire veto.* His siquidem posterioribus casibus induceretur sanè inter collibertos vernas fideicommissum reciprocum, ita vt ad eum qui solus ex ipsis superesset totũ peruenire deberet, etiamsi à præmortuis pro ipsorum partibus agnitũ proponeretur, hoc est non in casum vulgarẽ duntaxat, sed etiam in casum fideicommissi, quantumuis nominati vernæ fuissent, quoniam specialis ea nominũ expressio impedire quidẽ ius adcrescendi fortasse potest [quod tamẽ an perpetuò verũ sit satis obscurum est, & alio loco fusiùs tractandũ] sed non ius reciproci fideicommissi, quod vel inter disiunctissimos quosque locum habere potest. Priore verò casu non censetur ea verba apposita ad inducendum perpetuum reale & reciprocum fideicommissũ inter collibertos, quibus scilicet nihil testator prohibuit, sed potius ad grauandam filiam heredem de ædificio illo post mortem suam vernis restituendo. Verum enim est quod & Cuiacius supradicto loco obseruauit, videri in ea specie ad fideicommissum vocatos vernas libertos, post mortem filiæ, *vt & in l.*
species 25. D. de aur. & argent. legat. † Cæterum vt in 12
familia vernarum perpetuò fideicommissum remaneat, non idcirco iubet testator, quomodo sanè iussisse videretur, si ab ipsis vernis petiisset ne vnquam de
eorum nomine ædificium exiret *d. § sed etsi fundum.* † 13
& hac ipsa *l. pater §. duobus*, vbi cùm duobus heredibus institutis Sticho & Erote libertis, testator ita cauisset *Fundum Cornelianum de nomine meo exire veto*, Respondet Scæuola Si vnus ex heredibus Stichus ancillam testamento liberam esse iusserit eidémque partem suam fundi legauerit, posse Erotem & cæteros Stichi collibertos ex caussa fideicommissi eius fundi partem à Stichi herede petere proptereà quòd non contineatur liberta illa liberti appellatione libertorũ testatoris *l. alimenta 16. § 1. De alim. legat.* Hos enim solos ad fideicommissum inuitasse intelligitur *arg. d. § fratre in fin. & l. si cognatis 19 de reb. dub.* Nisi poneres libertum liberti ex prioris testatoris voluntate libertatem consecutum *d. l. cum pater § fides heredum meorum 11. de leg. 2.* Sic enim & rectissime locos illos
Accursius, Bartolus, & cæteri intellexerunt. † Illud 14
tamen summopere notãdum est, quod dicimus ex his verbis *veto ædificium de nomine meo exire* induci fideicõmissum & graduale & reciprocũ, ita accipiendum esse, vt nihilominus, qui ex reciproco admittuntur præferantur cæteris ex graduali admittendis, si non apertissima sit contraria voluntas testatoris. Nempe quòd ex reciproco tacito ij demùm admittantur, qui simul vocati sunt, hoc est qui vel in eodem aut pari gradu constituti sunt, vel simul nominati, quos proinde cæteris in gradu remotioribus nec æquè nominatis præferri æquum est *arg. l. coheredi. 41. §. qui discretas de vulg. & pupill. substit.* Neque obstat quod scriptum est *d. §. duobus*, ad partem Stichi admittendos cum Erota cęteros collibertos non nominatos. Id enim fit quia perinde erant illi de familia, nec remotiores in gradu, cùm inter plures eiusdem testatoris libertos graduum distinctio nulla esse possit.

CAPVT XVII.

Ad l. hac edictali C. de secund. nupt.

SVMMARIA.

1 *Vtrum præcipuam legitimam habere debeat filius prioris matrimonij, cum in reliqua hereditatis partem admitti pro virili? vbi tres casus ab Interpretibus distinguuntur.*

2 *De tertio casu, quum scil. filio minus relictum est quàm secundo coniugi, non tamen minus legitima.*

3 *An secundo casu, quo tantundem filio quantum secundo coniugi est relictum, filius legitimam præcipuam habere debeat?*

4 *Quænam sit in hac quæstione recepta Interpretum sententia eiusque ratio?*

5 *An filius, à quo fideicommissum in diem vel sub conditione relictum est, duas quartas detrahere possit?*

6 *Refutatur recepta illa circa secundum propositæ quæstionis casum sententia, & mens Imperatorum in d. l.* hac edictali *aperitur?*

7 *Filiũ qui ex semisse institutus est tantundẽ habere quantum vitricus ex alio semisse scriptus aut nouerca, licèt in semisse filij legitima ipsius portio confundatur.*

8 *Dicta constitutione non id egisse Imperatores vt per secundi coniugis personam filij legitima augeretur, sed tantùm ne minueretur.*

9 *Versicu-*

9 *Versiculum ita tameo d.l. hac edictali, non pro filio sed pro vitrico & nouerca facere, contra receptam interpretum sententiam probatur.*

10 *An legitima quam filio pater in testamento reliquit, ex iudicio patris, an vero ex legis prouidentia ad filium peruenire censenda est?*

11 *Cur nouissima Iustiniani lege iubeatur pater filio legitimam institutionis titulo relinquere.*

12 *Alia ratione probatur, omni omninò casu filij legitimam in eam partem imputari oportere quam habere debeat aqualem cum vitrico & nouerca.*

1 IN † huius constitutionis tractatu elegans illa occurrit quæstio magnis inter nostros contentionibus agitata, vtrum præcipuam legitimã babere debeat filius prioris matrimonij, tum in reliquæ hereditatis partem admitti pro virili. In qua magis communiter probatum est, distioguendum esse An filio nihil relictum sit aut minus legitima, An tantum qoantum secoodo coniugi, an denique minus, supra legitimam tamen. Sic enim adiiciendum est, vt differat casus hic tertius à primo. Si nihil filio relictũ sit, aut minus legitima, vix est ex interpretibus qui neget legitimam priùs detrahendam esse. Ratione illa quòd dubitari non possit quin hoc casu legitimam habeat filius ex dispositione legis, non ex iudicio testantis. Proinde cùm lex probibeat ne plus pater materve donet secuudo coniugi quàm filio prioris thori, absurdũ putant imputari in portionem filij id quod vel inuito parente ex solo legis beneficio con-
2 sequatur. † Tertio casu ad primum proximè accedit hoc est cùm filio minus relictum est quàm secundo coniugi, non tamen minus legitima, altercatio est, quibusdam existimantibus filium cui nullã pater io legitima iniuriã fecerit, noo posse de iudicio patris conqueri, nec proinde recusare quominùs in eam portionem quam cũ vitrico aut nouerca æqualem habere debeat, imputet quicquid habet ex iudicio parentis. Frequentiore tameo nostrorum calculo receptum est, vt hoc etiã casu legitima priùs detrabatur, non solum quòd vitricus aut nouerca minùs sit fauorabilis, sed etiam odio parentis, qui ad secnnda transgressus vota, secundũ coniugem plus quàm filium prioris thori dilexerit: quæ res facit vt nouercalibus delinimentis aut vitricalibus odiis eã volũ-
3 tatem extortam esse suspicandum sit. † Secundus superest casus multo dubitabilior, si tantundem filio quantum secundo coniugi fuerit relictum. Plerique enim putant, legitimam quoque filio præcipuã esse debere, hac vna ratione quòd perpetuò verũ sit deberi eam filio ex legibus, potius quàm ex iudicio testatoris, videaturque beneficium istud legis ipsi adimi, si in suam portionem cogatur legitimam imputare, nec plus auferat ex bonis parentis quàm cõiunx, cui nulla legitima debetur. Et sanè fieri non potest vt cõputata legitima æquales sint coniugis & filij portiones, quin filius aut à lege aut à parente minus quàm vitricus vel nouerca consequatur. Atque hõc sensum esse arbitrãtur illos versic. *ita tamen vt quarta pars quæ eisdem liberis debetur ex legibus nulla modo*
4 *minuatur.* † Sed tamen receptior est contraria sententia. Cuius illa potissimùm ratio affertur, quòd hoc casu non possit filius cõqueri ratione legitimæ, quam totegram habeat, & plus quàm legitimã, qui scilicet, si solus sit institutus cum vitrico, vel nouerca, semisse hereditatis obtinet, nec rursus agere cõdictione ex *l. hac edictali*, quia nihil à parente qui filium cum secundo coniuge ex æquis partibus heredes scripsit, factum videri potest contra legem, quæ aliud non exigit, nisi vti ne plus secundo coniugi quàm filio prioris matrimonij detur. Quæ ratio cessat, cùm inæqualiter & minore ex parte instituto filio, & secunda vota contrahẽtus nuptias, & coniũcta secundi coniugis odia inducunt potestatem cõstitutionis. Tunc enim cùm certum sit constitutioni locum esse, sola illa quæstio superesse potest, vtrum in legitimam imputare sibi filius debeat quod accipit ex beoeficio legis nonæ. In qua quæstioné verius est vt imputare non debeat, quod à sola lege accipit io odium & contra voluntatem parentis. † Cur nostro- 5
rum traditioni non valde dissimile illud est quod vulgo tractant filium à quo fideicommissum in diẽ vel sub conditione relictum est, duas quartas detrahere, qui si purè grauatus esset, non nisi vnam detrahere posset, Propterea quòd purè relicto fideicommisso, nescire possit vtram quartam priùs detrahere filius debeat, altera alteram concursu præpediente, quod non contingit cùm fideicõmissi condicionalis vel in diem relicti ratio suspendit Trebellianicæ detractionem, sola adhoc debita legitima. Atque ita nostri vt dixi ratiocioantur. † Mihi tamẽ iuris ratio- 6
nem legisque verba intuenti hę distinctiones placere numquam potuerunt. Video enim & Imperatorũ Leonis & Antemij *in d. l. hac edictali.* & Iustiniani *in §. optimè Nouell. 22. De nupt.* mentem illam esse, vt liceat marito secundam vxorem ducenti, vel mulieri secundo nubenti, donare secundo coniugi siue inter viuos siue in vltima voluntate tantum quantum filio ex prioribus nuptiis suscepto, prohibeatur autẽ duntaxat ne plus secundo coniugi qoam filio relinqoat. Itẽ vt si parens contra fecerit & secũdo coniugi plus quàm filio reliquerit, reuocetur quod immoderatè gestũ esset hactenus, vt legis potestate reducantur omnia ad eam æqualitatẽ quam obseruare parens debuerat. Atqui negari non potest tantundẽ habere filiũ, qui ex semisse institutus est quantũ vitricus ex alio semisse scriptus aut nouerca. Habent enim singuli semissem. † Nec quod in semisse filij 7
legitima ipsius portio confũditur, facere potest vt à parente minùs habere videatur, cùm haud dubiè hoc ipsũ quod pro legitima habet è parẽte habeat, sitque absurdissimũ dicere, ob hoc solùm quod parens filio legitimam relinquere cogatur ex legibus, non esse imputandã eã portionẽ quã itidem cogitur parens filio relinquere *ex leg. hac edictali.* Alioqui eueniret vt duplicis portionis filio relinquendę onere parens ad secunda vota transiens grauaretur. Vnius quæ ad legitimã quantitatẽ ascenderet, alterius quæ supra legitimẽ cõstituenda esset, maior minórve ex comparatione portionis quæ secundo coniugi data proponeretur. In quo sanè fieret iniuria parẽti, cum quo satis seuerè in eo agitur, quod non solùm inuitus legitimam filio non ingrato relinquere cõpellitur, sed etiam secundo coniugi plus quàm filio dare prohibetur. Cùm tamen si extraneum prorsusque ignotum hominem io tota hereditate instituere vellet, solâ legitima filio relictâ idipsum facere impunè posset. Quid verò est qood amplius inducere aut extorquere debeat odium vitrici vel nouercæ nisi vt deterioris sint illi condicionis quàm si essent prorsus extranei, adeoque si vules, de ipso testante malè meriti? Et certè aliter posito iure eueniret vt numquam æquales fieri possent filij secundique cõiugis portiones, filio semper præcipuam legitimam babente, sequereturque necessariò absurdum illud, quod nostri, quasi absurdum non sit fateri coguntur, vt si solam legitimam filio parens relinque-

ret,nihil planè secundo cõiugi dare posset,quasi ni-
hil prorsus filio reliquisset , qui solam ei legitimam
dedisset.Quo tamẽ quid absurdius queo dici potest
aut iniquius? Taceo quod legis verba repugnant ma-
8 nifestè.† Neque enim id egit Leo aut Iustinianus vt
per secundi coniugis personam filij legitima auge-
retur,sed tantùm ne minueretur:vt constat ex supra-
dictis illis verbis *vt quarta pars quæ eisdem liberis debe-*
9 *tur ex legibus nullo modo minuatur.* † Tantùmque abest
vt is versiculus quo nostri potissimùm mouentur, fa-
ciat pro filio,vt ex contrario apertissimum sit adie-
ctum eum esse pro vitrico & nouerca. Nam cùm in
præcedentibus constitutum esset vt non plus secun-
do cõiugi dari posset quàm datum esset ei ex liberis
qui minus haberet,consequens erat vt si vni ex filiis
aut nihil aut minus legitima donatũ esset,nihil quo-
que posterior coniux habere deberet,aut saltem mi-
nus quam ferat legitima quæ filio debetur. Id verò
ne quis diceret,placuit Leoni itemque Iustiniano,vt
quemadmodũ non potest parens filio minus relin-
quere quàm sit legitima,ita nec possit ea portio quæ
secundo coniugi relicta est ad minorẽ reduci quan-
titatem quàm quantum in filij legitimã venire ne-
cesse est vt omni casu ad concurrentem vsque saltẽ
legitimã reducatur ex beneficio legis, quod nouer-
cæ vel vitrico supra modũ fuerat donatũ. Itaque vel
ex eo maximè versiculo apparet, etiã cùm nihil aut
minus legitima filio prioris thori relictum est, non
tamen ex eo fieri vt plus cõsequi filius debeat quàm
si legitimam à patre integram habuisset, sed vt con-
trà perinde maritus tantum habeat quantum est in
filij legitima acsi nulla filio in legitima iniuria facta
fuisset,quia nec pro facta habetur, quæ fieri non po-
tuit. Quod ipsum non contingeret si filius eo casu
præcipuam legitimam haberet,quam diximus ex re-
ceptiore nostrorum sententia non detrahi præcipuã
cùm filius & vitricus,aut nouerca sunt æqualiter in-
10 stituti.† Sed & falsissimum est,quod nostri pro vero
habent , legitimam quam filio pater in testamento
reliquerit non tam ex patris iudicio, quàm ex legis
prouidentia ad filium peruenire. Etsi enim lex facit
vt filio qui ingratus probari nequeat, legitimam
omnimodo relinquere pater compellatur,non tamẽ
recta consecutio est,si ex eo inferas filium cui patris
testamento legitima relicta sit, nec videri eam ha-
bere à patre sed à lege.Nam imò verò habet à patre
qui eam reliquit,nec quicquam caussæ est,cur in le-
gitima filio danda lex se interponat,cùm pater vltro
pietatis officio functus est , vt taceam non esse cre-
dendũ patrẽ filio legitimã relinquere voluisse,vt le-
gis necessitati satisfaceret potiùs, quàm vt paternæ
pietatis officium impleret. † Hinc nimirũ fit vt no-
11 uissima Iustiniani lege iubeatur pater filio relinque-
re legitimã titulo institutionis *Nouell. 115. Vt cùm de*
appellat.cognosc.§ aliud quoque capitulum,nempe vt di-
gniore ac pleniore titulo filius legitimam ex iudicio
parentis consequatur. Hoc verò cur ita? Aut quid
referret an institutionis, an legati iure filio legitimã
parens daret,si à lege sola , non etiã à parente filius
legitimã habere intelligeretur? Quinetiã,quod ma-
gis mirũ est si filio non quidẽ nihil sed tamẽ minus
legitima relictũ sit,placet nostris,nec male, ex testa-
mento deberi id quod supplemẽti nomine debetur.
& condictionẽ ex Iustinianea *l. omnimodo C. de inof.*
testam. quæ cõpetit ad supplementũ , actionis ex te-
stamento,iure & nomine cẽseri. Quanto igitur ma-
gis verũ est,ex testamẽto peruenire legitimã ad filiũ
si eam pater ipse testamẽto integram reliquerit,suo
sub nomine legitimæ siue sub nomine portionis he-
reditariæ legitimã aut adæquantis aut excedentis?
Quod si fateare acquiri eã ex testamẽto, Rogo fieri-
ne potest vt quod ex testamẽto acquiratur, non etiã
ex testãtis iudicio acquiritur? † Denique obseruare 12
nostri debuerũt,nõ sic Leonẽ aut Iustinianũ locutos
esse vt dicant reducendã secundi coniugis portio-
nem ad eã quantitatẽ quã habet is ex liberis qui mi-
nus habet ex parentis iudicio, sed qui minus habet
ex parentis substantia. Sic enim disertè Iustinianus lo-
quitur *in d. § optimè.* Porrò nõ est qui neget aut ne-
gare possit,habere filium ex patris substantia quod
habet pro legitima etiã cùm solo legis beneficio le-
gitimam habet vel inuito parente hoc est cùm nihil
prorsus ei parẽs reliquit.Ergo vel hęc vna ratio pro-
bat apertissimè,Omni omnino casu legitimã filij in
eã partẽ imputari oportere quam habere debeat æ-
qualẽ cũ vitrico aut nouerca *ex d.l. hac edictali*, nec
præcipuam filio vnquam esse. Tametsi alio iure nos
vti nõ ignorem,vt in Codice Sabaudico scribemus.

CAPVT XVIII.

An doli exceptio bonę fidei iudicium faciat quod priùs fuit stricti iuris. Ad l. Seia. 42. D. de mort. caus. donat.

SVMMARIA.

1 *Refellitur Cuiacij sententia affirmatiuè ad hanc quæstionem respondentis.*
2 *Absurdum fore si iudicia omnia quæ sui natura sunt stricta, opposita duntaxat doli exceptione aut replicatione bonæ fidei iudicia fierent.*
3 *Qui fiat vt per doli exceptionem non minus condemnetur actor qui dolum admisit, licèt stricto iudicio agat, quàm si bonæ fidei iudicio experiretur?*
4 *Dolum, qui in contractibus stricti iuris ab actore admissus est tantam vim non habere, vt negotij vel contractus illius naturam mutare possit.*
5 *Species* l. Seia. ff. de mort. caus. donat. *à Cuiacio obiecta.*
6 *Vindicationem bonæ fidei iudicium non esse.*
7 *Quæstio ex illius legis specie emergens.*
8 *Papiniani super hac quæstione sententia.*
9 *Verba illa* d. l. Seia. bonæ fidei antẽ iudicio consti-tuto *aduersatiuè, non subiunctiuè intelligenda esse.*
10 *Cur* in d. l. *iudicium vindicationis non possit ab initio strictum esse, subindeque fieri bonæ fidei propter oppositam doli exceptionem?*
11 *Verba illa*, bonæ fidei autem iudicio constituto *non ad iudicium vindicationis, sed ad hereditatis petitionem referenda esse.*
12 *Hereditatis petitionem ex frequentiore prudentum sententia inter bonæ fidei iudicia connumeratam fuisse.*
13 *Duo Cuiacij argumenta aduersus superiorem illorum verborum explicationem soluuntur.*

VIdeo † clarissimum virum,& primum ætate no-
stra sine controuersia iuris magistrum Iacobum
Cuiacium *lib. 3 Obseruat. cap. 17. & lib. 8. cap. 16.* in ea es-
se sententia,vt existimet exceptionem doli,itemque
replicationem,quæ ipsa etiam exceptio est,facere iu-
dicium bonæ fidei ex stricto. Quæ fuit vetus Doro-
thei Græci interpretis adnotatio *ad leg. Seia 42. D. de*
donat. caus. mort. ab eodem Cuiacio relata , & aduer-
sus alium Græcum interpretem,qui Dorotheum re-
prehenderat , defensa. Quod si verè rectèque dici-
tur,illud statim consequens fieri videtur , non valde
referre an contractum quemlibet bonæ fidei esse
dicamus,an stricti iuris. Cùm in iis etiam quæ stricti
iuris

iutis sunt, exceptio itemque replicatio doli locū habeat.
2 † Sic enim fiet, vt iudicia omnia quæ sūt natura sunt stricta, fiant bonæ fidei opposita duntaxat exceptione aut replicatione doli. Id verò mihi nomquam probabile visum est, sed lōgè durius quàm vt admitti posse putē: non ob id solùm, quòd secundum hanc sententiam eucnturum sit vt contractuum omnium iura & præstationes confundantur, sed etiā, quia iuris ratio nullo modo patitur vt doli exceptio quæ soli reo accomodatur, actori quoque prodesse debeat, ad constituendum bonæ fidei iudicium; quod alioqui strictum esset. Nam extra caussam exceptionis doli quæ bonæ fidei iudiciis ipso iure inesse dicitur *l. sed etsi 21. D solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* nemo dubitat quin reo longè incommodius, & onerosius futurum sit si iudicio bonę fidei quā si stricto conueniatur, propter præstationes, quæ, vt dixi ex iudiciis bonæ fidei multo pleniores fiunt & vberiores, siue obligationis iure, siue officio etiam iudicis quod in actionib, bonæ fidei locum sibi vendicat, nō etiam in strictis. Quis verò admittat, ob id meliorem actoris condicionem fieri debere, quòd aliquid dolo
3 fecerit, & ex ea caussa passus sit doli exceptionē? † Nō inficior doli exceptionem facere, vt condēmnari nō minùs debeat actor qui dolum admisit, licèt stricto iudicio agat, quam si bonæ fidei iudicio experiretur. Sed nego id fieri ex vi & æquitate iudicij, quasi quod bonæ fidei effectum sit. Contendo fieri ex potestate & præscripto formulæ, quæ continet doli exceptionē: & in qua tamen non eo magis addi debeant verba illa *ex fide bona* quæ in omnib. bonæ fidei iudiciorum formulis addebantur. Etsi.n. ideo addebantur, vt reo perinde atque actori, quantùm æquitas & bona fides posceret faueretur: tamen actoris potius gratia, & commodo addebantur, vt ampliorem ferret condemnationem: Absurdum autem fuisset, ob aditam & oppositam doli exceptionem pleniùs condemnari reum, cui exceptio doli prodesse omnino debuisset.
4 Et verò cùm ex natura sola negotiorum quæ geruntur, descendat illa contractuum differentia vt alij bonæ fidei, alij stricti iuris esse existimentur, nemo non videt dolum, qui à stipulatore aut fœnebris pecuniæ creditore admissus fuit, quique doli exceptionē peperit, nō vsque adeo negotij naturam immutare posse, vt non semper stricti iuris contractus manere debeat, qui ab initio talis fuit. Semper enim verum est agi ex stipulatione aut condictione certi ex mutuo, quæ actiones non possunt esse non strictæ. Duo tamē iuris loci sunt, qui virum doctissimum fefellerunt, & de quorum sententia nobis ideò breuiter dicendum est. Primus *est in d. l. Seia 42. D. de mort. caus. dona.* Alter
5 *in l. 3. C. de except.* † Papinianus eleganti illo responso quod extat *in d. l. Seia.* proponit Seiam bonis suis omnibus Titio donationis caussa cessisse, traditionibus etiam factis: sibi tamen vsumfructū recepisse, & conuenisse vt si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret: si posteà superstitibus Titij liberis mortua fuisset, tunc ad eos bona peruenirent. Defuncto Titio viua Seia, duplex actio Titij heredi-
6 bus competere videbatur. † Vna in res singulas, quæ vindicatio est, quam constat bonæ fidei non esse, quia neque ex contractu nascitur, cuiusmodi quæ nō sunt non possunt dari aut competere ex bona fide. Altera in res vniuersas, quæ alia esse non potest quàm petitio hereditatis, per quam vniuersa hereditas peti solet etiam contra eum qui vel minimam rem hereditariam possidet, quia hereditas est nomen iuris *l. regulariter. 9. cum l. seq. D. de petit. hered.* Vtraque vt dixi, competere Titij heredibus videbatur, quia prior donatio in persona Titij perfecta fuerit per dominij translationem, vt sequitur apud Papinianum: ideoque dominium rerum omnium, quas Seia donauerat & tradiderat, in Titij hereditate reperiebatur. Multùm tamē interest, an vindicatione agatur, an petitione hereditatis. Si res singulas heredes Lucij Titij vendicent, doli mali exceptio erit necessaria, quia vindicationi, quæ vt diximus bonæ fidei non est, doli exceptio inesse non potest. Opponetur autem ea exceptio non inutiliter, quia licet dominium translatum fuerit in Titium per traditionem in donatione factam, dolo tamen faciunt heredes Titij qui eas res vendicant, non tamen propter vsumfructum à Seia retentum [nihil enim prohiberet saluo vsufructu dominium vindicari] quàm propter conuentionem in donatione additam, vt si ante Seiam Titius moreretur, dominium rerum donatarum ad Seiam rediret. Quæ conuentio cùm Seiæ si non possideret, actionem datura esset, multo magis dabit possidenti retentionem opposita doli exceptione. At si petitione hereditatis agatur quæ bonæ fidei actio est, non erit necessaria doli exceptio, quam diximus bonæ fidei iudiciis omnibus inesse ipso iure: sed ipsius iudicij æquitate citra exceptionem heredes Titij quasi dolo malo & aduersus placitorum fidē agentes repellentur. † At illa emerget quęstio. An mulier hoc casu cogenda sit cauere se ea bona cùm morietur filiis Titij restituturā. Nam & bonæ fidei iudiciorum natura illa est vt ex iis cautio etiam ante tempus exigi soleat *l. in omnibus 41. D. de iudic.* Quæstionem in eo esse Papinianus putat, an donatio, quæ prior in Lucium Titium collata fuit, censeri debeat iure donationis inter viuos, quæ ab initio certam cōdicionem habuerit, an potiùs iure donationis caussa mortis. Nam priore casu cautio deberetur, quia prior donatio propter legem in exordio dictam retineri potiùs quàm secunda promitti aut extorqueri videretur. Posteriore verò nulla cautio peti posset quia neque prior donatio subsisteret, quæ scilicet præmortuo donatario sublata & extincta fuisset, neque secundæ ratio vlla habenda esset, quippe quæ nōdum in filiorum persona initium accepisset. Cautionem verò constat ei non deberi, cui nihil omnino debetur, sed ei demum qui ex bonę fidei cōtractu sit creditor in diem, licet dies nondū venerit
d. l. in omnibus l. pro socio 38. D. pro socio. † In eam autem 8
sententiam Papinianus procliuior est, vt putet mortis caussa donationem factam videri. Ex quo infert solutam igitur esse priorem donationem Titio prædefuncto. Non enim videtur perfecta donatio quæ mortis caussa facta est, priusquàm mors insequatur *l. non videtur 32. eo. tit. D. de mort. caus. donat.* Eadémque ratione inferri etiām potest nō competere in proposita specie vindicationem heredibus Lucij Titij, ne quidem stricto iure, quoniam donatori potiùs vindicatio danda est, cùm is casus contingit, in quem cōuenerat, vt donata res ad donatorem rediret, etiamsi donatio sic facta fuerit, vt statim res fieret accipiētis. *l. si mortis caussa 29. eod. tit.* Proinde neque necessariam esse doli exceptionem: Neque rursus cōpetere petitionem hereditatis contra Seiam, quia soluta priore donatione verum est nihil eam habere ex Lucij Titij rebus hereditariis, licèt habeat res à se donatas Titio,
& subinde à Titio, ad se quoque reuersas † Et hæc ni 9
fallor Papiniani sententia est nec valde obscura, quā euidenter malè Cuiacius accipit cùm verba illa *Bonæ fides autem iudicio constituto* quæ proculdubio aduersatiuè intelligenda sunt, mauult intelligere subiuncti-

uè, de iudicio vindicationis, quod opposita exceptio doli mali fecerit bonę fidei, vt idem iudicium vindicationis, quod strictum est, cùm obiicitur doli exceptio, fiat bonæ fidei postquàm ea exceptio opposita est. Secundum quam interpretationem eueniet, vt Lucij Titij heredes, qui vindicando res singulas nullum ius habebant petendæ cautionis [neque enim iudicium vindicationis tale est, vt ea eo peti possit cautio, cùm non sit bonę fidei] hactenus condicionē suam fecerint meliorem ob oppositā doli exceptionem, quòd ab eo tempore cauendi onere obstrictam Seiam habuerint, quæ si doli exceptionem non obiecisset, cauendi necessitate nulla teneretur. Ita fit vt doli exceptio ei commodum adferat, qui dolū fecit, noceat verò ei per quem opposita est quod non modo iniquum, sed etiam absurdū esse, quis nō animad-

10 uertit? † Neque rursum videre possum, qua ratione iudicium vindicationis aut aliud vllum possit ab initio strictum esse, subindéque fieri bonę fidei propter oppositam doli exceptionem: Cùm exceptio adiciatur à prætore in ea ipsa formula per quam iudex datur, iudiciúmque constituitur, & ante quam præscriptam

11 nec iudex vllus, nec iudicium vllum esse potest. † Sed & verba illa *Bonæ fidei autem iudicio constituto*, non sic accipienda esse quasi iudicium vindicationis rerum singularum cōstitutum sit bonæ fidei per oppositam doli exceptionem, sed ad aliud iudicium vniuersale referenda esse per quod petita sint bona vniuersa, quæ Lucio Titio Seia donauerat, apparet manifestè ex sequentibus illis Papiniani verbis *quærebatur an mulier promittere debeat se bona cum moreretur filius Titij restituturam*. Quænam, n. obsecro, bona, nisi ea ipsa, quæ per illud bonæ fidei iudicium petebātur? Atqui per vindicationem non bona petebantur, quorum appellatio generalis est & vniuersitatem quandā denotans, sed res singulæ. Sic enim h. bēt præcedentia, *Igitur si res singulas heredes Lucij Titij vendicent*. Neque verò plurium simul rerū vna vindicatio esse facilè potest, sed singularum. Singulis autem rebus petitis, tametsi maximè concederem euadere vindicationem in iudicium bonę fidei propter oppositā doli exceptionem, non tamen posset ea res facere vt vniuersorum bonorū nomine cautio postularetur, quia nec vniuersorum bonorum nomine iudicium bonæ fidei esset, sed earum duntaxat quæ vindicarētur. Ergo bonæ fidei iudicium Papinianus sine dubio intelligit petitionem hereditatis, per quam non res singulæ petuntur, sed vniuersitas bonorum, quæ sunt ex hereditate siue plures sint penes reum, siue vna tan-

12 tùm. † Et si namque videtur non satis constitisse inter veteres iuris autores, an petitio hereditatis esset bonæ fidei, quia non magis quàm vindicatio nascatur ex contractu, ipsa tamen Iustiniani constitutio qua cautum est vt bonæ fidei iudicijs omnimodo connumeretur *l. vlt. in fin. Cod. de petit. hered. § actionum 12. Instit. de action.* præfert satis fuisse frequentiorem illam prudentum sententiam, vt inter bonæ fidei iudicia censeretur. Neque enim id cōstituit Iustinianus quasi ius vetus abrogās, sed ne quid in posterum dubitationis superesset. Eiúsque rei argumentū sumi potest *ex l. planè 38. D. de petit. her.* vbi Paulus scribit in prædonis quoque persona habendam esse rationem vtilium impensarum, ne petitor ex alia iactura lucrum faciat: Idipsum autem officio iudicis contineri, nec doli exceptionem desiderari, quod vtique falsum esset si petitio hereditatis ea eorum esset iudiciorum genere, quæ stricta appellantur. Non. n. eiusmodi iudicijs exceptiones doli insunt. Nec sanè vllus in toto iure locus est ex quo possit cōiici Papinianum in diuersa vnquam fuisse sententia. † Quod autem Cuia- 13
cius obiicit, non fuisse cur Papinianus supprimeret nomen petitionis hereditatis si de ea sentiebat, parū certè vrget. Sciunt enim omnes, quàm sibi Papinianus placuerit in ea loquendi ratione, quæ à vulgaribus aliorum etiam prudentum verbis abhorreret. Neque facit ea res locum valde obscurum cùm alia nulla actio esse possit præter hereditatis petitionem quæ & bonorum vniuersitatem continere, & bonæ fidei iudicium esse posset: Præsertim cùm Papiniani temporibus nemo esset tam parum in iure versatus, qui posset credere vindicationem esse bonæ fidei, siue post oppositam doli exceptionem. Paris ponderis est alia illa obiectio, quod si de petitione hereditatis Papinianus intellexisset, non dixisset *constituto* sed vel *instituto* vel *proposito*. Nam æquè eleganter dicere potuit *constituto*. Siquidem bonæ fidei iudicium constituitur, cùm instituitur, accedente scilicet autoritate iuris ad voluntatem actoris. Alius non valde dissimilis, certè perinde improbabilis error fuit Iacobi Cuiacij, quod existimauit arbitraria iudicia licèt neque bonæ fidei sint, neque stricta, fieri tamen ex strictis. Quem nos errorem alio loco refellemus. Restat vt aduersus eundem Cuiacium dicamus de sententia *l. 3. C. de except.* Non enim Cuiacij duntaxat, sed cæterorum quoque ferè omnium interpretum vox illa est, Bonæ fidei iudicijs replicationes doli inesse.

CAPVT XIX.

De replicationibus doli, quæ bonæ fidei iudicijs inesse existimantur. Ad l. 3. C. de except.

SVMMARIA.

1 *Replicationum & exceptionum differentia.*
2 *An quemadmodum doli exceptiones ita & replicationes bonæ fidei iudicijs insint.*
3 *Exceptionem quæ bonæ fidei iudicio non inest & tamen in eo opponitur euertere & destruere iudicium bonæ fidei.*
4 *Exemplo res declaratur.*
5 *Quando locus sit doli replicationi?*
6 *Exemplo declaratur quomodo doli replicatio opposita bonæ fidei iudicium faciat.*
7 *Cur doli exceptio bonæ fidei iudicium non faciat, quod ab initio non fuit?*
8 *Replicationem doli eo demum casu bonæ fidei iudicium facere, quo iudicium bonæ fidei iam fuerit constitutum.*
9 *Reijcitur ratio a Cuiacio allata pro responso* d. l. 3.

REplicationes † nihil aliud sunt, quàm exceptiones: in hoc tamen ab exceptionibus differentes, a
quod à parte actoris veniunt. Sēper enim replicatio idcirco obiicitur, vt exceptionē impugnet: Cùmque omnis exceptio & replicatio elusoria sit, exceptio actorum excludit, replicatio reum *leg. 2. D. de except.* †
Hinc præceps errandi occasio non vulgarib. duntaxat a
interpretibus, sed etiam doctissimis plerisque viris, imò ni fallor omnibus. Nam cùm certissimi iuris sit doli exceptiones bonæ fidei iudicijs inesse, vt disertè scriptum est *l. sed & si 21. D. solut. matr. l. huiusmodi 84. § quæ seruum de leg. 1. l. si cus 71. § 1. D. de furt.* eadem iuris & æquitatis ratione fieri putarunt, vt doli replicationes credi debeant etiam inesse, quasi nihil hac parte replicationes ab exceptionib. distent. Ac quoniam nouum nō est, vt opposita doli replicatio iudicium bonæ fidei faciat, quemadmodum ait *leg. 3. C. de except.* Inde visum est eandem doli exceptionis potestatem

ſtatem eſſe debere, vt bonæ fidei iudiciom faciat,
quod alioqui eſſet ſtrictum. Ego contra ſic ſtatuto,
doli exceptiones ineſſe bonæ fidei iudiciis, Replica-
tiones non ineſſe: Replicationes tamen doli facere
bonæ fidei iudicium, Exceptiones non item. Moueor
primùm, quia quod in libris noſtris ſcriptum eſt de
exceptionibus doli eas ineſſe bonæ fidei iudiciis, nuſ-
quam ſimiliter de replicationib. ſcriptum eſt, Et è cō-
trario quod de replicationib. proditum legimus, face-
re eas iudicium bonę fidei, nuſquam de doli exceptio-
nibus traditum reperitur. Sed multo magis me mo-
uet ratio ipſa iuris, quæ mihi præcipua, & ſuprema
lex eſt, ſempérque fuit, & erit. Nam ſi verum eſt quod
diximus ex *l. 2. D. de excep.* replicationi nunquam lo-
cum eſſe poſſe niſi præcedente exceptione, & replica-
tionis vſum illum eſſe vt exceptionem impugnet, cō-
ſequens eſt, vt cùm replicatio obiicitur, nullum iam
ampliùs bonæ fidei iudicium ſit, cui poſſit ea replica-
3 tio ineſſe. † Exceptio enim quæ bonæ fidei iudicio nō
ineſt, euertit, & vt ita dicam deſtruit iudicium bonæ
fidei, quia non poteſt videri ex bona fide agere is, qui
iuſta exceptione repelli poteſt, nec bonæ fidei iudi-
cium ſupereſſe cum exceptio quæ actori obſtat, talis
4 eſt, quæ ipſi iudicio non inſit. † Finge eum cui centum
ex cauſa venditi debebantur, pactum fuiſſe de non
petendo, & quidem ex interuallo. Nemo dixerit pa-
cta ex interuallo facta de re ad contractus naturam
non pertinente, ineſſe bonæ fidei iudiciis, licèt non eo
minùs vtilia ſint ad producendam exceptionem *l. iu-
ris gentium 7. §. quinimo & §. ideò D. de pact.* Ergo pacti
exceptio neceſſaria erit emptori ad repellendum ven-
ditorem precium ex vendito petentem. Cum autem
erit oppoſita, deſinet iudicium eſſe bonæ fidei, quia
naturalis & ciuilis illa æquitas quæ faciebat vt em-
ptorem venditori ex bona fide condemnari oporte-
ret propter conuentionē, contraria conuentionis con-
trariæ æquitate diſſoluitur *l. Stichum aut Pamphilum
95. § naturalis. D. de ſolu.* Nam & pacta ſeruari æquum
eſt, quæ nec ſont contra leges nec contra bonos mo-
res. Si exceptio talis eſſet, quæ bonæ fidei iudicio in-
eſſe poſſet, vt puta pacti incontinenti appoſiti, & reb.
omnib integris, déque re ad contractus naturam per-
tinente, non eſſet neceſſaria exceptio, quoniam æqui-
tas iudicij citra exceptionem ad id quoque produce-
retur quod pacto comprehenſum eſſet: Nec proinde
replicatio locum habere poſſet, quandoquidem vt di-
xi exceptionem præcedere neceſſe eſt vt replicationi
locus eſſe poſſit. Etenim quæ æquitas poſſet inducere
replicationem ad excludendam exceptionem ſi locus
eſſet obiiciendæ exceptioni, ea facere debet, vt nihil
eſſe videatur, quod æquitate iudicij ex parte rei ſit
vindicandum. Itaque condemnandus eſt reus hoc ca-
ſu, non quaſi ex replicatione, ſed ipſius actionis iure,
quaſi nullam habens pro ſe defenſionis & exceptio-
nis æquitatem. Denique cùm ad idem iudicium ex-
ceptio ex parte rei, & replicatio ex parte actoris accō-
modetur, non magis poteſt fieri vt eidem iudicio bo-
næ fidei inſit exceptio pacti, aut alia ex parte rei, &
replicatio doli ex parte actoris, quàm vt idem ipſum
5 ius & æquum ſit & iniquum. † Tunc ergo replicatio-
ni doli locus eſt, cùm exceptio præcedit quæ actoris
quantumque bonę fidei iudicio agentis intentionem
excludat, non ipſa iudicij æquitate, ſed proprio auxi-
lio, & ſeparato à contractu. Hoc verò cum ſit, ſicuti
tota poteſtas iudicij bonę fidei elidebatur per extrin-
ſecam exceptionem. Ita exceptionis vis & æquitas e-
lidenda eſt per replicationem, Ea verò eliſa quid ſu-
pereſt niſi vt iudicium bonę fidei quod per exceptio-
nem euerſum videbatur reſtauretur, & redintegre-
tur? † Hoc igitur nimirum eſt quod ait *d. l. 3. C. de ex-* 6
*cept. Nam replicatio doli oppoſita bonæ fidei iudicium fa-
cit, & commentum fraudis repellit.* Finge pactum illud
de non petendo quod ſuprà diximus à venditore fa-
ctum ex interuallo, fuiſſe extortum per dolum. Exce-
ptio pacti, quæ iudicium bonæ fidei enervabat elide-
tur ipſa per doli exceptionē, atq; ita cùm perinde fu-
turum ſit acſi oppoſita non fuiſſet, cui replicatio da-
tur non tam ad eam perimendam quàm ad excluden-
dam, ſupererit iudicium venditi ſaluum & integrum,
cuius poteſtate reus condemnetur quaſi nulla exce-
ptione ſubnixus, nec quę inſit iudicio bonę fidei, nec
quę extrinſecus peti poſſit. † At non idem de doli ma-
li exceptione dici poteſt. vt bonæ fidei iudicium fa- 7
ciat quod ab initio non fuit, quia in hoc ipſum com-
petit exceptio vt actionem excludat. Excluſa autem
actione tantum abeſt, vt fieri poſſit bonæ fidei iudi-
cium, quod ab initio fuit ſtrictum. vt neque ſtrictum
neque aliud vllum iudicium ſuperſit. Neque enim ſi-
ne actione iudicium vllum exerceri poteſt, neque ad-
miſſa exceptione aliæ poſſunt eſſe partes iudicis, niſi
vt actorem condemnet quaſi agentem ſine actione.
Etſi enim actionem aliquam ipſo iure competere ne-
ceſſe eſt vt exceptioni locus eſſe poſſit, tamen ex quo
admiſſa exceptio eſt, nulla actionis ratio haberi po-
teſt, non magis quàm ſi nulla ipſo iure vnquam com-
petiiſſet. Nō igitur eadem exceptionis, & replicatio-
nis ratio eſſe poteſt ad bonæ fidei iudicium conſti-
tuendum. Et quamuis eadem eſſet ratio, non tamen
inferre poſſes, Exceptionis doli eam vim eſſe debere,
vt ex iudicio ſtricto faciat iudicium bonæ fidei, quia
nec replicationis doli ea vis eſſe poſſet. † Nam quod
dicimus replicationem doli facere bonæ fidei iudiciū, 8
ad eum duntaxat caſum pertinet, quo iudicium bo-
næ fidei iam fuerit conſtitutum vt in ſpecie *d. l. 3. C. de
excep.* vbi agitur de iudicio tutelæ, Si enim poneres
actum fuiſſe ex ſtipulatione, oppoſitam autem ſtipu-
latori exceptionem pacti, quæ per doli replicationem
elidi poſſit, Non niſi abſurdè dixeris, iudicium ex ſti-
pulatu quod ſtricti iuris eſt, euaſurum in bonæ fidei
iudicium propter oppoſitā doli replicationem. Quid
.n. aliud facere poteſt replicatio, niſi vt elidat exce-
ptionem? Eliſa verò exceptione quid ſupereſt niſi vt
actio talis maneat, qualis erat ante oppoſitam exce-
ptionem? Atqui erat ſtricta & ex ſtipulatu. Manet er-
go ſtricta, quia & ex ſtipulatu actio ſemper eſt. Quæ
cùm ita ſint, non erat cur Cuiacius miraretur, & quæ-
reret, quorſum *Imp. in d. l. 3.* dixerit, per doli replica-
tionem conſtitui iudicium bonæ fidei, cùm de actio-
ne tutelæ tractaret, quæ ipſa per ſe bonæ fidei eſt. †
Illa verò multo ineptior ratio eſt, quam pro reſpon- 9
ſione ſubiicit, cùm ait non fuiſſe quidem in ea ſpecie
neceſſariam exceptionem, nec replicationē, cùm bo-
næ fidei iudicium eſſet, ſed tamen ſi exceptio vel re-
plicatio doli opponitur, iam actionem ipſam non tam
per ſe quàm per exceptionem vel replicationem bo-
næ fidei conſtitui. Debuit ex contrario dicere, fuiſſe
neceſſariam pacti exceptionem, cùm de pacto ageretur,
quod non poterat videri pendere ex contractu;
quando nec actio ipſa tutelæ naſcitur ex contractu,
ſed ex quaſi contractu, nec proinde ineſſe actioni bo-
næ fidei à qua eſſet omnino ſeparatum. Non enim ſi-
cut omnes doli exceptiones inſunt omnibus bonæ fi-
dei iudiciis, ita & exceptiones omnes pactorum. Hu-
iuſmodi autem exceptione contra bonæ fidei actio-
nem admiſſa, atque ita euerſa iudicio bonæ fidei, ne-
ceſſariam fuiſſe doli replicationem, quæ exceptiones

pacti vires subuerteret: quibus subuersis iudicium pristinum, quod per exceptionem, sublatum videbatur, restitui, & quidem tale quale anteà erat. Ergo bonæ fidei. Quod cùm fiat viribus, & potestate replicationis, non malè dicitur per replicationem doli constitutum esse iudicium bonæ fidei, nempe quod alioqui nullum prorsus esset. Illud tamen omninò requiritur vt ab initio fuerit bonæ fidei, quia replicatio non tam illud constituit, quàm restituit, nec proinde nouam ei naturam, & firmam ingerit, sed pristinam, qualis fuit, conseruat.

CAPVT XX.

Cur testamentum non valeat sine heredis institutione, nec institutio sine aditione.

SVMMARIA.

1 *Non solùm legis potestatem sufficere potuisse vt rei legatæ dominium à testatore in legatarium transferretur.*

2 *Sed necesse esse induci personam quæ dominium habeat, heredem scilicet qui defuncti domini personam repræsentet.*

3 *Rei tamen legatæ dominium à testatore rectà via in legatarium interueniente scil. heredis persona transferri.*

4 *In quo eluceat legis potestas quæ totum ius testamentorum introduxit?*

5 *Rei legatæ dominium faciliùs heredi adimi, quàm ab eo transferri.*

6 *In quo differat lex à natura.*

7 *Ratio personæ heredis ad validitatem testamenti quænam fuerit?*

8 *Dominij continuationem non translationem illam esse quæ fit à testatore in heredem.*

9 *Cur testatoris & heredis vna eadémque persona esse credatur?*

10 *Dominia haberi non posse nisi continuatione aut acquisitione.*

11 *Cur legis potestate factum non sit vt dominium legati in legatarium continuaretur, non autem transferretur?*

12 *Licèt vnius testatoris plures sint heredes, non ideo minus singulos pro sua portione defuncti testatoris personam repræsentare.*

13 *Cur vno herede repudiante, aut pluribus, repudiantium portiones coheredi qui solus adijt, vel inuito adcrescant.*

14 *Necessariam esse aditionem ad hoc ne legata intercidant.*

15 *Cur hereditas non heredis, sed defuncti personam repræsentet?*

16 *Ad heredis ius inducendum necesse fuisse hereditatem induci in necessarium antecedens.*

17 *Cur in suis & necessarijs heredibus nulla sit hereditas nulla aditio, nulla delatio, & cur in extraneis secus obtineat?*

QVoniam fieri non poterat vt qui dominus non esset, dominium transferret, necesse fuit lege duodecim tabularum induci factionem testamenti, siquidem qui testatur, voluntatē suam declarat, de eo quod post mortem suam fieri velit *l.1. D. qui testa. fac. & poss.* & consequenter voluntatis suæ effectum in id tempus confert, quo non erit ampliùs dominus, quod ex ratione iuris non fit nisi inutiliter *l. Stichus 39. D. de manum. testam.* † Neque tamen sola illa legis potestas
2 sufficere potuit, vt si quid fortè testator legasset, dominium rei legatæ à testatore in legatarium transferretur. Omnis enim translatio dominij necessariò requirit esse aliquem à quo dominium transferatur, & esse alium in quem transferatur. Porro sicuti non in aliū transferri potest quàm qui nō erat antè dominus [semel enim dominus magis dominus fieri non potest *l. non vt pluribus 159. de reg. iur.*] ita nec ab alio, quàm ab eo, qui illo ipso instanti quo translatio fit, dominus reperiatur. Inde fit vt cùm testator, qui quandiu vixit dominus fuit, morte amiserit dominium, vt & cætera omnia, nequeat translatio illa fieri mortuo testatore, quia qui mortuus est nullus est, vnde illud quoque euenit quòd nostri dicunt, Orcinum libertū nullius libertum esse, quia defuncti libertus est. Et quemadmodum viuo testatore dominium non potest transferri in legatarium, quòd nullus dum eo tempore sit legatarius in quem transferatur, ita nec testatore mortuo quia nullus tum amplius testator sit, qui trāsferat. Et sicuti testator viuus rei suæ dominium transferre noluit cùm posset, Ita nec mortuus potest, tametsi viuus voluerit. Denique vno casu deficitur voluntate, alio potestate, vt & in specie *l. quoties 9. D. de hered. instit.* Cùm tamen ad dominium transferendum & voluntatem & potestatem transferendi concurrere oporteat *l. multum interest 6. C. si quis alter. vel sibi.* Nec verò lex vlla facere vnquam possit, vt dominium à non domino in non dominum transferatur. † Ergo 2
vt is cui legatus est fundus, fiat fundi dominus, necesse est induci personam, quæ dominiū habeat. Eam verò personam, cùm defuncti esse nequeat, qui, vt dixi, nullus est, talem esse oportet, vt defuncti personam repræsentet, quandoquidem qui defunctus est, verè quandiu vixit, dominus fuit. Hinc scilicet ductum est ius & nomen heredis, cuius persona eadem esse creditur, quæ defuncti, propterea quòd eiusdem legis potestate, quæ legandi potestatem fecit, succedit ille in omnia iura quæ defunctus habuit, aut illud ipsum idémque numero dominium succedendo nanciscitur, quod fuit morientis testatoris. Dato enim herede, id est vt nomen ipsum sonat, domino *§. vlt. Inst. de hered. qualit. & differ.* iam est persona cui lex dominium rei legatæ possit adimere, vt transferat in legatarium.
† Dices, rei legatæ dominium non ab herede, sed ab ipso testatore transire rectà via in legatarium, quasi 3
numquam factum heredis *l. a Titio 64. D. de furt.* Fateor, sed id dico fieri propter interuenientem personam heredis, quæ si non esset, translatio illa fieri nullomodo posset. Etsi enim non transfertur dominium rei legatæ in legatarium ab herede, quia nunquam censetur fuisse heredis, cùm perinde legatum faciat legatarij rem legatā, vt hereditas heredis res singulas *l. legatum 80. de legat. 2* [siquidem vtrumque manat, & pendet ex eadem legis potestate] heredis tamen persona ad hoc necessaria est, vt sit cui adimi possit dominium eo tempore, quo transferendum est in legatarium. Translatio namque fit in instanti, nec patitur medium & vacuum tempus vllum esse inter illud instans quo dominium ex vna parte amittitur, & instās quo ex alia parte comparatur. † Ex quo apparet miram 4
illam legis potestatem quæ totum ius hoc testamentorum introduxit, non eo solo elucere, quod permiserit homini de alienis quodammodo rebus testari, id est de suis quidem, sed in id tempus collata dispositione quo non sit ipse futurus dominus: nec rursum in eo duntaxat, quòd prætereà & hereditatem & heredis personam induxerit, quæ defunctum repræsentaret, sed in eo maximè quod inducta heredis persona, vt esset cui dominium adimeret, nullum tamen heredis

heredis factum requirit ad dominium transferendũ,
sed solo testatoris facto contenta est: vtpote in conse-
quentiã necessariam, ita iam constituto iure vt testa-
tori liceat de rebus suis disponere in id tempus quo
erit mortuus, itemque vt heres eadem persona sit cũ
defuncto cuius factum idcirco non solum improba-
re heres nequeat, sed & perinde habendum sic acsi
5 ipsius heredis factum esset. † Quod si rursum obiicias
non magis fieri posse vt dominium rei legatæ quod
numquam fuit heredis, ipsi adimatur, quàm vt ab eo
transferatur, [transferri enim posse iam negauimus]
Respondebo imò faciliùs adimi, quàm transferri.
Transferri enim non potest nisi quod iam fuerit quæ-
situm, adimitur verò etiam quòd nunquam quæsi-
tum fuit, hoc ipso, quod impeditur acquisitio quæ
alioquin omnimodo & ipso iure contingeret. Nec
mirum videri debet hanc ademptionis formam lege
& iure constitutam esse, cùm eadem lex illa sit quæ
6 huiusmodi acquisitionis genus introduxit: † cùmque
in eo lex differat à natura, quòd lex operatur in in-
stanti, natura autem, quia factum requirit, non nisi
in tempore, quis miretur eodem instanti fieri, vt &
heres quis sit, & dominium rei legatæ, quod alioqui
ad heredem ex caussa hereditaria, & cum vniuersa
hereditate peruenturum esset, transferatur à testato-
re in legatarium? Cæterum adimi legatum heredi,
nec tamen ab herede ipso transferri, apparet ex ele-
ganti illa diffinitione legati à Iureconsulto tradita *in
l. legatum est, de leg.* 1. quæ habet nihil aliud esse lega-
tum, quam delibationem hereditatis, cùm ex eo, quod
vniuersum heredis foret, alicui collatum quid testator
7 voluit. † Itaque personæ heredis necessariò inducen-
dæ ad validitatem testamẽti ratio alia non fuit, quàm
vt testator ipse à quo fit dominij translatio per legẽ,
propemodum adhuc viuere crederetur: superstite ni-
mirum, qui ipsius personam repræsentaret, ne quic-
quam deesset, cuius defectu translatio impediretur:
8 † Vrgebis fortasse dominium ipsius hereditatis tran-
sire à testatore in heredem sola legis potestate, neque
in eam rem aliam induci personam, quæ defunctum
repręsentet, ne in infinitum res abeat, si heredis vnius
habendi gratia alium heredẽ fieri oporteret, qui de-
functi personam repręsentaret. At non respondeo do-
minij continuationem esse non translationem illam
quæ fit à testatore in heredem, quoniam testatoris
& heredis vna eadémque persona esse intelligitur:
Translatio autem ne intellectu quidem percipi po-
9 test, nisi ab vna persona ad aliam. † Cur autem testa-
toris, & heredis vna eadémque persona esse credatur,
non illa solum ratio est, quæ ex superiorib. colligitur,
quòd ita induci necesse fuerit vt legata cęteráque te-
stamento relicta valerent, sed etiam ne aliter posito
iure eueniret, vt morte cuiusque bona statim quasi
nullius facta fierent occupantis, atque ita inferretur
iniuria non modò creditoribus, sed aliis etiam omni-
bus, ad quos aut ex voto, aut aliqua miserationis, vel
successionis ratione bona peruenire debuissent. Ces-
sante .n. modo transferendi dominij, propter eas ra-
tiones quas attulimus, sola supererat ratio continua-
tionis, quæ impediret, ne dominiũ iacens videri pos-
10 set. † Dominia siquidem haberi non possunt, nisi
aut continuatione, aut acquisitione, nec acquiri
nisi translatione aut occupatione. Continuatio por-
rò, vt dixi, esse non potest vbi plures sunt personæ. In-
déque nimirum euenit, vt si de intestati successione
quæratur, non alia ratio reddi debeat propter quam
heredem aliquẽ esse necesse sit, qui defuncti personã
repræsentet non secus ac condito testamento licèt eo
casu de legatis quæri non possit. † At rursus instabis, 11
Quidni verò legis potestate factum est vt dominium
legati cõtinuaretur in legatarium, non transferretur?
Iam respondi non posse continuationem fieri, nisi
cùm vna eadémque persona est. Atqui testatoris & le-
gatarij personæ sunt diuersę. Vnus .n. testator est: Plu-
res verò possunt esse legatarij & re & verbis disiun-
cti, quo casu quot legatarij, tot sunt legata: Et præter-
eà legatarius etiamsi maximè vnus, & solus sit, non in
vniuersum ius defuncti succedit, sed in tantum quod
ad rem legatam pertinet: cùm tamen si eadem perso-
na esset, eadem ipsa omnino iura habere deberet, quæ
defunctus habuisset. Eadem enim persona, vt quid ha-
beat, & non habeat, fieri nullo modo potest. † Repli- 12
cabis, Posse similiter vnius testatoris plures esse here-
des. Fateor, sed tamen non ideo minùs repræsentant
singuli vnius defuncti personã pro sua quisque por-
tione quoniam vna tantùm hereditas est, quæ priuſ-
quàm adiretur, eiusdem defuncti personam repręsen-
tabat, licèt vbi diuisa est inter plures heredes, tot sint
hereditates quot sunt portiones hereditariæ, quia he-
reditas quid homogeneum est, aut potius vniuersale,
cuius partes æquè vniuersales esse, id est in vniuerso
consistere necesse est. † Vnde illud quoque fit, vt vno 13
herede repudiante aut pluribus, repudiantium por-
tiones, coheredi qui solus adiit vel inuito adcrescant.
Non ratione illa quæ vulgo adferri solet, ne quis pro
parte testatus & pro parte intestatus decessisse videa-
tur [quid enim si paterfamilias intestatus decesserit?]
Sed quia fieri nequeat vt nõ sint qui personã defun-
cti in totũ & in solidũ repræsentẽt, si quis vel minima
ex parte repræsentet. Hominis .n. persona indiuidua
est, licèt ius ipsum hereditatis, per quod repræsentatio
illa inducitur, diuisionem recipiat ex portionib. here-
ditariis, quia sicut fieri non potest, vt quis alterius
personam solus & pro parte duntaxat repræsentet, ita
nec illud, vt vnius eiusdémque hominis personã plu-
res in solidum repræsentent. † Cæterùm ex eo quod 14
diximus non posse valere testamentum, in quo heres
nemo institutus sit, illud etiam fit, vt necessaria sit adi-
tio ad hoc ne intercidant legata quæ testamento reli-
cta sunt. Non .n. institutio illa est, quæ heredem facit,
sed aditio, quæ quandiu secuta non est, verè dicitur
neminem esse qui defuncti personam repræsentet, &
cui dominium possit adimi, vt à testatore in legatariũ
transferatur. Itaque institutio facit testamentum, sed
aditio confirmat, sine institutione testamentum nul-
lum est, sine aditione destituitur testamentum, quod
fuit, & ab initio valuit. † Apparet etiam ex superiori- 15
bus, cur constitutum sit vt hereditas non heredis sed
defuncti personam repræsentet. Nam cùm heredis
persona ante aditionem non solùm nulla sit, sed etiam
eius qui per aditionem aliquando futurus est, incer-
ta, quia nescitur quis heres, at nec an vllus futurus
sit, fieri non potest vt ad inducendam dominij conti-
nuationem, quæ prorsus necessaria est, personæ here-
dis ratio vlla habeatur cùm dominium non magis in-
certi, quàm nullius hominis esse possit. At defuncti
persona licèt reuera nulla sit, tamen aliquando fuit,
& quænam fuerit tam certum est, vt ad continuan-
dum in ea dominium sola fictione opus sit, quæ indu-
cat vt ea persona, quasi adhuc esset, repræsentetur.
Circa personam futuri heredis quæ semper incerta
est, nihil fingere lex potest propter incertitudinem,
quia non minùs lex quam homo futuras res ignorat.
† Inde illud etiã factũ est vt ad heredis ius inducen- 16
dum, necesse fuerit induci hereditatem in necessariũ
antecedens, vt coniungi aliquando possent instantia

mortis & aditionis, Ne si vel minimo vllo instanti in-
termedio, dominium nullius fuisse videretur, posset
fieri occupantis, nec ratio aliqua superesset aut conti-
17 nuandi eius aut transferendi in heredem. † Hinc de-
nique illud proficiscitur, quod in suis & necessariis
heredib. nulla est hereditas, nulláque hereditatis aut
aditio aut delatio, quia cùm statim, & ipso iure sint
heredes cõtinuatur in eos dominiũ, nec indigent au-
xilio illo quæ ceteri heredes, vt domini fiant *l. in suis 11. D. de lib. & posth. l. in suis 14. D. de suis & legit.* Quod similiter ad extraneos heredes porrigi non potuit, quib. vtique iniuria fieret si statim & inuiti heredes efficerentur, & alterius personam quam nollent repræsentare cogerẽtur, quantumuis locuples esset hereditas *l. 4. D. ad S.C. Trebell.* Suis heredibus nulla fit iniuria cùm iam viuo patre sint quodammodo domini, Dominium autem semel acquisitum facilè continuetur, & sua sponte duret acquisitum. Seruis verò multò minùs, quandoquidem quod ad ius ciuile attinet, pro mortuis & nullis habentur *l. quod attinet 27. de reg. iur.* Bonique consulere debent, quod per hanc necessariæ successionis rationem consequantur libertatem iamque aliqui esse incipiant qui antea erant nulli.



NOBILISS. ET CLARISS. VIRO FABRICIO DE SCAEVA IN TAVRINENSI ACADEMIA VESPERTINO Iuris Ciuilis Professori celeberrimo,

ANTONIVS FABER S. P. D.



AN non verò dignus tibi videor, doctissimè Fabrici, cui tu posthac credas liberaliter, qui sum adeò diligẽs in fide vt vides, liberanda? Támne citò, inquies qui tamdiu debes? At ego cùm meam ostendo diligentiam, non ad contracti debiti tempus respicio, quo vix aliud vllum mihi antiquius, sed ad eam diem quam tu à me pro tua facilitate longiorem solutioni dictam esse voluisti. Memini enim cum tertio ab hinc anno Ioannem Antonium fratrem meum suauissimum ad scholam tuam proficiscentem tibi per literas commendarem, eíque cum literis Coniecturarum mearum libros ad te perferendos traderem, recipere me facturum, vt si quid vnquam in hoc scribendi genere præstare possem ornatius, & elegantius, id in perpetuum arctissimæ necessitudinis nostræ monumentum nomini tuo aliquando inscriberetur: Te verò fidem meam secutum, ab eo tempore, quasi pro iam facto haberes, quod fieri iampridem debuerat, non destitisse facere omni officiorum & beneficiorum genere, vt ego fratérque meus intelligeremus quàm grata tibi futura esset exhibitio hæc studij erga te mei. Quanquam vereor non mediocriter, ne non sint hæc eiusmodi vt eorũ præstatione videar fidem exsoluisse. Sum enim mihi conscius quàm aliena sint ab ea scribendi ratione quam ego tum ornatiorem pollicebar. Tuo mihi in eam rem ingenio, mi Fabrici, tuóque ocio opus esset. Nam quæ à te prælectionibus tam eruditè, subtiliter, & eleganter enarrandis assidua cura impẽditur, etsi parum tibi ad scribendum ocij relinquit, quãtam tamen non librorum sed voluminum, non Coniecturarum sed sententiarum certiorúmque interpretationum materiam præbere posset, si vel iis ipsis verbis quibus à te recitantur, in publicum eas exire patereris? Ego verò nullam nisi litibus, & iurgiis forensibus tractandis operam nauando, quid aliud possum assequi nisi vt quantum mihi ex quotidiana iudiciorum exercitatione accedit molestia, tantum de scriptorum meorum elegantia, & subtilitate, si qua tamen vnquam fuit detrahatur? Patere obsecro vt istam quæ tantopere te delectat, quámque semper in votis habui, iuris docendi artem & professionem tibi inuideam, Aut vt mihi liceat quasi aliud agenti interdum etiam ineptire: Sed ea tamen lege (quod te iterum atque iterum rogatum & exoratum volo) vt rescribas cùm erit commodum, quid tu à me subtiliùs, quid etiam ineptius tractatum putes. Etsi enim id ago vt me amicissimum tibique deuinctissimum, potiùs quàm vt acutum iuris interpretem agnoscas, Erit tamen mihi non modo peroptatum, sed etiam gloriosum, quem aliquando habui condiscipulum, nunc habere magistrum. Bene vale, mi Fabrici, & Fabrum tuum planè Fabricanium, vt facis ama. Dat. Camber. 4. Cal. Maias 1597.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præsidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus quintus.

CAPVT I.

De iudiciis bonæ fidei, strictis, & arbitrariis generalia quædam, nec minùs tamen singularia.

SVMMARIA.

1 *Personales tantùm actiones propriè ac pariter loquendo* actiones *dici posse.*
2 *Ex actionibus in personam fieri condemnationem, ex iis quæ in rem sunt non item.*
3 *Quomodo in actionibus in rem iudex pronuntiare debeat?*
4 *Alia differentia inter personales & reales actiones, ratione temporis quod conuentis & iudicatis conceditur.*
5 *An quia in vindicatione reum conuentum si non possideat iudex absoluere debet, possessorem condemnare possit?*
6 *Non quemadmodum absoluere potest quisquis condemnandi facultatem habet, ita vicissim condemnandi ius habere, quisquis potest absoluere.*
7 *Declaratur* l. pen. ff. de confess.
8 *Quo pertineat vulgatum illud iuris axioma, iudicia omnia absolutoria esse?*
9 *Præstationes variè pro negotiorum & actionum natura in condemnationem in personalibus actionibus deduci.*
10 *Præstationes quæ ex bonæ fidei iudiciis fiunt, ab obligationis iure separandas esse.*
11 *Præcipua dissimilitudo inter stricti iuris & bonæ fidei iudicia.*
12 *Quod naturales accessiones post litis contestationem in strictis iudiciis præstantur, non aliqua iuris ratione constitutum, sed vulgo receptum esse.*
13 *Cur non idem ea parte in vsuris quod in fructibus receptum sit?*
14 *Refellitur Pragmaticorum sententia existimantium hodie passim a lite contestata tam vsuras quam fructus in strictis iudiciis peti & adiudicari.*
15 *In arbitrariis iudiciis condemnationem iure obligationis fieri non posse.*
16 *Quo iure condemnatio in illis fieri possit?*
17 *Explicatur arbitrariarum actionum definitio à Iustiniano tradita.*
18 *Sententiam* l. qui restituere ff. de R V. *ad omnia interdicta & actiones tam in rem quam in personam ex quibus quid arbitratu iudicis non restituitur, pertinere.*
19 *Verba illa* d. l. in fin. ex quibus quid arbitratu iudicis restituitur *adiecta negatione legenda esse.*
20 *Alia coniectura ad verbum illud* restituitur.
21 *Iudicia arbitraria vberrimas & plenissimas præstationes recipere.*
22 *Formulas dandorum iudicum pro iudiciorum differentia aliter atque aliter concipi solitas fuisse.*

CVm† nihil aliud sit actio quàm ius persequendi in iudicio quod sibi debetur, in- 1
déque fiat vt ex obligationibus actiones
tanquam effectus ex caussis producantur apparet personales tãtùm actiones propriè ac paritè loquentibus actiones dici posse. Nam quę in rem comparatæ sunt directæ vindicationes, non ex obligatione proficiscuntur, sed ex eo quod & dominus sit is qui agit. Et qui conuenitur, siue possessorem proponas, siue nudum detentorem, restituendæ rei quæ petitur habeat facultatem. Nec aliud de hypothecaria iuris est, licèt non competat nisi propter rem pignori obligatam. Illa enim obligatio afficit equidem rem ipsam quæ petitur, sed non personam quæ conuenitur. Cuius conueniendæ nec alia ratio est, quàm quia possidet. † Inde sequitur differentia perelegans
inter actiones quæ in personam, & eas quæ in rem 2
sunt, quòd ex illis fit condemnatio, ex his non item. Qui enim obligatus est ad aliquid dandum vel faciendũ, vt idipsum det vel faciat condemnandus est. Is verò qui nullo modo obligatus est, tametsi rem siue alienam siue alteri obligatam possideat quomodo aut ad quid fieri potest vt condẽnetur? Itaque in rem actiones magis propriè appellamus petitiones, si merè in rem sint, aut persecutiones si in personam quidem scriptæ sint, sed ad rem ipsam consequendam *l. actio* 28. *D. de oblig. & act. iunct. l. nihil aliud* 51. *eod. l. pecuniæ*
178. § *actionis. D. de verb. sign.* † Quid ergo? Pronuncia- 3
re iudex debet petitam rem esse aut in petitoris dominio, aut petitori obligatam, atque ita iubere vt eã possessor cum fructibus restituat. Si non pareat, tum demum condemnatio fit propter accessiones & fructus perceptos à tempore iudicati, de quibus nihil pronunciari tunc potuit cùm iudicatum est. Nã quod ad rem ipsam attinet ne tum quidem vlla fit condemnatio, cùm si reus eam habeat, manu militari ab eo auferenda sit officio iudicis, & possessio in victorem transferenda. Planè si non possit restituere siquidem dolo fecit quominùs possit, is quantum aduersarius in litem sine vlla taxatione iurauerit condemnandus est. si verò nec possit restituere nec dolo fecerit quominùs posset, non pluris quàm quanti res est, id est quanti reuera aduersarij interfuit *l. qui restituere* 68. *D. de rei vind.* Quanquã is locus mihi valde suspectus est, & Tribonianũ ni fallor magis quàm Vlpianũ nostrum redolens, vt ex iis quæ sequenti fortassis libro dicemus, intelligetur. † Inde illa etiam manat
differentia, quòd iis qui personali actione conuenti 4

sunt, & cōdemnati, dilatio datur à lege & à iudice le-
gem exequente, intra quam satisfaciant iudicato, Po-
sterioribus autem restituere rem iussis non item, nisi
ex magna causa adeoque præstita satisdatione *§. &*
si in rem Instit. de off. iudic. quia non alius quàm iis qui
condemnati sunt ea dilatio danda est, vt explicaui-
mus lib. 7. capit. 1. Isti autem non sunt condemnati.
5 † Dicat aliquis, si is qui vindicatione conuentus est
non possideat, alias iudicis partes esse non posse quàm
vt reum absoluat *d. §. & si rem.* Cur non ergo posses-
sorem condemnabit? Siquidem dici solet eius esse
6 condemnare cuius est absoluere. † Respondeo, quod
ante me fortassis nemo dixit, non sic conceptam esse
iuris regulam vt condemnare possit quisquis potest
absoluere, sed ex contrario, vt nemo qui condemnare
potest, absoluere etiam non possit *leg. nemo 37. de regul.*
iur. id est vt qui damnare potest, is absoluendi quo
que potestatem habeat, quomodo Paulus loquitur *in*
leg. 3. Digest. de re iudic. facit leg. penult. Digest. de confess.
† vbi Africanus quærit, si cùm fideicommissum pete-
retur, heres confessus sit debere, & arbiter ad resti-
tuendum datus compererit nihil deberi, an possit he-
redem absoluere. Et ait si ex ea caussa nihil debeatur,
quia testator forte soluendo non erat aut quòd heres
omne solutum esse apud Prætorem dixerat, cúmque
controuersia & computatio difficilior esset arbiter
datus fuerat, saluo officio eum absolutum: has enim
partes eius esse vt si in computatione nihil interue-
niatur, possit absoluere. Nec est contrarium, quod i-
bidem addit, Si ex caussa compererit arbiter nihil de-
beri quòd nullum fideicommissum fuerit, non debere
eum absoluere sed ad prætorem potius remittere vt
absoluatur. Id enim fit, quia non ad id arbiter datus
fuerat, vt de fideicommisso cognosceret an debere-
tur, aut vt heredem condemnaret, sed in id duntaxat
vt fideicommissum restitueretur, quod heres confes-
7 sus in iure fuerat deberi. A quo tempore cùm iam
pro condemnato reus haberetur *leg. 1. D. eod.* conse-
quens erat vt condemnari amplius non posset aut
absolui, præsertim ab eo qui non nisi in executione
quasi iudicati arbiter datus esset, Præterquàm eo casu
quo absolui in iudicati executione etiam condemna-
tus potest, id est si satisfecerit, aut nihil sit quod face-
re amplius possit. Cæterum non quemadmodum ab-
soluere potest quisquis condemnandi facultatem
habet, ita vicissim possis dicere condemnandi ius ha-
8 bere, quisquis potest absoluere. † Eoque fortasse spe-
ctat quod vulgo antea dicebatur, iudicia omnia esse
absolutoria, vt intelligeremus nō similiter omnia esse
condemnatoria, id est in omni iudiciorum genere
absolui reum posse, non æquè condemnari, cùm quæ-
dam essent in quibus condemnationi locus fieri nul-
lo modo poterat, illa nimirum quæ super petitioni-
bus & in rem actionibus non super personalibus
præterquam arbitrariis exercebantur, si arbitrio iudi-
cis rem restitui iubentis parere reus vellet. Tametsi
non ignorem alio sensu nec fortasse tam probabili
acceptum id fuisse à Iustiniano *in §. vltim. Institut. de*
9 *perpet. & tempor. actio.* † Ita fit igitur, vt iudex datus in
actione personali non facile semper sciat quid in
condemnationem deducere debeat. Idipsum enim
quod in obligatione est, aliter atque aliter pro nego-
tiorum natura, variisque circumstantiis æstimatur.
Aliquando strictius obligationem metimur ex eo
quod verbis tantùm & disertè comprehensum est vt
in verborum obligatione. Aliquando ex traditione
aut facto & quatenus numeratum aut factum est, vt
in mutuo & contractibus innominatis. Eámque ob
caussam iudicia hæc stricta aut quod idem est stricti
iuris appellantur. Aliquando autem obligatio reci-
pit pleniorem & largiorem interpretationem & ex
bona fide vberiores admittit præstationes, ita ferente
& suadente qualitate negotij vt contingit in vendi-
tione, locatione, deposito, commodato, aliisque huius-
modi iudiciis, quæ ob id bonæ fidei iudicia dicere so-
lemus. † Quamquam probabilius mihi videtur, vt 10
præstationes, quæ ex huiusmodi iudiciis sunt, ab o-
bligationis iure separari oporteat. Nā quod pleniores
& vberiores esse solent, non fit ex natura obligatio-
nis, sed potiùs officio iudicis, Vt euenit cùm agitur
de soluendis vsuris precij ex venditione debiti siue
propter moram siue citra moram in fructuum vicem
& compensationem *l. Lucius. 47. §. vlt. leg. qui per col-*
lusionem 49. §. 1. D. de act. empt. l. curabit 5. Cod. eo. l. quæro.
54. D. locati l. in bonæ fidei. 13. Cod. de vsur. l. quod tantun-
dem. 7. Digest. de negot. gest. † Itaque præcipua inter 11
bonæ fidei & stricti iuris iudicia dissimilitudo illa
est, quòd in strictis numquam fit condemnatio nisi ex
iure obligationis, in aliis vt plurimùm officio iudi-
cis, quoniam & obligationis natura illa est vt iudicis
officium admittat, Cui ex contrario in stricti iuris a-
ctionibus numquam locus esse potest, Ne quidem
quod pertinet ad præstationes eius temporis quod se-
quitur litis contestationem. † Nam vt accessiones na- 12
turales eius temporis præstentur, non aliqua iuris ra-
tione constitutum est, sed vulgo receptum quemad-
modum Papin. loquitur *in l. 2. de vsur.* id est æquitate
l. vtilitatem 38. §. si actionem eo. quamuis æquitas illum
iuris colorem habeat, quòd quale quid est cum peti-
tur tale dari debet *dict. l. 2.* Haberétque hodie actor
fructus à tempore litis contestatæ perceptos, si tum
cum egit tradita ei res fuisset. Fructus enim ex fundo
percepti ipsi fundo accepto ferendi sunt *l. in fideicom-*
missariam 18. D. ad S.C. Trebell. † Quare nec idem in v- 13
suris quod in fructibus receptum est, quia non habēt
caussam naturalē. Nec consequens est habiturū fuisse
creditorem vsuras si pecuniā pro contestatione acce-
pisset, quia non sicut fructus ex fundo ita ex pecunia
& natura vsuræ percipiuntur, sed ex negotiatione, &
iure vt scriptum est in *l. si nauis 62. D. de rei vend. l. vsu-*
ra 121. D. de verb. sign. ob idque nec caussæ appellatio-
ne continentur. Caussam enim rei appellamus, id o-
mne quod habiturus foret actor, si eo tempore quo
iudicium accipiebatur restituta illi res fuisset *l. præ-*
terea. 20. D. de rei vind. Quæ tamen inter fructus & v-
suras differentia nulla prorsus esse deberet si in hoc
quoque iudiciorum genere officium iudicis propter
moram induceretur. Neque enim minus moram con-
trahit qui pecuniam, quàm qui fundum quem præ-
stare debuit retinere litémque de ea re sine ratione
cōtestatur. † Quod à pragmaticis nostris non animad- 14
uersū erroris materiā iis præbuit, induxit q; vt hodie
passim à lite cōtestata nō minus vsuræ q̃ fructus etiā
iudiciis strictis, & petātur, & adiudicētur, cū tamē fru-
ctuū fauorabiliorē q̃ vsuratū causā esse ex eo quoq;
appareat, quod in bonæ fidei iudiciis fructus etiam
citra morā debentur, vsuræ verò non nisi post moram
d. l. 38. §. pen. de vsur. † At in iudiciis quę nec bonæ fidei 15
sunt nec stricti iuris, sed arbitraria, longè aliter serua-
tur. In illis enim non potest fieri condemnatio iure o-
bligationis, cùm nulla precedat obligatio neq; officio
iudicis, quia officiū iudicis necesse est vt versetur cir-
ca ea quæ ad ius obligationis accedunt, siue ex natura
negotij quo de agitur vt in bonę fidei iudiciis, siue ex
vi contestationis, quę ipsa per se officium iudicis licet
minùs plenum solet inducere, pręcedente obligatio-
ne aliqua

ne aliqua vt in strictis. Proinde vbi obligatio nulla præcedit, sicuti nulla ex obligatione contestatio, ita nec iudicis officium sequi potest. Adeò vt in bonæ fidei quoque iudiciis quæ vt diximus sic cōparata sunt vt iudicio officiū non modò admittant sed etiam implorent, si contingat ius obligationis perimi puta solutione eius quod in mera obligatione, nullus officio iudicis locus supersit *d.l. qui per collusionem 49 §.1. de*

16 *action. empt.* † Quo igitur iure in arbitrariis fieri potest condemnatio? Arbitrio iudicis præcedente, quod obligationis vice sit, vt in vicē iustæ obligationis succedat autoritas iubentis, quemadmodum euenit licet alio sensu & in dissimili specie *in leg. 1. C. si in caus. iudic. pign. cap. sit.* Nam quę ratio impedit ne officium iudicis implorari possit, non similiter impedit ne arbitrio locus sit, quippe cui inducendo sufficiat sola ratio æquitatis, nec obligationem subesse oporteat, quæ tamen necessaria est ad officium iudicis inducendum.

17 † Itaque elegāter Iustinianus *in §. præterea Instit. de action.* arbitrarias actiones definit illas, in quibus nisi arbitrio iudicis is cū quo agitur actori satisfaciat veluti rem restituat, vel exhibeat, vel soluat, vel ex noxali caussa seruum dedat, condemnari debeat. Non ait arbitrarias idcirco dici quòd in iis condemnatio fiat arbitrio iudicis, vt plerique malè putant, sed in quibus non alia de caussa sequitur condemnatio, quàm quòd præcedenti iudicis arbitrio non pareatur. Quid enim aliud facere possit iudex de ea re aditus quæ nec obligatione vlla nec officio iudicis contineatur nisi vt arbitretur id dari aut fieri quod æquum putet? Quid verò æquius quàm vt iubeat te restituere rem quam videat petitoris esse non tuam, licèt à te possideatur? aut quam tu ab aduersario per vim aut dolum malum extorseris? Quòd si arbitrio parere nolis tum verò cōdemnandus es, & quidem officio iudicis cui scilicet

18 contumacia tua locum facere cœperit. † Nam quod supra diximus, Eum qui restituere iussus iudici non paret vel manu militari priuandum sua possessione si rem habeat. Vel si non habeat, dolo autem malo desierit habere, condemnandum quanti actor sine vlla taxatione in litem iurauerit, sin dolus nullus interuenit, quāti reuera interest petitoris: Hæc inquam sententia generalis est, & ad omnia siue interdicta siue actiones in re, siue in personam sint ex quibus arbitratu iudicis quod non restituitur, locum habet *d.l. qui restituere 68. in fin. de rei vindic.*

19 † vbi propter hanc caussam lego addita negatione *non restituitur*, quia quoties arbitratu iudicis restitutio fit, cōdemnatio locus nullus relinquitur, nec consequenter de eo quod interest siue per iusiurandum in litem siue ex rei veritate æ-

20 stimando, quærendum est. † Nisi malis eo verbo *restituitur* id intelligere quod restitui iubetur, nec tamen restituitur: quæ interpretatio si tibi arridere potest nō prohibeo quin eam sequare, sed mihi sanè durior videtur quàm vt admitti debeat. Perinde enim est ac si interpretateris *restituitur* id est *non restituitur*. quod ipsum quid aliud esset quàm aut delirare aut emendare, nisi malis totam illam clausulam esse Triboniani. Est enim mihi valde suspecta, vt iam sum præfatus.

21 † Porrò vberrimas & plenissimas præstationes recipiunt huiusmodi iudicia arbitraria. nec minus plenas quam ea quæ bonæ fidei appellantur: quia quantum in stipulatione valet expressa verborum conceptio, & in iudiciis bonę fidei bona fides tantundem potest & præstat officium iudicis in arbitrariis *l. quia tantundem 7. D. de neg. gest.* Id enim est quod Iustinianus scribit *in d. §. præterea.* in iis actionibus arbitrariis quas exempli loco proponit, & cæteris similibus permitti iudici ex bono & æquo, secundum cuiusque rei de qua actum est, naturam æstimare. quemadmodum actori satisfieri oporteat. Nimirum sicut in iudiciis bonæ fidei sic concipiebatur formula, vt iudex datus omnia ex bona fide æstimare, & definire iuberetur, ita in arbitrariis eam formulam vsurpari solitā esse certum est, vt iudici potestas fieret æstimandi ex bono, & æquo qua potissimū ratione actori consuli oporteret. † Constat. n. pro iudiciorum bonæ fidei strictorum & arbitrariorū differentia aliter atque aliter cōcipi solitas dandorum iudicū formulas, propterea quod iudicibus à præscripto formulæ in iudicādo recedere non liceret: Formularum autē tam variè concipiendarum rationem ab ipsa negotiorum quæ in iudicium deducebantur, diuersitate, variáque conditione manasse. 22

CAPVT II

Actiones arbitrarias ex strictis fieri nunquam posse. Et obseruata Triboniani manus in l. quod si Ephesi 4. §. 1. De eo quod cert. loc.

SVMMARIA.

1 *Ratio ex superioribus petitur ad confirmandam authoris sententiam.*

2 *Cur rei vindicationes siue directa siue vtiles quæ à Iustiniano inter arbitrarias connumerantur, strictæ dici non possint?*

3 *Eas actiones etiam initio inspecto arbitrarias dici posse.*

4 *In quo actio de eo quod certo loco differat ab actione ex stipulatu, & condictione certi ex mutuo?*

5 *An duæ illæ actiones adiecto loco arbitrariæ fiant?*

6 *Explicatur* l. 1. ff. de eo quod cert. loc.

7 *Verba d. l. 1.* visum est vtilem actionem in eam rem comparare, *de arbitraria, non de vtili ex stipulatu accipienda esse.*

8 *Fieri non posse vt actio quæ ex stipulatu competit ad exigendam in loco destinato solutionem, eadem ipsa sit quæ contra eundem debitorem, vt alio loco soluat exerceatur.*

9 *In actione arbitraria de eo quod certo loco interdum euenire vt qui de illa cognoscit absoluere reum debeat.*

10 *Verba illa §. 1. l. 4.* de eo quod cert. loc. cautione ab eo exacta de pecunia ibi soluenda, *Triboniani potius quam Vlpiani esse.*

11 *Cur in d. § 1. eo casu quo debitor pecuniam actori obtulit in loco solutioni destinato, eoque recusante accipere deposuerit cautioni locus esse amplius non possit?*

12 *An minus solenniter facta obsignatione seu depositione, præstandæ cautionis necessitate onerandus sit?*

13 *Actionem quæ ad solutionem in alio quam in destinato loco consequendam exercetur, strictam nunquam fuisse, sed origine arbitrariam esse.*

14 *Eam actionem κυριωτικῶς & magis propriè arbitrariam dici, alias vero singulas nomen proprium habere.*

15 *An actio quæ datur contra heredem ad aliquid certo loco dandum vel faciendum, quo alio loco dare vel facere testamento iussus est, arbitraria an verò ex testamento actio dici debeat?*

16 *Pecuniam quam certo loco reddi conuenerat, alio loco nonnisi per arbitrariam peti posse.*

17 *An actio quæ aduersus constitutorem competit vt alio loco soluat quam in quem solutio fuerat destinata, sit arbitraria? vbi discutitur* §. 1. l. si duo 16. de const. pecun.

18 *Iuri contrarium esse vt ciuiles actiones quantumuis vtiles Prætoriis seruiant & subsidiariæ sint.*

19 *Necessariam non fuisse in specie d.* §. 1. *vtilem aliquam*

actionem siue ciuilem siue prætoriam de constitutā
pecuniā, quasi Prætoria directa deficeret.
20 *Ciuilium actionum tam directarum quam ciuilium, à*
Prætoriis directis & vtilibus differentia.
21 *Reprehenduntur Interpretes illi qui quatuor actiones ar-*
bitrarias esse propter loci adiectionem crediderunt, ex
stipulatione, ex testamento, ex mutuo, & ex constituto.
22 *Cur actiones quibus debitor etiam alio loco quàm in quo*
soluere debuit conuenitur, per emphasim arbitrariæ
actiones appellentur?

a INtelligi † ex superioribus potest quàm falsum sit
quod vulgo plerique iactitant, Actiones arbitrarias
fieri ex strictis, id est inspecto initio strictas esse: post
modùm verò euadere in arbitrarias. Nam si verum est
quod diximus strictas aut quod idem est stricti iuris
actiones ideo sic appellatas, quòd ex stricto iure obli-
gationis pendeant, & æstimentur, Arbitrarias autem
eo nomine donatas, quia cùm ex nulla proficiscantur
obligatione non nisi ex præcedēte iudicis arbitrio in-
ducere possint cōdemnationē, quanā, obsecro, ratione
fieri potest, vt actio quæ primùm fuit stricta, fiat aut
sit vllo tempore arbitraria: Non magis vtique quā vt
vnam eademque actionem & aliqua præcedat obli-
a gatio, & nulla. † Et verò si ad vindicationes siue dire-
ctas siue vtiles, aliásque huiusmodi in rem actiones
respicias, quas Iustianus primo loco recenset inter ar-
bitrarias *in §. præterea Instit. de action.* apparet non posse
eas dici strictas, quib. scilicet non obligatio vlla caus-
sam det, sed possessio sola rei, qui restituendi habeat
3 facultatem. † Fateor posse videri non esse ab initio ar-
bitrarias: siquidē arbitrariæ sunt eæ duntaxat in quib.
nisi arbitrio iudicis reus satisfaciat condēnandus est,
Quid enim si satisfaciat, & ita deuitet condemnatio-
nem? Sed tamen magis est, vt non eo minùs arbitra-
riæ dici debeant etiā initio inspecto, non solùm pro-
pter præcedens illud arbitrarium, ex quo sumunt no-
nomen arbitrariarum, sed etiam quia illo quoque ca-
su quo reus arbitrio iudicis statim pareat, credendus
est ita facere metu futuræ cōdemnationis: quam pro-
de sufficit sequi posse licet non sequatur, vt actio ar-
bitraria existimetur. Idemque in actione ad exhiben-
dum, & de eo quod vi metúsve caussa & aliis eiusmo-
di arbitrariis tractari potest. Excepta illa, quæ est De
eo quod certo loco, quam nos alibi monuimus arbi-
4 trariam *ἰμφατικῶς* dici: † quę non in alio differre vide-
tur ab actione ex stipulatu, aut à condictione certi ex
mutuo, quas stricti iuris actiones esse constat, nisi in
eo quòd adiecti loci habet rationem. Inde verò errā-
di occasio veriùs quàm caussa interpretibus enata est:
quasi eadem actio ex stipulatu aut condictio certi ex
mutuo quæ sui natura stricta esset, fiat per loci adie-
ctionem arbitraria. In quo sanè errant turpiter. Nul-
lo enim loco adiecto, actio quæ siue ex stipulatu siue
ex mutuo competit vsque adeo stricta est vt arbitraria
5 fieri numquam possit. † Loco autem adiecto, distin-
ctio illa prorsus necessaria est, An in eo ipso loco aga-
tur in quo solui debuit an in alio. Si in loco destinato
idem omnino iuris est quod superiore casu esse dixi-
mus, vt actio semper stricta sit, qui ex contractu &
conuentione in eo ipso loco & petendum & soluen-
dum est. Nec quod locus adiectus sit facit actionem
arbitrariam & pleniorem, quia nec vtilitatis loci ratio
vlla haberi pro stipulatore potest, cùm ibi soluitur v-
bi debetur. Sed si in alio quàm destinato solutioni lo-
co agatur, nego actionem vllo casu aut tempore stri-
ctam esse sed ab initio ita arbitrariam, vt nec aliud no-
men quàm arbitrariæ habere possit, quia is qui certo
loco dare promisit sicuti nullo alio loco quàm in quo
promisit soluere inuito stipulatore potest *l. is qui 9. D.*
de eo quod cert. loc. ita neque alio loco ex stipulatione
inuitus cōueniri si iuris rationem intueare. † Id enim 6
est quod Caius scribit *in l. 1. eod. tit.* Alio loco quàm in
quem sibi dari quisque stipulatus est agendi facultatē
competere nō posse. Sed quia iniquum erat si promis-
sor ad eum locum in quem daturum se promisisset
numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel
quoniam aliis distringeretur, non posse stipulatorem
ad suum peruenire. Ideo visum esse vtilem actionem
in eam rem comparare: † Vtilem inquam non ex sti- 7
pulatu, neque enim vtilis ex stipulatu comparari vllo
modo potuit contra id quod ipsis stipulationis verbis
disertè comprehensum & cautum esset,) sed arbitra-
riam, Arbitrari enim bonus iudex potest & debet ex
officio boni viri vt alio etiam loco quàm qui solutio-
ni destinatus fuerat conueniri debitor possit non pri-
stina sed propria in eam rem, in eúmque specialiter
casum comparata, Ne in debitoris voluntate & arbi-
trio positum relinquatur an debeat. Sed ita tamen vt
vtriusque tā actoris quàm rei vtilitatem pro loci mu-
tatione intueatur. Vt si intersit rei loco destinato po-
tius quàm alio soluere, nec per eū steterit quominus
sua die & suo loco solueret, minoris fiāt pecuniæ cō-
demnatio quàm intentatum est, sin actoris intersit,
fortè si traiectitiam pecuniā dederit, Ephesi receptu-
rus, vbi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignori-
bus, & distracta pignora sunt, vel pœna commissa pro-
pter moram debitoris, maioris pecuniæ condemnatio
fiat *l. 2. in princ. & §. nunc de officio eod. tit.* † Cæterum 8
quemadmodum fieri non potest, vt vna eadémque sit
stipulatio quæ loci certi adiectionem habeat & non
habeat, quia non possunt duo contradictoria in vno
eodēque esse subiecto, Ita nec fieri vlla ratione queat,
vt actio quæ ex stipulatu competit ad exigendam so-
lutionem in loco destinato, sit illa ipsa quę contra eū-
dem debitorem vt alio loco soluat, exercetur: quoniā
loci diuersitas inducit necessariò diuersitatem actio-
nis: nec quod debitor ex stipulatione primùm obliga-
tus fuit, facere potest vt nunc ex stipulatu cōueniatur
cùm alio loco conuenitur quàm in quo promiserat se
soluturum. Idque ita esse apparet euidentiùs ex eo
quod qui ex stipulatu cōuenitur si verè debeat, absol-
ui numquam potest, Imò nec si pro se habeat æquita-
tem, & iusta aliqua nitatur exceptione puta doli mali
aut alia eiusmodi, si non ea quoque exceptio formu-
læ iudicis inserta sit, quippe cùm nihil nisi stipulatio-
nis verba & præscriptū formulæ ante oculos habere
debeat iudex qui huic ex stipulatu actioni addictus
est. Ob eámque caussam creditorū vetus mos erat vt
quicquid sibi ex alia caussa debebatur in stipulatum
deducerent, vt fortiore & ad condemnationem pro-
pensiore iuris vinculo debitores obstringerentur. † At 9
in actione arbitraria qua de agimus, interdum euenit
vt qui de illa cognoscit, cùm sit arbitraria, etiam ab-
soluere reum debeat, cautione tantum ab eo exacta
de pecunia ibi soluenda vbi promissa est. Quid enim
si ibi oblata pecunia dicatur, vel deposita, vel ex fa-
cili soluenda? In summa æquitatem ante oculos ha-
bere debet iudex qui vt de arbitraria cognosceret
datus est, vt Vlp. scribit *in l. quod si Ephesi 4. eod. tit.* vbi
quod ait *cùm sit arbitraria* ego sic accipio atque si ad-
iectum esset *non ex stipulatu licet ex stipulatione primùm*
obligatus is fuerit, qui nunc alio loco conuenitur vt magis
intelligamus quātum intersit, an ex stipulatu agatur,
in arbitraria, & consequenter neque actionē ex stipu-
latu dici arbitrariam posse vllo casu, neque vicissim a-
ctionē ex stipulatu eam, quæ sit arbitraria. † Quod ta- 10
men

me in eo §. sequitur *cautione ab eo exacta de pecunia ibi*
soluēda vbi promissa est vereor ne non tā Vlp. sit q̃ Tri-
boniani, cui familiare est cautiones istas quas caute-
las passim vocare solet, iis etiā casibus exigere quibus
iuris autores nūquā exigerēt. Et verò quid magis cō-
trariū est quàm absolui reū, & condemnari vt caueat?
Nam & ea condēnationis species est si Papiniano cre-
dimus *in l. omnibus* 41. *De iudic.* vbi ait. In omnibus bo-
næ fidei iudiciis cùm nondum dies præstandæ pecu-
niæ venit si agat aliquis ad interponendam cautionē
ex iusta caussa cōdemnationē fieri. At Vlpian. in pro-
posita specie eas iudicis partes esse ait vt absoluere
reū debeat, idque iterum repetit sequētibus illis ver-
bis *nonnunquam debebit interdum absoluere*, nulla exigendæ il-
11 lius cautionis adiecta mentione. † Cui nec video sanè
quomodo locus esse possit eo saltem casu quem inter
cæteros Vlpianus tractat si debitor pecuniam actori
obtulerit in loco solutioni destinato, eóque recusante
solutionē accipere, deposuerit. An nō enim liberatus
est, aut saltem prò iā liberato habēdus: cùm obsigna-
tio quæ ritè facta est solutionis instar sit ac proinde
pariat liberationē *l. acceptam* 19. *C. de vsur. l. obsignatione*
9. *C. de solut.* Cur ergo cogatur cauere de pecunia ibi
vbi promissa est soluēda quasi adhuc eā debeat is qui
12 amplius debitor nō est? † Sed etsi adhuc debitor ma-
neret, puta nulla, aut, quod idem est, minus solēniter
facta obsignatione, quanam obsecro de caussa onerā-
dus esset præstandæ cautionis necessitate, si nihil ei
posset imputari, & per creditorē ipsum stetisset quo-
minus oblatam suo loco & tempore pecuniam acci-
peret. Quis æquum putet ex creditoris mora & cōtu-
macia duriorem fieri debere condicionē promissoris?
Aut quis neget duriorem eius cōdicionē fore, si coga-
tur cauere id est fideiussorem aut idonea pignora da-
re in eo loco in quo nec soluere debuit, nec fortasse
aut bonorū aut amicorum copiam habeat ad cauen-
dū, tametsi maximè cauere vellet? Verum hoc obiter
magis quā extra rem dictū sit. † Illud igitur cōtendo,
13 arbitrariam actionem licet cōtra eum exerceatur qui
ex stipulatu, vt certo loco solueret obligatus fuit, ex
stipulatu tamen dici nullo modo posse, nec consequē-
ter strictam aliquando fuisse, quæ nunc sit arbitraria:
quandoquidem nec prius nata videri potest quam a-
lio loco repertus & conueniendus fuerit is qui certo
loco se soluturum promiserat: quo demum loco & tē-
pore deficit potestas pristinæ ex stipulatu actionis: Vt
nō malè quis dixerit ibi incipere arbitrariam vbi de-
finit actio ex stipulatu, & contrà ibi desinere actio-
nem ex stipulatu vbi incipit arbitraria: quod si ita est,
apparet arbitrariam actionem non esse illam quæ an-
teà ex stipulatione competebat & stricta erat, sed a-
liam prorsus dissimilē, nec numero tantùm & specie,
sed etiam caussa & origine omnino differentem. † Ex
14 quo illud factum videtur, vt quamuis arbitrariæ a-
ctiones permultæ sint tam ex iis quæ in rē quàm quæ
in personam aut mixtæ sunt vt Iustinianus docet *in*
d. §. præterea Instit. de act. hæc vna tamen quæ compe-
tit De eo quod certo loco dari debuit, magis propriè
& vt dixi per emphasim arbitraria dicatur quod cùm
aliæ suum quæque nomen & propriū habeant, Vindi-
cationis, Publicianæ, Seruianæ, ad exhibendū, De eo
quod vi metúsve caussa, hæc vna tamen aliud nomen
nullum habeat. Cūr. n. ex stipulatu appelletur, cum ex
stipulatu non competat, Nec minus detur aduersus
eum qui ex testamēto aut ex mutuo aliquid certo lo-
co soluere debuit? *l. si heres. §. cū l. seq. D. de eo quod cert.*
15 *loco.* † Nam si contendas actionē illā arbitrariam quæ
datur contra heredem ad aliquid certo loco dandum
vel faciēdum quod ab eo loco dare vel facere testamen-
to iussus sit, posse dici actionem ex testamēto, ego cō-
trà negabo. Non enim fieri potest vt Romæ petatur
ex testamento quod Ephesi testator dari voluit. Non
magis quàm vt ex stipulatu quis Romæ petat, quod
Ephesi solui debuit. Nimirum quia quod in æstiman-
da verborū obligatione possunt verba stipulationis,
id in quæstionibus ex testamento dependentibus pos-
sunt verba testamenti: Nisi quod ea pleniùs interpre-
tari solemus ad voluntatem testatoris adiuuandam, si
quis interpretationi locus relinquitur. At nulla in-
terpretatione possis assequi, vt quod testator Romæ
dari iussit, Ephesi dari voluisse videatur. Ergo arbi-
traria in eā rem actio necessaria fuit, ne alioqui si he-
res ad locum quem testator solutioni destinasset, ac-
cedere nunquam vellet, testatoris voluntas facile cir-
cumueniretur. † In condictione autem certi quæ ex 16
mutuo cōpetit, hoc ipsum quod volumus apparet ma-
nifestius, nō fieri ex stricta actione arbitrariam. Nam
si mutua pecunia sic data fuerit vt certo loco redde-
retur, illo quidē loco petetur per certi condictionem
Tot. tit. De reb. cred. si cert. pet. Sed alio loco peti non
poterit nisi per arbitrariam *l. aut mutua* 6. *de eo quod*
cert. loc. quæ proculdubio nihil commune habet cum
certi condictione, quando iudex qui ex arbitraria co-
gnoscit, quantitati contractus seruire non cogitur, sed
vel excedere vel minuere quantitatem potest, prout
competerit interesse vel rei vel actoris, vt Vlp. ait *in*
d. l. 2. § nunc de officio eo. Quid. n incertius quā id quod
interest, aut quod adiecto vel deducto eo quod in-
terest, computandum est? *leg. stipulationum* 74. *cum leg.*
seq. de verb. oblig. leg. vlt. D. de prætor. stipul. Vnde illa e-
tiam differentia inter condictionem certi & actionē
ex stipulatu, tametsi certum quis fuerit stipulatus *l. si*
quis certum 24. *D. de reb. cred.* Quanto igitur minus fie-
ri potest vt certi condictio euadat in condictionem
incerti .i. nihil enim hac parte refert, in arbitrariam?
† Difficilius illud videri possit quod idem Vlpianus
scribit *in l. si duo.* 16. §. 1. *de const. pecun.* si quis certo loco 17
se soluturum constituerit, posse creditorem petere nō
solum eo loci vbi ei constitutum est, sed etiā vbique
exemplo, inquit, *arbitrariæ actionis.* Ita namque innuit
actionem quæ aduersus constitutorē cōpetit vt alio
loco soluat, quàm in quem fuerat solutio destinata
non esse arbitrariam, sed pristinā & illam ipsam quæ
competeret, si in loco solutionis dicto constitutor vr-
geretur. Et sanè ita est. An quòd actio De constituta
pecunia plenior sit & efficacior actione ex stipulatu?
Atqui absurdum id videatur, cùm actio de constituta
pecunia sit prætoria, ex stipulatu autem ciuilis. *§. de*
constituta. Inst. de act. Sed respondendum est, Imò id
absurdum non esse quoniam cùm actio illa de con-
stituta pecunia ex æquitate inducta sit, quòd graue
esset fidem fallere *l. 1. ell. tit.* æquitas autē ipsa adeo q.
casus necessitatis induxerit vt arbitrariam actionem
comparari oporteret ad extorquendā alio quàm de-
stinato loco solutionē, æquè fuit facile prætori solam
æquitatē ante oculos habenti, actionē de cōstituta pe-
cunia dare aduersus constitutorē vt vbique conueni-
ri posset, atque in eam rem specialiter actionem aliā
comparare, quæ nec nisi de constituta pecunia dici
potuisset. Quid. n. aliud prætor fecisset? aut quo mo-
do arbitrariam actionem ciuili non prætorio iure ex
æquitate & vtilitate comparatam ad actionis præto-
riæ vsum applicasset, ac protraxisset? † Inauditum nē- 18
que est vt ciuiles actiones quantumuis vtiles ser-
uiant, & subsidiariæ sint prætoriis: Quinimò præto-
riarum tam directarum quàm vtilium vsus & vtilitas

in eo versatur vt deficientib. ciuilib. non modò dire-
ctis, sed etiam vtilib. præsto sint, eundémque ferè pro-
ducant effectum. Nec quemadmodum vtilem actio-
nem iure ciuili induci necesse fuit cùm directa defi-
ceret, non patiente nimirum iuris ratione vt aliò
quàm vbi promissum esset loco debitor conuenire-
19 tur: † Ita dici potest necessariam fuisse vtilem aliquã
actionem siue ciuilem siue prætoriam de constituta
pecunia, quasi deficiente prætoria directa. Quomodo
enim illa deficeret etiãsi alio loco debitor conuenien-
dus esset quàm in quo se soluturum constituisset, cũ
non deficeret ratio æquitatis, quę sola directam indu-
xerat? Ratio scil. iuris strictior est, quàm æquitatis.
Æquitas iuri tantum, non etiam sibi ipsi subsidiaria
20 est. † Directa actio ciuilis ex stricti iuris ratione æsti-
matur. Vtilis ex æquitate cum ius deficit. Prætoriæ o-
mnes tam directæ quàm vtiles ex sola æquitate. De-
nique arbitraria actio prætoria nulla est. De eo quod
certo loco, sed ciuilis duntaxat, & quidem vtilis, vt ait
lex 1. *de eo quod cer. loc* i. ex æquitate, quippe quam ci-
uilis legislator, sicut alibi monuimus, ex hominum v-
21 tilitate metiri semper solet. † In eóque errarunt sanè
grauiter ex interpretib. ij qui adnotarunt quatuor es-
se actiones arbitrarias propter loci adiectionem, Ex
stipulatione, ex testamento, ex mutuo, & ex constitu-
to. Hæc n. postrema actio prætoria est, non arbitraria.
Cæteræ verò sic arbitrariæ sunt, vt aliud nomen non
habeant, neque aut ex stipulatione, aut ex testamen-
to, aut ex mutuo dici possint, nec si adiicias nomen ar-
bitrarium. Vna n. omnium species est per quas id pe-
titur quod certo loco debetur, vt non obscure Iustin.
insinuat *in d. §. præterea.* cùm inter alias arbitrariarum
actionum species hanc pro vna ponit, quæ casus om-
nes ex stipulatione aut testamento, aut mutuo depẽ-
dentes generalibus verbis complectatur *Item*, inquit,
cùm id quod certo loco promissum est, petitur. Et verò non
ex supradictis tantum tribus caussis actionem arbitra-
riam competere existimandum est, sed ex aliis etiam
omnibus ex quibus certo loco debetur, dum ne ex bo-
næ fidei contractu debeatur. Nam in bonæ fidei iudi-
ciis, sola iudicij æquitas sufficere potest, vt debitor e-
tiam alio loco quàm in quo soluere debuit, conueniri
& condemnari possit, quemadmodum sequenti capi-
22 te dicemus. Obiiciat aliquis, † Cur ergo actiones istas
per emphasim arbitrarias appellamus, ac non potius
specialiori nomine, actiones De eo quod certo loco,
quemadmodum dicimus actionem De eo quod vi
aut metus caussa aut dolo malo factum est. d. §. præ-
tereà. Respondeo non potuisse ita vocari propterea
quòd non omnes actiones De eo quod certo loco
sunt arbitrariæ sed illæ duntaxat ex quibus idipsum
quod certo loco debitum fuit alibi petitur quàm vbi
debebatur. Alioqui aut certi condictio, aut ex stipula-
tu aut ex mutuo aut alia eiusmodi, non autem arbi-
traria actio est, vt probauimus.

Capvt III.

Non sicut loci ita temporis ratione indu-ci arbitrariam.

Svmmaria.

1 *Interpretes plerosque Cuiacij autoritate motos contrarium sensisse.*
2 *Arbitrariarum actionum definitio seu potius descriptio, & ex eâ consectarium.*
3 *Aliter in ciuilibus bonæ fidei iudiciis, aliter in arbitrariis actionibus iudicem rem ex bono & æquo æstimare & constituere.*
4 *Cur si quid ex b. f. contractu certo loco dari debuit, actor illud ipsum alio loco directa ex eodem contractu actione petere possit, non possit autem si ex testamento, aut ex stipulatu, aut ex mutuo aliove stricto contractu debeatur?*
5 *Die stipulationi adiecta intra quem soluatur, non eo minus ex stipulatu agi posse quòd dies præterierit.*
6 *Ratio differentiæ inter loci, & temporis adiectionem.*
7 *Nullo iuris ciuilis aut Prætorij auxilio opus habere eum qui post diem stipulationi insertum ex stipulatu agit.*
8 *Fundamentum sententiæ Cuiacij, & eius interpretatio ad illa verba* l. 4. in princ. de eo quod cert. loc. vel si temporis vtilitas interuenit.
9 *Non eodem modo nec eadem actione actoris vtilitatem ratione loci & ratione temporis æstimari.*
10 *Paria esse vt ipsa obligari te vt soluas certo die, & vt ni soluas præstes quanti mea intererit.*
11 *Diem stipulationi adiectum postquam venit aliquid amplius & promissori onerosius inducere.*
12 *Adeò vt promissor ille huius mora grauiorem pœnam luat, quàm si ea per interpellationem contracta esset.*
13 *Notatur differentia quædam inter ea quæ ex testamento, & ea quæ ex stipulatu in diem certum debentur.*
14 *Ratio illius diuersitatis.*
15 *Quomodo accipienda sit* l. cùm tempus 17. ff. de reg. iur?
16 *Quam vim habeat diei adiectio in stipulatione?*
17 *Grauiorem esse promissori stipulationem, quæ diem certum habuit vbi dies semel venit, quàm quæ ab initio pura fuit.*
18 *Cùm certi condictione, aut actione ex stipulatu post tempus solutioni adiectum agitur, arbitrariæ actionis opus non esse.*
19 *Explicatur* d. l. quod si Ephesi.
20 *Verba illa* d. l. vel si temporis vtilitas interuenit, *quomodo sint accipienda.*
21 *Aliis rationibus probatur, non sicut propter loci, ita & propter temporis adiectionem arbitrarias actiones fieri posse.*
22 *Ea quæ hoc capite de actione ex stipulatu aut certi condictione generali dicta sunt, ad specialem condictionem ex mutuo, & actionem ex testamento extendi posse.*

Confutato † vulgari interpretum vulgarium erro- 1
re, quẽ politiores temerè & incautè magis quàm
consultò & ex proposito secuti videntur, nunc dicẽ-
dũ nobis est, & demonstrandum quàm grauitèr illi e-
tiam errent, qui putant, nõ minùs temporis quàm lo-
ci ratione induci actionẽ arbitrariã. Sic namque ple-
rosq; sentire video, deceptos quantũ cõiicio autorita-
te viri doctissimi Iacobi Cuiacij, qui primus ni fallor
(neque enim laborare soleo in inuestigãdo quis prior
quis aut posterior, sed quid bene aut malè dixerit) tã
improbabilẽ opinionem induxit. Etsi verò ex iis quæ
proximè disputauimus non est difficilè intelligere
quibus iuris rationibus in contrarium moueamur, o-
peræ tamen pretium erit de tota quæstione ita latiùs
dicere ac distinctius. † Illud primùm sciri & repeti 2
volo quod docuimus, Actiones arbitrarias eas tãtum
esse quæ non ex præcedente aliqua obligatione sed
ex mero iudicis arbitrio pendeant, & ex quibus con-
demnatio fit non iure aliquo obligationis, sed ex ea
duntaxat caussa, quòd arbitrio iudicis reus actori nõ
satisfecerit *§. præterea Instit. de action. l. item si cùm 14. §.
1. D. De eo quod met. caus. l. arbitrio. 18. D. de dolo. leg. 4. §.
1. & §. ibidem leg. Celsus 5. §. si quis non possideat & seq.
Digest. ad exhib.* Proinde si quis obligatus sit ex con-
tractu, vel quasi, aut ex delicto vel quasi, ad dandum
aliquid vel faciendũ, dico arbitrariam aduersus eum
actionem

actiooem competere nullo modo posse. Cur enim
ad arbitrium iudicis recurramus, aut quid obsecro
iudex arbitrari possit, vbi præcedit obligatio quæ &
actioni legem dat, & condemnationi? Obligatio si-
quidem omnis siue ex stricti iuris siue bonæ fidei cõ-
tractu descendat suas leges, habet & condiciones,
3 quibus omnimodo satisfieri necesse est. † Nec quod
aliquando euenit, vt iudex multa ex bono & æquo
æstimare & constituere possit, quemadmodum in bo-
næ fidei iudiciis, facere potest vt idcirco arbitraria a-
ctio existimetur. Etsi enim commune ius illud est ar-
bitrariarum actionum & earum quæ bonæ fidei ap-
pellãtur *d. §. præterea hoc l. §. in bonæ fidei prox. praced. eod. tit. de action.* hoc tamen interest, quòd in bonæ fi-
dei iudiciis ea res per officium iudicis expeditur, sic
suadente & ferente natura ipsa obligationis præce-
dentis. In arbitrariis verò non nisi per arbitrium iudi-
cis, sola æquitatis ratione, non etiam obligationis a-
4 licuius iure subnixum. † Hinc est quod si quid ex bo-
næ fidei contractu, puta ex causa emptionis aut lo-
cationis aliáve eiusmodi certo loco dari debuit nec
datum est, possit debitor alio etiam loco ex eodem
iudicio adeóque directa ex contractu actione con-
ueniri, nec necessarium fuit auxilium arbitrariæ a-
ctionis De eo quod certo loco, quod esset necessariũ
si ex testamento aut ex stipulatu aut ex mutuo alióve
contractu stricto deberentur *l. in bonæ fidei. 7. D. de eo quod cert. loc.* Nempe quia sufficit æquitas & natura
iudicij bonæ fidei vt sequi possit condemnatio quan-
doquidem ex bona fide est vt quod certo loco dari
debuit si non ibi soluatur, alibi peti possit: quoniam
ex contrario alienum esset ab æquitate & à bona fi-
de, vt debitor qui ad locum solutioni destinatum
nunquam accedere aut posset aut vellet, nullibi pos-
set conueniri ob id solùm quòd certo loco soluturum
se promisisset. Et quemadmodum is qui aut nullo ad-
iecto loco aut in omni loco solutioni se obstrinxisset,
ex ipsa stipulatione vbique conueniri posset, nec ar-
bitrariæ actioni locus esset: ita & qui iudicio bonæ
fidei conuenitur, perinde ex iudicij æquitate & offi-
cio iudicis condemnandus est, vbi conuentus, at-
que si eo ipso loco in quo soluere debuit vrgeretur,
quia tantundem in bonæ fidei iudiciis officium iudi-
cis valet, quantum in stipulatione nominatim eius
rei facta interrogatio *leg. quia tantundem. 7. D. de ne-*
5 *got. gest. l. Titius. 34. D. de præsc. verb.* Atqui cùm stipu-
lationi dies adiectus est intra quem soluatur, non eò
minùs agi ex stipulatu potest quòd præterierit dies,
imo tanto magis, quia nec nisi præterito die agi po-
test *l. qui hoc anno. 42. l. liber homo. 118. §. decem hodie de verb. oblig.* Non igitur quemadmodum loci ita & tẽ-
6 poris adiectio inducit arbitrariam actionem. † Et
dissimilitudinis ratio apertissima est, quia tempus in
tempore continetur, non etiam locus in loco. Nam
qui Ephesi petit quod Romæ dari debuit, proculdu-
bio alio loco petit. At qui petit Calendis Februariis
quod præcedentibus Ianuariis iam solui debuit, non
alio tempore petit quàm quo debitum sit: quoniam
quod Calendis Ianuariis præteritis debitum fuit,
multo magis debetur Februariis sequentibus. Ibique
sicuti arbitrariam actionem nemo dixerit ex eo solo
induci quod certo loco solui debuerit, nisi illud etiam
accedat vt alio quàm destinato loco agere creditor
velit, quemadmodum superiore capite diximus, ita
absurdum sit dicere, arbitrariam competere ob id tã-
tùm quod stipulationi dies adiectus sit, si non illud
quoque concurrat vt alio tempore petatur quàm
quo debetur: quod ipsum tamen contingere nunquã

potest. Nam creditor si ante diem petat, malè agit,
cùm dies adiiciatur pro reo, non pro stipulatore *l. cum qui Calendis. 41. §. quoties eod. l. quod quis. 50. de oblig. & act. l. cum tempus. 17. de regul. iur.* Post diem verò, non
alio tempore agit quàm quo debetur, licet verum sit
Calendas Ianuarias non esse Februarias, nec contrà.
† Vnde illud etiam fit vt quamuis ex stipulatione a- 7
gi non possit, nisi quatenus ipsissima stipulationis
verba patiuntur & præscribunt, nullum tamen aut
ciuilis aut honorarij iuris auxilium ei necessarium
sit, qui post diem stipulationi insertum agit ex stipu-
latu: Ne alioqui eueniat vt nullo tempore possit a-
gere, si post diem non ei liceat, quod nec ante diem
nec in die ipso licet. Totum. n. vt dixi, diem præteri-
tum esse necesse est, vt ex stipulatione quæ certum
diem habuit, agi possit. † Quid ergo illud fuit quod 8
tantæ eruditionis & iurisprudentiæ virum fefellit?
Hoc vnum videlicet quod Vlp. scribit *in l. quod si Ephesi. 4. in princip. de eo quod cert. loc.* Si Ephesi petatur
quod Ephesi ex stipulatu solui debuit ipsam solam
summam in petitione fore, nec quid amplius, nisi si-
quid creditor esset stipulatus *vel si temporis vtilitas interuenit.* Sic. n. postrema hæc verba vir doctissimus ac-
cepit, quasi Vlp. sentiat, non minùs nec alio modo de-
bere iudicem habere rationem vtilitatis actoris quæ
propter adiectionem temporis interuenit, quàm si
propter loci adiectiooem interuenisset, vt inferat,
quemadmodum vtilitas loci non nisi per arbitrariam
actionem æstimatur, ita ad æstimandam vtilitatem
temporis, arbitraria actione necessariò vtendum esse
Sed sunt ista longè dissimilia, & illatio hæc ab Vlp.
sensu quam maximè remota. † Quamquam enim siue 9
temporis siue loci rati me intersit actoris vtilitatem
eius æquè inspici & æstimari oportet, non tamen eo-
dem modo, nec eadem actione. Vtilitas loci per arbi-
trariam actionem petitur, quia nec alio loco pristina
ex stipulatu actione agi posset, in eamque rem arbi-
traria prorsus necessaria est. Vtilitas verò temporis
per arbitrariam non petitur, quia sufficit actio ex sti-
pulatu, nec arbitrariæ locum relinquit. Quorsum e-
nim dies certus in stipulatione adiectus videri po-
test, nisi quo promissor intelligat futurum si ad diem
non soluet vt eo nomine in id omne quod stipulato-
ris intererit, teneatur? † Eóque pertinet quod *in l. si* 10
fundum. 114. de verb. oblig. idem Vlpianus scribit, si fun-
dum certo die præstari stipuler, & per promissorem
steterit quominus ea die præstetur, consecuturum me
quanti mea intersit moram factam non esse. Quasi vi
ipsa paria sint: Obligati te, vt soluas certo die. Et vt ni
soluas præstes quanti intererit mea, quod & scriptum
est *in l. si Calendis. 11. D. de re iudic.* Nec illud obstat,
quod dici solet ex stipulatione agi non posse nisi qua-
tenus verbis expressum & comprehensum est *l. quicquid adstringenda 98. D. eod. tit.* Satis enim expressum
videri debet vt non solutâ ad diem pecuniâ tenearis
in id omne quod stipulator ex ea causa interesse sua
probauerit, propter expressam diei adiectionem quæ
alioqui superuacua videretur. † Nam si obiicias quod 11
modò dicebamus, diem in stipulationibus adiici pro
reo si non pro stipulatore, Respondebo id verè qui-
dem dici, sed hactenus vt totum medium tempus li-
berum sit promissori ad soluendum: Non etiam vt
post diem melior aut non deterior condicio sit pro-
missoris quàm si dies adiectus non esset. Quanto
enim magis fauemus promissori priusquàm dies ve-
nerit ne intereà vrgeri possit, tanto durius cum illo
agi æquũ est post diẽ si non soluerit. Similiter. n. dici-
mus iudicati faciendi tempus pro condemnato non

contra eum constitutum esse *l.intra.7. D. de re iudic.*
ideòque ne toto eo tempore vsuras vllas debere *l.3.*
D.de vsur. & tamen post id tempus tanto durius cum
illo agitur si non satisfecit vt centesimas quoque v-
suras præstare teneatur *l.vlt C.de vsur.rei iudic.* Itaque
veniens dies obligationis non illud tantùm facit vt
ex eo tempore obligatio pro pura & præsenti habea-
tur, sed inducit nescio quid amplius & promissori o-
nerosius, vt ex eo die moram contraxisse existimetur.
13 † Et quidem talem cuius grauiores pœnas luat quàm
si ea per interpellationem contracta esset. Etenim si
is qui fundum purè dare promiserat congruo loco, &
tempore interpellatus vt daret, non dederit, moram
equidem committit, cuius ille effectus esse potest vt
si subinde fundus chasmate pereat, non eo minùs ille
ex stipulatione conueniri possit *l.si ex legati.23.l.nemo*
rem suam.82.§.1.l.si seruum.91.§.vlt. eod.l. promissor.23.
de constit. pecun. sed tamen non faciet ea mora vt si
quid stipulatoris intersit quod eo die fundus datus
non fuerit, siue propter fructus siue qua alia ratione
eius vtilitatis ratio illa habeatur, nisi tempore demũ
litis contestatæ, idque ex æquitate duntaxat, non ex
vi & potestate stipulationis *l. videamus. 38. §. si actio-*
nem D. de vsur. Cùm tamen si dies stipulationi adie-
ctus fuisset, id quod stipulatoris interesset, post diem
deberetur, propter moram, nec alio quàm stipulatio-
nis iure, quia stipulatio diem certum habuit, cuius
B adiiciendi nec alia ratio pro stipulatore fuit † In quo
videor mihi differentiam obseruare non inelegan-
tem inter ea quæ ex testamento, & ea quæ ex stipula-
tu in diem certum debentur Nam si testator ad diem
aliquid dari vel fieri iusserit, nec heres dederit vel fe-
cerit, non idcirco videri potest in mora constitutus:
non magis quàm si purè legatum necdum interpella-
tus heres fuisset, quia diei aut condicionis euentus
ne quidem illud inducit vt legatum acquiratur lega-
tario, sed duntaxat vt acquiri possit quasi nunc pri-
mùm purè relictum, *l.ei qui.13.de condic. inst.* Tantùm
abest vt prosit ad heredem in mora constituendum.
At is qui ad diem se daturum promisit si ad diem nõ
soluat hoc ipso moram contrahit, seque obligat in id
14 omne quod propter moram interest stipulatoris. † Et
ratio diuersitatis est, quia in testamentis solam testa-
toris voluntatem spectamus, qui vtique adiiciendo
diem legato, soli heredi fauere & prospicere voluit
ne statim vrgeri posset, non etiam legatario, cui a-
bundè consultum putat, quod eo demum die legatũ
consequi poterit. In stipulationibus verò inspicimus,
quod inter contrahentes actum est, nec minus quod
commodum stipulatori quàm quod promissori, dum
ne à verbis stipulationis recedamus, cùm stipulatio
ex interrogatione & responsione æstimetur, respon-
sio autem quæ vt plurimum vnico illo verbo *spondeo,*
aut alio simili continetur ad interrogationem quæ
stipulatoris est, tota referatur. In eo tantùm par here-
dis & promissoris condicio est, quòd quandiu dies
non venit, totum intermedium tempus vtique libe-
rum est ad soluendum. † Atque hoc modo accipien-
15 da est *d.l.cùm tempus. 17. de regul. iur.* non autem ita,
vt heredis & promissoris eadem in omnibus hac par-
16 te ratio constituatur, si ad diem neuter soluerit. † Ea
namque vis est adiectionis diei in stipulatione, vt
quamuis de eo, quod interesset præstando nihil dictũ
sit, perinde tamen ac si dictum esset, præstandum sit.
Quemadmodũ & cùm quis alium sibi promittit nec
adiicit pœnam, dicimus id quod stipulatoris interest,
stipulatione contineri *l. quoties. 81. de verb.oblig.* ex vi
scilicet, & natura obligationis quæ in faciendo consi-

stit *l.si quis ab alio.13.§.vlt. de re iudic.* † Non est dissi- 17
mile, quod quamuis ratione numorum ex quacun-
que caussa purè debitorum numquam debeatur id
quod interest, ne alioqui facilè res excurreret in infi-
nitum, aliud tamen admissum sit, si agatur de numis
qui certo die solui debuerint, nec sint soluti *l.3. D. de*
in lit. iurand. quia diei adiectio non solùm facit vt e-
ius quod interest rationem haberi oporteat, sed etiã
impedit ne supra modum id æstimetur, quia non tam
pecuniæ quam temporis vtilitas, æstimanda est. Item,
quod ad diem sub pœna pecuniâ promissâ, & ante
diem mortuo promissore committitur pœna, licet nõ
sit hereditas eius adita *l.diem.77.de verb.oblig.l.vlt. D.*
de nautic. fœner. Cum tamen si pura stipulatio fuisset,
neque mora citra interpellationem contrahi, neque
interpellatio ante aditam hered. fieri potuisset *l.nulla.*
88.de reg. iur. quia nec habuisset promissor cui solue-
ret *l.4.§.vlt D.de leg.commiss.* Grauior igitur & onero-
sior est promissori stipulatio quæ diem certum ha-
buit, vbi dies semel venit, quàm quæ ab initio pura
fuit. Vt proinde mirandum non sit, si ex vi sua possit
inducere petitionem eius quod interest stipulatoris
suo die solutum esse, licèt nulla eius quod interest,
mentio acta fuerit in stipulatione. † Quod cum ita 18
sit, quid necesse est vt contra iuris rationem & regu-
las pro certi condictione aut actione ex stipulatu in-
ducamus arbitrariam? Quippe quæ nec vnquam nisi
ex necessitate inducatur, deficiente, vt dixi toties, o-
bligatione, aut obligationis præcedentis, si qua est,
potestate. † Quare nec Vlpian. *in d.l.quod si Ephesi* sic 19
loquitur vt dicat vtilitatem temporis inducere arbi-
trariam, sed illud tantum ait si Ephesi petatur quod
Ephesi dari debuit, ipsam duntaxat summam quæ
debita est, peti. i. non idem euenire quod eueniret si
alio quam destinato loco ageretur, quo casu paulo
antè dixerat officium iudicis esse vt quantitati con-
tractus non subseruiat, sed vel excedere, vel minuere
debeat: prout actoris vel rei propter locum interesse
competerit. Hoc verò cur ita? Nisi quia cum alio loco
petitur, arbitraria actione experiendum necessariò
est, quæ tota in arbitrium iudicis refertur vt ait *lex.3.*
eod tit. Cùm autem destinato loco agitur, arbitraria
cessat, & sufficit pristina quæ pendet ex obligatione
suam quantitatem suásque leges habente. Subiicit
nec amplius quid petetur, nisi quod esset stipulatus. Rectè.
Nam si præter quantitatem debitam creditor quid a-
liud stipulatus sit, puta pœnam, idipsum quoque tan-
quam debitum eadem actione petendum erit: Nec
inducemus arbitrariam pro re quæ in stipulationem
deducta est. † Quod ergo sequitur, *vel si temporis vti-* 20
litas interuenit eandem interpretationem recipere de-
bet, vt si obligatio in tempus fuit, & ratione temporis
intersit stipulatoris, ea vtilitas veniat in petitionem
& condemnationem, eo prorsus modo quo veniret
si in stipulationem nominatim deducta esset, & con-
sequenter vi pristinæ actionis, non per arbitrariam.
Alioqui cum Vlpianus hos duos casus coniungat, *si*
quid amplius creditor stipulatus sit, & *si temporis vtilitas*
interuenit, æquè dicendum esset priore casu quo idip-
sum peteretur quod stipulatione comprehensum
fuisset, inducendam esse arbitrariam, atque posterio-
re induceretur. † Et verò si propter adiectionem tem- 21
poris sicut & loci arbitraria fieri posset, Cur arbitra-
rias huiusmodi actiones semper dicimus De eo quod
certo loco; numquam autem De eo quod certo tem-
pore? Cur non, & titulus ipse sic conceptus est De eo
quod certo loco vel tempore dari oportet? Cur Iusti-
nianus *in d. §. præterea* ita scripsit: *Item cùm id quod*

certo

certo loco permissum est petitur: de tempore autem nihil dixit? Denique idem ille Vlpianus noster *in l. si duo. 16. §. 1. de const. pec.* postquàm scripsit posse quem certo loco & tempore constituere, cùm subiicit creditorem non solùm eò loci petere posse vbi constitutum est, sed etiam vbique exemplo arbitrariæ actionis, cur non adiicit *& quandocunque* si arbitrariæ actionis exemplum non minorem temporis quàm loci rationem haberi suadebat? aut saltem si dubitari poterat, an quod certo tempore soluendum ex constituto esset, eadem actione post tempus peti posset. Sed sunt hæc apertiora, quam vt in iis confirmandis, diutius immorandum videatur. Neque verò tandiu immorati fuissemus nisi sciremus tanti Doctoris autoritatem non sine multis magnisque rationibus conuelli posse apud eos præsertim iuris nostri studiosos quibus
12 nos & scribimus & studemus. † Cæterum quæ toto hoc capite de actione ex stipulatu, aut certi condictione generali diximus, ea omnia de condictione certi speciali ex mutuo dicta intelligi debent, si fortè conuenerit, quod fieri assolet, vt mutua pecunia certo tempore redderetur. Idémque de actione ex testamento iuris est, quia licet ea proximè accedat ad bonæ fidei actiones, quod ad præstationes attinet, quas plenissimas habet, vt testatoris voluntati quæ latiorem interpretationem recipit, amplissimè quantum fieri potest satisfiat. *l. 2. si iure. 34. ff. de vsur. l. si quis serno. 84. de legat. 2. l. in testamento. 12. de R. I.* actionibus tamen bonæ fidei non adnumeretur *in §. actionum Inst. de act.* neque fieri potest vt adnumeretur, quia non agitur in ea de fide bona, sed de sola testatoris voluntate, quæ cùm ex testamenti verbis petenda sit, non patitur sinè vt quod Ephesi dari testator voluit Romæ petatur: Ideóque indiget arbitrariæ actionis auxilio quoties alio loco agendum est. Non secus acsi ex stipulatu certo loco deberetur, quod alio loco petitur. Proinde actioni strictæ ex stipulatu rectiùs quàm bonæ fidei iudiciis hac parte comparatur.

CAPVT IV.

Obseruata Triboniani adnotatio in l. promissor. 21. §. 1. D. de pecun. constit.

SVMMARIA.

1 *Quomodo Tribonianus Pauli verba* in d. §. *emendauerit & quid de suo addiderit?*
2 *An constitutum sine die factum valeat?*
3 *Absurdum non esse statim & nullo interposito temporis momento ad solutionem vrgeri eum qui sine die aut conditione aut purè soluere promisit.*
4 *Iniquum esse vt constituens die non adiecta, ob id quod non statim post constitutum soluerit, in id quod aduersarij interest teneatur.*
5 *Actionis de constituta pecunia vim & potestatem præcipuam hanc esse, vt constituens ob non solutam constituta die pecuniam teneatur in id quod interest eius cui fuerat constitutum.*
6 *Pauli sententia in illa* d. §. 1. *quæstione, an valeat constitutum sine die factum.*
7 *Constitutum nonnisi in diem fieri potuisse.*
8 *Non admittendum esse temperamentum* in d. §. 1. *inductum, vt aduersus eum qui sine die constituit intra modicum tempus id est decem dierum, agi possit.*
9 *Verba illa* statim & incontinenti *quomodo in iure accipiantur.*
10 *Verba illa* d. §. 1. exactio celebretur *Tribonianum stylum sapere, & actioni de constituta pecunia cuius ibi fit mentio, non conuenire.*
11 *Superuacuum esse temperamentum illud quod Pauli sententiæ adhibitum est.*
12 *An qui se hodiè soluturum constituit sine die constituisse censeatur?*
13 *Eum qui præsenti die soluturum se constituit, non antè de pecunia constituta conueniri posse quam dies ille præterierit.*
14 *Differentia inter actionem ex constituto, & eam quæ ex stipulatione competit.*
15 *Sententia* §. vlt. l. 3. ff. de constit. pecun.
16 *An alicuius vtilitatis sit constitutum quo quis se ea die soluturum constituit qua vt solueret iam obligatus erat.*
17 *Quoduis constitutum, modò non sine die fiat, valere.*
18 *Differentia inter diem certum & incertum.* [illegible]

ACcidit mihi nescio qua sorte, quoties ferè in Pandectarum libris lego, vt ij statim & primum loci occurrant, quos Tribonianus additionibus suis corrupit. Prodam nunc aliquos, sed præcipuos duos, qui occurrerunt *in tit. De constit. pecun.* † Primus est *in l. promissor. 21. §. 1.* vbi non dubito quin sic Paulus scripserit *si sine die constituas, verius est te non teneri, licet verba edicti latè pateant, Alioquin & confestim agi tecum poterit si statim vt constitueris non solueris.* Sed cum id paulo durius Triboniano videretur, plus semper æquitati commentitiæ quàm germanæ rationi iuris tribuenti, voluit ipse asperitatem iuris temperare tota hac clausula addita, *sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum vt exactio celebretur.* Vt verò locus temperamento inducendo relinqueretur, necesse habuit priora illa Pauli verba emendare & pro iis *verius est* aliisve similibus affirmatiuum absolutumque sensum habentibus reponere *potest quidem dici.* † Videamus autem an non sit multo verius & æquius quod Paulo placet, si sine die constituas, te non teneri. Ratione illa quam ipse subiicit, quòd licèt verba edicti latè pateant *si appareat eum qui constituit neque soluere neque fecisse, l. si duo. 16. §. aut prætor eod. tit.* nec distinguant vtrum sine die an in diem constitutum sit, si tamen admitteremus valere constitutum quod sine die factum esset, consequens fieret vt confestim & sine vllo interuallo tecum agi posset, Actione scilicet de constituta pecunia, si statim atque constituisses, non solueres: quod tamen non modò absurdum, sed etiam iniquum esset. † Quid? inquies, Absurdumne est statim & incontinenti nullo interposito temporis momento ad solutionem vrgeri eum qui sine die aut condicione, aut purè soluere promiserit? Minimè vero Sic enim Papiniano placet *in l. liber homo. 118. §. decem hodie de verb. oblig.* vbi defendit hoc ipsum admittendum esse non solùm si purè quis promiserit, sed etiã quod difficilius videbatur, si *hodie dari* spopõderit, nec videri præmaturiùs agi nondum finito stipulationis die, quod in aliis temporibus iuris est, Nam peti non debere, quod intra tempus comprehensum solui potest. In proposito autem non differendæ actionis causa diem insertum videri, sed quò præsens ostendatur, esse responsum. † Sed quamuis absurdum non sit vrgeri te statim ad solutionem eius quod purè & sine die promiseris, tamen absurdum & vt dixi iniquum esset teneri te in id quod aduersarij interesset, ob id quod non statim soluisses. Ita namque fieret vt omnimodo condemnandus esses, non ad soluendum, sed ad id præstandum velut pœnę nomine,

quod præstare non deberes si statim soluisses. Neque
enim fieri potest, vt statim soluas, atque ita promissio-
ni tuæ satisfacias, ni eo ipso instanti quo promissum
est soluas: quando aliter futurum sit vt inter instans
promissionis & instans solutionis alia multa instantia
intercedant, quæ impediant, ne statim ac debuisti sol-
5 uisse videaris † Atqui cùm quis constituit se solutu-
rum quod debet, vis & potestas constituti non in eo
elucet, vt obligetur ad soluendum, [Quid enim si
iam obligatus erat ex stipulatione?] sed vt si fidem
fregerit nec eo ipso tempore soluerit quo soluere de-
buit, teneatur actione de constituta pecunia, *quanti
res est*, id est quanti eius interest cui fuit constitutum.
Errat enim si quis existimat actionem hanc in id dari
vt quod constitutum est fiat: Nam si ita esset, nihil il-
la adderet, nullámque adferret vtilitatem quoties is
constituisset, qui iam antea non tantùm honorario,
sed etiam ciuili iure ad ipsum dandum obligatus
fuisset. Datur ergo vt cæteræ ferè omnes prætoriæ in
id quod interest, vt constat *ex l. quis autem. 14. §. sed et si
quis eo. tit.* Quod esset apertius si integrum edicti cõ-
textum haberemus Sed tamen ex reliquiis illis quæ
supersunt in d. §. ait Prætor, *si appareat eum qui consti-
tuit neque soluere neque fecisse neq; per actorẽ stetit quomi-
nus fieret quod constitutum est*, facile est cõiicere prætorẽ
grauius quiddam sanxisse in eum qui constituti fi-
dem fefellisset, quàm vt soluere teneretur quod non-
dum soluisset. Etsi enim *quanti res est*, rem ipsam quæ
debetur, aut eius precium continet vt & *in l. promissor
hominis. 23. eo. tit.* interdum tamen excedit & egredi-
tur rei precium *l. 1. ff. de act. empt. l. in interdicto. 6. ff. de
6 vi, & vi arma* puta si aliunde pluris intersit. † Id ergo
sibi vult Paulus, non posse constitutum valere quòd
sine die factum sit, quoniam alioqui dicendum esset
ex eo teneri constitutorem ad præstandum omnimo-
do creditori quanti ipsius interesset, quasi rupta per
constituentem fide ob id solùm quod in eo ipso in-
stanti quo constituisset non soluisset. Denique licet
verba prætoris constituta omnia ex consensu facta
custodire volentis latissimè pateant, voluit tamen ille
vt in potestate constituentis esset satisfacere, ad hoc
vt quia non satisfecisset, teneri de constituto posset.
At fieri nequit vt in eius potestate sit satisfacere, qui
sine die constituit se soluturum, nisi tum etiam cùm
loquitur & constituit soluat. An non verò implicat
contradictionem, vt in ipso actu constituendi soluat,
qui per verba futuri temporis constituit se solutu-
7 rum? † Et verò non nisi in diem fieri constitutum po-
tuisse apparet satis ex *d. l. si duo. §. vlt.* vbi Vlpianus
quærit, an verba illa Prætoris, *neque fecisse reum quod
constituit*, ad tempus cõstituti pertineant, an potiùs ad
litis vsque contestationem trahenda sint. Et magis
probat vt ad tempus constituti pertineant. Tempus
enim constituti intelligitur in diem in quem, non in
quo constitutum est, *vt & in l. item illa 18.* in illis ver-
bis, *& puto & hæc ad diem constituti referenda*, vt appa-
ret ex iis præcedẽtibus, *si fortè ad diem constituti per a-
ctorem non steterit, antè stetit vel postea.* Quomodo e-
nim potuit stare per actorem ne constituto satisfieret
ante diem, quo constitutum factum esset? Idque &
Paulus exprimit apertius *in l. sed et si. 15. eod.* cùm ait
verba illa *neque fecisset*, hoc significare, vt neque in
8 diem in quem constituit, fecerit, neque posteà. † Quæ
cùm ita sint, quis admittat temperamentum illud
Triboniani, vt si quis sine die constituat se solutu-
rum, teneatur ex constituto, sed hactenus tamen, vt
modicum spacium statuendum sit, & quidem nõ mi-
nus quàm decẽ dierum, vt exactio celebretur? Quid
enim si quod iam debebatur in eo erat, vt ante de-
cem dies solui deberet? Quis probet eum cui consti-
tutum fuit, admittendo constitutum purum, & sine
die conditionem suam in eo duriorem fecisse, vt tar-
diùs debitum exigat, quod nullo facto constituto ci-
tiùs exigere potuisset? † Sed etsi quoties dicimus sta- 9
tim quid & incontinenti fieri debere, placet pruden-
tibus ciuili interpretatione latiùs & pinguius id ac-
cipiendũ, ac vt Græco vocabulo exprimunt *ἐν πλάτει
l. penult. De condict. triti. l. si arbiter. 28. ff. de probat. l. ra-
tum autem. 13. l. quod dicimus. 105. de solut. l. 1. §. item si ita
legatum. ff. ad leg. Falcid. l. Diuus 7. de in integ. restit. l. si
ita quis. 135. §. Seia de V. O. l. quo enim. 12. §. Iulianus rat.
rem hab.* quis tamen prudentum induxit vnquam ta-
le temperamentum, vt statim factum diceretur quod
intra decem dies proximos factum esset? An non ex
contrario plerisque locis scribunt temperamentum
illud quod & laxamentum vocant, nihil aliud esse
quàm modicum temporis spacium nec maximum
nec minimum, & quod magis intellectu percipi quã
elocutione exprimi possit? *d. l. ratum. 13. de solut. & d. §.
Iulianus* An verò tale est, obsecro, temperamentum
illud Tribonianeum decem dierum? † Taceo quod 10
illa locutio, *exactio celebretur*, pro eo quod prudentes
dicunt, *agi posse*, tam frequens & celebris est Tribo-
niano, vt ex Iustiniani constitutionibus apparet,
quàm insolens est & inusitata Iurisconsultis. Sed ne-
que conuenit actioni De constituta pecunia de qua
Paulus tractat Neque enim per eam exigitur id quod
ante constitutum debebatur, sed ed hoc agitur, vt ob
non solutum vel factum id quod constitutum fuit,
præstetur quanti res est. † Cæterùm ex eo solo quod 11
sine die factum est constitutum, non inducitur, vt
præsenti die exigi possit, quod alioqui nondum de-
bebatur, sed tantùm producitur actio de constituta
pecunia, ad obtinendam condemnationem eius quod
interest creditoris Itaq; nõ erat cur Tribonianus ine-
pto illo suo tẽperamẽto prouideret ne tam citò fieret
exactio sed potius ne actio de cõstituta pecunia tã ci-
tò nasceretur aduersus eum cui nihil posset imputari
cur cõstituti fidẽ non impleuisset. Atqui nec verendũ
hoc erat, cùm Paulus dixisset non valere constitutũ.
Ineptus ergo Tribonianus, cui contra iuris regulas
vult valere, vt oneret & obliget constituentem. In-
eptior verò sibique parum constans, qui vt consti-
tuenti pareat, non vult ab eo ante decem dies exigi
quicquam posse. Quid enim necesse est, Triboniane,
vt constitutum valere dicas fauore creditoris qui im-
putare sibi debeat, cur non in diem certum constitui
sibi curauerit? Aut si fauere vis creditori, cur in deci-
mum vsque diem differs non solùm actionem de cõ-
stituta pecunia, de qua tantùm dubitari poterat, sed
etiam exactionem omnem, & consequenter illam
quoque quæ ex priore obligatione ante decimum
fortassis diem fieri potuisset, ac de qua minimè dubi-
tabatur? † At quid si quis hodie soluturũ se constitue- 12
rit? Ferè est vt sine die constituisse videatur. ac proin-
de vt nec valeat constitutum. Sic enim Papinianus
sensisse videtur *in d. l. liber homo. 118. §. decem hodie de
verb. obligat.* nihil interesse an quis sine die, an hodie
dare promittat, quoniam vtroque casu statim & eo
ipso die conueniri potest. Sed tamen quod ad propo-
sitam de constituto quæstionem attinet, non ita est.
Quin potiùs constitutum valere dicendum est, quod
non valeret si sine die constitutum factum esset. Hæc
cur tam variè? Quia cum de stipulationis viribus agi-
tur, nihil refert an hodie an postridie promissor con-
ueniatur vt soluat quando vtroque casu est obliga-
tus,

tus, & vtraque valet stipulatio, nec nisi de exactione dubitari potest, an eo ipso die competat quo stipulatio interposita est, an in alium diem differenda sit. Cùm verò de constituto disputatur, refert valde an in diem factum sit, an sine die. Priore casu valet posteriore non valet: ea ratione, quia si valeret, sequeretur eodem instanti & obligatum fuisse constitutorem, & fidem fefellisse, & actioni de constituta pecunia ob fractã fidẽ obnoxiũ factũ esse: quæ tamen omnia siue naturæ siue iuris ordinẽ spectes, fieri nõ potest vt vno eodémque instãti perficiantur. Quæstio igitur eo recidit, An qui hodie se soluturũ constituit, sine die constituisse existimetur. Et constat non sine die constitutũ dici posse quod præsenti die constitutũ
13 est: † Ideóque & hoc casu cessare rationem, quæ constituto sine die facto obstaret, quia quandiu dies ille præteritus non est, non potest videri fidem fregisse qui præsenti die soluturum se constituit, ob idque nec ante nasci potest actio De pecunia constituta quàm dies ille prætereierit, quoniam non dat prætor eam actionem aduersus constitutorem ob id solùm quod constituerit, & constituendo se obligauerit, sed ob id potissimum quod constituti fidem fregerit *l. 1.*
14 *d. l. si duo. 16. §. ait prætor. de pecun. constit.* † In quo differt manifestè hæc actio ex constituto ab ea quæ cõpetit ex stipulatione. Illa enim vt nascatur & detur sufficit purè obligatum esse promissorem, nec requiritur vt fidẽ iã fefellerit. Quare & si quis hodie dari spoponderit, vtiliter ex stipulatu conuenitur, eo ipso die, non secus ac si purè & sine die promisisset, quiá purè obligatus intelligitur: quamuis negari non possit quin si vel vltima eius diei hora soluat, fidem impleuisse videatur. Stipulatio enim ob id duntaxat interponitur, vt promissor obligetur ad soluendũ: Constitutum autem ad hoc vt qui jam debet, si non soluat eo modo quo se soluturum constituit, grauiùs & citiùs eo nomine ob fidem ruptam condemnetur, quasi in pœnam, licet actio ipsa rei persecutoria sit, non
15 pœnalis *d. l. item illa. 18. §. pen.* † Idque est, si bene video, quod Vlpianus tractat *in l. 3. eod. tit.* Si is quis iure ciuili & prætorio debebat in diem sit obligatus, posse eum constituendo obligari, quia propter has potissimùm pecunias quæ nondum peti possunt constituta sint inducta, *quam sententiam,* inquit, *non inutiliter probauim. Habet enim vtilitatem vt ex die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur.* Eadẽ enim die intelligo, non in quã, sed in qua constitutũ fuit: vt accommodata sit ratio illa præcedens quòd constituta ob eas præsertim pecunias inducta sint, quæ alioqui
16 qui nondum peti possent. † Nã si aliter interpreteris, vt nimirũ quis constituerit se soluturũ eadẽ die qua vt solueret iam obligatus erat, non facilè possis dicere cuius vtilitatis futurum sit constitutum, Nisi illius fortasse, vt elapsa die qua solui ex stipulatu debuit, videatur constitutor fidem fregisse, & idcirco teneri incipiat actione De constituta pecunia eo ipso instanti quo ex stipulatu actio nascitur. Quod quanquam ità est, fateri tamen te oportet multo maioris vtilitatis fore constitutũ si sic factũ proponatur vt eo ipso die soluturum se quis cõstituerit quo constituit. Quidni ergo potiùs ea interpretatio accipietur? Triboniano tamen alia magis placuit, qui verba illa *eadem die* interpretatus de die in quam collata erat prior obligatio, subiecit ex Paulo tanquam diuersum quid & magis mirabile, *sed etsi citeriore die constituat se soluturum,*
17 *similiter tenetur.* † Denique nihil interesse arbitror an quis soluturum se constituat eadem die qua constituit, an quo iam ex anteriore obligatione solueret

obligatus fuit: Nec rursum an constituat id se soluturum quod purè debebat, an quod in diem siue longiorem, siue citeriorem, dummodo non constituat sine die. His enim omnibus casibus valet constitutum quia sufficit debitum aliquo modo fuisse id quod cõstituitur, & sic fieri constitutum vt constitutori liceat fidem implere si velit. Quod verò in diem debetur, nemo nescit perinde deberi ex quo die stipulatio interposita est atque si iam dies venisset. Sufficit enim quod dies cesserit. † In quo obseruanda est differentia illa elegans & perpetua inter diem certum & con- 18
ditionem, quòd ea quæ sub conditione debentur si modo non sit illa omnino extitura, nullo modo deberi intelliguntur, vtpote quorum dies nec venerit nec cesserit. Inde enim illud est quod Paulus noster ait *in l. ad quod. 19. eo. tit.* Id quod sub conditione debetur siue purè siue certo die constituatur, eadem conditione suspendi, vt existente conditione teneatur, deficiente vtraque actio depereat. Nimirum quia certi iuris est constitutum non valere nisi præcedens aliqua subsit iam nata obligatio, quamuis vt ea obligatio sit efficax ad agendum non sit necesse *l. 1. §. debitum & seq. l. hactenus. 11. eo. tit.*

CAPVT V.

Alia quædam obseruata, & emendata in eo. tit. ff. de constit. pecun. & ad l. si heres. 73. ff. ad S. C. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Species* leg. si post constitutam. 22. ff. de constitut. pecun.

2 *Versiculum* sed magis in d. l. *neque Paulo neque iuris rationi conuenire.*

3 *Ratio a Paulo prætermissa, qua probatur actionem constitutæ pecuniæ in fideicommissarium aut in victorem translatam, ei à quo translata est amplius non competere.*

4 *Explicatur & confirmatur ratio propter quam Paulus* in d. l. 22. *actionem de pecunia constituta heredi post restitutam ab eo hereditatem denegauit.*

5 *Non ideo quod heredi post restitutam hereditatem actio de constituta pecunia denegetur, Paulo quoque visum esse vt actio illa in fideicommissarium translata videatur.*

6 *Restitutionem hereditatis ex S.C. Trebelliano factam vtpote necessariam non ita ampliandam esse vt heres plus iuris quam quod tanquam heres & ex hereditate habuit in fideicommissarium transferre cogatur.*

7 *Probatur* per d. l. si heres. 73. in princip. ff. ad S.C. Trebell.

8 *An in* d. l. si heres *fideicommissario actio danda sit per quam heredem adigat ad cessionem hypothecariæ, quam sibi ille heres propria conuentione acquisiuit?*

9 *Hypothecariæ actionis natura.*

10 *Qui fieri possit vt in dictæ legis specie pignora quæ heres ex propria conuentione accepit post restitutam hereditatem ipsi maneant obligata.*

11 *Cogi quem posse actionem quam habet cedere & præstare, quoties aut sine dispendio facere potest, aut ob id duntaxat tenetur, quod actionem habeat.*

12 *Heredi tamen rogato in specie* d. l. si heres, *permittendum non esse post restitutam hereditatem hypothecariam retinere vt eam ex interuallo fideicommissario cedat.*

13 *Versiculum illum dictæ legis* . tamen habet aduersus heredem &c. *Triboniani non Marcelli esse.*

14 *Cedi in ea specie hypothecariam non posse, qua nulla penes heredem superest.*

15 *Fideiussori pro debitore soluenti actionem aduersus confideiussores aut debitorem ex interuallo à creditore cedi non posse.*

16 *Et cui nihil debetur alieno tamen nomine constitui posse, pro alieno verò debito ei cui nihil debetur ne quidem alieno nomine pignus dari posse.*

17 *Actionem de constituta pecunia non facilius quàm hypothecariam ab herede cuius propria erat in fideicommissarium ex interuallo transferri.*

18 *Posse tamen vtramque in ipso restituta hereditatis instanti ab herede, si velit, fideicommissario vtiliter cedi.*

19 *An si pro procuratore habeatur heres, possit vtramque actionem post hereditatis restitutionem fideicommissario cedere?*

20 *Paulum* in d.l. si post, *de restitutione ex S.C. Trebelliano facta agere, & aliud iuris fore si ex Pegasiano hereditas restituta fuisset.*

21 *An in possessore à quo hereditas euicta sit idem ius constituendum sit quod in herede.*

22 *An constitutum ipsi possessori factum vero heredi prodesse debeat?*

23 *Eandem esse pacti, & constituti rationem.*

24 *Reijcitur Cuiacij opinio pactum a constituto distinguentis.*

25 *Constitutum non accessionem debiti principalis, sed atque ac pristinam obligationem principale esse.*

26 *Nec ob id accessorium dici, quod aliam obligationem præcedere necesse sit.*

27 *Triboniani sententiam in fin.* d.l. si post, *sola æquitate niti, nec stricta iuris ratione procedere posse.*

28 *Emendatur* l. vtrum ff. de constit. pec. *& pro dominus legitur.* debitor.

29 *Restituitur locus mutilus & mancus in* §. vlt. l. id quod sub. 19. eod. tit. *eiusq; ne loci sententia proponitur.*

30 *Cur patre vel domino constituente* Quicquid *actione de peculio debetur solida illa quantitas debeatur quæ constituti tempore debita fuit, non inspecta peculij diminutione vel augmento.*

31 *Ex superioribus confirmatur non posse constitutoriam obligationem accessionis iure censeri.*

32 *Eos qui tanquam accessiones obligantur, in duriorem causam accipi non posse, nec acceptos obligari, constituentem vero in duriorem causam accipi posse.*

33 *Alia differentia inter fideiussorem & constituentem.*

34 *Constitutum obligationis adiectionē, non accessionē esse.*

35 *Negatio additur* in l. & licet. 15. de constit. pecun.

36 *An alij nostro nomine constitui possit?*

1 ALter † locus est qui nobis videtur à Triboniano in eod. ti. immutatus, *in leg. si post constitutam* 22. vbi ex Paulo proponitur, Si post constitutam tibi pecuniam hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano restitueris, quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium, denegandam esse tibi pecuniæ constitutæ actionem, Idemque esse in hereditatis possessore post euictam hereditatem: id est vt de constituta
2 sibi pecunia eo tempore agere non possit. † Tum subiicitur, *sed magis est, vt fideicommissario vel ei qui vicit decernenda esset actio.* Hunc verò versiculum ego Triboniani esse contendo. Nam neque Paulo conuenit neque iuris rationi. Non Paulo, quia non de illo dubitabat, an fideicommissario vel ei qui hereditatis possessorem vicisset, danda esset actio constitutæ pecuniæ post restitutam aut euictam hereditatem [quis enim præter Tribonianum dandam putasset iis quibus constitutum non fuisset?] sed de illo tantùm an iis ipsis quibus constitutum fuerat dari deberet. Nam cùm ab initio constitutum tenuerit, nec ea actio in fideicommissarium aut in victorem translata sit, videri poterat non esse iis deneganda quibus vtiliter quæsita semel fuisset. Quòd si ea actio in fideicommissariũ aut in victoré translata fuisset, dubitationi sanè locus nullus relinquebatur, quia iis à quib. translata esset competere ampliùs non posset. † Nec 3
debuerat Paulus eam rationem prætermittere quæ erat longè efficacior quàm illa quæ expressa est, *quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium.* Si quidem multo plus est actionem ipsam constitutæ pecuniæ de qua quæreretur, quàm sortis petitionem ex causa pristinæ obligationis hereditariæ ad alium transtulisse: Cùm neque nouum sit, vt quod vni debetur alteri constituatur, alieno scilicet nomine non eius cui constituitur. *l. eum qui. 5. §. quod exigimus eod. tit. iunct. l. sed etsi. 7. §. 1. & l. & licet* 15. eo. Nouum autem sit adeoque impossibile, vt actio in alium trãslata illi ipsi adhuc competat qui transtulit. † At sola ratio illa pla-
cet Paulo propter quam actin de constituta pecunia 4
denegandi sit heredi posset restitutam hereditatem, quòd is petitionem sortis in alium transtulerit. Nam cùm nec aliter valeat constitutum quàm si debeatur id quod constituitur, licet ei ipsi cui constituitur deberi nõ sit necesse, cõsequens est vt si is cui tanquam creditori cõstitutũ est cùm re vera esset creditor, pristinam veteremq. obligationé in aliũ transtulerit, cõstituti beneficiũ abiecisse videatur, siue vltro siue ex necessitate ea translatio facta sit, quia superueniens mutatio efficit, vt credendum sit debitoré non fuisse constitutũ heredi quod ei debebat tanquam heredi, si hoc ipsum debitum in alium mox translatum iri sperasset, quia nec ei constituendi caussa illa satis iusta fuisset. Cur enim eiusdem pecuniæ nomine duobus se debitor obligasset? Itaq. minus iuris heredem hoc casu habere æquum est quàm si iam restituta ex Trebelliann hereditate, atq; ita translata in fideicommissarium sortis petitione, heredi ipsi constitutum fideicõmissarij nomine fuisset. Cessaret enim eo casu ratio illa quæ istn potissimùm heredi nocet, quod conuentiones omnes eam tacite interpretationem recipiãt si res maneat in eodem statu: sibiq. imputare debitorem nporteret, cur quod vni debere se sciret, alteri constituisset. † Cæterum neq. ex eo quod Paulus
ait translatã fuisse sortis petitionem ab herede in fi- 5
deicommissarium, neq. rursum ex eo quod infert denegandam idcirco heredi actionem de constituta pecunia, inferre rectè possis, sic visum Paulo vt actio illa constitutæ pecuniæ in fideicommissarium translata videatur. Obstat etiã mera rectaq; ratio iuris. Nam cũ tota illa translatio de qua tractamus, facta sit autoritate Senatusconsulti Trebelliani, Senatuscõsulto autem non aliæ actiones transferantur quàm quæ heredi aut in heredé ex hereditaria causa competierunt *l. 1. ff. ad Senatus. Trebell.* apparet actioné hãc pecuniæ cõstitutæ quæ nunquã fuit hereditaria, sed heredi ex proprio facto acquisita, licet occasione debiti hereditarij, transferri in fideicommissariũ non potuisse. † Et
verò cùm ea restitutio quæ fit ex Trebelliano fit ne- 6
cessaria, & talis quam vel ab inuito herede fideicommissarius extorquere possit, nihil caussæ est cur eam ita interpretemur vt plus faciat, quàm necesse sit ad hereditatis cõmoda in fideicõmissarium transferẽda. Atqui sola petitione sortis non etiam actione constitutæ pecuniæ in fideicommissarium translata habet ille quicquid iuris heres tanquam heres & ex hereditate

redit ate habuit. Cur ergo illud præterea inducamus
vt actionem quoque de constituta pecunia quam
non à testatore nactus est, sed aliunde sibi quæsiit ex
sola constituentis voluntate, in fideicommissarium
7 transtulisse existimetur? † Eóque pertinet quod Mar-
cellus scribit *in l. si heres. 73. D. ad Senatusconsult. Tre-
bellian.* Si heres pecuniam hereditariam crediderit, &
in eam caussam pignora acceperit, actiones ei cui re-
stituta fuerit hereditas aduersus ipsa pignora compe-
tere non posse. Sed etsi in eum contractum qui à de-
functo fuerit interpositus heres antequam restitueret
hereditatẽ pignora acceperit, quamuis casus hic pau-
lo maiorem dubitationem habeat, nec hîc tamen ad-
mittendum esse ex fideicommisso, sed habiturum
duntaxat aduersus heredem actionem, vt extorqueat
cessionem. Cessio igitur necessaria est non sufficien-
te translatione illa quæ fit per vniuersalem heredita-
8 tis restitutionem. † Quamquam & illud quoque mihi
valde suspectum est vt fideicommissario actionem
demus per quam adigat heredem vel inuitum ad ces-
sionem hypothecariæ quam sibi heres propria con-
uentione acquisiuerit. Quænam enim actio illa es-
se potest nisi ex testamento aut vt Marcellus loquitur,
& quod idem est, ex fideicommisso? Qua verò ratio-
ne fieri potest vt ex testamento detur actio ad id con-
sequendum quod neque penes testatorem, neque in
hereditate vnquam fuit, neque in fideicommissi resti-
tutionem quæ ex Senatusconsulto Trebelliano ple-
nissima fit, venire potuit? Sed & quomodo fieri queat,
vt post restitutam hereditatem translatásque ipso iu-
re actiones omnes quæ heredi & in heredem ex caus-
sa hereditaria competierant & consequenter post
translatam actionem pecuniæ à defuncto ipso creditæ
supersit hypothecaria in persona heredis, qui ipse pi-
gnora in eam caussam acceperat ante restitutionem,
vt actionem illam hypothecariam cedere ex postfa-
9 cto possit, tametsi maximè velit? † Quis nescit actio-
nem hypothecariam vsque adeò accessoriam esse de-
biti principalis, vt nec ei cui nihil debetur acquiri, nec
ei cui aliquando debitum fuit, vel momento vno tẽ-
poris postquam deberi desiit, salua manere possit? Ni-
mirum, cùm eius desit etiam interesse. Nam si ipsius
intersit, fateor hypothecariam durare quandiu solu-
tum aut aliter satisfactum non est, licet neque prin-
cipalis obligatio vlla, neque vinculum & ius ipsum
pignoris supersit, vt docuimus lib. 7. ca. 18. Atqui he-
redis qui aut pecuniam hereditariam credidit eiúsq;
nomine pignora accepit, aut in caussam contractus à
defuncto interpositi etiam de pignore conuenit, nihil
potest interesse post restitutam ex Trebelliano here-
ditatem. † Qui ergo fieri potest vt pignora quæ ac-
10 ceperat maneant ipsi obligata? *arg. l. Grauius. 71. de fi-
deiuss.* in illis verbis *vt quemadmodum incipere alias non
possunt ita nec remaneant.* Nam si dicas vel ob id sal-
tem ipsius interesse quod futurum sit vt ad eam actio-
nem cedendam fideicommissario teneatur, Respon-
debo, Imò verò prius esse vt actionem suo iure ha-
beat, quàm vt ad eam cedendam obligetur. Nemo e-
nim ex eo solùm potest sibi actionem quærere aut re-
tinere, quod eam si haberet, alteri cedere commodè
& vtiliter posset. † Sed ex contrario dicimus cogi
11 quem cedere & præstare actionẽ quam habeat, quo-
ties aut sine vllo suo dispendio id facere potest *l. in cre-
dituere. 38. D. de euict.* aut ob id duntaxat tenetur quod
actionem habeat *l. item veniunt. 20. §. aut Senatus place-
re. D. de petit. hered. l. quod debetur. 51. in fin. D. de pecul. l. 2.
§. peruenisse. D. de hered. vel actio. vendit.* Eiúsque rei e-
xemplum accommodatum non pro fideicommissario

sed contra fideicommissarium sumi potest *ex l. quod si
in diem. 16. §. vltim. D. de petitio. hered.* vbi Vlpianus ex
Iuliano scribit, Si quis ex caussa fideicommissi resti-
tuerit hereditatem, vel singulas res præstiterit, peti ab
eo hereditatem posse, quoniam habet condictionem
earum rerum quæ sunt ex hac caussa solutæ, & veluti
iuris possessor est. sed etsi precia rerum quas distraxit
ex caussa fideicommissi soluerit, peti ab eo heredita-
tem posse quia repetere potest: Verùm his casibus
actiones suas duntaxat eum præstaturum contra fi-
deicommissarium, Nempe quia nec ob aliam caussam
tenetur vt cedat actiones, quàm quòd eas habeat † 12
At vt contra permittendum sit heredi rogato hypo-
thecariam retinere post restitutam hereditatem ad-
uersus iuris rationem, ob hoc tantùm vt eam cedere
fideicommissario ex interuallo possit, neque vsquam
scriptum est, neque scribi potuit. † Itaque si quis go- 13
tum illum versiculum *contra hered. autem actionem a-
ctionem vt ei cedat pro pignoris commodo dictarem,* qui
Marcello tribuitur, Triboniani esse dixerit, is meo iu-
dicio non errauerit. Videtur enim Tribonianus eo
duntaxat æquitatis colore motus, quòd neque inter-
sit debitoris qui pignora dedit vtri sint illa obligata
an heredi an fideicommissario quandiu ipse manet o-
bligatus (cùm vnica solutione totam pignoris obliga-
tionem sit extincturus, tantóque faciliùs si in fidei-
commissarium, cui omnimodo soluendum est, vtraq;
actio & personalis & hypothecaria translata propo-
natur) neque heredis qui iam hereditatem restituit
quando in ipsius persona non possit non inutilis esse
hypothecaria postquam desiit esse creditor. † Et sanè 14
id non inuitus probarem si qua post restitutionem a-
ctio hypothecaria penes heredem superesset. Sed cũ
nulla supersit, consequẽs est nullam quoque fieri ces-
sionem posse. Priúsque erat vt Tribonianus inspiceret
an aliqua esset actio quæ cedi posset, quàm vt quære-
ret vtrum debitoris aut heredis aut fideicommissarij
intereset. † Alioqui æquè possis contendere, fideius- 15
sori qui pro debitore soluit cedendam esse aut cedi
posse à creditore ex interuallo actionẽ aduersus con-
fideiussores, aut debitorem, quia nihil interest credito-
ris, ac ne quidẽ debitoris, possit autẽ permultũ inter-
esse fideiussoris qui soluit. Et tamen ratio iuris obstat,
ne id admittẽdũ sit, quia fieri nequit vt post extinctã
solutione obligationem omnem, actio quæ nulla am-
plius superest, aliqua cedatur, vt nos contra Carolum
Molineum pluribus disputauimus *lib. II. ex l. Modestinus
76. D. de solut. & l. 2. C. de contr. iudic. tutel.* Ergo neque
illud admitti potest vt post restitutam ex Trebelliano
hereditatem hypothecaria cedi possit ab herede, cui
deberi & cuius interesse desiit, Etsi enim debiti obli-
gatio principalis superest quæ in fideicommissarium
translata fuit, non potest tamen ea res sufficere vt hy-
pothecaria heredi salua maneat post restitutionem.
Nullo enim iuris loco reperias fieri posse vt persona-
lis obligatio vni, hypotheca alteri acquiratur. † In 16
quo differt ius hypothecæ à iure pecuniæ constitutæ.
Nam licèt vtrumque ius sit accessorium nec possit aut
hoc aut illud subsistere si nulla præcedat obligatio, ta-
men constitui, vt diximus, etiam ei potest cui nihil de-
betur, dummodo alij debeatur, & alieno nomine cõ-
stituatur. At pro alieno debito pignus ei dari cui nihil
debetur, nunquam potest, ne alieno quidem nomine.
† Neque tamen huic consequens est, vt actio de con- 17
stituta pecunia faciliùs quàm hypothecaria in fidei-
commissarium transferatur, aut post restitutionem ei
cedi possit. Est enim multo difficiliùs vt actio consti-
tutæ pecuniæ acquiratur ei cui non fuit constitutum,

18 quàm vt constituatur ei cui non fuit debitum.† Planè
sicuti non putarem dubitandum quin heres qui pi-
gnus siue pro suo siue pro hereditario contractu acce-
pisset, hereditatem restituendo, hypothecaria quoque
actione fideicommissario vtiliter cedere si vellet, pos-
set. Quid enim obstaret? Ita & in ipsa hereditatis re-
stitutione fieri posse putem, vt fideicõmissaria ceda-
tur actio constitutæ pecuniæ, ipsi heredi proprio iure
pactóque quæsita: Neque enim difficilius ceditur a-
ctio personalis quàm hypothecaria. Neque in ea ces-
sione voluntas exquirenda est constitutoris, dicturi
fortasse, constituisse se heredi, nec æquè fuisse consti-
tuturum fideicommissario: Tritum enim est debito-
rem etiam inuitum cedi posse *leg. 1. Cod. de nouat. &*
19 *delegat.* † Cæterum post restitutionem fieri non po-
test, vt vel hæc vel illa cedatur, cum neutra competat
heredi: qui vtique nec fideicommissarij procurator
censendus est *l. postulante. 44. in fin. D. ad Senatusconsul.*
Trebell. Sed etsi pro procuratore haberetur, non eò
magis tamen actio de constituta pecunia aut ipso iu-
re translata videri posset aut per cessionem transfer-
ri. Nam quemadmodum quod placuit, procuratori
constitui posse, ita interpretandum est vt ipsi procura-
tori constitui oporteat, non domino *d. l. cum qui. § Iu-*
lianus lib. D. de constitut. pecun. Ita & actionem illam
quam procurator sibi non domino quæsierit, speciali-
ter cedi necesse est vt in dominium transferatur *arg.*
l. possessio 40. § vsum. de acquirend. poss. ff. Sera autem &
inutilis cessio est quæ fit post restitutionẽ & eo tem-
pore quo cedens ipse agere si vellet non posset, trans-
lata scilicet iam per eum petitione sortis in alium.
20 † Obseruandum autem est loqui Paulum de heredi-
tatis restitutione facta ex S.C. Trebelliano, ad diffe-
rentiam eius quæ olim fieri poterat ex Pegasiano, id
est deducta quarta. Ex Trebelliano enim fieri diceba-
tur, cùm tota hereditas sine vlla deductione restitue-
batur. Quo casu absolutè dici potest denegandam
pecuniæ constitutæ actionem ei qui totius sortis pe-
titionem in alium transtulit: Non etiam si ex ea sorte
aliquid penes heredem pro Falcidiæ iure remanserit.
Nam & pro ea parte saluam illi manere actionem de
constituta pecunia dicendum esset: Cessante nimirum
pro ea parte, ratione illa qua Paulus mouetur, *quoniam*
21 *sortis petitionem transtulisti ad alium.* † In possessorẽ
hereditatis à quo euicta sit hereditas licet idem iuris
Paulus constituat, non tamen videtur eadem ratio
locum habere. Nihil enim ei potest imputari cùm ni-
hil fecerit, nec sortis petitionem in alium ipse tran-
stulerit. Sed cùm nullo iure possederit hereditatem,
non debet melioris esse conditionis quàm heres fidu-
ciarius qui suo iure & ex testatoris voluntate heredi-
tatem possedit, in tempus vsque factæ restitutionis.
Nec quod possessoris condemnati factum nullum in-
teruenerit ad transferendam petitionem sortis in ve-
rum heredem, facere debet vt de constituta pecunia
post condemnationem salua ipsi manere debeat actio.
Non enim translatione vlla opus fuit, cùm in heredi-
tate nullum ille ius haberet. Quominus dubitari po-
terat quin ei deneganda esset actio eius pecuniæ no-
mine quam sibi proprio nomine & tanquam heredi
cùm heres non esset constitui passus fuisset. Nam & si
quid ille putans se verũ heredem, cùm heres non es-
set, constituisset de constituta pecunia conueniri non
posset *l. vlt. eod.* † Illa sanè dubitatio erat probabilior,
22 An constitutũ ipsi factum prodesse vero heredi debe-
ret. Plus enim iuris habere videbatur ex constituto
quod falso possessori, quàm fideicommissarius ex eo
quod vero heredi factum esset, siquidem constituti
tempore hereditas cui debebatur, iam ad eum perti-
nebat. Sed tamen verius est, vt quod possessor alienæ
hereditatis pactus fuit heredi qui posteà vicerit, pro-
desse non debeat, sicut nec nocere, vt apertè idẽ Pau-
lus noster scribit *in l. si tibi decem. 17. § pen. de pact.* Ex
quo loco fit apertius, non posse eiusdem Pauli verba
esse quæ nos Triboniano adscribimus *in d. l. si post con-*
stituam. † Eadem namque solet esse ratio pacti & con- 23
stituti *l. qui autem. 14. § vlt. de const. pecun. iunct. l. 2. ff. de*
pact. Sicut & eadem ratio æquitatis prætorem mouit
vt & pacta & constituta defenderet *l. 1. eodem tit. l. 1. de*
const. pecun. quod graue sit fidem fallere, nec quicquam
magis bonæ fidei conueniat quàm pacta seruari. Et
verò quid aliud est constitutum quàm pactum de pe- 24
cunia iam debita soluenda interpositum? † Itaque
non possum mihi temperare quin rideam, mirérque
simul, quoties lego virum doctissimum Iacobum Cu-
iacium vt hos Pauli locos conciliet distinguere pa-
ctum à constituto. Constitutum, inquit, est accessio
principalis obligationis, sequitur ergo heredem, pe-
nes quem est sortis obligatio. Pactum autem acces-
sio dici nullo modo potest. Imò, inquam, pactum ac-
cessio est, cùm pecuniæ constituendæ gratia factum
est, quando, vt dixi, constitutum pactum est, cæteris
tamen fauorabilius in eo quod parit actionem præ-
toriam, quia non interponitur ad inducendam obli-
gationem, sed ad eam quæ iam subsit fouendam au-
gendamque. † Sed & falsum est constitutum esse ac- 25
cessionem debiti principalis, nec si quis pro alio con-
stituat. Is enim pro fideiussore quodammodo habe-
tur quidem in quibusdam sed non in omnibus vt eo-
dem iure passim vtatur iisdémque beneficiis & exce-
ptionibus semper gaudeat. Cùm autem idem est &
debitor & constitutor, apertius est vtramque obliga-
tionem tam pristinam quàm quæ ex constituto nasci-
tur, æquè principalem esse. Adeò vt dubitatum sit, an
qui vna egit alteram consumpserit *l. item illa. 18. § vl-*
tim. de constit. pecun. Inde est quod si ex duobus reis
stipulandi vni constitutum, alteri posteà solutum sit,
tenetur condictione indebiti is cui solutum est, quia
locu eius cui solutum sit haberi debet is cui constitu-
tur *l. idem est. 10. cum l. praeced. eodem titul.* quod vtique
rationem nullam haberet si constitutum accessionis
iure censeretur. Neque enim accessio tollere pos-
set obligationem principalem quæ in persona vtrius-
que ex correis stipulandi par & eadem est; quam ta-
men constitutum tollit, quia duplicis obligationis
vinculum fortius & potentius est. Enimverò quis
dicat reum promittendi liberatum intelligi ab altero
ex reis stipulandi, ob id solùm quòd alteri dederit fi-
deiussorem? † Nec quod aliam obligationem præ- 26
cedere necesse est, facit vt constituti obligatio acces-
soria dici debeat. Nisi eadem ratione dicas obliga-
tiones omnes ex conuentionalibus stipulationibus
profectas, esse accessorias quia pendent ex negotio
contracto *l. 5. § conuentionales de V. O.* Constitutum
enim à stipulatione non differt nisi animo promitten-
tis *l. prima. § eum qui de constit. pecun.* sicut & pacta cæ-
tera *l. iurisgentium. 7. § quòd ferè. ff. de pact.* Et verò si
constituti obligatio tanquam accessio sequeretur ip-
so iure petitionem sortis translatam in fideicommis-
sarium per hereditatis restitutionem: An non ineptus
esset Paulus qui quæreret vtrum post restitutam he-
reditatem aut euictam deneganda esset heredi aut
possessori actio quæ iam alteri fuisset quæsita? † Ta- 27
ceo quod verba illa, *sed magis est vt fideicommissario*
vel ei qui vicit decernenda esset actio demonstrant satis
non eam Triboniani sententiam esse, vt actio hæc fi-
deicom-

deicommissatio aut victori competat ex iuris ratione,
sed vt potiùs danda sit ex æquitate. Nam quæ actio-
nes ipsoiure competũt, eæ non decerni, sed vel com-
petere, vel dari dicuntur. Poterat autem ea senten-
tia, si vera esset, commodius subiici, & superioribus
connecti vt rationis loco esset, quæ probaret dene-
gandam esse heredi fiduciario actionem de constitu-
ta sibi pecunia, itémq; possessori hereditatis, post he-
reditatem vel restitutam vel euictam, si ita scriptum
fuisset, *quoniam & fideicommissario & ei qui vicit munі-
modi actio competit*. Neque dubito quin ita Paulus scri-
psisset, si hac de re idem ille quod Tribonianus sensis-
28 set. Verùm hæc ad Paulum sufficiant. † *In l. verum. 17.*
eo. tit. puto erratum esse in illis verbis, *dominus ei denũ-*
ciet, & pro *dominus* legendum *debitor*. Tractat enim
Vlpianus eo loco de debitore, pro quo vel præsente,
vel absente, vel inuito alius constituerit. Et ait ex Pó-
ponij sententia his omnibus casibus valere constitu-
tum, ideóque falsam esse opinionem Labeonis existi-
mantis, Si postquàm constituit quis pro alio, debitor
ei denunciet ne soluat, in factum exceptionem con-
stituenti dandam: quasi non debeat prætor fauere cõ-
stituto quod pro alio factum est, inuito eo pro quo fa-
ctum sit. *Nec immeritò*, inquit, *Pomponius Labeonem re-*
prehendit Nam cùm semel sit obligatus qui constituit,
factum debitoris non debet eum excusare: quæ ratio
magis ac magis probat nostram emendationem. De
domino enim frustra tractemus nisi cum aut seruo
aut à seruo constitutum fuit, vt *in d. l. eum qui. §. vlt. eo.*
nec rursum domini appellatione possis debitorem in-
telligere. Nam quod est principalis debitor, constitués
verò vice accessionis, non facit vt tãto magis dominus
dici debeat: præsertim respectu eius qui non mandan-
te, sed aut absente aut inuito illo cõstituit. Potuit au-
tem error nasci ex inscitia librarij cùm prima tantũ
dictionis litera *D* extaret, qua dictio *debitor* significa-
retur, id satis insinuante reliquo legis contextu. † *In l.*
29 *id quod sub condicione. 19. § vlt. eo. tit.* locus sanè mancus
& mutilus est, ac ni fallor ita restituendus vt lega-
mus *si pater vel dominus cõstituerit se soluturum quod fuit*
in peculio, non minuitur obligatio licet minueretur peculium
eo quod ex ea caussa obstrictus esse cœperit. Sequitur nam-
que *& licet peculium interierit non liberatur*. Id enim
vnum eo loco agitur vt intelligamus, quod dici solet
crescere peculium, & decrescere & mori, non pertine-
re ad constitutoriam actionem, quemadmodum tra-
30 ditum est *in l. sequenti*. † An quòd sufficiat debitum
fuisse tum cùm constituebatur licet deberi desierit?
Minimè. Sed quia, quod decrescente peculio minua-
tur obligatio patris aut domini non alia ratione fit,
quàm ex priuilegio actionis de peculio, ex parte eo-
rum qui conueniuntur: vt ex eo apparet quod si post-
eà idem peculium creuerit, actio quoque de peculio
crescit etiam post rem iudicatam, licèt nullus ex ea
caussa interponendis cautionibus locus fiat *l. quoties.*
47. §. si semel. D. de pecul. Item ex eo quod tenet actio
de peculio etiamsi nihil rem fuerit in peculio cùm a-
geretur si modò sit eo tempore quo iudicatur *l. quasi-*
tum 40. eod. l. Fulcinius. 7. § si quis actione. D. quib. ex cau.
in possess. eat. Id autem priuilegium actio de constituta
pecunia non habet, In solidum enim tenetur quisquis
ea ea conuenitur, Id est in solidam illam quantitaté
quæ tum fuit debita cùm constitutum factum est *l. 2.*
§. vlt. eod. tit. vbi hoc ipsum apertè scriptum est in pa-
tre & domino constituente id quod debet actione
de peculio Inspicitur enim tempus constituti & quã-
tum eo tempore fuerit in peculio, non quid creuerit
31 aut decreuerit. † Ex quo manifestiùs apparet verum
esse quod diximus aduersus Cuiacium. Non posse
constitutoriam obligationem accessionis iure censeri.
Alioqui non posset obligari pater ex constituto nisi
quatenus rei iudicandæ tempore in peculio reperire-
tur si peculium post constitutum decreuisset, exemplo
eius quod in simili specie obtinet in fideiussore *l. cum*
fideiubet. 35. D. de fideiuss. † Illud enim commune est v- 32
niuersis qui tanquam accessiones obligantur vt in du-
riorem caussam accipi nunquam possint, acceptique
nullo modo obligentur *l. Græcè. 8. § illud commune. l. li-*
qui. 34. eod. Durior autem proculdubio caussa est pa-
tris, qui ex constituto tenetur præstare centum quæ
constituti tempore in peculio fuerunt, cùm si priore
actione de peculio conueniretur non nisi quinqua-
ginta deberet quòd non plus in peculio rei iudicatæ
tempore reperiretur. Sic dicimus. Cùm Stichus aut
Pamphilus in principali sunt obligatione, non obliga-
ri fideiussorem qui Stichum duntaxat promittat, si-
cut nec eum qui promittat purè quod in diem princi-
palis debeat, quia his omnib. casibus durior fit cõditio
fideiussoris *d. l. Græcè. § item accipio & seq.* At si illud
aut illud debitum fuit, non eo minus alterum purè &
absolutè constitui potest *l. illud aut illud. 25. de const.*
pecu. Et quod in diem longiorem debebatur si citerio-
re adeoque præsenti die constituatur, ea constituto
debetur vt superiore capite disputauimus *ex l. quod si*
3. §. vlt. cum l. seq. eod. Item quod Ephesi solui debuit si
quis alio loco se soluturum constituerit tenetur ex
constituto *d. l. eum qui in prin.* qui tamen ex fideiussio-
ne si sic fideiussisset nõ teneretur quasi in aliam caus-
sam acceptus Nam nec teneretur si in eo ipso loco so-
luturum se promitteret à quo remotior esset quàm
reus, vt puta si Ephesi fideiussor fuisset, reus autem
Romæ qui Capuæ dari promisisset *l. fideiussor. 16. § sed*
& si reus de fideiuss. † Denique in singula congeram 33
quæ essent penè innumera, Pro eo qui decem promi-
sit non potest accipi fideiussor qui promittat decem
aut Stichum, quamuis hoc casu non sit durior eius cõ-
ditio, imò melior in eo quòd habet electionem: Quo-
niam scilicet alia caussa obligationis esse intelligitur
d. l. Græcè. § si quis Stichum eod. Et tamen si pro centum
debitis frumentum eiusdem precij constituatur, pla-
cet valere constitutum *l. 1. § an potest de constit. pecun* v-
bi ratio redditur quòd cum iam placeat rẽ pro re sol-
ui posse, nihil etiam prohibet quominùs aliud pro de-
bito constituatur, vt intelligamus cõstitutum pro so-
lutione potiùs haberi *d. l. idem est. 10. eo tit.* Falsóque &
ridiculè traditum à nonnullis Ioannem Fabrũ secutis
(pace tanti nominis dixerim) omnia quæ in iure dis-
ponuntur de fideiussore, locum etiam habere in cõsti-
stituente. † Concludamus igitur cõstitutum adiectio- 34
nem obligationis esse (quia licet solutionis instar sit,
non tamen perimit priorem obligationem quam pe-
rimeret solutio aut delegatio *l. vbi quis. 28. eod.*) acces-
sionem verò non esse. † *In l. & licet. 15. eo. tit.* manifestum 35
est deesse negationem in illis verbis *non erit impedi-*
mentum quod per liberam personam acquirimus legen-
dúmque *non acquirimus*. Siquidem vulgatum est non
posse nos per liberam personam quæ iuri nostro sub-
iecta sit nobis acquirere. † Eáque dubitandi caussa e- 36
rat propter quam videbatur non esse ferendum vt si
libera persona esset per quam ego tibi constituissem,
id est cui tuo nomine constitutum à me factum fuis-
set, vlla tibi actio ex eiusmodi constituto acquirere-
tur Sed respondetur, liberam personam hoc casu non
nobis acquirere, sed nudum tantùm ministeriũ præ-
stare: quia & pacisci etiam absentes possumus, & per
nuncium, & per epistolam. Eóque facilius admittitur

debet in constituto quàm in cæteris pactis, quòd cõstitutum non fit nisi præcedente iam alia obligatione, & quidem iusti, id est quæ nulla æquitatis exceptione elidi possit, licet non sit necesse, vt iure ciuili efficax sit ad agendum *l.1.§.vlt.& l.3.§.1 eo.* vbi quod scriptum est, *quia debita iuribus non est pecunia quæ constituta est*, non sic accipi debet vt vtroque iure & ciuili & honorario debitum esse oporteat id quod constituitur (sufficit enim vt iure honorario debeatur) sed ita vt non sufficiat debitum esse iure ciuili si iure prætorio, id est propter exceptionem aliquam non debeatur. Prætor enim maximè in actione prætoria ex æquitate inducenda plus tribuit iuri honorario quàm ciuili, quoniam nihil nisi æquitatis rationem intuetur. Alia etiam ratio est quæ facit vt alij nostro nomine constitui possit, nec idcirco tamen nobis per liberam personam actio quæri videatur. Nimirum quoniam is cui constituitur, neque dicit neque facit quicquam, sed tantum admittit constitutum patiendo sibi constitui, in quo potissimum differt constitutum à stipulatione ex parte creditoris, vt iam à nobis explicatũ est pluribus ad *l. pen. hoc in lib. 5. c. 3.* Non enim sicut in admittendo constituto, ita & in stipulando nudum ministerium præstare dici potest is cui nostro nomine promittitur. Potuit autem nasci error quem emendamus ex eo quod fortè scriptum erat *per liberam perso. non acquirimus.*

Capvt VI.

De differentiis inter conditionalem legatarium & creditorem conditionalem.

Svmmaria.

1 *Quatuor præcipuæ differentiæ inter conditionalem legatarium & creditorem conditionalem.*

2 *An legatarius conditionalis tanto fauorabilior sit stipulatore conditionali quanto fauorabiliores sunt actiones ex testamento descendentes, quam quæ ex contractu stricti iuris.*

3 *Cur non sicut conditionalis obligatio, ita & conditionale legatum in heredem legatarij ante conditionis euentum mortui transferatur?*

4 *Examinatur* l. si filiofamilias. 11. ex quib. caus. in possess. eat.

5 *Aliæ rationes pro legatario conditionali eiusque herede.*

6 *Vno tantum casu creditori conditionali caueri, si videlicet bonorum separatio fiat.*

7 *An conditionalis creditor in possessionem mitti possit?*

8 *Conciliatio* l. 6. cum l. 14. §. fin. ff. quib. ex cau. in possess. eat.

9 *Creditori conditionali prodesse edictum Prætoris, quo vim fieri vetat ei qui in possessionem missus sit.*

10 *Quid creditori in diem, & conditionali commune sit?*

11 *Refellitur ratio ab Accursio & alijs Interpretibus reddita propter quam tot differentiæ inter legatarium & creditorem conditionalem inductæ sunt.*

12 *Alia harum differentiarum ratio.*

13 *Non minoris potestatis esse voluntatem testatoris in ijs quæ ex testamento pendent, quam contrahentium voluntatem in contractibus æstimandas.*

14 *An stricto iure inspecto nulla sit inter legata & stipulationes differentia?*

15 *Rationem illam Pauli in* l. si filiusfa. 78. de V. O. *quæ in stipulationibus ad tempus spectatur quo contrahimus, stricti iuris non æquitatis rationem esse.*

16 *Variæ rationes differentiæ inter rem quæ à filio ex edicto falsa legati, & eam quæ ex stipulatione patri quæsita est, ab Interpretibus ad* dict. l. si filiusfamilias *allata.*

NEc † paucæ nec incognitæ sunt differentiæ inter 1 conditionalem legatarium, & creditorem conditionalem, sed quarum tamen ratio satis obscura est. Præcipuæ sunt hæ: In stipulationibus conditionalibus id tempus spectatur quo contrahimus *l. si filiusfamil. 78. de verborum obligation.* In legatis tempus euenientis conditionis *l. si vxorem. 5. C. de cond. insert. l. quæ legata 18. de regul. iuris.* Obligationes ex stipulationibus conditionalibus transmittuntur in heredes mortuo ante conditionis euentum stipulatore *§. conditionalis. Instit. de verborum obligation.* Legata conditionalia non transmittuntur *l. 4. 5. & toto tit. Digest. quando dies legat. ced.* Conditionali creditori vsque adeò nihil debetur pendente conditione, vt nec ei cauendum sit. Legatario autem cauere heres debet de legato soluendo existente quandocunque conditione *l. prima. & tot titul. Vt legat. seu fideicom. nomin. caueat. D. & C.* Vnde illa etiam differentia, quòd legatarius conditionalis ex edicto prætoris in bona heredis mitti potest, creditor autem conditionalis non potest, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere *l. penultim. ff. quibus ex caus. in possess. eat.* † Ha- 2 rum differentiarum ratio ideò potissimum obscura est, quod ex iis apparet meliorem legatarij quam creditoris conditionalis rationem in quibusdam esse, in quibusdam verò deteriorem. Inde namque fit vt defendi non possit quod quidam dixerunt legatarium tanto fauorabiliorem esse stipulatore, quanto fauorabiliores sunt & pleniores actiones ex testamento descendentes, quam quæ ex contractu stricti iuris. Nam si quis hac in re fauori potiùs quàm iuris rationi locus esset, an non in eo præcipuè faueri legatario debuit, vt stipulationis exemplo legatum conditionale transmitti in heredem posset, legatario ante conditionem impletam defuncto? Id enim vel maximi erat 3 momenti, eóque vt videbatur faciliùs admittendum, quòd cùm transmittendæ obligationis conditionalis alia ratio non sit, quàm quia spes est debitum in *l. conditionales 54. de verborum signification.* [ipsa enim spes est quæ transmittitur *dict. § ex conditionali*] negari non potest quin legatarius quoque conditionalis spem habeat consequendi legati, conditione scilicet eueniente *leg. si filiofamilias. 11. quibus ex causis in possess. eat.* † vbi Paulus scribit, si fi- 4 liofamilias legatum vel fideicommissum relictum sit sub conditione, dicendum esse tam ipsum quàm patrem in possessionem mittendos esse, quia ambo spem commodi habent. Pater quidem propter ius potestatis si volet sibi acquiri. Ac proinde non ratione vsusfructus quem solum habet in bonis filij aduentitiis ex Iustiniani constitutionibus vt vulgo nostri interpretantur (fuit enim Paulo ius illud incognitum) sed ratione dominij, quod olim patri per filium ex omnibus caussis acquirebatur. Filius autem, vt hoc etiam obiter moneamus, & quia capax erat iam olim acquisitionis si pater nollet sibi per filium acquiri vt probauimus libro septimo, capit. nono. Et quia sperare poterat futurum fortassè vt sui iuris fieret ante conditionis euentum, non quidem patris morte, quæ spes desperationi proxima esset, malíque ominis plena, sed emancipatione iusta, quæ non minus patri quàm filio honorifica esse existimatur. Cùm igitur spes illa

legati

legati conditionalis consequendi non solùm compe-
tat, sed etiam priuilegium habeat missionis in posses-
sionem (quod non habet spes nata ex conditionali sti-
pulatione vt diximus) nec tantùm in filiusfamiliâs le-
gatarij persona, sed etiam, quod magis mirum est, in
persona patris qui nnn est legatarius, cur non trans-
mittitur in heredem legatarij qui eadem cum defun-
5 cto persona esse cẽsetur? † Auget dubitationem quòd
non magis debiti conditionalis quàm legati dies ce-
dit antequàm conditio euenerit *l.cedere diem. 213. de
verborum signific.* Item quod scriptum est *in l.is cui.42.
D. de oblig. & action.* eum cui sub conditione lega-
tum est pendente conditione non esse creditorem, sed
tunc demum cùm extiterit conditio: eum verò qui
stipulatus est sub conditione etiam ea pendente cre-
ditorem esse. Nam si ita est, cur ergo legatario magis
quàm creditori conditionali fauemus vt & ei cauen-
dum sit pendente conditione & in possessionem mit-
6 ti possit. † Nusquam enim scriptum reperias caueri
conditionali creditori. vno illo casu excepto, *si bono-
rũ separatio fiat l.4. D.de separ.* vbi Papinianus tractãs
de creditoribus quibus in diem aut sub conditione
debetur, scribit æquè dari eis separationem *quoniam
& ipsis communi cautione consuletur.* Nimirum quia
cautio illa non à debitore aut eius herede præstatur,
sed à cæteris creditoribus defuncti bona per separa-
tionem quasi in solutum accepturis: ne alioqui nulla
prorsus videretur haberi ratio eorum creditorum, qui
licet ante diem, aut pendente conditione nihil adhuc
petere possint, in eo tamen sunt vt aliquando possint,
existente scilicet die vel conditione. † Nam & ratio
7 hæc facit, vt quamuis in possessionem mitti conditio-
nalis creditor non debeat, si quis sit qui intercedere &
prohibere velit, quia is demum sic mittitur qui missus
potest bona ex edicto vendere, quod non potest cre-
ditor conditionalis, vtpote cui nihil debeatur quan-
diu pendet conditio *d.l. penult. D. quib. ex caus. in posses.
eat.* in possessionem tamen mitti soleat *l. in possessionem
6. eod.* quia potest ea missio vtilis esse si fortè à nemi-
ne prohibeatur. † Sic enim duos illos Pauli locos qui
8 inuicem pugnare maximè videntur, conciliandos ar-
bitror, non quomodo Iacob. Cuiacius qui libr.10. Ob-
ser. capit.12. existimat mitti creditorem conditionalem
in possessionem si initium inspicias, non etiam si effe-
ctum. Quasi verò non possit illa missio sufficere,
suúmque effectum habere ad peragendam bonorum
venditionem si posteà conditio existat. Quis enim di-
cat noua missione opus fore? At quis creditorem cõ-
ditionalem ei comparet qui vel ob falsum creditum
vel ob falsam petitionem missus est in possessionem,
vel qui exceptione potuit summoueri? Illi siquidem
propter nullam caussam missi dicuntur, quia nec iusti
sunt creditores *l.1.§ hæc verba.ff. ne vis fiat ei qui in poss.
miss. est.* At creditor conditionalis verè creditor est
propter vinculum obligationis iam contractum, ex
quo futurum omnimodo est vt existente quandocun-
que conditione debitor vel inuitus obligatus repe-
riatur, licet nihil interim re vera debeatur, quia fieri
potest vt conditio nunquam existat *d.l. is cui de obliga.
& action. l. creditores. 10. de verb. sign.* † Nec eo magis
9 tamen huic quàm illis prodesse potest edictum præ-
toris quo vim fieri vetat ei qui in possessionem missus
sit: quoniam ea verba edicti *quam is eo res fuit ob quam
in possessionem missus erit* tempus illud præcisè demon-
strant quod fuit cùm missio fieret. Quo tempore in-
specto non potest videri quicquam interesse credito-
ris conditionalis, imò nec creditoris in diem *l. Fulci-
nius. 7. § si in diem quib. ex caus. in pos. eat.* cuius tamen
solet alioqui longè melior in quibusdam esse condi-
tio quam creditoris conditionalis. † Illud enim vtri- 10
que commune est vt neuter actionem habeat, & peti-
tionem nisi posteaquam venit dies aut conditio exti-
tit. Difficilis itaque inuestigatio est rationis, propter
quam tot, túmque discrepantes differentiæ inductæ
sint inter legatarium & creditorem conditionales. † 11
Scio Accursium & vulgares interpretes *ad d. l. quæ le-
gata*, eam rationem reddere, quòd in contractibus fa-
ctum filij versetur, in legatis non æquè. Sed ratio illa
præter id quod iuri consentanea non est (neque enim
plus iuris habet pater in iis quæ per filium ex filij ip-
sius facto, quàm in iis quæ aliunde sibi quæruntur) in
illo etiam laborat quod non est generalis. Ad eas
namque stipulationes duntaxat pertinet, quæ à filius-
familias interponuntur. Nos autem de omnibus ge-
neraliter quærimus. Cur in iis tempus contractus spe-
ctetur, non, vt in legatis, existentis conditionis: aut, vt
interpretũ more loquamur, Cur in contractibus con-
ditio existens retrotrahatur ad tempus contractus, in
legatis autem non retrotrahatur ad tempus testamen-
ti vel mortis? † Placet plerisque differentiam inde pro- 12
fectam esse quòd contractus omnes non nisi interue-
niente duorum pluriúmve consensu proficiantur, id-
cóque maiorem vim habere debeant ad retrotrahen-
dum, quam legata, quę ex vnius tantum hominis, i. te-
statoris pendent voluntate. Sed illa diuersitas noua
potiùs dicenda est quã ratio diuersitatis. † Quis enim 13
nesciat tantæ potestatis esse voluntatem testatoris in
iis quæ pendent ex testamento, quantæ esse potest vo-
luntas contrahentium in cõtractibus æstimandis? Ni-
mirum eadem legis autoritáte quæ contractus fouet,
supremas quoque defunctorum voluntates & confir-
mante, & adiuuante. † Nec subtiliores ex recentiorib. 14
ij, qui nullam inter legata & stipulationes differentiá
agnoscunt stricto iure inspecto, sed tantùm ex æqui-
tate vno illo casu quo agatur de re per filiumfamilias
quæsita patri ex legato aut ex stipulatione: rationem
illam æquitatis afferentes, quòd in acquirendis legatis
nulla sit industria filij, quam tamen in stipulando in-
teruenire necesse est: æquissimum autem sit industriá
filij deberi patri. Nam imò verò differentia hac parte
manifesta constituitur inter stipulationes & vltimas
voluntates *in d. l. quæ legata.* † Et ratio illa Pauli *in d. l. si 15
filiusfam. 78. de verb. oblig. quia in stipulationibus id tem-
pus spectatur quo contrahimus* proculdubio iuris stricti
ratio est non æquitatis, quæ nec iuri stricto hic vllo
modo repugnat. Cur verò *in stipulationib.* nisi ad diffe-
rentiam vltimarum voluntatum? Vtique enim dici
non possit ita scriptum ad differentiam cæterorũ cõ-
tractuum, quandoquidem in eo similes sunt omnes
stipulationibus *l.11. l. qui balneum. 9. vers. amplius, l. potior.
11. § videamus. D. qui potior. in pignor. habean.* In illo et-
iam ratio istorum manca est quod stipulationibus o-
mnibus non conuenit, sed iis duntaxat quæ per filios-
familias interponuntur, cum tamen Pauli verba illa
quę retulimus sint generalia ad omnes omnino stipu-
lationes. † Nec dissimilis aliorum error est qui dissimi- 16
litudinis caussam ex eo adferunt, quod contractus ex
re patris fieri præsumatur, eáque præsumptio cesset in
legatis. Sed contrarius illorum qui Iacobum Cuia-
cium secuti aut potiùs Alciatum & Corrasium, di-
cunt præsumptionem esse quòd defunctus velit con-
ditionis euentum expectari, contrahentes verò ab ip-
so contractus initio velint obligari: huius rursum pre-
sumptionis rationem illam comminiscentes, quòd
is qui contrahit non tantùm sibi, sed etiam posteri-
tati suæ prospicere velit *l. si pactum. 9. D. de probat.*

contractus autem conditionalis posteritati non proficeret, si non ab initio vires caperet, mortuo ante conditionis euentum promissore. Is autem, inquiunt, qui legat, solum legatarium spectat, non etiam illius posteritatem: Vnde illud quoque fieri volunt vt pendente conditione mortuo legatario legatum extinguatur, nec in legatarij heredem transmittatur. Quæro enim, Cum filiusfamilias stipulatur (de illo namque Paulus loquitur *in d.l. filiusfa.*) an dicemus velle eum prospicere suo heredi quem nec habere vllum potest quandiu filiusfamilias manet? An non potius id agit vt acquirat patri in cuius scit se esse potestate? Alia igitur ratio inuestiganda est propter quam hoc etiam in casu non minùs quàm in cæteris spectandum sit tempus stipulationis non euenientis cōditionis: eámque rationem talem esse oportet, quæ certi non præsumpti iuris nitatur autoritate.

Capvt VII.

Vera ratio differentiarum de quibus proximè dictum est.

SVMMARIA.

1 *Cur in stipulationibus cæterisq; contractibus conditionalibus illud tempus inspiciatur quo contractum est?*

2 *Explicatur & ampliatur ratio ab Africano reddita in* l. qui balneum. 9. ff. qui pot. in pign. *& §. 1. eiusdem legis.*

3 *Quid in conditionali obligatione adferat conditionis euentus?*

4 *Conditionem obligationi adiectam, priusquam existat, puritatis tantum priuationem esse.*

5 *Differentia inter diem & conditionem obligationi adiectam.*

6 *An conditiones quæ extiterunt ad tempus obligationis retrotrahantur?*

7 *Creditori conditionali, licet pendente conditione verè creditor dici possit, neque pecuniam neque cautionem deberi, sed spem tantùm competere.*

8 *Quid inde sequatur?*

9 *Cur in legatis conditionalibus aliud quàm in contractibus & obligationibus sit constitutum? & variæ super hoc dubitandi rationes.*

10 *Vnde petenda sit præcipua legatorum & contractuum conditionalium differentia?*

11 *Cur in legatis conditionalibus non spectetur tempus mortis testatoris?*

12 *Contractus omnes eo ipso tempore confirmari, quo fiunt, testamenta verò neque confirmari posse eo tempore quo fiunt, neque fieri eo tempore quo confirmantur.*

13 *Quid ex eo sequatur, quod sola legis potestate testamenta confirmentur?*

14 *Testamentum in ipso instanti mortis testatoris confirmari oportere.*

15 *Sed legata & fideicommissa, cæteráque quæ vires ex testamento accipiunt speciali confirmatione non indigere.*

16 *Cur legatarius conditionalis ante conditionis euentum creditoris loco non habeatur, nec in eo mortis testatoris tempus spectetur?*

17 *Differentia quædam inter legatum in diem, & legatum conditionale.*

18 *Cur legatario conditionali caueatur, non secus ac ei cui in diem certum legatum est?*

19 *Vnde ea cautio proficiscatur?*

20 *Cur is qui fundum sub conditione sibi dari stipulatus est, cautionem pendente conditione exigere non possit?*

21 *Legatum licèt in diem aut sub conditione, rem legatam afficere.*

22 *In quo legatarius conditionalis plus iuris habeat, quam creditor conditionalis.*

23 *Legatarij conditionalis ius, quandiu conditio pendet, suspensum potiùs quàm omninò nullum esse.*

24 *Ius verò stipulatoris ex stipulatione conditionali competens, ab ipso interpositæ stipulationis tempore subsistere.*

25 *Non tamen ab ipso interpositæ stipulationis die, debiti conditionalis diem cedere.*

26 *Cur non idem hac parte in legato quod in stipulatione conditionali seruetur?*

27 *Nominis conditionalis venditionem confestim subsistere, & non expectato conditionis euentu ex tempore agi posse.*

28 *Emendatur* d. l. quæ legata. 18. ff. de reg. iur.

EGo, vt tandem dicam quod sentio, sic existimo, quæstionis huius difficultatem non in eo esse vt laboremus, cur in stipulationibus cæterísque contractibus inspiciendum sit tempus quo contrahimus, sed in eo potiùs cur in legatis conditionalibus aliter constitutum sit, spectetúrque dies euenientis conditionis. † Nam quod ad cōtractus pertinet, quodnam, obsecro, aliud tempus inspicere possis, quam quo contractum est? An aliud vllum est, in quo contrahatur vinculum obligationis, ne sit in potestate promittentis, 1
aut aliter se obligantis facere vt existente quandoque conditione ex eo contractu non sit obligatus? Id siquidem vnum est, ex quo vinculum obligationis æstimatur quod inducit necessitatem alicuius rei dandæ vel faciendæ, eo scilicet tempore aut casu qui obligatione continetur: qua necessitate nō possit inuito aduersario se liberare is qui semel se obstrinxit, nisi iis modis quibus placuit obligationes iure tolli posse, vt apparet ex ea obligationis diffinitione quam Tribonianus posuit Titul. de oblig. instit. † Et id est, ni fallor, quod Africanus ait *in d.l. qui balneum. 9.* illis verbis *licet enim eo tempore homo pignori datus esset quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea caussa Eros esse cœpisset vt inuito locatore ius pignoris in eo solui non posset, potiorem eius causam habendam.* Etsi enim ratio illa eo loco accommodata est ad pecuniam quæ in diem certum non sub conditione deberetur non minus tamen conuenit obligationi conditionali, quia nō magis est in potestate illius qui sub conditione promisit, vt se liberet inuito stipulatore quandiu conditio pendet, quàm si in diem certū deberet. Ac ne quis de eo dubitare posset subiicit statim *Amplius etiam sub conditione creditorē tuendum putabat aduersus eum cui postea quicquam sub eodem scilicet* pignore *deberi cœpit* non quod paullo maiorem dubitationem res non haberet in eo creditore cui sub cōditione, quam in eo cui in diem certum deberetur, sed vt intelligeremus idem tamen hac parte in vtroque iuris esse: Nec rationem aliam subiecit vt appareret priorem illam sufficere, & vtrique casui communem esse. Quod & apertiùs probat exceptio illa quæ sequitur *si modo non ea conditio sit quæ inuito debitore impleri non possit*. Nempe quia in eo genere cōditionum, quas vulgo potestatiuas appellant, cùm in potestate debitoris sit facere ne conditio existat, puta non accipiendo pecuniam, vt in specie *l. pen. D. quæ res pign. obl. poss. l. 1. in fi. D. qui pot. in pign. hab.* ferè est vt nec vlla obligatio præcedere, contractáque esse videatur. At in cæteris 2

teris conditionib. omnibus siue merè casuales sint, vt
vocant, siue mixtæ, sicuti negari non potest contractã
ab initio obligationem quæ faciat ne impedire debi-
tor possit quominùs debeat quotiescunque condicio
extiterit: ita fatendum est tempus illud contractæ obli-
gationis inspici debere, nec aliud vllum esse quod
3 spectari possit. † Quid enim aliud adfert euentus con-
dicionis nisi vt cùm semel condicio extitit perinde
habeatur ac si illo tempore quo stipulatio interposita
est, purè facta fuisset? vt Caius docet *in d. l. potior 11. §.*
4 *videamus eod. tit.* † Siquidem condicio priusquam exi-
stat, priuatio tantùm est puritatis, vt ita loquar, id est
quid efficiens ne obligatio pura dici possit, & conse-
quenter nihil est, quia nec priuatio, si philosophis
credimus, quicquam est. Posteaquam verò extitit, con-
dicio amplius non est, sed sublata priuatione illa, ap-
paret stipulatio talis qualis est, id est pura: In eóque
5 dispar condicionis & diei ratio. † Et si n. diei æquè ac
condicionis adiectio facit ne obligatio pura dici pos-
sit, tamen dies certus aliquid ponit, & aliquid est, ad-
eò vt postquàm semel venit, non magis videri possit
obligatio pura ab initio fuisse, quam illud induci vt
Calendæ Sextiles in qua concepta fuerat obligatio,
sint Ianuariæ in quibus contracta fuit stipulatio.
Dies enim ex se ipso dies est, id est non idcirco fit
dies quod obligationi sit insertus. At condicio illa *Si*
Titius Consul factus erit, non aliam ob causam condi-
cio est, quàm quia sic à contrahentibus per modum
condicionis expressa est. Nam hoc ipsum *fieri Titium*
Consulem non est condicio nec quid condicionale, sed
positiuum, & facti existentis: Fuit tamen condicio
priusquàm Titius Consul fieret, quia in eum casum
& euentum qui incertus erat contractum est: & ideò
vbi factum accedit, condicio deficit, ipsáque obliga-
tio pura remanet. Quare nec improbo quod nostri
iactare solent diem certum numquam retrotrahi ad
6 tempus obligationis, quia nec potest. † Sed illud non
æquè probo, quod addunt, Condiciones retrotrahi,
etsi me aliquando & sæpiùs ea loquendi formula v-
sum esse memini. Quomodo enim, aut qua arte: qui-
bus denique machinis possis, retrotrahere id quod
nihil nisi nihil est? Vulgatum illud est nostrorum bro-
cardicum, nullas esse non entis qualitates: At vt quid
sit retrotrahibile qualitas est. Efficit enim id quale.
Non ergo fieri potest vt condicio quæ iam extitit re-
trotrahatur, cùm eo tempore nec condicio ampliùs,
nec aliud quicquam sit. Nec quod dicimus in stipula-
tionibus condicionalibus spectari tempus contractus
vllam inducit retrotrahendæ condicionis necessita-
tem. Nam & idē euenit in stipulationibus quæ diem
certum habent vt in iis idem quoque tempus cõtra-
ctæ stipulationis spectari oporteat, tanto magis quã-
to propriùs accedunt puris cùm ex iis dies debiti sta-
tim cedat, & tamen nemo est qui dicat diem certum
retrotrahi vnquam posse aut debere. Proinde quis iã
miretur in stipulationibus cæterisque contractibus
cõdicionalibus inspici tẽpus cõtractus? Aut, quod sit
in consequentiam, mortuo ante cõdicionis euentum
stipulatore, transmitti in heredem illius quod iam
inde ab interpositi contractus tempore quæsitum de-
functo fuit vt obligatum habeīet aduersarium ex-
7 istente quandocunque condicione? † Quis denique
non fateatur creditorem condicionalem verè dici cre-
ditorem eo inspecto quod debitorem iam habet ob-
ligatum: nec alio vllo facto suo indiget vt ei vincu-
lum iniiciat obligationis? Sed tamen quia fieri po-
test vt condicio deficiat, atque ità appareat nihil vn-
quam debitum fuisse, cùm obligatio sic contracta
fit vt ab initio conditionem habuerit, quæ non modò
effectum, sed etiam natiuitatem obligationis suspen-
deret, illud quoque fatendum est, creditori conditio-
nali quamdiu conditio pendet, neque pecuniam neq;
cautionem deberi, sed spem tantùm competere vt ali-
quando debeatur, si conditio extiterit. Id enim facit ius
ipsum iam natum & subsistens obligationis ea lege
contracta. † Vnde illud quoq; fit quod supra diximus, 8
vt in possessionem mitti non possit ex edicto si aut à
debitore aut ab alio prohibeatur: missus tamẽ nec p-
hibitus possit bona ex edicto vendere post impletam
conditionem, neque noua missione indigeat, qua vti-
que indigeret si prior illa missio nullo iure facta vide-
ri posset. Eóque pertinent leges omnes quæ negare
videntur debitorem esse eum qui sub conditione de-
beat, aut creditorem illum cui sub conditione debea-
tur *l. debitor. 108. de verb. sign. l. Fulcinius. 7. §. si in diem.*
D. quib. ex caus. in poss. eat. cum simil. Atque hæc qui-
dem, vt prædixi, in stipulationibus cæterisque con-
tractibus per se sunt satis expedita. † Sed illud diffici- 9
le est, Cur in legatis conditionalibus aliud sit consti-
tutum. An non enim sicut ex stipulatione aliòve con-
tractu nascitur actio quæ creditori competit post exi-
stentem conditionem, ita & ex testamento illa quæ
competit legatario conditionali postquàm legati con-
ditio extitit? An non in legatis sicut & in contracti-
bus existens conditio legati facit vt legatum pro pu-
ro habeatur? An verò legato inserta conditio eandem
conditionis naturam non habet quam haberet in sti-
pulatione, vt aliquid esse existimetur, & quidem tale
quod suum certúmque tempus habeat, cuius ratio a-
liqua duci possit? Vtique † Sed differentia legatorum 10
& contractuum conditionalium tota ex eo petenda
est, quòd ius ipsum legati conditionalis quandocun-
que existente conditione petendi, non nascitur eo
tempore quo testamentum fit, licet post impletã con-
ditionem petatur legatum ex testamento. Nẽpe quia
tametsi testamentum ex præsenti vires accipiat, & iam
tùm valere debeat cùm fit, non tamen potest ius vllũ
ex eo acquiri aut heredi aut legatario priusquam per
legem confirmatum sit, quod non fit nisi mortuo de-
mum testatore, non solùm quod ante id tempus mu-
tari teuocarique testamentum possit, sed etiam quia
nec eius qui testatur, voluntas illa est, vt vel heredem
vel legatarium vllum habeat nisi post mortem suam
vt ipsa testamenti definitio probat. Mors igitur testa-
toris expectanda est per quam testamentum cõfirme-
tur. Nec proinde est quod quis iam quærat, Cur con-
ditio inserta legato non retrotrahatur ad tempus te-
stamenti, si interpretum more loqui volumus. † Sed 11
illa tantùm dubitatio superest, Cur nõ tempus ipsum
mortis hac parte spectetur. Nam quod in obligatio-
nibus conditionalibus tempus contractus est, id in te-
stamentariis causis est tempus mortis. Puto autem ne-
que mortis tẽpus spectari, quia quod testamẽta morte
confirmantur non fit ex sola testatoris volũtate, id est
ob id tantùm quòd testator eo demùm tempore su-
premam voluntatem suam ratam esse, ac manere vo-
luerit, sed præcipuè ex legis autoritate & potestate, si-
ne qua, vt sæpiùs à nobis tractatum est, testari nemo
posset. Quandoquidem is qui testatur id agit vt bona
sua omnia in alium transferat, sed ita tamen vt trans-
lationem conferat in id tempus quo ipse rerum sua-
rum dominus amplius non erit, quod neque gentiũ,
neque ciuilis iuris ratione conuenit *l. Titia cùm moritur*
51. D. de v. obl. l. Stichum. 40. de manumiss. testam. † In quo 12
differunt sanè contractus à testamentis. Contractus
enim omnes siue iure gentium siue ciuili inducti sunt,

eo ipso tempore confirmantur quo fiunt:adeò vt nec
confirmari vnquam possent si eo tempore non vale-
rent:quæ sententia est *l. obligationes. 27 D. de oblig. &
action.* tantúmque abest vt possit vtiliter concipi sti-
pulatio in casum inutilem, vt etiamsi ab initio conti-
terit, placet tamen plerisq. inutilem eam effici & re-
solui, si in eum casum recidat à quo incipere non po-
tuit *l. existimo. 98. de verb. oblig. l. pro parte. 11. D. de ser-
uit. l. quia in eum casum. 16. D ad leg. Aquil.* quãuis per-
petuũ id non sit *l. in ambiguis. 85. §. nõ est nouum de reg.
iur.* Testamenta verò neque cõfirmari possunt eo tẽ-
pore quo fiunt, neque fieri eo tempore quo confirmã-
tur: quamquã valere ea iã inde ab initio necesse est,
& viuo testatore, vt eius morte confirmari possint.
13 † Ex eo autem quod sola legis potestate confirman-
tur, id est eo tempore quo nihil est ex parte testatoris
iam defuncti quod cum lege possit concurrere: dico
fieri vt quæcumque testamento continentur eo ipso
modo valeant quo scripta sunt, & consequenter vt le-
gatario conditionali nullum omnino ius aut in præ-
sens aut in futurum tempus acquiratur, antequam
condicio euenerit. Neq. n necesse est, cùm defuncto
iam testatore tam facile sit legi suspendere volunta-
tem testatoris, totumque ius legati condicionalis in
id vsque tempus quo existat condicio, quàm eo ipso
instãti quo primùm testator mortuus sit, ius aliquod
14 præsens futuræ obligationis inducere. † Testamen-
tum quidem ipsum eo primo instanti confirmari o-
portet, quia non potest ea confirmatio vel minimo
temporis momento manere in suspenso, propter præ-
cisa illa verba legis 12. tabul. *Paterfamilias vti super re
pecuniave sua legassit, ita ius esto l. verbis legis. 120. de
verb. signific.* Nam sicuti legis auxilium necessarium
fuit ad confirmanda testamenta, ita necessariò appli-
cari debuit eo ipso instanti quo necessarium esse in-
ciperet, id est quo voluntas potestásq; testatoris defi-
ceret. Instans autem illud, instans mortis est, aut quod
15 instãti mortis proximè ac immediatè succedit. † Sed
quod pertinet ad legata, fideicommissa, cæteraq; hu-
iusmodi quæ vires accipiunt ex testamento, eiusque
caussam & ius sequuntur, nulla indigent speciali con-
firmatione, ob idque nec de iis tractandum est prius-
quàm dies eorum cesserit, qui porro condicionalium
16 non cedit, nisi existente demum condicione. † Quo-
niam autem lex confirmat supremas defunctorum
voluntates ad eum prorsus modum qui testamento
præscriptus est, dum ne quid contra leges aut bonos
mores factum sit, nihil caussæ est cur legatarium con-
dicionalem creditoris loco habeamus priusquàm cõ-
dicio extiterit, aut cur non eadem lex ipsa condicio-
nale legatum in suspenso retinere tantisper possit &
debeat, quia nec testator ante id tempus quicquam
iuris in legato aut pro legato eum habere voluit.
Quare mirum non est si nec mortis tempus specte-
mus cùm quæritur de legato condicionali, nec admit-
tamus vt defuncto ante condicionem existente lega-
tario, in ipsius heredem transmittatur. Vtrumque e-
nim fieret non modò contra voluntatem testatoris,
sed etiã citra auxiliũ legis, quod sicuti non interue-
nit nisi vbi necessariũ est, ita nec nisi quatenus neces-
17 sariũ est. † Neq; hac parte legatum in diem simile est
legato condicionali. Nã quod in diem certũ debetur,
morâ tantùm suspenditur, iamq; deberi intelligitur,
quia certum est diem venturũ esse. Itaque siue vetus
siue nouum ius inspicias, dies huius legati perinde
cedit à morte testatoris atque si purè relictũ fuisset,
& ex eo tempore mortis testatoris legatũ hoc confir-
matur. Condicio autem tota ex incerto euentu pen-
det. De illa enim loquimur, quæ potest non existere:
non de ea quæ sit omnimodo extatura, quæ nec con-
ditio propriè dici debet *l. quòd si ea conditione. 18. D. de
cond. indeb.* † Cur ergo, inquies, legatario conditionali 18
cauetur non secus ac ei cui in diem certum legatum
est? Respondeo id fieri non solùm eleganti, sed etiam
necessaria ratione. Nam cùm dominium rei legatæ si-
ue purè siue in diem, aut sub conditione legatum sit,
transferri debeat à testatore in legatarium per legem,
idque inuito herede (neq; enim obligatus videri pos-
set heres, si in eius arbitrio esset an obligari vellet) lex
autem facere nequeat, vt quæ res heredi pleno iure
semel quæsita fuit, ei inuito auferatur, obstante nimi-
rum iuris regula *l. id quod nostrum. 11. de reg. iur. l. si ego.
9. §. 1. D. de iur. dot.* necesse fuit eiusdem legis potestate
induci, vt legati dominium aut rectà via transferretur
in legatarium, quasi numquam factum heredis *l. a Te-
tio 64. D. de furt.* (quod euenit illo tantùm casu quo
purè non in diem vel sub conditione legatum propo-
natur *l. legatum ita. 80 de legat* 2.) aut saltem pleno iu-
re heredis fieri prohiberetur siue in diem certum aut
incertum, siue sub conditione legatum esset, vt eue-
niente quandocunque die vel conditione translatio
illa dominij commodè & ex testatoris voluntate fie-
ri posset quæ anteà fieri non potuisset. Neque sanè ra-
tio patitur, vt quod in diem aut sub conditione lega-
tum est pendente die aut conditione tam pleno iure
sit heredis quàm si nullo modo legatũ esset, licet neq;
quod in diem, neque quod sub conditione legatũ est,
acquiri intereà legatario possit. Spes enim subest, &
quidem certa venturæ diei certæ incerta verò extitu-
ræ conditionis. Inde fit, vt non sine caussa iubeatur
heres cauere legatariis omnibus, id est iis etiam, quib.
in diem aut sub conditione legatum est, ac ni faciat,
pati vt legatarij mittantur in possessionem bonorum
testatoris, edicto prætoris in eam rem proposito, de
quo *in tit. D vt legat. seu fideicom. nomin. caueat. & C. vt
in poss. legat. vel fideic. seruand. caus. mittat.* † Etsi enim 19
iuris prætorij non ciuilis cautio illa est, ex eo tamen
proficiscitur, quod lex non patitur heredis pleno iure
esse rem quæ quomodocunque legata est siue purè si-
ue in diem, siue sub conditione, ne sibi ipsa præripiat
facultatem confirmandæ & exequendæ volũtatis de-
functi, in eum casum & in id tempus quo testator vo-
luit, quandoquidem eadem lex est quæ hereditatis
dominium tribuit heredi, adeóque iisdem verbis *d. l.
80. de legat* 2. & quæ legatum conditionale in suspen-
so, vt iam diximus, manere vult quandiu conditio ip-
sa pendet. Alioqui quanam obsecro ratione cogi he-
res posset cauere eius rei nomine quam pleno domi-
nij iure possideret? † Idque ex comparatione stipula- 20
tionis conditionalis apertiùs intelligitur. Nam qui
fundum sub conditione sibi dari stipulatus est, licèt iã
obligatum habeat promissorem vt existente quando-
cunque conditione fundus dari debeat, non potest ta-
men petere vt pendente conditione sibi caueatur, aut
prohibere ne fundum intereà promissor alienet, eiús-
que dominium transferat in accipientem licet posteà
conditio existat. Quia verum est pendente conditio-
ne fundum quamuis sub ea conditione promissum,
pleno tamen iure esse promissoris. Ex stipulatu verò
contractam obligationem nõ nisi personam afficere,
vt cum conditio extiterit conueniri promissor possit
ad dandum fundum, id est ad fundi dominium in sti-
pulatorem transferendum *l. si ita distrahatur. 25. §. 1. de
cont. emp. l. vbi autem. 75. §. vlt. de verb. obl.* condemnari
autem debeat fundo iam alienato ad præstandã fundi
verã æstimationẽ, sicuti, si fundus post morã chasma-
te pe-

te perhiset *l. si seruum 51. §. vlt. et l. promissor hominis 23.*
21 *D. de constit. pecun.* † Legatum verò rem ipsam quæ
legata est afficit tametsi in diem aut sub condicione
legata sit non vt eam obliget legatario (ius enim il-
lud pignoris noua Iustiniani constitutione inductum
est *l. 1. & 3. C. commun. de legat.* nec aliud pignus in le-
gato habere olim legatarius potuit nisi quod vel à te-
statore ipso constitutum esset, vel à prætore permis-
sionem in possessionem, de quo accipi debet *d. l. 4. de
separat. et l. 3. l. quo legat. 5. C. vt in poss. legat.*) sed vt im-
impediat, quemadmodum dictum est, ne interea res
22 legata pleno iure sit heredis. † Cui consequens est vt
in eo quoque legatarius condicionalis plus iuris ha-
beat, quam creditor condicionalis, quod pendente le-
gati condicione, si non caueatur, mitti potest in pos-
sessionem bonorum defuncti, & siue ab herede ipso
siue ab alio prohibeatur actionem habet ex alia edi-
cti parte in id omne quod sua interest sibi cautum es-
se, in quo ipsa etiam rei legatæ æstimatio continetur
d. l. pen. D. quib. ex causs. in possess. eat. quia vt Paulus in-
quit, *interest eius cautum habere.* Siquidem cautio ei
debetur vel ob hoc maximè vt appareat rem legatam
non esse interea heredis pleno iure. Itaque licèt id
quod sub condicione legatum est nondum legatario
debeatur non magis quàm si nullo modo legatum es-
set, tamen dici non potest nihil ei deberi cui cautio
23 debetur. † Ac quemadmodum in postliminij fictione
dicimus filium eius qui apud hostes est re vera quidé
esse sui iuris, quia eius pater re vera seruus hostium
est, sed tamen quandiu pater viuit non videri pleno
iure aut vt Papinianus loquitur *in l. pen. de suis & le-
git.* in plenum patria potestate liberatum propter su-
spensi iuris constitutionem, quæ facit vt iura quæ pa-
ter in ciuitate habuit in suspenso retineantur, nó ab-
rumpantur *l. illa institutio 32. §. 1. de hered. instit.* Ita di-
cendum est rem sub condicione legatam nullo modo
interea debitam esse legatario, ac proinde reuera he-
redis esse cuius est hereditas, *l. a bortibus 12. §. vlt. D. de
vsufr. l. omnia 23. § 1. de legat 2.* [ponimus enim legatam
rem hereditariam aut quæ sit heredis ipsius non alte-
rius] sed tamen non videri pleno iure ad heredé per-
tinere propter potestatem legis quæ cùm in suspenso
retineat legatum cõdicionale, facit hoc ipso vt quan-
diu condicio pendet, legatarij quoque ius suspensu m
potius quàm omnino nullum esse intelligatur: adeo
vt sicut legatum interim sibi acquirere non potest, ita
nec repudiare possit: *l. si ita sit scriptum 45. § si sub con-
dicione de legat 2.* sed tantùm spem futuri iuris sibi iam
competentem per pactum remittere si velit, *l. 1. C. de
pact. l. de fideicommisso 11. C. de transact.* † Quod in stipu-
24 latione condicionali non similiter tractari potest. Ius
enim stipulatoris competens ex stipulatione condi-
cionali, tametsi condicio pendeat, non est in suspen-
so, sed ab ipso interpositæ stipulationis tempore sub-
sistit, quia quæcunque gerimus, cùm ex nostro con-
tractu originem trahant nisi & ex nostra persona &
ex eo ipso tempore quo contractus fit initium su-
mant, inanem actum nostrum efficiunt *l. quæcunque 11.
Digest. de obligat. & action.* Quomodo enim fieri pos-
set vt post existentem condicionem obligatio ex con-
tractu nasceretur quæ ab ipso contractus tempore i-
nitium nullum sumpsisset? An non ita fieret vt ex
non contractu potius quàm ex contractu obligatio
nasceretur? Neque enim dici potest tum videri con-
tractum cùm stipulationis condicio impleta est, non
magis quam illud admitti vt tum impleta cõdicio vi-
deatur cùm sub condicione contractum fuit. Implica-
25 rent enim ista contradictionem. † Neque tamé conse-
quens est vt ab ipso interpositæ stipulationis die; de-
biti condicionalis cedat dies qui condicione ipsa sus-
penditur *l. cedere diem 213. de verb. signif.* Cur verò de-
biti condicionalis diem cedere aut non cedere dice-
remus, si debitum nullum esset, prius etiam quã dies
cederet? † Atqui, dicat aliquis, de legati condicionalis 26
die cedente similiter tractari potest prius etiam quã
condicio extiterit *tot. tit. quand. dies legat. ced.* Respon-
deo. Inde nimirum rectè inferri posse: Legatum er-
go vt fuerit, esse necesse: sed non fore rectam conse-
cutionem si quis dicat Legatum est, Ergo debitum
est. Potest enim legatum esse nec tamen vllo modo
debitum, nempe si legatum sit sub cõditione, Vtrum-
que siquidem verum est, Legatum condicionale, &
legatum esse, & debitum non esse. Nimirum quia non
eodem tempore legatum fit & deberi incipit. Fit à
viuo testatore. Deberi autem incipit post mortem
testatoris, quia vt debeatur fit per legem, quæ potesta-
tem & autoritatem suam non prius accommodat,
quàm testator decesserit, quando nec alia testatoris
voluntas fuit. At vt id quod sub conditione debitum
est nullo modo debeatur, adeóque vt quod rectè ti-
téque licet sub aliqua conditione, promissum est,
prorsus interim indebitum sit, non magis fieri potest
quàm vt quid idem sit & non sit: & omnino necesse
est vt debitum esse incipiat eo ipso instanti quo fit, id
est, quo contrahitur: quia nec alio tempore lex appro-
bat stipulationem aliósve contractus condicionales,
vt obligationem parere possint quàm eo ipso instanti
quo fiunt, vt supra diximus *ex l. obligationes 27. de obli-
gat. & action.* Denique existens condicio stipulatio-
nis non tam obligat promissorem quam efficit vt ex
die contractę stipulationis obligatus reperiatur. Prius
autem est vt quis obligetur, quam vt obligatus appa-
reat. † Inde est quod si Titius tibi decem sub condi- 27
cione debeat & ego nomen eius abs te emam, confe-
stim venditio subsistit, adeóque non expectato euen-
tu conditionis possum ex empto agere vt vel accep-
tum ei facias *l. nullum. 19. D. de h. et. vel act. vendit.*
Nam si nullum adhuc nomen, nulla obligatio esset,
neque fieri posset vt valeret venditio sine re quæ ve-
niret *l. nec emptio. 8. de contrahend. empt.* neque vi per
acceptilationem liberaretur qui nondum esset obli-
gatus quomodo nec per delegationem liberari potest
is qui legatum sub condicione debet *l. legata. 42. de
cond. & demonstrat.* † Illud non est prætermittendum, 28
in d. l. quæ legata. 18. de regul. iur. erratum videri in illis
verbis *etiamsi liberatis nobis potestate domini conditio exti-
stat.* Habet enim lex sententiam generalem & quæ
ad filiosfamilias commodius quàm ad seruos referri
possit. Sed non probo quod Franciscus Hotomanus
in obseruat. docuit expungendam esse dictionem il-
lam *domini.* Potius enim dicerem pro *domini* legen-
dum esse *demum*, essetque multo probabilior emenda-
tio. Quamquam si quis pertinaciùs velit contendere,
Pomponium eo loco de seruis duntaxat locutum es-
se, quemadmodum & de filiisfamilias tantùm Paulus
agit *in dict. l. 78. de verborum obligation.* cùm tamen ea-
dem hac parte ratio sit filiifamilias & serui, ego non
valde repugnabo. Sicque sensisse videntur ij qui post
d. l. quæ legata, subiecerunt eadem ipsa Pauli verba quę
extant *in dict. l. 78.* quę tamen lex in Florentina & Ha-
loandri editione deest. Fuimus longiores in his expli-
candis, quia sunt subtilissima, & ex intimis
iurisprudentiæ nostræ me-
dullis deprom-
pta.

Capvt VIII.

Pessimè à compositoribus corruptum Caij responsum in §. si reo. l. si à reo 70. D. de fideiussor.

SVMMARIA.

1 *An, si reo in fundum obligato fideiussor in vsumfructum accipiatur, an inquam obligetur, quasi in minus, an verò non obligetur, quasi in aliud.*
2 *Sensus eorum quæ à Caio* in d. §. si reo. *præmissa sunt antequam ad propositam quæstionem respondeat.*
3 *In quo eius §. quæstio consistat.*
4 *Rationibus & legibus probatur vsumfructum à fideiussore promissum ius quoddam esse ab ipsa proprietate separatum.*
5 *Species & ratio* §. si fundum. l. si cùm argentum ff. de except. rei iudic.
6 *Vsumfructum non esse reuera fundi partem integralem.*
7 *An sit pars homogenea.*
8 *Tria esse corporum genera, & ex quo genere fundus sit?*
9 *Emendatur* l. rectè dicimus. 25. ff. de verb. signif.
10 *Respondetur ad* l. qui vsumfructum 58. ff. de verb. oblig. *ex qua nonnulli probare volunt vsumfructum fundi partem esse.*
11 *Cur is qui vsumfructum fundi, deinde fundum stipulatur, ei similis sit qui totū primo deinde partē stipulatur.*
12 *Quo sensu accipiendum sit quod à Paulo* in l. 4. de vsufr. *scriptum est vsumfructum in multis casibus partem dominij esse.*
13 *Tullij locus de vsufructu notatur.*
14 *Verba illa* d. l. *qui vsumfructum*, quia fundus dari non intelligitur si vsusfructus detrahatur. *ad contrahentium voluntatem referenda esse.*
15 *In stipulationibus & pactis semper ante omnia id sequimur quod actum est.*
16 *Exemplis res illustratur.*
17 *Eum qui fundi in quo vsumfructum habebat venditioni consentit doli exceptione repelli, si eum vsumfructum postea vendicare velit.*
18 *Argumento sumpto ex* l. suæ rei & seqq. de contrah. empt. *probatur vsumfructum fundi partem non esse.*
19 *Contraria hæc esse, fundi pretium, & minui officio iudicis.*
20 *Alia lex in superiorem de vsufructu sententiam allegatur.*
21 *Quid ad propositam initio quæstionem à Caio* in d. §. *responsum fuisse credibile sit?*
22 *Tribonianum & cæteros compositores suam sententiam pro Caij responso* in d. §. si reo *subiecisse.*
23 *Reprobatur ratio sententiæ illius suppositittiæ.*
24 *Nec formalem, nec causalem vsumfructum fundi partem esse.*
25 *Reiicitur distinctio vsusfructus in causalem & formalem.*
26 *Eum qui plenam proprietatem habet, vsumfructum propriè nullum habere.*
27 *An de nudæ proprietatis domino accipienda sit.* l. quod nostrum 63. ff. de vsufr.
28 *Sententia* l. si dominus. 72. ff. eod.
29 *Quid plenæ proprietatis appellatione contineatur?*
30 *Duplex compositorum error in* d. §. si reo.
31 *Obseruantur quædam* ad. l. quid aliud. 86. ff. de verb. signific.
32 *Verba manum Triboniani vel cæterorum compositorum* in d. §. si reo *prodentia.*
33 *Quænam æquitatis ratio Tribonianum & cæteros compositores mouere & fallere potuerit?*

SI † reo in fundum obligato, fideiussor in vsumfru- 1
ctum accipiatur, quæsitum est vtrum obligetur fi-
deiussor quasi in minus, an non obligetur quasi in a-
liud. Certum enim est fideiussoris obligationem licet
sit accessoria non tamē vsque adeò sequi naturā prin-
cipalis obligationis vt non possit esse leuior, sed illud
duntaxat prohibitum esse ne qua ratione durior con-
stituatur: Neque rursum sufficere vt nō sit durior, sed
illud etiam requiri vti ne in aliā causam fideiussor ac-
ceptus videatur. Nam si is qui decem tibi debuit, fide-
iussorem dederit à quo tu decem aut Stichum stipula-
tus sis, dicimus fideiussorē nullo modo obligari quasi
in aliam causam acceptū, quamuis durior non sit, quin
potiùs leuior eius conditio *l. græcè. 8. §. si quis Stichum in fin ff. de fideiuss.* † Ad propositam verò quæstionem 2
responsurus Caius *in l. si a reo. 70. §. si reo ait*, sic præ-
fatur: *Nobis in eo videtur dubitatio esse, vsusfructus pars rei sit an proprium quiddam.* Quibus verbis haud dubiè
insinuat, si vsusfructus pars rei sit, vtiliter acceptū vi-
deri fideiussorem, sin propriū quiddam, non æque. Si
enim admittas vsumfructū partē esse fundi qui prin-
cipali obligatione continetur, statim consequens erit
neque in aliam neque in duriorem causam acceptum
fideiussorem, qui vsumfructū promisit. Nam & minus
promittit qui partem, quàm qui solidū, & in eandem
non in aliam causam accipitur, qui in eiusdem rei quę
iam debetur partem se obligat. † Quæstio igitur, si Ca- 3
io credimus, in eo est. An vsusfructus pars fundi sit, an
ius quoddam fundi abstractum, vt ita dicam, & per se
subsistens. Quid enim magis aliud, & diuersum, quàm
ius fundi ab ipso fundo? Siquidem fundus res corpo-
ralis est, ius verò fundi res incorporalis. Vtrum verò
probabilius sit, id est, an vsusfructus à fideiussore pro-
missus fundi pars, an fundi ius censeri debeat, non est
difficilis & obscuræ inuestigationis. † Etsi enim qui 4
fundum dicit non nudam proprietatem intelligit, sed
plenam, id est cum vsufructu coniunctam *l. si alij. 19. de vsufr. legat.* non tamen perinde ex contrario qui di-
cit vsumfructum, vnam dominij partem intelligit,
quæ proprietatem fundi ex nuda plenam faciat, sed
ius quoddam seruitutis ab ipsa proprietate omnino
separatum. Idque est quod Papinianus eleganter &
apertè scribit *in l. Maeuius. 66. §. pen. de lega. 2.* vsumfru-
ctum licet emolumentum rei contineat in iure tamen
non in parte consistere. Cui non dissimile illud est
quod idem Papinianus *in l. si Titio. 33. §. 1. De vsufr.* mo-
net vsumfructum in quibusdam casibus non partis,
sed iuris effectum obtinere, vt puta, inquit, si fundi
vel fructus portio petatur, & absolutione secuta post-
eà pars altera quæ adcreuit vindicetur, in lite quidem
proprietatis obstabit exceptio rei iudicatæ, in fructus
verò non obstabit, quoniam portio fundi velut allu-
uio portioni, vsusfructus verò personæ adcrescit,
quod & scriptum est *in l. & an eadem. 14. §. 1. De except. rei iudic.* † Elegantior autem est in eandem rem 5
species illa à Pomponio tractata *in l. si cùm argentum. 21. §. si fundum eodem tit.* vbi ait si fundum meum esse
petiero, deinde postea vsumfructum eiusdem fundi
petam qui ex illa causa meus sit ex qua meus erat
fundus, obstaturam mihi rei iudicatæ exceptionem.
An quòd vindicem nunc partem eius rei quàm antea
totam vindicaui? Minimè. Sed ex contrario, quia, vt
Pomponius ait, qui fundum habet, vsumfructū suum
vindicare non potest. At si vsumfructum cùm meus
esset vindicaui, deinde proprietatem nactus iterum

de v-

de vsufructu experiar, potest, inquit, dici alia res esse quoniam postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior vsusfructus, & iure proprieta-
6 tis quasi ex noua causa meus esse cœpit. † Ergo vsusfructus non est re vera pars fundi. Nam si esset, vtique non posset facere mutata causa vsusfructus vt alia videretur esse pars eius rei, quæ eadem maneret. Nemo enim dixerit alium esse fundum siue in totum siue pro parte. Quomodo autem fieri queat, vt eadem res maneat, cuius pars aliqua vel minima mutatur, & alia esse incipit? Partem namque hic integralem intelligo, non homogeneam & numericam, de qua *in l. proponebatur 76. ff. de iud.* Nam qui dicunt vsumfructum partem fundi esse, non ad aliud respicere possunt, quàm ad id quod fundus ex proprietate nuda & ex vsufructu tanquam ex partib. integralibus constet. Itaque cùm verum sit quod eleganter Alphenus concludit *in d. l. proponebatur*, eandem rem existimari debere cuius eadem species consisteret, dico eandem speciem consistere non posse cuius partes integrales mutantur, siue specie, siue etiam numero tãtùm mutentur: ac proinde si post eiusmodi mutationē eadem nihilominus res & species maneret, ex eo intelligi, Non igitur partem integralem eius rei fuisse id quod
7 mutatum est. † Quod si quis, vt hinc se euoluat, probabilius putet vsumfructum fundi partem esse homogeneam, is multo absurdiùs erraverit. Homogeneas enim partes eas appellamus, quæ eiusdem prorsus cum suo toto sunt & naturæ & nominis, quomodo dicimus partem hereditatis esse hereditatem, & quod magis ad rem nostram pertinet, Partem quamlibet fundi fundum esse. Quis autem vsumfructum solum exprimere volens, fundum simpliciter vnquam
8 dixit? † Sed & cùm tria sint corporum genera de quibus tractat Pomponius *in l. rerum mixtura 30. de vsucap.* ... constat certe fundum esse ex primo genere, quod est vnitorum, cuiusmodi etiam est horeo, tignum lapis & similia: quorum proprium illud est, vt non vnita esse n possint, quin dissoluantur, & separata diuersaque corpora, diuersæ res efficiantur. Atqui vsusfructus & plerumque & commodè separatur non solùm à fundi proprietate nuda, sed etiam à fundo ipso, & quidem ita vt idem tamen fundus maneat, idémque fundi nomen retineat. Quia rectè dicimus eum fundum totũ nostrum esse etiã cuius vsusfructus ad alium pertineat. Quid-ni enim totum meum dicatur cuius non potest vlla pars dici alterius esse? quemadmodum subtiliter & verè Paulus ex Iuliano disputat *in l. rectè dicimus 25. de*
9 *verb. sign.* † vbi illa etiam ratio additur, *quia vsusfructus non dominij pars, sed seruitus sit.* sic enim legendum est non vt vulgo *seruitutis* cum seruitutis quæ prorsus indiuidua est, pars nulla vsquam esse aut intelligi pos-
10 sit. † Nec est contrarium quod ex eodem Iuliano proponitur *in l. qui vsumf. 58 ff. de V. O.* eum qui vsumfructum fundi stipulatur, deinde fundum similem esse ei qui partem fundi stipulatur, deinde totum, *quia*, inquit, *fundus dari non intelligitur si vsusfructus detrahatur*, & è contrario eum qui fundum stipulatus est deinde vsumfructum, similem esse ei qui totum stipulatur, deinde partem. Nam respondeo vel ex eo maximè loco probari potius, vsumfructum reuera fundi partem non esse. Si enim esset, consequens planè fieret, vt qui vsumfructum primùm deinde fundũ stipulatus fuisset priore stipulatione partem, posteriore totum stipulatus diceretur, & contrà vt qui fundum primùm deinde vsumfructum stipulatus esset, priore stipulatione totum, posteriore partem complexus dici deberet. At non ita Iulianus loquitur, sed hunc similem esse ait illi qui primùm partem deinde totum, aut qui totum primò deinde partem stipulatur. Quod si non nisi similis est, ergo idē non est Quid enim aut vulgatius aut verius, quàm nullum simile idem esse? † Cur verò similis est? Quia vsusfructus licet 11
pars & portio fundi nullo modo sit, partis tamen & portionis instar obtinet, quomodo loquitur Papi *in l. cum filius 76. §. dominus de leg. 2.* Hoc ipsum verò cur ita? Nimirum quia partis effectum habet vt idem ille ait *in d. l. si Titio 33. §. 1. de vsufr.* quoniam scilicet rei emolumentũ cōtinet *d. §. dominus & l. Maritus 6. §. pe. eo. tit. de leg. 2.* † Itaq; quòd vno tantũ iuris loco, id est 12
in l. 4. ff. de vsufr. ex Paulo scriptum est, vsumfructum dominij partem esse, non semper & absolutè, sed in multis caussis, necessariò sic accipiendum est, vt in iis ipsis caussis partis effectum obtineat, quomodo Paulus cum Papiniano *in d. l. si Titio §. 1.* loqui debuerat, non vt re vera pars sit *d. l. rectè dicimus.* Dominus enim absolutè & verè dicitur quisquis habet proprietatem, licet vsusfructus alienus sit *l. 1. §. 1. ff. ad S. C. Silan.* Et verò quænam obsecro alia dubitandi causa esse potuit apud Papinianum supradictis locis, nisi illa quòd vsusfructus in iure tantùm non etiam in parte consistat? Videbatur enim ea ratione legatum fundi abundè præstitisse heres qui fundum etiam sine vsufructu præstitisset Sed obstat ratio voluntatis quæ nō patitur, vt videatur testator sensisse de eo fundo cuius fructum siue heres ipse siue alius retineret, quia vsusfructus portionis instar obtinet, nec immeritò, cũ totius rei emolumentum contineat. † Qua de causa 13
Marcus Tullius in quadam epistola multò audacius & à iure nostro alieniùs scripsit, Id cuiusque propriũ esse quo vtitur fruitur. Quò etiam pertinet ratio illa Iuliani *in d. l. qui vsumfructum. quia fundus dari non intelligitur si vsusfructus detrahatur*: † vbi tamen obser- 14
uari volo non sic Iulianum loqui vt dicat fundum non dari si detractò vsufructu detur, [re vera enim datur si nihil nisi nominis vim & propriam significationem intueare, *d. l. rectè dicimus,*] sed ait *dari non intelligitur*, vt hoc ipsum ad contrahentium potiùs voluntatem referamus, quæ illa proculdubio fuit cùm in stipulationem fundũm deduxerunt, vt de fundi etiam commodo & emolumento cogitarent. † Nam in 15
stipulationibus etsi stricta interpretatio fieri solet ne promissor vltra quam disertis verbis expresserit obligetur *l. quicquid adstringendæ. 99. eodem tit.* semper tamen id ante omnia sequimur quod actum est *l. semper in stipulationibus 38. de reg. iur.* † Hinc illud etiam est 16
quod si pactus sim de non petendo fundo, postea verò vsumfructum petam, pacti conuenti exceptio contra me aptanda sit *l. si vnus 27. § pen. ff. de pact.* nempe ex interpretatione pacti potiùs quàm ex vi verborum, vt dictio illa demonstrat *aptanda*. Item quod Paulus subiungit idem esse si pactum interuenerit ne nauem aut ædificium peterem, & dissolutis his singulas res petam. Quis enim putet singulas res ex quibus nauis aut ædificium constat nauim vel ædificium dici debere? Item quod subiicit, *nisi specialiter aliud actum est.* Neque enim id agi potest, vt de qua re non petenda paciscor, eius partem aliquam petere adhuc possim: & plus valeret proculdubio hoc casu quod dictum quàm quod actum esset, vt & in elegãti illa nec valde dissimili specie *d. l. si aliy 19 ff. de vsufr. legat.* † In- 17
de illud quoque est, quòd si cùm fundi vsumfructum haberem eum fundum tu volente & consentiēte me vendideris, & ego postea meum in eo fundo vsumfructum vindicare velim, obstare mihi debeat exceptio

doli *l.apud Celsum. 4. §. quæsitum est si cùm fundi. ff. de dol.except.* quia non est dubitandum quin per venditionem, cui ego consensi, id ageretur inter te & emptorem vt fundi commodum & emolumentum totum à te in emptorē transferretur. Cæterùm doli exceptio necessaria est, quia stricto iure vsusfructus mei vindicatio mihi perinde competit, ac si venditioni non consensissem, quia non consensi vt vsumfructū, sed vt fundum venderes, cuius pars vtique censeri vsusfructus non potest. Alioqui certum est non fore mihi saluam vindicationem eius rei cuius venditioni consensissem, ne quidem stricto iure, quandoquidem is qui rem suam ab alio vendi scit & consentit, perinde eam alienat ac si ipse venderet. In proposito autem, cùm fundi tantùm in quo vsumfructū habebam venditioni consenserim, pugnat iuris stricti ratio cum æquitate, & proprietas verborum cum voluntate contrahentium ob idque doli exceptione vtendum est: cuius videlicet inducendæ ratio alia non fuit quàm ne cui dolus suus per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem prodesset *l. 1. eod.*
18 *tit.* † Illud quoque superioribus accommodatè subijci potest, quod scriptum est *in l. suæ rei. 16. & seqq. ff. de contr. empt.* suæ rei emptionē nō valere siue sciēs quis siue ignorās emat, nec tamē obstare emptioni, si in ea re vsusfructus duntaxat ementis sit. Atqui si ea res communis emptori cum venditore fuisset, dici deberet scisso precio pro portione, pro parte emptionem valere, pro parte non valere. Quid enim apertius, quàm ex eo probari vsumfructum partem fundi non esse? Nam si esset, sequeretur, emptionem pro parte vtilem pro parte inutilem esse, preciúmque scindi oportere. Sed tamen quia verum est vsumfructū portionis instar obtinere, quoniam rei emolumentum continet, illud etiam æquitate iudicij bonæ fidei admittendum est, officio iudicis minui pretium debere vt ait *l. 17. eod. titul.* † Sunt autem hæc contraria, Scin-
19 di pretium, & minui officio iudicis. Scinditur ipso iure cùm pro parte duntaxat emptio valet. Minuitur officio iudicis, cùm totius rei venditæ emptio subsistit, sed tamen æquum est alicuius rei rationem ha-
20 beri, vt *in l. non quocunque 82. §. fundus de legat. 1.* † Denique ne singulos iuris locos qui ad hanc rem pertinent, conquiramus, vrget maximè pro nostra sententia, *quod in l. 4. §. 1. De in diem addict.* Vlpianus & Iulianus quærit si res in diem addicta interciderit, vel ancilla decesserit, an partus vel fructus eius nomine adiectio admitti possit. Et negat admittendam adiectionem: quia alterius rei quàm eius quæ districta est non solet adiectio admitti. Alia ergo res est fundus ipse, alia fundi vsusfructus. Et vsumfructū partē fundi non esse ex eo apparet, quòd si rei venditæ pars perierit post addictionem in diem potest reliquæ partis adiectio admitti, vt idem Vlpianus ex eodem Iuliano subiicit *in §. seq. & in l. quod autem. 11. in fi. eo. tit.* iunctis
21 duabus ibidem sequentibus. † Quæ cùm ita sint, vt iam ad Caium nostrum redeamus, cùm pro reo in fundum obligato fideiussor in vsumfructum accipitur, quærimus an fideiussor obligetur, si tota dubitatio in eo est, vt est, an vsusfructus pars rei sit, an propriū quid iā quemadmodū Caius scribit, quid aliud concludere possumus quàm quòd à Caio responsum fuisse credibile est fideiussorē in proposita specie nullo modo obligari? Quippe qui in aliam rem sit acce-
22 ptus quàm quæ à reo principali debeatur † Sed tamē longè aliter Triboniano & compositoribus cæteris visum est, qui pro Caij responso suam nobis sententiam subiecerunt his verbis *sed cùm vsusfructus fundi ius est, inciuile est fideiussorem ex sua promissione non teneri.* † Quæ sentētia nō solū inepta est, sed ineptiore 23
etiā ratione fulcitur. Nā si admittas quod illi fatētur, & verū est, vsumfructū ius fundi esse, cōsequēs statim fiet, vt fundi pars non sit. Opponimus n. hac in re *ius parti, & partem iuri d. l. rectè dicimus. 25. de V. S. d. l. Mauius. 66 §. fundo de leg. 2.* Itaq; quisquis in hac specie volet defendere, vtiliter acceptū esse fideiussorē eū necesse est probare vsumfructū fundi partē esse. Alioqui si ius est, licet fundi ius sit, propriū tamē quiddam est à fundo separatum, vt & cætera omnia iura siue seruitutes sint siue alia eiusmodi tanquam incorporalia à corporalibus. † Nec est quod cum interpretibus du- 24
plicem vsum constituamus, caussalem, vt vocant, & formalem. Nam neuter fundi pars est: sed formalis quidem ius est & seruitus personalis. Caussalis verò non tam pars quàm accessio dominij plenæque proprietatis dici debet *leg. cum in fundo. 78.* vbi est textus perelegans *D. de iur. dot.* † Quamquam ea distinctio 25
mihi propiùs intuenti prorsus absurda & ridicula esse videtur. Siue enim vsumfructum in abstracto, quem formalem: siue in concreto, quem caussalem appellāt, consideres, idem ius est quod rei commodum & emolumentum continet: sed in eo tamen differentem habens rationem, quod priore casu ius est fundi adeóque seruitus, & quidem personæ, non fundi. Posteriore verò seruitus non est, quia nemini res sua seruire potest. *l. in re commun. 26. D. de seruit. vrba. præd.* ius tamē est, & non fundi, sed dominij quod quis in eo fundo habet, quia quisquis fundi dominus est, is iure suo & quasi dominus vsumfructū percipit dum ne sit ille alienus *d. l. cum in fundo. d. l. si cùm eo genitum 21 §. si fundum. De except rei iud.* † Indéque fit vt maritus idémq; 26
proprietarius fundi Corneliani, si vsumfructum eius fundi in dotē acceperit ab vxore soluto posteà matrimonio cogatur aut illius heres superstiti mulieri fundū in eodem fundo constituere, & quidem nouū, id est, qui sit penes mulierem iure nouæ seruitutis quia prior illa seruitus per consolidationem sublata fuerat, fructus autē penes maritū toto matrimonij tempore pleni dominij iure remanserat *d. l. cùm in fundo. & l. vsufructu. 57. D. solut. matrim.* Et, vt dicam apertiùs, qui plenam proprietatē habet, is vsumfructū propriè nullum habet, vt probant verba illa *d. l. 78. maritus tamen non vsumfructum habet, sed suo fundo quasi dominus vtitur.* † Adeò vt siue pactione siue testamento in aliū trans- 27
ferre vsumfructū velit, quod facere vtique potest, dicatur transferre id quod suū non est *l. quod nostrum. 63. D. de vsufr.* Quē locū qui de nudæ proprietatis domino intelligunt ex *l. si dominus 71. eod. tit.* faciunt hercle parū subtiliter, cū neque soleat absolutè & simpliciter intelligi fundū habere qui non nisi nudā habet proprietatem *d. l. si alij. 19. De vsufr. legat. d. l. qui vsumfructum. 58. de verb. oblig* neque vsumfructū cedere possit per contractū inter viuos. † Nā quod *in d. l. si dominus* 28
scriptum est, Si dominus nudæ proprietatis vsumfructū legauerit, valere legatū non ad cessum, sed ad legatum vsumfructum pertinet, sicque accipiendum est vt si fortè in vita testatoris vel ante aditam hereditatē, adeóque quod plus est post aditionem proprietatis accesserit, ad legatarium pertineat, vt eadem ipsa lex interpretatur. Quæ interpretatio in cessionem quæ inter viuos facta sit cadere nequaquam potest: neque illud rursum fieri vt qui nudum vsumfructum habet, id est à proprietate separatum possit eum cedere alteri quā proprietario *l. si vsusfructus. 66. D. de iur. dot.* Quòd etsi posset, non tamen esset exemplum accommodatum ad id probandum quod lex vult, Posse nos

etiam

etiam id quod nostrum non est ad alium transferre.
Necessariò igitur locus ille intelligendus est de do-
mino plenæ proprietatis, qui cùm fundum habeat,
non etiam vsumfructum, nihilominùs vsumfructum
etiam sine fundo potest constituere & constituendo
transferre, qui tametsi vsumfructum haberet, trans-
ferre illum non posset. Separandúmque est ius vsus-
fructus à fructibus, aut si mauis ab ipsa fructuum per-
ceptione *d. l. si vsusfructus. & l. 4. C de pact. dotal.* de
29 qua scripsimus lib. 6. c. vlt. † Quare si quæras quid ple-
næ proprietatis appellatione contineatur, non dicam
significari proprietatem quæ sit cũ vsufructu coniun-
cta (nulla. n. vsq. tam talis proprietas est) sed eã quæ fru-
ctuum commodo & emolumento gaudeat, vel, si ma-
uis, à qua vsusfructus non sit separatus. Vsusfructus.
n. non nisi per separationem constituitur, & conse-
quenter cum proprietate coniunctus esse nunquam
potest, licet separari possit, quia hoc ipso quo separa-
30 tur fit vsusfructus qui anteà non erat. † Duplex ita-
que Triboniani & aliorũ compositorũ error fuit *in d.*
§ si vero. Vnus in eo quod vsumfructum ius fundi esse
scripserunt. Nam si de vsufructu caussali intellexerũt,
quomodo intellexisse eos necesse est quandoquidem
formalis cùm sit seruitus, alia planè res est à fundo, is
vtique fundi ius non est sed dominij vt diximus. Al-
ter in eo quod fideiussorem acceptum in caussam v-
susfructus vtiliter obligari voluerũt ratione illa *quo-*
niam vsusfructus fundi ius est, cùm ea ratio contrarium
potius probet, in aliam scil. rem, ac proinde inutiliter
acceptum fideiussorem, quando fieri nequeat, vt fun-
dus eadem res sit cum iure fundi. † Quod. n. scriptum
31 est *in l. quod dicitur. 86. D de verb. sign.* nihil aliud esse iu-
ra prædiorum quàm ipsa prædia, qualiter se habentia,
xata generalis minúsque propriè dictum videri debet.
Quamquam nec fundus ipse cuius plena proprietas
ad aliquem pertinet, potest dici qualiter se habere
quod ad vsumfructum, quia neque domino neque
sibi ipsi seruire prædium vllo modo potest *l. cum essent*
32 *33 §. vlt. de seru. rust. præd.* † Prætermitto quod locutio
illa *inciuile est fideiussorem ex sua promissione non teneri.*
Tribonianum apertè prodit, cui nihil tam familiare
est, quàm inciuile dicere quicquid putat ille minùs
conuenire æquitati, licet iuris ciuilis rationi prorsus
conueniat, mirorque non sic ab eo scriptum fuisse
satis inciuile est aut *satis inhumanum* quomodo loqui
eum solere aliis quampluri mis locis iam ostendimus.
33 † Illa autem æquitatis ratio generalis Tribonianum
mouere aut potiùs fallere potuit, quod æquissimum
sit ex sua quemque promissione obligari & conueni-
ri. Quod si tam generaliter verum esset, æquè posset
concludere cogendum fideiussorem vt promissioni
suæ satisfaciat, etiamsi in duriorem aut in aliam caus-
sam sit acceptus. Quasi verò sola stricti iuris ratione,
ac non potius summa æquitate à prudentibus consti-
tutum sit, vt fideiussor, qui non nisi velut accessio
obligatur, nec in duriorem nec in aliam caussam ac-
cipi possit. Cùm igitur æquitas in hoc casu à iuris
ratione non abhorreat, nihil caussæ est cur non pro
fideiussore pronunciari debeat vt vsumfructum pro-
mittendo pro eo qui fundum debebat quasi in aliam
caussam acceptus nullo modo obligetur. His verò
quæ hoc capite diximus iungenda sunt ea quæ nos
similiter de vsufructu contra Tribonianum disputa-
uimus lib. 5. cap. vt hominis inscitia & faciliùs & a-
pertiùs detegatur.

CAPVT IX.

Ad l. vlt. C. de instit. & substit.

SVMMARIA.

1 *Eam constitutionem ab Interpretibus ad omnes ferè species trahi in quibus de pupilli hereditate inter substitutum pupillarem & matrem pupilli, vt eam substituto præferant.*

2 *Tacitam pupillarem ex eorundem sententia contra matrem non admitti, & quænam tacita substitutio ab ijs dicatur?*

3 *Melius fuisse si eam à lege subintellectam dixissent.*

4 *Tacitum aliquando id dici quod sola iuris potestate constituitur.*

5 *Qua ratione moti Interpretes tacitam pupillarem contra matrem admittendam esse negent?*

6 *Casus quo matrem per tacitam pupillarem excludi volunt.*

7 *Substitutione compendiosè hoc modo facta, Titius meus heres esto, quandocunque is decesserit Sempronius ei heres esto, defuncto intra pupillares annos filio, pupillarem substitutionem dicendam esse.*

8 *Dubitari ab interpretibus an hæc tacita pupillaris dicenda sit, an potius expressa.*

9 *Quid iuris si non verbus merè directis, sed communibus veluti per verbũ* substituo *substituto illa facta sit?*

10 *Medietatem secutos Interpretes dixisse, nec substitutum a matre, nec matrem a substituto in totum excludi.*

11 *Reiectis Interpretum sententiis ostenditur post Diui Marci constitutionem eum qui pupillo in vulgarem casum substitutus fuit, in pupillarem quoque substitutum intelligi.*

12 *Nec fauorem matris in medio existentis substituto nocere.*

13 *Et testatorem qui de substituto impuberi dando cogitauit, de matre in totum excludenda cogitasse.*

14 *Matrem eo casu non solùm à legitima filij intestato successione, sed etiam a querela inofficiosi testamenti excludi.*

15 *Substitutum eo etiam casu matri præferri quo pupillaris substitutio inutiliter facta est.*

16 *Multo magis excludendam esse quum substitutio pupillo facta pro eo habetur ac si in pupillarem casum expressim facta esset.*

17 *Singularis species in qua Iustinianus matrem substituto præferendam esse credidit.* in d. l. vlt.

18 *Vlpianum in illa specie a Papiniano dissensisse.*

19 *Ratio Vlpiani pro substituto.*

20 *Quam rationem ex iure vetere Papinianus aduersus substitutum afferre potuerit?*

21 *Vnde Papinianus coniecturam voluntatis pro matre aduersus substitutum* in d. l. vlt. *sumat?*

22 *Cur substitutis pupillaribus magis quam legitimis heredibus faueamus?*

23 *Alijs rationibus confirmatur supradicta voluntatis coniectura.*

24 *Alia ratio à Iustiniano expressa adiungitur.*

25 *Substitutum extra speciem* d. l. vlt. *propter matrem non excludi.*

26 *Verba illa eiusdẽ legis*, vbi posthumus natus adhuc impubes viua matre decesserit, *quomodo accipiẽda?*

27 *Distinctiones in specie* d. l. vlt. *adhibendæ.*

28 *An si mater* in d. l. vlt. *coheres filio data non sit, substitutus excludatur si posthumus natus viua matre impubes decesserit?*

29 *Quid iuris, si coheres data sit, vt non ventri sed filio iam nato sub ea conditione,* si heres non esset?

30 *Quid si pater compendio ita substituerit,* quãdocũque posthumus decesserit Sempronius heres esto?

31 *Quid si ventri ita substituerit,* si posthumus nascetur & heres non erit?

32 *Quid si non mater sed frater. aliúsve legitimus heres posthumi in medio sit idemque cum posthumo ex parte institutus, eique alius substitutus, siue nascetur posthumus siue non nascetur?*

33 *An eadem auia siue paterna siue materna quæ matris ratio constituenda sit?*

34 *Matrem in specie d. l. vlt. substituto præferendam esse. licèt ille sit ex liberis testatoris.*

35 *Nec distinguendum esse, vtrum filius ille substitutus, eodem testamento institutus fuerit cum matre & impubere an exheredatus?*

36 *Non referre etiam ex qua hereditatis parte mater fuerit instituta.*

1 AButuntur † interpretes, neque ex antiquioribus
tantùm, sed etiam quod magis mirari soleo, ex
recentioribus & politioribus plerique celeberrima
illa Iustiniani constitutione quæ extat *in l. vlt. C. de
inst. & subst.* dum eam passim trahunt ad omnes ferè
species in quibus de pupilli hereditate inter substi-
tutum pupillarem & matrem pupilli contenditur vt
matrem præferant substituto. Nam extra eum casum
quo pupillaris substitutio expressim facta propona-
tur (qui casus nullam omnino dubitationem recipe-
re potest) vix est vt non potiores matris quàm substi-
tuti partes esse arbitrêtur, siue tacita pupillaris sit ea
substit. de qua quæritur, siue vt loquuntur, compen-
diosa: quasi his casibus verba substitutionis admit-
tant dubitationem hoc ipso quo admittont interpre-
tationem, satisque matri ad vincendum esse debeat, si
2 de substituti iure dubitari posse videatur. † Illud pri-
mùm pro constanti & explorato habent, sic facta im-
puberi substitutione, *si filius meus heres non erit, Sem-
pronius ei heres esto*. qui vulgaris substitutionis casus
est, licet ex Diui Marci constitutione pupillo in vtrũ-
que casum substitutus datus intelligatur, vt testamẽ-
tarium heredem omnimodo pupillus habeat, *l. iam
hoc iure. 4. ff. de vulg. & pup. subst.* si tamen pupilli ma-
ter in medio sit, constitutioni Marci locum non esse,
prorsúsque excludi substitutum, vt matri ab intestato
locus fiat. Id enim est quod aiunt tacitam pupillarẽ
non admitti contra matrem. Tacitam vocantes eam
quæ cùm per solitam substitutionis pupillaris formu-
lam esse expressa non sit, inducitur tamen ex legis
3 potestate † Goueanus multo rectiùs à lege subintel-
lectam dici debere docuit, quia tacitum propriè illud
demum dicendum sit, quod in expresso vi ipsa ex-
pressi contineatur propter tacitam eius qui aliud ex-
pressit voluntatem, vt cùm tacita pacta dicimus de
quibus *in l. 2. 3. & 4. ff. de pact.* Aut in dando mutuo
tacitè id agi vt eiusdem bonitatis & qualitatis res
reddatur *l. 3. ff. de reb. cred.* At pupillaris illa substitutio
quæ ex vulgari inducitur casum non modò dissimi-
lem, sed etiam prorsus contrarium, non potest videri
vllo modo contenta in vulgari expressa, siue vim ver-
borum spectes siue solam patris substituentis volun-
tatem, ideoque legem & constitutionem ferri in eam
rem fuit necesse, quæ defuncti voluntatem illam pu-
pilli fauore non tam interpretaretur, aut adiuuaret,
quàm suppleret, quòd per se facere prudentes nun-
4 quam certè potuissent. † Quamquam nec nouum est,
vt tacitũ dicamus id quod sola iuris potestate consti-
tuitur. Nã & sic Iustinianus, alioquin satis malus lati-
nitatis autor, tacitam stipulationem dicit eam quam
in dotibus fauore mulierum induxit *l. vn. §. accedit. C.
de rei vx. act.* & tacitam hypothecã quam æquè mu-
lieribus pro dotibus dedit *l. assiduus. 12. C. qui potior. in
pign. hab. §. fuerat Inst. de act.* Sic & tacita pignora vo-
camus illa etiam quæ nulla omnino pignoris con-
uentione præcedente sola iuris legúmque potestate
constituuntur *l. 1. 3. 4. & pass. ff. in quib. caus. pign. vel hy-
poth. tac. contrah.* Quo exemplo facilè feram vt pupil-
larem quoque substitutionem quam Marcus ex ca-
su vulgari expresso inducendam putauit, tacitam ap-
pellemus. † Hanc igitur tacitam pupillarem negant 5
interpretes admittendam esse contra matrem, moti
tantùm *ex l. vlt. C. de inst. & subst.* quasi hoc ipsum Iu-
stinianus eo loco generaliter constituerit, ea potissi-
mùm ratione ne matri miseræ filio amisso luctuosa
filij hereditas auferatur. † Nisi, inquiunt, proponas 6
substitutum aliquem ex liberis testatoris, quem testa-
tor verisimiliter magis quàm vxorem suam dilexerit,
aut alias adesse voluntatis cõiecturas ex quibus pro-
babile sit voluisse testatorem vt mater omninò ex-
cluderetur, substitutus præferretur, vt puta si matri
aliquid legauerit quo contentam eam esse iusserit,
vetueritque ne quid ampliùs ex pupilli suisve bonis
consequi posset. † Quòd si pater impuberi filio sub- 7
stituerit non in vulgarem casum, aut in pupillarem
expressim, sed compendio verborum sine vllius æta-
tis præfinitione, hoc modo *Filius meus heres esto. Quã-
documque is decesserit, Sempronius ei heres esto*, nemo qui-
dem dubitat quin defuncto intra pupillares annos fi-
lio substitutio pupillaris dicenda sit, quia dictio *quan-
documque* sicuti cætera omnia tempora continet, ita &
illud quoque intra decimumquartum pupilli annum
est † Sed quoniã ætas ipsa pupillaris disertè expressa 8
non est, dubitant interpretes an tacita pupillaris hæc
dicenda sit, an potiùs expressa, quando negari nõ po-
test aliquo modo expressam esse, verbis saltem gene-
ralibus. Quæstionis verò effectum in eo totum cõsti-
tuunt, vt si tacita sit, per eam mater non excludatur,
sin expressa, excludatur. † Eũ autem casum præcipuè 9
interpretes exagitant si substitutio facta sit nõ verbis
merè directis, qualia illa sunt, quæ nos vsurpauimus,
Sempronius ei heres esto, sed communibus, vt vocãt, ve-
luti per verbum *substituo* quod illi cõmune esse vo-
lunt non solùm ad vulgarem & ad pupillarem substi-
tutionem, quo solo sensu commune dicitur, si tamen
dicitur *in d. l. iam hoc iure*, sed etiam ad directã substi-
tutionẽ & ad fideicõmissum, vtramque substitutionẽ
appellantes. † Et post multas altercationes ad eã tan- 10
dẽ sententiam crebrioribus votis tanquam æquiorem
& mediam decursum est, vt quia substitutio nec om-
nino expressa, nec prorsus tacita dici potest, mater
quoque nec in totum excludit substitutum nec in
totum excludatur à substituto, sed legitimam portio-
nem sibi in bonis filij debitam consequatur, reliqua
hereditas substituto relinquatur: sub iisdem tamen
exceptionib. quas supra retulimus: id est nisi ex aliis
testamenti partib. coniectura capi possit quòd matrẽ
in totum excludi testator voluerit, quomodo haud
dubiè voluisse creditur, si quem ex propriis liberis
substituerit, siue is fratri impuberi cõsanguineus fuit
siue vtrimque cõiunctus. † Mihi verò traditiones istæ
prorsus commentitiæ & à ratione iuris nostri alienæ 11
semper visæ sunt, siue prudentum responsa siue Iusti-
nianũ consulamus Nam quemadmodum ante Marci
constitutionem certum ius erat substitutionem quæ
pupillo facta esset in vnum casum, ad alium trahi nõ
debere, nec voluntatis quæstio relinquebatur, quia
iuris ratio faciebat, vt casum omissum pro omisso ha-
beri oporteret *l. commodissimè 10. de liber. & posth.* Ita
post eam constitutionem quæ proculdubio ius no-
uum fecit, dubitari non potest quin is qui pupillo in
vnũ casum substitutus fuit, in alterum quoque substi-
tutus intelligatur, *d. l. iam hoc iure*. Nec magis hodie
quàm

quàm olim voluntatis quæstio vlla relinquitur in re
quam certo perpetuóque iure diffiniri placuit. Nisi
quid aliud interueniat quod ex verisimili testatoris
voluntate contrariam suadeat interpretationem.
Cùm enim Marci constitutio non aliam rationem
habuerit quàm vt voluntas testatoris suppleretur,
conijcienda scilicet ex eo, quod testatorem animo a-
gitasse verisimile erat cùm filio suo impuberi substi-
tutum daret, rationi adprimè consentaneum est vt si
alia testantis voluntas fuit, quam vt substitutio in v-
num casum facta in vtrumque facta videatur, nullus
12 sit locus constitutioni. † Quid verò est, obsecro, quod
testatoris voluntatem obscuram & dubiàm faciat vt
cesset constitutio cùm filio impuberi substitutus in
vulgarem casum datus est matre in medio existen-
te, si aliud nihil concurrat? An fauor matris quam à
luctuosa filij hereditate excludi non solùm inciuile,
sed etiam inhumanum videatur? Neque enim aliud
quicquam pro matre comminisci possis. Atqui patris
filio substituentis alium quàm vxorem, licet in vul-
garem duntaxat casum, apertissima volontas illa est
vt substituto mater obstare non possit. Cur enim a-
lium quàm matrem substituisset, si successionem in-
testati saluam matri esse voluisset? An non verè pu-
pillaris substitutus est etiam matre in medio existen-
te is qui in casum vulgarem substitutus fuit? Vtique
vt ex eo apparet, quòd si mater post testatorem ante
pupillum defuncta esset, aut filio succedere nollet,
aut etiam non posset, puta exclusa per coniecturam
aliquam voluotatis, substitutus admitteretur, & qui-
dem ex pupillari substitutione & in casum pupilla-
tem. † Aliud ergo quidpiam interuenire necesse est
13 ad excludendum substitutum, nec sufficere potest,
quòd pupillo mater supersit. Alioqui noua substitu-
tionis formula excogitanda erit quæ non minùs ma-
tris quàoi pupilli mortem in condicione ponat, vt
substituto locus fiat. Et verò cùm post Marci consti-
tutionem quisquis ita testatur vt filio suo impuberi
non nisi in vnum casum det substitutum, consultò id
fecisse credendus sit, quia non dubitaret futurum ea
ratione, vt perinde in alterum quoque casum substi-
tutus admitteretur, ac si in vtrumque substitueret,
quid hodie interesse quæso potest, an in alterū dun-
taxat casum substitutus datus sit, an io vtrumque?
Aut qoomodo fieri potest, vt non cogitauerit de ma-
tre in totum exclodenda, qui de alio pupillari sub-
stituto impuberi dando cogitauit? Perinde id est ac si
quis diceret eum, qui exrtaneum heredem proprio
testamento sibi scripsisset, de legitimis heredibus, qui
alioquin ab iotestato successuri erant, exclodendis
14 non cogitasse. † Pupillaris siquidem substitutin testa-
mentum est filij licèt à patre factum sit, quinimò hoc
ipso potentius ad exclodendam matrem non solùm à
legitima intestati successione, sed etiam à querela
inofficiosi testamenti quòd pater ille est qui filio te-
stamentum fecit *l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis, ff.*
de inoffic. testam. Nàm de mariti testamento inofficio-
so conqoeri vxor non potest, sicut nec ab intestato
15 succedere ipsi posset. † Itaque tantum abest vt iuris
prudentes fauore matris recedere voluerint ab eo iu-
re quod Marci constitutio indistinctè, ac generaliter
induxerat, vt ex contrario substitutum matri prætu-
larint illo etiam casu quo pupillaris substitutio inu-
tiliter facta esset, vt puta in codicillis hactenus saltem
vt directa substitutio flecteretur in fideicommissum
materque ab intestato succedens hereditatem pupilli
substitutis pupillaribus ex fideicommisso restituere
rogata videretur. Sic enim Scæuola respondit *in l.*
Scæuolæ. 76. ad SC. Treb. vbi additur, quod magis mi-
rum est, id fieri benigna interpretatione, vt intelliga-
mus multo benignius esse, ac testatoris voluntati cō-
uenientius, vt substituto quàm vt matri faueamus,
tùm etiam cùm stricti iuris ratio potius quàm testa-
toris voluntas pro matre facit. † Quanto igitur magis 16
fauendum est substituto vt matrem in totum exclu-
dat, cùm substitutio pupillo facta non solùm valet
summo iure, sed etiam pro eo habetur ex Diui Marci
constitutione ac si in pupillarem casum expressim fa-
cta esset? An dicemus benignam interpretationem
eam, quæ & testatoris voluntatem, & substituti adeó-
que ipsius testamenti ius euertat, vt matri non nisi ab
intestato succedere valenti faueatur? † Vna tamen 17
eaque vnica species est & valde singularis in qua
matrem substituto præferendam esse Iustinianus cre-
didit, & ante Iustinianum Papinianus, à Iustiniano
autor laudatus *in d. l. vlt. C. de inst. & sub.* Finge Titiū
cùm Semproniam vxorem prægnantem haberet scri-
psisse heredem illam ex semisse, ventrem verò ex alio
semisse, tùm si posthumus natus non esset, Mæuium
substituisse: posthumum autē natum fuisse, sed post-
modum in ætate pupillari ante matrem decessisse. An
substitutum matri præferemus? † Placebat Vlpiano 18
& Papiniano voluntatis esse quæstionem, id est non
satis apertè ex iuris regula & Marci rescripto appare-
re quid in hac specie responderi deberet. Vlpianus
tamen, vt Iustinianus innuit, à Papiniano dissidebat,
& substituti partes tuebatur. Papinianus contrà vt
pro matre responderet, ex eo mouebatur quód veri-
simile esset testatorem qui substantiæ suæ partem v-
xori charissimæ reliquisset, multo magis id curasse aut
animo agitasse, vt & luctuosa filij hereditas ad ma-
trem perueniret. † Vlpianus sola Marci constitutio- 19
ne nitebatur: quæ licèt de eo testatore locuta videa-
tur qui filio impuberi substitutum dederit in vulga-
rem casum generalem, *si filius heres non esset*, ad eum
tamen porrigenda etiam est qui substituit in vulgarē
casum specialem, *si filius heres nollet*, aut *si filius heres es-*
se non poterit, & consequenter ad illum specialiorem, *si*
filius posthumus non nascetur, vt quamuis posthumus
natus sit, videatur pater ei pupillariter substituisse,
nec solùm si heres ille esse aut noluerit aut non po-
tuerit, sed etiam si heres fuerit & in pupillari ætate
decesserit. Ita enim ius esse nec Papinianus negabat,
& Iustinianus fatetur cùm in proposita specie substi-
tutum admittendum esse vult, non modò si posthu-
mus editus non fuerit, sed etsi eo nato mater prior
decesserit. Difficilius quidem videtur vt casus ille
specialissimus, *si posthumus non nasceretur*, trahatur ad
alium in specie contrarium, *si posthumus nascetur &*
heres non erit, tum hic rursus ad illum, *si heres erit & in*
pupillari ætate decesserit, quàm vt vulgaris tantùm ca-
sus generalis, qui speciales omnes in se vi suâ cōtinet,
trahatur ad pupillarem. Sed tamen cum extensio &
protractio hæc fiat solius legis potestate respicientis
ad fauorem pupilli cui pater prospicere sine dubio
voluit, non est difficilior hoc casu quàm illo. Omnia
enim quæ circa vltimas voluntates versantur, perin-
de facilia sunt legi, quæ ipsa supremis defunctorū iu-
dicijs vim totam, & robur confert. † Papinianus autē 20
illā potissimùm ex iure vetere rationem adferre po-
terat, quod casus ille tantùm expressus esset, *si posthu-*
mus non nasceretur. Omissus verò ille qui euenerat, *si*
posthumus nasceretur, & in pupillari ætate decederet. Pro-
inde casū omissū pro expresso haberi non debere. *d. l.*
cōmodissimè l. Gallus. 29. §. 1. de liber. & post. Neque verò
id Vlpianus ipse negaret, si Marci constitutio nō es-

ſet. Ad eam porro conſtitutionem Papinianus re-
ſpoodebat,non alia de cauſa ſic à Marco ſuiſſe cau-
tum vt ſubſtitutio in vnum caſum facta,in vtrum-
que facta intelligeretur, quàm vt mancam teſtamen-
ti ſcripturam ex eo ſuppleret quod credibile eſſet à
teſtatore cogitatum. Non enim eſſe dubitandum,
quin teſtator ſi eo tempore quo ſuprema condebat
interrogatus fuiſſet an ſubſtitutum quem io vnum
caſum dediſſet,in vtrumque datum vellet, reſponſo-
rus fuerit ſe id maximè velle. Eadem nimirum volen-
di ratione impellente,vt heredem ex teſtamento pu-
pillus omnimodo haberet, ne legitimæ inteſtati ſuc-
ceſſioni locus relinqueretur. Conſequens ergo eſſe,vt
ſi qua probabilis coniectura ex teſtamento ipſo e-
mergeret,quæ diuerſam teſtatoris voluntatem ſuade-
ret,conſtitutioni locus eſſe non poſſet, oe quod pro
adiuuanda ſupplendáve voluntate inductum fuiſſet,
in voluntatis euerſionem retorqueretur. Idque eſt
quod Modeſt.ſcribit *in d.l.iam hoc iure in fin.sta. n.in*
altero vtraque ſubſtitutio intelligitur, ſi voluntas parentis
21 *non refragetur.* † In propoſito autem coniectura vo-
luntatis pro matre aduerſus ſubſtitutum.Papinianus
ex eo ſumebat ꝙ teſtator vxorē dediſſet ventri cohe-
redem. Inde ſiquidem colligi poterat non ſolùm fuiſ-
ſe illam teſtatori chariſſimam, quod noo ſufficeret ſi
fortè legatis duntaxat quantumcunque ampliſſimis
eam honeſtaſſet. verùm etiam non cogitaſſe teſtato-
rem de luctuoſa filij hereditate auferenda matri, cui
propriæ ſubſtantiæ,id eſt hereditatis ſuæ partem reli-
22 quiſſet. † Id enim cauſæ eſt cur ſubſtitutis pupillarib.
magis quam legitimis heredibus fauere ſoleamus,
quod pater ſubſtituendo pupillariter ſatis declaret
nolle ſe pupilli hereditatem ad legitimos heredes
peruènire. At quis in dubio credat noluiſſe teſtato-
rem alienam hereditatem ab inteſtato peruenire ad
eam perſonam cui propriam ipſe ſiue in totum ſiue
pro parte relinquat? Præſertim verò hereditatem lu-
ctuoſam, quæ in ſolatium amiſſi pupilli ſi non iure,
23 ſaltem miſerationis ratione matri debeatur. † Quam-
quam autem coniectura hæc, ſi aliud nihil vrgeret,
leuior videri poſſet quàm vt à certo conſtitutoq. iure
propterea diſcedi oporteret: tamen in propoſita ſpe-
cie vires maximas ex eo accipit, quod per huiuſmodi
coniecturam id agit Papinianus vt redeat res ad ius
vetus caſuſque amiſſus pro omiſſo habeatur. Item ex
eo,quòd condicio illa negatiuè concepta *ſi poſthumus*
non naſceretur dupliciter defecerat, & quia poſthu-
mus natus fuerat, & quia patri heres extiterat, neque
n.qui non naſcitur,heres eſſe poteſt. Non quòd diffi-
cilius hoc caſu inducatur conſtitutio Marci quam ſi
ſubſtitutus datus fuiſſet in caſum illum vulgarem ge-
neralem *ſi poſthumus non eſſet heres* (nihil enim meo
iudicio intereſſet ſi ſubſtitutus oon cum matre, ſed
cum alio quolibet legitimo herede contenderet,) ſed
qooniam quod ad matrem pertinet, multum ſanè in-
tereſt,quibus verbis concepta ſit conditio, & an na-
tus ſit poſthomus an non natus. Nam cùm is tantùm
caſus expreſſus eſt, *ſi poſthumus non naſcetur*, dici non
poteſt teſtatorem qui poſthumo ſubſtitutum dedit,
cogitaſſe de luctuoſa filij hereditate matri auferen-
da: quando nec vlla filij hereditas eſſe poteſt ſi non
naſcatur. Proinde nulla fit iniuria matri ſi in ea por-
tione ex qua poſthumus heres ſcriptus fuerat, ſubſti-
tuatur extraneus & admittatur in eum caſum quo
poſthumus non naſcetur. At nato poſthumo ſicut in-
cipit vxor habere filium, ita & iuſtam habere quere-
lam ſi ab eius mortui ſucceſſione repellatur in eum
caſum qui ſit omiſſus, quique tam diuerſam & ſepa-
ratam ab expreſſo habeat rationem. Et hæc ſanè
meo iudicio præcipua obſeruatio eſt quæ Papinia-
num mouere potuit & debuit vt contra ſubſtitutum
reſponderet. Quam ſi ille vt Tribonianus, prætermi-
ſit, fecit fortaſſe, vel quòd facilè & ex ipſis teſtamen-
ti verbis ſtatim occurreret, vel quòd ſola minus ſuffi-
ceret ad excludendum ſubſtitutum, etiam matre in
medio exiſtente. † Sed ſi aliam coniungas quam Iu- 24
ſtinianus his verbis expreſſit, *ſi enim ſuæ ſubſtantiæ par-*
tem vxori dereliquit, multo magis & luctuoſam filij here-
ditatem ad matrem venire curauit fortiſſimam ſanè vo-
luntatis coniecturam ex duabus collectam, iuriſque
veteris ratione corroboratam pro matre effeceris.
† Cæterùm non eam Papiniani, aut Iuſtiniani ſen- 25
tentiam eſſe, vt generaliter & extra eam ipſam ſpe-
ciem de qua tractamus ſubſtitutus excludatur pro-
pter matrem. apparet manifeſtiſſimè ex illis verbis,
in huiuſmodi caſu, quorum non alius ſenſus eſſe poteſt
quàm vt in ea ſpecie quæ proponitur, ſubſtitutionem
reſpuamus, id eſt ita demum ſi & mater ſit in medio,
& coheres filio data, & ſi ſubſtitutus in eum nomina-
tim caſum vocatus, *ſi poſthumus non naſcetur*. † Nam 26
quod ſtatim ſequitur, *vbi poſthumus natus adhuc impu-*
bes viua matre deceſſerit, non pro eo accipi debet quaſi
ſit interpretatio eius quod præcedit *in huiuſmodi ca-*
ſu, ſed vt ſit prior pars diſtinctionis qua vtendum eſt
cùm quæritur, an in propoſita ſpecie ſubſtitutus ad-
mittendus ſit necne. † Aut enim poſthumus natus 27
adhuc impubes viua matre deceſſit, & his duobus in-
teruenientibus ſi cætera omnia concurrant de qui-
bus diximus, ſubſtitutus excluditur. Aut poſthumus
editus non eſt, vel editus quidem eſt, ſed matri ſuper-
ſtes fuit, & his caſibus ſubſtitutus admittendus eſt.
Itaque melior condicio eſt ſubſtituti quàto matris.
Illa enim non niſi vno caſu admitti poteſt, & ita de-
mum ſi duo concurrant. Hic autem duobus caſibus
admittitur, quorum vterque ſimplex eſt nec alium
caſum admixtum habet. † Quid ergo ſi mater filio 28
coheres data non ſit? Non excludetur ſubſtitutus li-
cet poſthumus adhuc natus viua matre impubes de-
ceſſerit. Ceſſat enim hoc caſu coniectura illa quæ Pa-
pinianum & Iuſtinianum præcipuè mouit, quod cre-
dendus non ſit pater luctuoſam filij hereditatem
adimere voluiſſe matri, cui ſuæ propriæ partem de-
derit. † Quid rurſum ſi coheres data ſit, at non ven- 29
tri, ſed filio iam nato ſub ea condicione, *ſi heres non*
eſſet? Neque hoc caſu ſubſtitutus excludetur, quia dif-
ficilius eſt, vt non cogitauerit hic pater de inteſta-
ti ſucceſſione matri auferenda, quàm ſi poſthumo
nondum nato ſubſtituiſſet ſub ea condicione, *ſi non*
naſceretur. † Quid ſi pater compendio verborum 30
ita ſubſtituerit, *quandocunque poſthumus deceſſerit Sem-*
pronius heres eſto. Admittam ſubſtitotum eodem mo-
do, eadémque ratione, quia compendium illud ver-
borum licet plura tempora contineat, non tamen
dioerſos illos caſus *ſi poſthumus naſcetur* & *ſi non na-*
ſcetur. Natum enim eſſe omnino neceſſe eſt vt poſ-
ſit decedere. Itaque perinde eſt ac ſi iam nato filio,
ſi is heres non eſſet, ſubſtitutus datus fuiſſet. † Nec 31
aliud reſpondebo ſi ventri facta ſubſtitutio ſit his
verbis *ſi poſthumus naſcetur* & *heres non erit*. Nam ſta-
tim atque apparet teſtatorem nato quoqoe poſthu-
mo ſubſtituere voluiſſe, nullus interpretatiooi pro
matre faciendæ locus relinquitur, tametſi coheres
filio data propooatur. † Qoid denique ſi non
mater ipſa in ıedin ſit, ſed frater aliúſve legitimus 32
heres poſthumi idémque cum poſthumo ex parte
ır ſtitutus, eique ſubſtitutus ſiue naſcetur poſthu-
mus

mus siue non nascetur? Substituto locus erit, quia
non sicut matri ita fratri aut alij cuilibet legitimo he-
33 redi luctuosa pupilli hereditas videri potest. † Nec
auiam quidem excipio siue paternam siue maternã,
licet interpretes vulgo excipiant, eandémque matris
& auiæ rationem hac parte constituant. Etsi enim a-
scendentibus omnibus pro cuiusque gradus prærroga-
tiua descendentium hereditates deferri solent ratio-
ne miserationis *l. nam et si. 17. D. de inoff. test. l. scripto. 7.*
§. vlt. vnd. liber. luctuosior tamen est matri quàm auiæ
hereditas pupilli, longéque maiore commiseratione
mater quàm auia digna est, non solum propter con-
iunctum dolorem ex casu amissi patris, sed etiã pro-
pter partus periculum quod ipsa, non auia, pro pupil-
lo subiicit *argument. l. assiduis. 12. vers.* quis enim earũ
non misereatur? *C. qui pot. in pign. hab.* Denique non
patiar vt casus ille adeò singularis qui Iustiniani con-
stitutione diffinitur, ad alium vllum casum porriga-
tur, quia nec similem alium vllum comminisci possis,
si vel minimam demas ex iis facti circumstantiis, quę
34 in proposita facti specie occurrunt. † Sanè in eo ipso
casu plus fauebo matri quam fauere interpretes so-
leant, qui substitutum ei præferunt si sit ex liberis te-
statoris. Præferam enim matrem siue filius testatoris
idémque substitutus consanguineus tantum frater
pupillo fuit, siue vtrimque coniunctus, non ob id so-
lum quòd eædem commiserationis, æquitatis, & vo-
luntatis rationes pro matre vrgeant quæ vrgerent si
substitutus omnino extraneus fuisset (nam si filius
substitutus non nisi consanguineus pupillo fuit, post-
ponitur omnino matri in pupilli intestati successio-
ne, sin vtrinq. coniunctus fuit, concurrit quidem cũ
matre, sed tanto æquius ferre debet, quod ex substi-
tutione non admittitur) verum etiam quia Iustinia-
ni verba sunt taxatiua & præcisa, non tam aduersus
substituti personam, quàm aduersus ipsam substitu-
tionem. Sic enim scribit *substitutionem quidem in hu-*
iusmodi casu respuendam esse censemus. Tunc autem tan-
tummodo substitutionem admittimus cùm posthumus mini-
mè editus fuerit vel post eius partum mater prior decesse-
rit. Nato igitur posthumo & ante matrem defuncto
nulla substitutio est: quod cum ita sit, quid attinet de
substituto quærere an sit ex liberis necne? Nam vbi
substitutio nulla est, nec substitutus quisquam esse
35 potest. † Quare nec distinguam vtrum filius ille sub-
stitutus, eodem testamento institutus fuerit cum ma-
tre & impubere, an exheredatus. Quamquam in ex-
heredato minorem dubitationem res habet, cùm ve-
risimile nõ sit voluisse patrem à legitima pupilli suc-
cessione excludi matrem per filium quem ipse à pro-
pria repulerit hereditate. Nec quicquam apertius est
quàm Iustinianum, vt matri faueret contra substitu-
tum, ad ipsius matris personam & fauorem duntaxat
respexisse, non etiam ad id quod extraneus substitu-
tus proponeretur. Et veró, quisquis tandem ille sit,
qui substitutus est, idem matris fauor esse debet cùm
non de testatoris, sed de pupilli bonis & hereditate a-
gitur, quandoquidem æquè vno ac alio casu luctuo-
sa ei est hereditas filij, nec magis hoc quàm illo dici
potest de ea excludenda cogitasse testatorem qui vê-
tri substitututum dederit in eum duntaxat casum *si*
36 *posthumus non nasceretur.* † Sicuti nec quicquam refert
an ex dimidia hereditatis parte, an ex tertia tantùm
aut alia minore vxor fuerit instituta. Sufficit enim
quòd testator substantię suæ partem ei reliquerit, nec
vt pars illa dimidia sit, Papinianus exigit aut Iusti-
nianus. Vnus tantùm iuris locus est quo mouętur in-
terpretes vt pro matre cõtra substitutũ respondeant,
& Iustiniani constitutionem locum habere putent
illo etiam casu quo vxor nulla ex parte à marito he-
res scripta proponatur. Is est *in l. precibus. 8. C. de im-*
pub. & aliis substit. De cuius sententia, quoniam hîc
iam longiores fuimus, dicendum nobis est separa-
tim, totáque hæc disputatio sequenti capite absol-
uenda.

CAPVT X.

Ad l. precibus. 8. C. de impub. & aliis substit.

SVMMARIA.

1 *Species* d. l. precibus. *& distinctio Imperatorum ad propositam speciem & quæstionem respondentium.*

2 *Respondetur ad argumentum ex priore illius distinctionis parte ab Interpretibus desumptum & allatum.*

3 *Cur in* d. l. precibus *substituto in casum duntaxat vulgarem dato non prosit substitutio pupillaris casu eueniente, & mater ab intestato potior sit?*

4 *Quum de militis testamento agitur, nudam militis voluntatem inspici, nulla scripti admissa interpretatione.*

5 *Propria & singularia quædam in militum testamento obseruantur.*

6 *An aliud in lege proposita obtineret si vnus ex liberis testatoris substitutus proponeretur?*

7 *Multum ea parte differre testamentum militis à testamento pagani.*

8 *Nihil in* d. l. *interesse an mater sit quæ ab intestato succedat, an alius agnatus.*

9 *Non eandem esse posse* d. l. vlt. & d. l. precibus. *sententiam.*

10 *Interpretatio secundæ partis distinctionis* in dict. leg. precibus.

11 *Verba substitutionum quædam directa esse, quædam verò obliqua.*

12 *An verbum* substituo *sit verbum commune ad directam & fideicommissariam substitutionem pertinens?*

13 Verbum commune *in* l. eam hoc iure §. 2. ff. de vulg. substit. *ad quam dictionem referendum sit?*

14 *Substitutum iure nunquam simpliciter dici eum qui per fideicommissum est vocatus.*

15 *Cur Tribonianus in quibusdam iuris locis substitutionem pro fideicommisso dixerit?*

16 *Verbum illud* substituo *in* l. Scæuola 76. ad S. C. Trebell. *ad fideicommissariam substitutionem non stricta iuris ratione, sed benigna interpretatione trahi.*

17 *Quantas controuersias excitarit sententia eorum qui verbum substituo commune esse tam ad directam, quam ad precariam substitutionem existimarunt?*

18 *An mater per compendiosam substitutionem verbo communi factam ita à pupilli hereditate excludatur vt legitimam saluam habeat?*

19 *Ratio media Interpretum sententiæ reprobatur.*

20 *Non posse eandem substitutionem pro parte tacitam censeri, pro parte verò expressam.*

21 *Ei cui nihil prorsus testamento relictum est, nullam actionem ex testamento ad consequendam legitimam competere.*

22 *Legitimam ab intestato non deberi.*

23 *Respondetur obiectioni Interpretum qui legitimam matri adiudicant compendiosa substitutione verbo communi facta.*

24 *Compendiosam substitutionem pupillo intra pubertatem decedente perinde pupillarem directam esse, ac si pupillaris ætas expressa esset.*

25 *An compendiosa substitutio sit tertia substitutionis species a vulgari & pupillari differens?*

26 *Compendiosam illam substitutionem non plus iuris substituto acquirere quam si pupillares annos filius non egrederetur.*

27 *Casus quo substitutio illa compendiosa propriam naturam & a cæteris distinctam habet.*

28 *Eandem, si a pagano facta sit pupillarem tantum esse, non vulgarem non fideicommissariam.*

29 *Fideicommissariam toto genere a pupillari, & a vulgari differre.*

1 CVm † maritus idémque miles filium impuberem
testamento heredem scripsisset, eique substitutum
dedisset, tùm defuncto pupillo de ipsius hereditate
inter matrem superstitem & substitutum controuer-
teretur consulti Imperatores quid iuris constitui pla-
ceret, rescripserunt distinguendum esse vtrúmne in
primum casum, an in secundum substitutus datus es-
set. i. an in vulgarem an in pupillarem. Non enim esse
incerti iuris, quòd si quidem impubes in patris mili-
tis positus potestate primo tantùm casu habuit sub-
stitutum & patri heres extitit, defuncto eo, ad matrē
omnimodo pertineat successio. Si verò substitutio in
secundum casum, vel expressa, vel compendio verbo-
rum, id est non vsque ad certam ætatem facta reperia-
tur, siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat
heredes quos pater ei constituit. Sed si post puberta-
tem, mater equidem ab intestatu filij sui successio-
nem obtineat, ab ea tamen, bona omnia quæ patris
cùm moreretur fuerunt, per substitutum velut ex
2 caussa fideicommissi peti possint. † Priore distinctio-
nis parte nostri abutuntur, vt probent Iustiniani con-
stitutionem *in l. vlt. C. de vulg. & pup. subst.* de qua proxi-
mè diximus, non minùs locum habere vt mater sub-
stituto præferatur, etiamsi coheres illa filio data non
sit, quàm si data esset. Nam in specie *l. precibus*, solus
filius impubes & consequenter ex toto asse scriptus
proponebatur. Sed & illud pro substituto faciebat,
quod non in casum illum specialissimum *si posthumus
non nasceretur* datus erat, sed in vulgarem generalē *si
filius heres non esset*, qui casus vtpote minus remotus à
pupillari facilius ad illum trahi potest ex constitutio-
ne Diui Marci, quàm si posthumo in eum duntaxat
casum quo non nasceretur substitutus datus esset,
quemadmodum in superioribus disputauimus. Et ta-
men non dubitāt Imperatores quin ab intestato ma-
3 ter substituto præferenda sit. † Sed mirum est non
fuisse ab interpretibus animaduersum aut pondera-
tum quod ipsa legis verba bis inculcant, de testamen-
to militis eo loco disputari. Inde enim, nec aliunde
fit vt substituto in casum duntaxat vulgarem dato nō
possit prodesse substitutio casu pupillari eueniēte, &
quod est consequens vt matrem ab intestato potiorē
esse sit necesse. Certum namque est constitutionē Di-
ui Marci quæ primum ius illud induxit vt substitutio
filio impuberi in vnum casum à patre facta in vtrū-
que facta intelligeretur, non pertinere ad testamenta
4 militum: † quoniam cùm de militis testamento agi-
tur, nudam militis voluntatem intuemur, id est qua-
lis scripta est, nulla scripti admissa interpretatione, tā-
tum abest vt casum omissum suppleamus & pro ex-
presso habeamus: In quo militis aliud ius est, quàm
pagani. Testamentum. n. pagani hominis diffinimus
iustam ipsius sententiam, id est non nudam vt militis,
sed iuris rationi & regulis conuenientem, adeòque
ex iure & legibus aut Principum constitutionibus
interpretandam *l. 1. D. qui testam. facer poss. l. 1. l. in fraudem. 45. § 1. l. miles si testamentum. 35. D. de testam. milit.*
Atqui vt in vnum casum facta substitutio in vtrum-
que facta intelligatur, non fit citra interpretationem,
imò suppletione opus est, vt suprà diximus. † Mirum 5
igitur non est si ea Marci constitutio ad militum te-
stamenta non pertineat Nam & permittitur iis dece-
dere pro parte testatis, pro parte intestatis *l. si miles. 6.
eo.* pro parte, inquam, non modò bonorum, sed etiam
temporis *l. ex militari. 11. §. vlt. & l. miles ita. 41. eod.* &
cum testamento imperfecto, vt perfecti potestatē ob-
tineat, adeóque cum pluribus testamētis *d. l. miles 35.*
Denique miles etiam notis testamentū dictare potest
l. Lucius. 40. eod. & filio impuberi testamentum face-
re, licèt sibi ipsi non faciat *d. l. miles ita. §. vlt.* Vt cæte-
ta taceam quę ex principalibus constitutionibus pro-
pria atque singularia iura in militum testamentis ob-
seruantur *l. 2. & pass. eo. tit.* Porro cessante Marci con-
stitutione quid aliud relinquitur, nisi vt qui in vul-
garem duntaxat casum substitutus fuit, pupillari e-
ueniente non admittatur, legitimisque heredibus,
quicunque tandem illi sint, locus fiat? † Quare nec a- 6
liud esset tametsi vnus ex liberis testatoris substitu-
tus proponeretur, quo tamen casu putant interpretes
potiorem substituti caussam esse debere. Non enim
quod substitutus sit ex liberis facere potest vt eo ma-
gis constitutio locum obtineat in testamento militis,
quod neque coniecturam, neque interpretationem
admittit. † Et magis miror quod Iacobus Cuiacius in 7
obseruationibus scripsit nihil hac parte differre testa-
mentum militis à testamento pagani Hoc enim si ita
est, cur adiecta sunt in principio legis verba illa *miles
defunctus* & paulò post *in patris militis positus potestate.*
† Sanè quod ad hanc rem pertinet, nihil interest an 8
mater sit quæ ab intestato succedat pupillo, an alius
agnatus. Quisquis enim ille sit, præferetur substituto,
quia in pupillarem casum substitutio nulla esse intel-
ligitur. Idque *non incerti iuris esse* vt lex ait, sed certissi-
mi & exploratissimi, cùm tamen si à pagano factum
esset testamentum, datúsque substitutus sub ea con-
ditione *si posthumus non nasceretur*, fatendum esset vel
substitutum vincere debere, vel saltem voluntatis es-
se quæstionem, vt Vlpianus & Papinianus putabant
d. l. vlt. C. de vulg. & subst. Substitutione verò in vul-
garem casum generalem facta *si posthumus heres non
esset*, nulla esset quæstio voluntatis, sed omnimodo
substitutus vinceret propter Marci constitutionem,
si non contraria patris voluntas probaretur *l. iam hoc
iure 4. D. de vulg. & pupill. substit. l. quamuis. 4. C. eod.*
† Nō igitur eadē esse potest sententia Iustiniani *in d.* 9
l. vlt. & Imperatorum Diocletiani & Maximiniani *in
l. precibus*, vt mater præcipuo quodam fauore exclu-
dat pupillarē tacitā substitutionem siue filio coheres
data sit siue non sit. † Quòd verò ad compendiosam 10
attinet, quæ secunda pars est distinctionis positæ *in d.
l. precibus*, multo magis ridiculū est quod nostri volūt,
sic eam interpretandā quoties mater in medio est vt
fideicommissaria sit potiùs quàm directa si per verbū
commune facta sit, vt puta, inquiunt, per verbū *sub-
stituo*. Nam imò verò nihil prorsus interest an filio
substitutus datus sit in casum quo heres erit, pupilla-
ri ætate expressa, id est adiectis his verbis *& in pu-
pillari ætate decesserit*, an verò compendio verborum
non vsque ad certam ætatem hoc modo *quandocun-
que decesserit*. Vtroque enim casu pupillaris substitu-
tio est, & quidem expressa & vtilis, si modò pupillus
intra

intra pubertatem moriatur, siue directis verbis sub-
stitutio facta sit vt *in d.l.precibus*, quod apparet ex iis
verbis *secundum heredem scripsisse*, siue communibus, vt
nostri appellant. Nam & voluntas testatoris & ratio
iuris facit vt substitutio quæ duplici iure valere po-
test, id est tanquam directa aut tanquam fideicom-
missaria, directa potiùs quàm fideicommissaria cen-
11 seatur, *cap. si pater de testam. in 6.* † Quamquam, si verũ
amamus, absurda est & à prudentum traditionib. a-
liena distinctio illa verborum vt quædã directa sint,
quædam obliqua, quædam communia. Summa enim
omnium diuisio est quod quædam directa sunt quæ
& ciuila & impetratiua vocantur, quædam obliqua
quæ & precaria, & inflexa, cõmunia verò nulla pror-
sus. Vnde illa etiam diuisio voluntatum quòd omnes
aut directæ sunt aut precariæ *l. verbis ciuilibus 7. l. cen-
turio 15. D. de vulg. & pupil. subst. l. cùm proponebatur 64.
de legat. 2. l. 2. C. commun. de legat. l. quoniam indignum 15.
12 C. de testam.* † Sed illud multo absurdius est quod vno
ore nostri omnes iactitant, verbum *substituo* esse com-
mune ad directam & ad fideicommissariam substitu-
tionem, abutentes in hanc rem Modestino *in d. l. iam
hoc iure.* nec animaduertentes cõmune eo loco dictum
esse ratione vulgaris & pupillaris substitutionis dun-
taxat, non etiam ratione fideicommissi, de quo tota ea
13 lege ne verbum quidem. † Quamquam malim quod
eo loco de communi verbo scriptum est referri non
ad verbum *substituo*, sed ad dictionem *invicem*: illa e-
nim est quæ communem facit inter institutos. & du-
plicem substitutionem, idque ab interpretibus aut à
nobis ante hũc diẽ animaduersum nõ fuisse miror. E-
nimuer si verbum *instituo* merè directũ est vt iidem
omnes fatentur, quidni *substituo* etiam directum erit,
cùm substitutio, si Vlpiano & Caio credimus, nihil a-
liud sit quàm institutio secundæ aut secundi heredis?
14 † Nec sanè memini vllo iuris loco legere me substitu-
tum dici à prudentibus eum qui nõnisi per fideicom-
missum sit vocatus. Quin ex contrario à Papiniano
scriptum video *in leg. tutores 39. §. heres institutus D. de
admin. & peric. tutor.* heredem institutum qui heredi-
tatem ex fideicommisso restituere debuit, nullum ta-
men habere substitutum. Quare nec vnquam Iure-
consulti substitutionem simpliciter dicunt vt fidei-
commissum exprimant, sed vel addunt fideicommis-
sariam, quo modo etiam hominem mortuum qui ho-
mo re vera non est, hominem appellamus, & institu-
tionem quoque precariam dicimus *in l. quærebatur 19.
D. de test. mil.* vel substitutionis nomine vtuntur cùm
fideicommissum in legato fideicommisso factum est,
vt dubitari non possit directamne an precariam sub-
stitutionem intelligant, quemadmodum à Papiniano
quoque factum est *in l. cùm pater 77. §. volo de legat. 2.*
15 † Tribonianus certè plerisque locis substitutionem
dixit pro fideicommisso vt *in l. generaliter 6. §. cùm au-
tem Cod. de instit. & substit. & alibi passim.* Ideo fortasse
quod substitutionis nomen generale & æquiuocum
est. Nam & arbores substitui dicimus in locum de-
mortuarum *l. agri vsufructu 18. D. de vsufr.* Sed testator
qui substituendi verbo vsus est de fideicommisso sen-
sisse vllo casu videatur, nusquam à prudentibus, at ne
16 quidem à Triboniano ipso proditum reperias. † In
eamque rem textus est, vt mihi videtur, & elegans &
apertus *in l. Scæuola 76. D. ad S.C. Trebell.* vbi cùm pro-
poneretur pater filio impuberi codicillis substituis-
se, negat tamen Scæuola substitutionem valere, quòd
esset merè directa, codicillis autem hereditas directo
dari non magis quàm adimi possit. Nec quod eam fle-
cti vult ad fideicommissum, quicquam obstat. Fate-
tur enim ad eam sententiam se decurrere *benigna in-
terpretatione*, id est contra vim verborum strictamque
iuris rationem, pro tuenda duntaxat patris volũtate
quo pupillo fauorabilior videretur. Quid verò beni-
gna interpretatione opus esset si verbum *substituo* quo
testator vsus erat commune esset ad directam & ad
fideicommissariam substitutionem? An non enim ex
vi quoque verbi defendenda esset substitutio iure fi-
deicommissi, præsertim quæ & in codicillis facta es-
set, in quibus fideicõmissa relinqui solent, & directo
iure defendi nullo casu posset? † Hic tamen error vt 17
verbum *substituo* commune esse existimetur tam ad
precariam quàm ad directam substitutionem dici nõ
potest quantas apud interpretes controuersias, & per-
plexitates pepererit. Hinc siquidem inextricabiles il-
læ quæstiones De compendiosa substitutione verbis
communibus facta: An directa censẽnda sit an fidei-
commissaria, præsertim matre in medio existente, an
verò directa vsque ad tempus pubertatis, post id tem-
pus precaria. Inde tot etiam lites & contentiones in
tribunalibus, quoties ferè substitutio aliqua testamẽ-
to continetur, an vulgaris aut pupillaris censenda sit,
an fideicommissaria. Inde tot diuinationes in conii-
cienda aut potiùs comminiscenda defuncti hominis
voluntate an de fideicommisso inducendo senserit is,
qui substituendi verbo vsus est. Quę omnia cessarent,
& iure longè certiore vteremur si verbum *substituo*
quod re vera semper merè directum est, nũqnam pro
cõmuni haberetur. † Sed quid rogo absurdius, quàm 18
quod noui isti iuris & æquitatis arbitri induxerunt,
vt per compendiosam substitutionem verbo commu-
ni factam mater excludatur quidem ab hereditate pu-
pilli, non in totum, sed ita vt legitimam saluam ha-
beat? Nam si substitutio merè directa est, vt est, &
consequenter pupillaris, atque ita ipsius pupilli testa-
mentum, quomodo fieri potest vt legitima quæ testa-
mento matri relicta non est vlla ei debeatur? Aut vt
citra querelam inofficiosi testamenti, legitima detur
matri præteritę, cui nec querela vlla competere possit
d. l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis D. de inoff. testam. † 19
Nam quod pro ratione afferunt substitutionem hanc
pupillarem neque omnino expressam esse neque o-
mnino tacitam, sed expressam verbis generalibus, ta-
citam specialibus; ob idque medium sententiam ex
æquitate sequendam esse vt neque in totum exclud a-
tur mater quæ si substitutio omnino tacita esset, in
totum admitteretur, neque in totum admittatur, quæ
si substitutio expressa omnino esset in totum exclu-
deretur: hoc, loquam, adhuc ineptius est. Vt enim ta-
ceam quod iam in superioribus dixi & probaui, per
tacitam pupillarem perinde ac per expressam excludi
omnino matrem extra casum illum singularem de
quo *in l. vlt. C. de instit. & substit.* quis non videt longè
tolerabilius esse, vt tacita pupillaris contra matrem
non admittatur, quàm vt tacita esse existimetur ea
quæ compendio verborum expressa est? Aut tacita pu-
pillaris admittatur contra matrem ad excludendam
eam ab hereditate, non admittatur quod ad legiti-
mam attinet? † Quis possit credere eandẽ substitutio- 20
nem pro parte expressam censeri, pro parte tacitam?
An non idem illud est acsi quis diceret pupillum vi-
deri decessisse pro parte testatum & pro parte intesta-
tum? Testatum quatenus substitutum admittimus,
intestatum quatenus matri omnino præteritæ legiti-
mam damus citra querelam, quasi portionem quan-
dam successionis quam ab intestato esset habitura?
Quamquam, quod magis mirandum est, non possime
interpretes quotquot ineptiam hanc sequuntur, di-

cere quo iure legitima hæc matri adiudicetur, an ex
testamento an ab intestato. Ex testamento enim quo-
modo habeat mater cui nihil prorsus testamento re-
21 lictũ est? † Scio Iustiniani constitutione *in l. omnimodo*
30. *C. de inoff. testam.* inductum esse vt ei cui legitima
debetur, siue ex ascendentibus ille sit, siue ex descen-
dentibus si quid relictum sit minus legitima compe-
tat actio ad supplementum, quæ ipsa ex testamento
esse existimatur, licet detur ad plus consequendum
quàm testamento relictum sit, nimirum quia nec per
modum querelæ datur, neque tanquam ab intestato;
cùm ob hoc ipsum inducta sit vt salua maneat caussa
testamenti quod alioqui per querelam rumperetur.
Sed ei cui nihil prorsus testamento relictum sit nego
actionem vllam competere posse quæ sit ex testamen-
to, præsertim ad legitimam consequendam, quam nec
relinqui fuerit necesse. † Ab intestato autem legiti-
22 mam deberi quis vnquam dixit, vel audiit? Legitima
siquidem nihil aliud est quàm triens, vel semis por-
tionis ab intestato contingentis. Aut quis locus suc-
cessioni intestati reliquus esse potest, eo casu quo sub-
stitutus pupillaris ex ipsa pupillari substitutione
admittitur? An non pupillaris substitutio testa-
mentum pupilli est? An vero quamdiu caussa testati
subest, intestati successio vlla ex parte locum habere
potest? Somnium igitur ęgroti hominis est diuisio ista
iuris & voluntatis, in re, quæ commodam non recipit
23 diuisionem. † Atqui, inquiunt, si substitutio illa com-
pendiosa per verbum commune facta censeretur, fi-
deicommissaria etiam intra pupillares annos fauore
matris, posset mater non solùm legitimam ex fideicõ-
misso detrahere, sed etiam Trebellianicam. Ergo bo-
ni consulere substitutus pupillaris debet quod matri
non nisi vnius legitimæ detractio permittatur. Re-
spondeo necessarium omnino esse vt valeat substitu-
tio vel tanquam directa prorsus vel tanquam fidei-
commissaria. Nam vt valeat tanquam directa, & tan-
quam fideicõmissaria simul, admitti nullo modo po-
test. Si tanquam directa, fieri iniuriam substituto, cui
portio hereditatis pro legitima matris auferatur, cum
vniuersa pupilli bona obtinere debeat. Si tanquam
fideicommissaria, fieri iniuriam matri quæ totam suc-
cessionem ab intestato habere debet sub onere fidei-
commissi, salua ex fideicommisso duplicis quartæ de-
tractione. Itaque dum nostri quasi in iure incerto va-
gantes id agunt vt neutri iniuriam faciant, faciunt
proculdubio alterutri, quod rusticorum, vt trito fer-
tur prouerbio, non prudentum iudicium esse solet.
24 † Sed apertiùs iniuriam faciunt substituto, quem fa-
tentur ex directa pupillari, non ex fideicommissaria
succedere: quando nec negare possunt, quin substitu-
tio compendiosa, vt vocant, perinde sit directa pupil-
laris pupillo intra pubertatem decedente, ac si pupil-
laris ætas expressa esset, etiam ad matrem excluden-
dam, quod omnium apertissimè probat d. l. precibus
in versiculo illo *Si verò substitutio in secundum casum
vel expressa vel compendio non vsque ad certam ætatem fa-
cta reperiatur, siquidem intra pubertatem decesserit, here-
25 des eos habeat quos pater ei constituit.* † Illud verò non
minùs absurdum est, quod de hac compendiosa sub-
stitutione sic nostri tractant, quasi tertia sit species
substitutionis differens è vulgari & pupillari, conti-
nens in se expressas verbis generalibus cęteras omnes
substitutiones, adeóque fideicommissariam si testa-
tor vsus sit verbo cõmuni. Nihil enim aliud est quàm
pupillaris ipsa substitutio, diuersam tamen in eo for-
mulam habens, quod fit sine temporis præfinitione,
& iis verbis quæ apta sint comprehendere tempus
pupillaris ætatis, sicut & id tempus quod sequitur
pubertatem. † In quo tamen non plus iuris acquirit 26
substituto, quàm si pupillares annos non egrederetur:
tút: cùm post eam ætatem verbis directis filio substi-
tuere pater non possit *leg. verbis ciuilibus 7. de vulg. &
pup. substit.* Nisi militem proponas eum qui testatur,
cui ius competit ex generali militum priuilegio vt
post quamcunque ætatem substituere non solùm *li-
beris*, sed etiam quibuscũque aliis heredibus directo
possint, quoniam & ex tempore & ad tempus here-
des scribere possunt vt sequẽti capite dicemus. † Quo 27
casu non inficior substitutionem hanc habere propriã
quandam naturam, & constituere tertium genus sub-
stitutionis, quam qui militarem appellarunt, eius vim
& condicionem percepisse mihi videntur. † Cæterùm 28
si à pagano facta sit, dico pupillarem tantùm esse, nõ
vulgarem, non fideicommissariam. Etsi enim se absti-
nente pupillo cui facta fuerat, substitutus ex ea in
vulgarem casum admittitur, id tamen ob eam rationẽ
fit, quod idem contingeret etiamsi pupillaris expressa
non compendio verborũ facta esset, scilicet ex Marci
Imper. constitutione, non quòd proprio quodam iu-
re tam vulgarem quàm pupillarem substitutionem
in se contineat, & vtramque æquè principaliter. Ar-
gumento est, quòd si filio impuberi miles ita substi-
tuerit, filius verò hereditate patris se abstinuerit, di-
cendum est non admitti substitutum, vt pote qui non
in casum illum vulgarẽ substitutus fuerit, sed in pu-
pillarem, qui casus non potest ex Marci constitutio-
ne trahi ad vulgarem in testamento militis, nullam,
vt prædiximus, interpretationem, aut suppletionem
admittente. Quod non similiter eueniret si vulgaris
substitutio æquè ac pupillaris in compendiosa substi-
tutione vi verborum contineretur, quando nulla o-
pus esset interpretatione. † De fideicommissaria verò 29
quin differat toto genere à compendiosa sicut & à
pupillari, nec proinde in compendiosa contineatur,
dubitari iam non potest, si verum est quod probaui-
mus neque verbum *substituo* neque aliud vllum esse
commune, quod captari possit ad directam & à pre-
cariam substitutionem.

Capvt XI.

De breuiloqua, vt vocant, & reciproca substitutione, ad l. in testamento 6. C. de testam. milit.

SVMMARIA.

1 *De quarta substitutionis specie quam Interpretes breui-
loquam dixerunt, & commenti sunt.*
2 *Explicatur* l. iam hoc iure §. 1. de vulg. subst. *quæ bre-
uiloquæ substitutionis introducendæ occasionem In-
terpretibus præbuit.*
3 *In quo breuiloqua substitutio compendiosæ sit similis, in
quo item dissimilis?*
4 *Breuiloquam substitutionem elegantius à Iureconsultis*
reciprocam *appellari.*
5 *Præcipua differentia inter compendiosam & reci-
procam.*
6 *Reciprocam substitutionem à milite factam siue pluribus
impuberibus siue vni impuberi alteri puberi non tra-
hi ad casum pupillarem aut pupillari similem.*
7 *Sententia* l. in testamento. 6. C. de testam. milit.
8 *Annon aliqua differentia sit inter militem & paga-
num qui diuersæ ætatis liberos inuicem & reciprocè
substituerunt?*
9 *Tacitam pupillarem contra matrem admitti.* (substit.
10 *Ratio & emendatio* l. Lucius 45. de vulg. & pupill.

11 *Reijcitur*

11 *Reiicitur coniectura & interpretatio quorundam ad l.1. in testamento.*

12 *Verba illa eiusdem legis*, sed tibi probandum est an ita frater tuus senserit, *ad quod tempus referenda sint, & in quem sensum habeant?*

13 *Quænam sit in* d. l. *differentia inter paganum & militem reciprocè substituentes.*

14 *An si paganus in* d. l. *etiam puberi aut extraneo in casu aditæ hereditatis substituere posset & diuersæ ætatis & conditionis personas substituisset, substitutio in vtrumque casum facta intelligatur?*

15 *Nihil interesse an miles inter filios impuberes, an inter filium impuberem & extraneum herêdes scriptos reciprocam substitutionem fecerit?*

16 *Differentia inter primum & secundum casum, seu vulgarem & pupillarem, in substitutione.*

17 *Si quis miles filio puberi aut extraneo instituttis in casum aditæ hereditatis substituerit, Diui Marci constitutionem in eo locum habere non posse.*

18 *Eum qui pluribus heredibus siue puberibus siue impuberibus, siue vno pubere altero impubere institutis ita substituit* eosque inuicem substituo, *in primum duntaxat casum substituisse censeri.*

19 Breuiloqua *substitutio cur sic appelletur?*

20 *Breuiloquam substitutionem facit paucitas verborum, reciprocam duplicitas substitutionis.*

21 *Respondetur obiectionibus contra sententiam eorum allatis qui volunt eum qui pluribus etiam impuberibus sic substituit*, eosque inuicem substituo *in primum duntaxat casum substituisse intelligi.*

22 *Casus omnes qui in conditione cuiuslibet substitutionis poni possunt hos tantum esse, vulgarem, pupillarem, militarem, exemplarem.*

23 *Militem qui extraneis heredibus ita substituit*, eosque inuicem substituo *in vulgarem duntaxat casum substituisse videri.*

NOn † dissimilius alius nostrorum error in eo est,
1 quod quartam directæ substitutionis speciē constituunt, quam vulgo *breuiloquam* dicunt, quæ sui natura, vt omnes fatentur, sit directa, id est vulgaris aut popillaris, sed quæ tamen ex coniecturis possit esse fideicommissaria, cùm fieri soleat per verbum commune *substituo*. Illius namque formula hæc est *eósque inuicem substituo* cùm pluribus institutis alter alteri substituitur. *l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. subst.* † Vbi Modestinus hoc tertium genus substitutionis
2 appellat, quæ res erroris occasionē veriùs quàm caussam prebuit. Iis siquidem verbis tertiam speciem concipiendæ formulę significare voluit, potiùs quàm tertiam substitutionis speciem à vulgari & pupillari differentem. Neque enim fieri potest quin sit aut vulgaris aut pupillaris. Vulgaris si inter eos facta sit quibus pupillariter ex vtraque parte substitui non potest, aut etiam inter pupillos quorum alter se hereditate abstinuerit. Pupillaris si inter pupillos quorum alteruter heres extiterit patri, & in pupillari ætate decesserit. Quod supradicto loco Modestinus explicat satis cum statim subiicit, *nam si pater duos filios impuberes heredes instituat, eósque inuicem substituat, in vtrumque casum reciprocam substitutionem factam videri Diuus Pius constituit.* Cur ergo tertiam aut quartam substitutionis speciem dices, cùm vulgare illam aut pupillarem esse necesse sit? Nam vt aliquando fit etiam fideicommissaria non magis admitti potest qoàm in compendiosa: propter easdem rationes. † Est enim persimilis com-
3 pendiosæ in eo quod vtraque verborum compendio plures substitutionum casus potiùs quàm plures substitutiones complectitur: sed in eo tamen dissimilis, quòd compēdiosa non tam actu quàm potentia plures casus comprehendit, nec nisi ratione temporis, quia nec aliam ob causam dicitur compēdiosa, quàm quòd fiat sine temporis præfinitione. Breuiloqua verò nunquam apta est vnam substitutionem comprehendere, quin actu ipso plures comprehendat, tot nimirum quot personæ sunt inter quas fiat: plures autem non specie, sed numero duntaxat. Eiusdem enim speciei vt omnes sint, oportet *in testamento 6. C. de testa. milit. l. Lucius 45. de vulg. & pupil. substit.* † Ideóque 4
rectiùs & elegantiùs à Iureconsultis reciproca appellatur *d. l. iam hoc iure*, aut mutua vt à Papiniano *in l. cùm proponebatur 64 de leg. 2.* † Est & in eo potissimū 5
dissimilis qoòd compendiosa non sit nisi in secundum casum, id est pupillarem *d. l. precibus*. Reciproca verò non nisi in vulgarem: vt ex eo apparet quod *in d. l. 4.* scriptum est per extensionē constitutionis Diui Marci factum esse vt huiusmodi substitutio reciproca in vtrumque casum facta intelligatur. Nam si vi sua vtrumque casum æquè principaliter contineret, quid necesse erat ad hanc quoque substitutionis formulam protrahere ius constitutionis? Itaque sicuti compendiosa substitutio quæ iure pupillaris valere poterat, si pupillaris casus contigisset, trahitur ad vulgarem casum cui filij abstentio locum fecerit, scilicet ex constitutione Marci Imperatoris, si reciproca quæ sui natura non nisi vulgaris est (tametsi vulgarem casum non magis exprimat quam pupillarem) trahitur ad pupillarem si alteruter ex filiis impuberibus quibus pupillariter potest substitui, heres patri extiterit & in pupillari ætate decesserit. † Quēadmodō igitur diximus 6
cōpendiosam substitutionem, si à milite facta sit, non trahi ad casum vulgarem, quia Marci constitutio ad militum testamenta non pertinet, ita contendo reciprocam à milite factam siue pluribus impuberibus, siue vni impuberi alteri puberi (nihil enim refert in milite) non trahi ad casum popillarem aut pupillari similem. Id est aditæ hereditatis non eam militis voluntatem fuisse probet substitutus. Eadem vtroque casu ratione, quòd non possit ea protractio fieri citra interpretationem, cui in militis testamēto locus nullus est. † Quæ mihi sententia esse videtur *d. l. in testa-* 7
mento 6. C. de testam. milit. vbi differentia inter paganum & militem hæc constituitur, quòd si paganus liberos suos quorum alter impubes, alter pubes fuit, inuicem substituerit, non intelligitur substituisse ne pupillo quidem nisi in vulgarem casum: quia non nisi eo casu potuit vtrique pari ratione substituere. Sin miles fuit, potest vtrique directò substituere non quidem in casum pupillarem cùm alter tantùm impubes fuit, sed in secundum casum aditæ videlicet hereditatis: ideóque nihil aliud obstaret. superior ratio facere non posset quominùs vulgaris casus traheretur ad pupillarem in persona & portione impuberis. Sed tamen quia id fieri non potest sine auxilio constitutionis Diui Marci, quæ in testamento militis locum non habet, propterea quòd nuda & simplex militis volūtas intuēda est, negat Imperator admitti debere substitutum nisi probet ita sensisse testatorem vt substitutio illa reciproca. & consequenter in vulgarē duntaxat casum facta ad vtrumque casum traheretur. † 8
Dices secundum hanc interpretationem futurum vt differentia nulla sit inter militem & paganum: quandoquidem etiamsi à pagano facta substitutio esset liberis diuersæ ætatis, vtrumque tamen casum contineret si ea patris voluntas probaretur, *d. l. iam hoc iure*. Fateor nullam fore differētiam quod ad substitutionis

effectum attinet, cùm substitutio diuersæ ætatis liberis facta est. Nam siue miles, siue paganus testator fuit nec alia testatoris voluntas probetur, substitutio non nisi in casum vulgarem valet: probata autem voluntate testator valere potest etiam in secundum casum. Sed differentia erit in caussa & ratione effectus. Nam in pagano idcirco non valet, quod constitutio Diui Marci non nisi inter eos locum habeat, quibus pari ratione potuit substitui, id est in eundum casum. In milite autem non eadem ratione id fit, siquidem miles heredibus suis licet extraneis in eum quoque casum quo heredes extiterint substituere ex priuilegio potest: sed quia etiamsi vterque ex iis quibus reciproca substitutio facta est, impubes reperiretur, non posset tamen constitutio Diui Marci vires suas exercere in testamento militis, ni ea militis voluntas probaretur. Itaque si ponas vtrumque ex liberis inuicem substitutis fuisse impuberem, differentia hæc eadem quidem, sed tamen apertior erit etiam quod ad effectum substitutionis, quoniam in testamento pagani constitutio locum habebit, nisi contrariam defuncti voluntatem legitimus heres quisquis ille sit probet, in testamento autem militis locum non habebit, nisi eam voluntatem fuisse probet ipse substitutus. Illo igitur casu probandi onus incumbit legitimo successori, isto
9 casu incumbit substituto. † Qua ex re magis apparet quàm verum sit quod nos contendimus, tacitam pupillarem admitti etiam contra matrem. Nam cùm pupillaris illa quæ in reciproca continetur æquè tacita sit atque illa quæ in vulgari vulgarib. verbis expressa, vt modò probauimus, constat tamen pupillo cui reciproca substitutio facta est, intra pupillares annos decedente, substitutum succedere præferrique matri,
10 † vt apertissime probat *lex Lucius* 45. *De vulg. & pupil. substit.* quæ matrem nõ alia ratione admittit quàm quòd in ea specie constitutioni Marci locus esse non posset: idipsum autem adeò, non quòd tacita duntaxat pupillaris esset ex qua succedere volebat substitutus, sed quod filio naturali quem non habebat in potestate pater in secundum casum substituere non potuisset. Idque fiet apertius si vulgatam lectionem simúlque Iacobi Cuiacij emendationem sequare, quę ad Florentinam sic addit *Aliter si eiusdem condicionis & ætatis liberi instituti, inuicémque substituti fuissent. Tunc enim altero defuncto intra pubertatem, eius successio non ad matrem, sed ad substitutum eius deuoluitur.* Quanquam totum id glossema interpretis esse malo, cùm ea illatio ex præcedentibus Pauli verbis satis manifestè colligeretur, nec verisimile sit Florentinum codicem adeò mancum & mutilum esse vt multæ lineæ desint. † Errant verò peregregiè qui in interpretatio-
11 ne *d. l. in testamento*, comminiscuntur nescio quid de mutata patris militis voluntate: quasi lex innuat testatorem qui diuersæ ætatis liberis reciprocè substituit siue is miles sive paganus fuit, non ea videri esse volũtate vt in vtrumque casum substituat impuberi, sed tamen inter paganum militem hoc interesse quod si post testamentum mutata probetur voluntas militis, ea sequenda erit, quando nuda quæque voluntas militis testamentum est, quod in pagano non similiter dici posset. † Etenim quod lex ait *sed tibi probandum est*
12 *an ita frater tuus senserit* non ad aliud tempus referri potest quàm ad tempus testamenti, & hunc proculdubio sensum habet vt qui superest ex iis quos miles reciprocè substituit, non aliter admittendus sit ex reciproca substitutione in secundum casum hereditatis aditæ, quàm si probet ita sensisse militem cùm testabatur, vt in hunc etiam casum substitutus admitteremur. Fateor posse sufficere vt ea militis voluntas ex postfacto superuenerit, & superuenisse probetur, nec idem in pagano dici posse, quippe cuius voluntatem solennem esse oporteat quæcumque post testamentũ
superuenit. † Sed dico, etiamsi volũtatis mutatio nul- 13
la superuenerit, differre in eo militem à pagano quod substituendo reciprocè inter eos quibus in vtrumque casum aditæ & non aditæ hereditatis substituere potuit, tamen non nisi in primum casum eos substituisse intelligitur, siue pupillarem impuberi, siue puberi aut extraneo militarem substitutionem in secundum casum fecerit, nisi per substitutum probetur alia fuisse voluntate. Paganus verò in vtrumque casum substituere voluisse creditur, quoties personarum inter quas substitutio facta est, par ætas, & condicio eam voluntatis interpretationem admittit, nisi contrariam eius voluntatem ij probent, qui volunt excludi sub-
stitutum vt ab intestato præferantur. † Itaque finge 14
paganum æquè ac militem directo substituere posse etiam puberi aut extraneo heredi in casum quoque aditæ hereditatis, atque ita diuersæ condicionis & ætatis personas inuicem substituisse: dicerem perinde in vtrumque casum substitutionem factam intelligi, acsi inter impuberes facta fuisset, si non contraria pagani voluntas per legitimos heredes probaretur. Quid enim potest interesse an impubes quis sit an pubes, an filius an extraneus vt substitutio in casum non aditæ hereditatis, qui vulgaris casus est, facta trabatur ad contrarium casum aditæ hereditatis si modò testator ius habuerit directo substituendi etiam pu-
beri, etiam extraneo, etiã post aditam hereditatem? † 15
E contrario quoque quid interest, an miles inter filios impuberes reciprocam fecerit substitutionem, an inter filium impuberem & extraneum heredes scriptos, vt de illius voluntate aliter atque aliter sentiamus? Nam quod priore casu potest substitutio vtrimque pupillaris esse non etiam posteriore, nec voluntatis nec iuris diuersitatem inducit, quia nec Marci cõstitutio sic loquitur vt casus vulgaris trahatur ad pupillarem, sed, quomodo refert Modestinus *in d. l. iam hoc iure*, vt cùm pater impuberi filio in alterum casum
substituerit in vtrumque substituisse intelligatur. † 16
Duo enim casus sunt quorum primus non aditæ hereditatis semper vulgaris est, primúsque dicitur, quoniam vt eleganter Baldus docuit, non esse præcedit esse, priúsque est vt quis heres non sit quàm vt heres sit & posteà decedat. Secundus verò casus est aditæ hereditatis, qui non semper pupillaris est, sed ita de-
mum si pupillo substiturum sit. † Nam si quis filio pu- 17
beri aut extraneo instituto substituerit ex priuilegio militum, vt si institutus heres extiterit cum decesserit, Sempronius heres sit, casus hic non potest esse pupillaris, & tamen secundus æquè casus est, aditæ scilicet hereditatis. Ergo & in eo locum haberet constitutio Marci quæ induxit vt in primũ casum substitutus, in vtrumque substitutus videatur, id est etiam in secundum, nisi vim & potestatem constitutionis illud impediret, quòd cùm de militis testamento agimus, nudam ipsius & simplicem non interpretatam sup-
pletámque voluntatem intuemur. † Qui autem plu- 18
rib. heredibus siue impuberib. siue puberibus, siue vno pubere altero impubere institutis ita substituit *eósque inuicem substituo* sanè in primum duntaxat casum substituit, si verba inspicias, licet non exprimat conditionem non aditæ hereditatis quæ vulgo pluri-
bus verbis exprimi solet *si heres non erit*. † Nam & ob 19
id breuiloqua substitutio appellatur, quòd non solùm duplicem substitutionem tribus verbis contineat, sed etiam

etiam quod duplicis eius substitutionis casum, qui
duplex quoque numero est, non etiam specie, vt ipsa
complectatur, sicuti compendiosam substitutionem
dicimus quæ verborum compendio secundum casum
complectitur & consequenter pupillarem quoque,
licet ætatis mentio facta non sit. Nam quod interpre-
tes breuiloquam dici volunt quod & vulgarem &
pupillarem simul casum contineat, ridiculũ est. Quid
enim si duobus puberibus à pagano facta sit? Nemo
dixerit valere eam posse in alium quàm in vulgarem
casum & tamen non eo minùs breuiloqua est & re-
ciproca, quoniam tribus verbis duplicem habet sub-
20 stitutionem, licet vtramque vulgarem † Breuiloquam
facit paucitas, vt ita dicam, verborum, reciprocam ve-
rò duplicitas substitutionis, quamuis non nisi nume-
ro duplex sit substitutio, specie autem vna eademque,
id est vulgaris. *d. l. Lucius 45 de vulgar. & pup. subst.*
21 † Cæterùm quemadmodum qui sic loquitur *Titio*
Caium substituo nõ nisi in vulgarem casum substituit,
quia nec aliter potest (pono enim testatorem paganũ
& heredem extraneum) ita qui pluribus institutis e-
tiam impuberibus sic substituit *eosque inuicem substituo*
non nisi in vulgarem primũmque casum substituere
intelligitur. Nec quod iisdem etiam in pupillarem
substituere possit, ad rem facit. Nam & similiter
in casum pupillarem substituere potest, qui vulga-
ri tantùm expresso substituit impuberi, neque tamen
idcirco in pupillarem quoque substituisse dici aut vi-
deri posset si Marci constitutio non esset. Neque rur-
sum mouet, quòd post eam constitutionem reciproca
substitutio in vtrumque casum facta intelligitur. Nã
& idem contingeret, si non reciproca, sed simplex vul-
garis, solo casu vulgari expresso facta proponeretur.
Quo tamen casu fatentur omnes pupillarem quæ in
vulgari expressa tacitè inesset, non expressam dicendã
fore, sed vel tacitam, vel vt alij malunt, à lege subin-
tellectam. † Et hæc quidem de breuiloqua substitu-
tione dixisse sufficiat, quæ sanè verissima esse fatebi-
22 tur quisquis cogitabit casus omnes qui possunt poni
in condicione cuiuslibet substitutionis siue directæ
siue precariæ, hos tantùm esse, vulgarem, pupillarem,
militarem, exemplarem aut si mauis quasi pupillarem
& fideicommissarium. Quorum omnium nullus est
quem breuiloqua possit suum dicere præter vulgarẽ
siue in hereditate, siue in legato mutua substitutio fa-
cta sit *d. l. cum proponebatur 64. de legat. 2. l. Scæuola 76.*
D. ad S.C. Trebell. † Quare si fingas militem extraneis
heredibus institutis ita substituisse *eosque inuicem sub-*
23 *stituo* dicam in vulgarem duntaxat casum videri eum
substituisse, non etiam militarem, nõ quòd æquè non
potuerit, si voluisset, sed quia non creditur voluisse
cùm vulgarem duntaxat casum expresserit, nec in eo
locum habeat constitutio Diui Marci. Nam si habe-
ret, vtique tam facile admitterem vt substitutio reci-
proca in militarem casum quàm vt in pupillarem fa-
cta videretur, quandoquidem casus vnus & idem est
aditæ hereditatis, qui & secundus dicitur, licet pro
distinctione personarum & temporũ substitutionis,
idem casus aliquando pupillaris dici debeat, aliquan-
do militaris, vt suprà diximus. Quemadmodũ etiam
cessante Marci constitutione perinde dicendum esset
militarem substitutionem in breuiloqua & recipro-
ca contineri atque pupillarem si pupillari ex vi verbo-
rum in ea contineretur. Nam cùm vtraque substitu-
tio sit directa, & miles non minùs extraneo cuilibet
in quacunque ætate ex priuilegio, quàm propriis li-
beris intra pupillares annos ex iure communi substi-
tuere directò possit, nihil caussæ est cur reciprocæ
substitutionis verba faciliùs pupillarem quàm mili-
tarem substitutionem, in suo quamque casu contine-
re debeant. Sed neutram continent si vim verborũ in-
spicias, sin potestatem constitutionis in pagano con-
tinent pupillarem, in milite non magis pupillarem
quàm militarem. Supererat vt paulò interruptam in-
terpretationẽ legis precibus absolueremus, quod ad
vltimam rescripti partem attinet, in qua scriptum est,
si filius cui miles pater compendio verborum in se-
cundum casum substituerat, post pubertatem decesse-
rit, superstite matre, successionem ad matrem eius
pertinere: sed veluti ex caussa fideicommissi bona quę
patris cùm moreretur fuerunt ea per substitutum
peti posse. Sed quoniam id obscurius est & subtilio-
ris disceptationis, separatim de eo nobis tractandum
est.

Capvt XII.

Substitutionem directam siue à pagano siue à milite factam in casum agnitæ hereditatis, numquam censeri fideicommissariam. Ad l. verbis 7. & l. centurio 15. de vulg. & pupill subst.

Svmmaria.

1 *Quo sensu dicatur paganum verbis ciuilibus & directis post annum decimumquartum substituere non posse, militem verò posse.*
2 *Duplex circa hanc quæstionem interpretum sententia improbatur.*
3 *Substitutionem verbis directis post annum decimumquartum à pagano factam fideicommissi iure non valere.*
4 *Casus Scæuolæ in leg. 76. ff. ad S.C. Trebell. quo Interpretes moti in contrariam sententiam ierunt, valde singularem esse.*
5 L. verbis 7. ff. de vulg & pupill subst. *Interpretum sententiæ contrariam esse.*
6 *Papinianum in* d. l. *non aliud sensisse in substitutione facta verbis communibus, quàm in substitutione verbis ciuilibus & directis facta.*
7 *Verbum substituo ad vulgarem & pupillarem duntaxat, non etiam ad precariam substitutionem* com-
mune *dici.*
8 *Cuiacij interpretatio ad verba illa* d. l. verbis. sed qui non admittitur vt substitutus. &c.
9 *Reijcitur ratio qua idem motus in* d. l. *substitutum admittendum negat.*
10 *Vera & germana ratio afferitur.*
11 *Ratio dubitandi propter quam in* d. l. *is qui testatore ex tempore pubertatem excedente substitutus est propriè institutio habendus videri poterit.*
12 *Testatore sic locuto, si filius meus post decimumquartum annum intra vicesimum decesserit, Sempronius heres esto, duo esse quæ substitutioni obstant ne statim admitti possit.*
13 *Eiusmodi substitutionem vitio temporis sublato penitus non remanere nec substitutum cum instituto in eodem gradu concurrere.*
14 *Verba hæc* quandocunque non *in* dict. l. verbis *pro* nunquam *accipi.*
15 *Substitutionem à milite in secundum casum factam etiam ea ætate quæ pupillares annos excedat iure directo valere, contra Cuiacium extenditur.*
16 *Eandem ad fideicommissum fiscalem non esse.*
17 *Varia militum priuilegia circa testamenta, institutiones & substitutiones.*

18 *Maioris priuilegij illud esse vt directa substitutio quæ tanquam directa valere non potest, defendatur iure fideicommissi, quam vt valeat iure directo ea quæ verbis directis facta est.*
19 *Vulgare illud in ocas dictum si non valet quod ago, v. ago valere. debet vt valere potest, p. uerfum iri si superior Cuiacij sententia locum haberet.*
20 *Difficilius non esse vt miles filio puberi aut extraneo post aditam hereditatem substituat, quam vt heredem sibi ex tempore aut ad tempus instituat.*
21 *Differentia inter hos casus.*
22 *Militis priuilegium corruptum iri si directa illa substitutio nonnisi iure fideicommissi valeret.*
23 *Ipsum quoque ius commune sic magis lædi, quam si directa illa substitutio directo iure defendatur.*
24 *Intestati quoque successionem contra voluntatem militis inductam fore, qui eam omni tempore excludere voluit.*
25 *Cur institutio ex tempore aut ad tempus à pagano facta vitio temporis substituat?*
26 *Vnde petenda sit ratio dubitandi in* l. quærebatur 19. ff. de testam. milit.
27 *Ratio decidendi in* d. l.
28 *Argumentum ex ea lege contra Cuiacij sententiam desumitur.*
29 *Quam rationem habeat rescriptum Antonini Pij in* l. Antoninus 42. de fideicommiss. libe.
30 *Cuiacij sententia refellitur ex alijs Vlpiani verbis in* d. l. quærebatur.
31 *Lex* in testamento 6. C. de testam. milit. *in contrarium sententiam afferetur.*
32 *De differentia inter reciprocam substitutionem inter liberos dispari ætatis à pagano factam, & eam quæ à milite fit.*
33 *De differentia inter directam, & fideicommissariam substitutionem.*
34 *Militarem substitutionem pupillari similem esse.*
35 *Plerumque contingere vt non plus commodi ex pupillari substitutione quam ex militari ad substitutum perueniat.*
36 *Fideicommissariæ substitutionis non eundem, quem directæ, effectum esse.*
37 *Cur in specie* d. l. in testamento, *substitutio reciproca à milite facta inter fratrem & filium impuberi etiam ad secundum casum non trahatur, sed in vulgari duntaxat locum habeat?*
38 *Respondetur ad* l. centurio 15 de vulg. & pupill. substit. *a Cuiacio pro sententia sua confirmatione allatam.*
39 *Ea quæ fideicommissi iure percipiuntur aut debentur, non simpliciter, sed per manus eius qui rogatus est à fideicommissario capi.*
40 Capiendi *verbum in* d. l. centurio *ad vtramque substitutionem tam pupillarem quam militarem referendum esse.*
41 *Diuersitas & conuenientia pupillaris & militaris substitutionis.*
42 *Tres esse substitutionum species, vulgarem, pupillarem & militarem, casus vero duos tantum.*
43 *Quænam sit inter eos casus differentia.*
44 *Pupillari & militari substitutioni eandem formulam ius fecere.*
45 *Substituto militari vtilius & honorificentius esse ex militari substitutione & directo iure quàm ex fideicommisso succedere.*
46 *Cur substitutus militaris in* d. l. centurio *nonnisi militis bona capiat?*
47 *Militum priuilegia ad alienam iniuriam porrigi non debere.*
48 *Militum priuilegia in eo elucere, quod eorum imperitiæ venia datur.*
49 *Argumentum ad propositæ sententiæ confirmationem vnde ducitur.*
50 *Tribus alijs iuris locis supradicta Cuiacij sententia conuellitur.*

FAtentur † omnes interpretes & admittunt diffe- 1
rentiam illam esse inter paganum, & militẽ, quòd
verbis ciuilibus & directis post decimum quartum
annum substituere paganus non potest *l. verbis ciuilibus 7. D. de vulg. & pupill. subst.* miles verò potest *l. centurio 15. D. eod.* vbi Papinianus scribit ex militum priuilegio sic comparatum esse. Sed quomodo id accipi
debeat, non æquè in confesso, & explorato est. † Sunt 2
enim qui putent substitutionem directam à pagano factam non valere post pubertatem iure directo, sed tamen flecti ad fideicommissum voluntatis conseruandæ gratia, si facta sit per verbum *substituo* aut aliud simile, quod illi commune vocant. *ex l. Scæuola 76. D. ad S.C. Trebell.* In eoque elucere priuilegium militis, quod etiamsi vltra pubertatis annos directo, id est per verba merè directa substituerit, substitutio tamẽ tanquam directa defendatur *Ex d. l. centurio*, nisi cùm mater in medio est *ex l. precibus 8. C. de impub. & alijs substit.* Alij contra substitutionem directam, quæ à pagano post decimum quartum ætatis annum facta sit vsque adeò inutilem esse volunt, vt nec fideicommissi iure defendatur. Eam verò quæ à milite, in eo tãtùm habere priuilegiũ vt in fideicommissi caussam flectatur, ne mater in medio sit, siue alius agnatus quilibet aut cognatus. Quam sententiam mordicus passim defendit Iacobus Cuiacius *ex d. l. precibus*, in qua hoc ipsum expressim scriptum esse existimat iis verbis *veniat ex causa fideicommissi.* Mihi vtraque sententia non modò in probabilis, sed etiam apertè falsa
semper visa est. † Nam quod ad substitutionem paga- 3
no factam attinet, non puto dubitãdum, quin verum sit quod Papinianus scribit *in d. l. verbis ciuilibus*, substitutionem à pagano verbis ciuilibus frustra fieri post ætatis annum decimum quartum. Quis enim frustra eam fieri dicet si fideicommissi iure defendi posset? Quare de illo tantùm Papinianus dubitat, an qui nõ admittitur vt substitutus, admittendus sit saltem tanquam fideicommissarius, ne dubitat quidem. Adeò certi iuris est verba directa nunquam trahi ad fideicommissum, ne tum etiam cùm directo iure valere non possunt, nec vnquam potuerunt: nisi id ipsum testator nominatim cauerit vt per fideicommissum valeat quod ipso iure, id est directo valere non potest *l. quærebatur 19 de testam. milit. l. 1. l. illud enim 13. §. 1. D. de iur. codicill. l. vl. C. eod. l. ex ea scriptura 29. D. qui testam. facer. poss.* Nam & si quis testamento facto à legitimis heredibus quos heredes scripsisset, fideicõmissa reliquisset, non vt à legitimis heredibus, sed vt à scriptis, & testamentum aliquo casu irritum factum esset, legitimi successores ab intestato venientes fideicommissa præstare compelli non possent. *l. si quis testamento 81. de legat. 2.* Quantò minus igitur saluo ratóque manente testamento fideicommissum debebitur ab herede scripto, à quo fideicommissum nullum relictum est? Aut cur testatoris voluntatem quæ contra leges est adiuuemus vt benigna interpretatione inducat fideicõmissum, de quo non apparet testatorem cogitasse? Neque enim vt quid valeat iure fideicommissi sufficit tale id esse quod iure fideicommissi valere posset si testator voluisset, nisi voluerit *dict. l. 1. de iur.*

iur. codicill. l. quadam cùm filiumfam. 46. D. de hered. in-
4 *stit.* † Estque valde singularis casus ille de quo respon-
dit Scæuola *in d. l. 76. ad S.C. Trebell.* qui vnius locus
præcipites egit quotquot ferè vnquam fuerunt iuris
interpretes. Si pater, inquit Scæuola, filium suum im-
puberem ex asse scripserit heredem, eique codicillis
substituerit, deinde filius impubes decesserit, licèt
substitutio inutilis sit quia codicillis hereditas neque
dari neque adimi potest, tamen benigna interpreta-
tione placet vt mater quæ pupillo ab intestato suc-
cessit, substitutis fideicommisso obligetur. Ergo, in-
quiunt interpretes, si substitutio directa valere iure
directo nō possit, valebit vtiquè iure fideicōmissi be-
nigna interpretatione. Ego verò planè nego, nisi solo
illo casu quo directam substitutionem pupillarem il-
lud tantùm irritam faciat quod alieno loco, id est in
codicillis facta sit. Qui casus quam rationem habeat
quoniam hucusque nemo dixit, & lōgiore tractatio-
5 ne res indiget, docebimus capite 14. † Nunc dixisse
sufficiet, quòd ad hanc rem attinet, nullo iuris loco
proditum esse quod nostri volunt, substitutionem di-
rectā impuberi factam post decimum quartū annum
flecti ad fideicōmissum: quin imo contra manifestissi-
6 mè à Papiniano responsum *in d. l. verbis* † quæ licet lo-
quatur de substitutione facta verbis ciuilibus & dire-
ctis, ad differentiā eius quę facta sit verbis precatiis &
inflexis: non possis tamen cum interpretibus dicere
aliud eū sensisse in substitutione facta verbis cōmu-
nibus, quando, vt iam à nobis in superioribus proba-
7 tū est, cōmunia verba prorsùs nulla sunt: † ac ne qui-
dem verbū *substituo* nisi cōmune intelligas ad vulga-
rem, & pupillarē duntaxat, non etiam ad precariam
substitutionem. In eámque rē apertissimus textus est
in d. l. Scæuola. vbi licet testator eo verbo *substituo* vsus
proponeretur, & substitutionem directā in codicillis
fecisse quæ scriptura fideicōmissorum propria esse so-
let, negat tamen Scæuola valere substitutionem iure
fideicommissi ex vi verborum aut ex summa stricti
iuris ratione, cùm vult eā defendi benigna interpre-
tatione. Cur enim benigna interpretatione opus es-
set, si iuris ratio adesset id est si ea interpretatio ex vi
8 ipsa & verbis substitutionis induci posset? † Ceterùm
ne quid prætermittam, vereor ne quod Papinianus *in
d. l. verbis ciuilibus.* ita scribit *sed quid non admittitur vt
substitutus, vt adiectus heres quandoque non erit* malè à
viro doctissimo Iacobo Cuiacio perceptum sit. Ita e-
nim ille accipit, quasi dubitari possit an saltem post
mortē impuberis extra pupillares annos defuncti ad-
mittendus sit substitutus tanquàm coheres, cùm eo
demum tempore nihil fiat contra voluntatem testa-
toris. qui filium interim, id est quandiu viueret, totū
9 habere voluit. † Et quamquam verissimè negat ad-
mittendum esse substitutum, mouetur tamen inepta
ratione. Illa videlicet quòd coheres coheredi nō suc-
cedat nisi coheres heres non sit: quoniam, inquit, vbi
semel coheres heres extitit eius portio non adcrescit
coheredi, sed transmittitur ad heredes: nec ius adcre-
scendi locum habet nisi in casum vulgarem non a-
gnitæ hereditatis. Quæro enim cur tractamus de iure
adcrescendi si coheres non est? An non prius probare
oportet coheredem esse, quàm de [illegible] lo disputare v-
trum ius adcrescendi habe[illegible]e possit necne? Siquidem
vulgatum est quoties de [illegible] [illegible] non esse
locum iuri adcrescendi nisi inter coheredes. † Ratio i-
10 gitur vera & germana quam adferre [illegible] hæc est,
quòd fieri nequeat vt pupill[illegible] [illegible] ab instanti ipso
mortis heres ex asse fuit, coheres ex d[illegible] aut ex condi-
tione detur: non magis quàm vt pupillus ex asse he-
res sit ad tempus vsque mortis suæ, post mortem verò
suam non nisi ex semisse heres fuisse [illegible].
Id enim est quod dici solet, hereditatem neque ad
diem neque ex die rectè dari *l. hereditas ex die 34. D. de
hered. instit.* † At quoniam ibidem additur vicio tem- 11
poris sublato manere institutionem: inde [illegible]
dubitandi caussa nascebatur, propter quam dicendū
videretur, sublato etiam vitio temporis in substitu-
tione quæ ipsa institutio est, quamuis secunda, cum
qui malè & viciosè ex tempore pubertatem excedente
te substitutus esset, propuè institutum habendum, at-
que ita coheredem datum videri filio qui ipse quo-
que purè heres scriptus fuisset. Sed Papinianus ele-
ganter ac subtiliter, vt omnia, obseruauit non æquè
conuenire substitutioni hanc iuris regulam ac con-
uenit institutioni. Nam cùm substitutio pupillaris
condicionem illam habeat necessariò *si filius decesse-
rit*, fieret contra voluntatem patris si filius interim, id
est quandiu viueret, non haberet totum quod ei pa-
ter testamento dedit, cùm de substituto admittendo
nō cogitauerit nisi in id tempus quo filius defunctus
esset. † Itaque testatore sic locuto *si filius meus post deci-
mumquartum annum intra vicesimum decesserit, Sempro- 12
nius heres esto*, duo sunt quæ obstant substituto ne sta-
tim admitti possit. Vnum illud, quòd non nisi post fi-
lij mortem vocatus est tanquam secundo duntaxat
loco & gradu institutus. Alterum, quòd substitutus
est certo tempore expresso quod in condicione substi-
tutionis à pagano factæ exprimi non potuit † Proin- 13
de sublato vicio illo temporis non potest substitutio
illa purè remanere, quia cùm remaneat substitutio,
necesse est vt sit condicionalis institutio, & quamuis
ea res non faceret quo minùs existente quandoque
condicione institutio illa pro pura haberi deberet si
nihil aliud esset, ne tamen id fieri possit impedimento
illud est quod eiusmodi institutio non tantùm condi-
cionalis est, sed etiam secunda, id est in secundo gra-
du facta, substitutiones siquidem omnes eo gradu æ-
stimantur. Fieri autem numquam potest vt qui diuer-
sis gradibus vocati sunt concurrant in eodem gradu.
l. 2. D. de manum. testam. obstant nimirùm testatoris vo-
luntate qui institutum prætulit substituto *l. cùm in te-
stamento 37. D de hered. instituend.* Idque est quod Pa-
pinianus *in d. l. verbis* scribit, *ne fiat contra voluntatem si
filius non habeat totum interim quod ei testamento pater
dedit*. Nec enim salua testatoris voluntate fieri potest
vt substitutio quæ iure secundæ institutionis valere
non potest, valere debeat tanquam institutio prima,
& primo gradu facta. † Itaque in præcedente illo 14
versic. *sed qui non admittitur vt substitutus, vt adiectus
heres quandoque non erit* dixit Papinianus *quandoque
non* pro *numquam*: vt intelligamus, eum qui vocatus
fuit tanquam substitutus numquam pro instituto &
coherede habendum fore. Numquam autem, id est,
non post mortem pupilli (quis enim tam absurdam
opinionem inuehere vnquam posset?) Sed ne statim
quidem post mortem patris, & viuo adhuc pupillo,
quo demum tempore de coherede illi dando quæren-
dum esset, non ipso iam defuncto. † Quod verò ad 15
eam substitutionem attinet quæ à milite in secūdum
casum facta sit siue compendio verborum certa nul-
la ætate expressa, siue ea ætate expressa quæ pupilla-
res annos excedat, dico longè improbabilius esse
quod idem vir doctissimus Iacobus Cuiacius tā con-
stanter, ne dicam obstinatè, defendit valere eam iure
fideicommissi duntaxat, non etiam directo. Nam cùm
& ea mente facta sit vt valeret iure directæ substitu-
tionis, & ab eo qui ex militari priuilegio poterit

substituere directò etiam puberi filio adeóque extra-
neo heredi, in casum quoque aditæ hereditatis, *l. mi-*
lites 5. D. de testam. milit. quid, obsecro, est quod impe-
diat ne iura directo valere possit, aut quod faciat vt si
iure directo valere potest, tamen eo iure valere non
debeat, sed in fideicommissi caussam conuerti? Nul-
lam sanè rationem afferre possis, nisi subtilior sis Cu-
iacio, qui nullam habuit, quam proferret, aut si quam
16 habuit, eam nobis inuidit. † Si enim verum est vt esse
putant interpretes omnes, fieri posse vt eadem substi-
tutio iisdem verbis concepta valeret iure directo, &
iure fideicommissi, eóque casu accipiendam potiùs
interpretationem quæ directam substitutionē faciat
quàm quæ obliquam *ex cap. si pater de testa. in 6.* Quis
non admittat multo libentiùs substitutionem merè
directam quæ directo ius valere possit, ad fideicom-
missum flectendam non esse? Cúmque ea substitutio-
nis species militum propria sit non ex aliqua iuris ra-
tione, sed ex mero priuilegio, quid vetat valere dire-
17 cto iure directam substitutionem? † Quemadmodum
& directo vtique iure valet institutio quam miles ex
tempore aut ad tempus fecerit *l. in fraudem 15. § miles*
& ad tempus l. miles ita 41. D. de testam. milit. & substi-
tutio pupillaris quam filio impuberi fecerit, licèt sibi
ipsi testatus non sit *dict. l. miles ita § vlt. & d. l. in frau-*
dem §. item tam sibi. Quidni verò cùm possit etiam
decedere pro parte siue bonorum siue temporis testa-
tus, pro parte intestatus? *leg. si miles 6. l. ex militari 11.*
18 *§. vltim. dict. l. miles ita in princip. eod.* † Nam si dicas re-
stringenda esse priuilegia potiùs quàm amplianda;
satisque amplum fore priuilegium militis si directa
substitutio ab eo facta puberi aut extraneo defenda-
tur iure fideicommissi, cùm in paganis nullomódo
valeat, ne per fideicommissum quidem, Respondebo,
Imò verò maioris, licet non dignioris, priuilegij illud
esse vt directa substitutio quæ tanquam directa vale-
re non potest defendatur iure fideicommissi, quàm vt
valeat iure directo ea quæ directis verbis facta est.
Minùs enim recedis a verbis & voluntate testatoris
qui directam substitutionem directo iure valere pa-
19 titur, quàm qui eam flectit ad fideicōmissum. † Prius-
que est vt probetur non posse valere quasi directam
ex priuilegio, quàm vt admitti possit valere illam
ex priuilegio quasi fideicommissariam: alioqui cùm
vulgare nostrorum brocardicum illud sit *si non valet*
quod ago vt ago, valere debet vt valere potest de quo tra-
ctant ad *l. 1. D. de iur. codicil.* dicendum è contrario es-
set secundum Cuiacij sententiam, priuilegium militis
in eo elucere, vt quod agit licet valere possit vt agit,
valere tamen debeat eo modo quo valere non potest.
20 † Vtrum enim rogo difficilius est, an vt miles heredē
sibi ex tempore aut ad tempus instituat, an vt filio pu-
beri etiam post pupillares annos, aut extraneo post a-
ditam quoque hereditatem substituat, dummodò de
suis tantùm bonis testetur? An non ea substitutio, in-
stitutio ex tempore est? Finge militem ita scripsisse
Titius post Sempronij mortem heres esto cùm tamen Sem-
pronium heredem anteà non instituisset: mortuo
post decem fortè annos Sempronio certum est Ti-
tium heredem fore & quidem directo iure & ex eo
tantùm tempore quo Sempronius decesserit. Toto
ergo præcedenti tempore quo institutus Titius ad-
mitti non potuit, fatendum est intestati successionem
legitimis heredibus delatam acquisitam fuisse *dict.*
leg. miles ita. Cur non igitur periode admittamus Ti-
tium iure directo si non institutus ille sit post Sem-
pronij mortem, sed Sempronio substitutus, Sempro-
21 nius verò quoad viueret institutus? † Nulla enim in-
ter hos casus differentia est nisi quod hoc posteriore
casu nulla ex temporis parte dici potest miles intesta-
tus decessisse. Quæ res tanto fauorabiliorem facere
debet caussam Titij vt directo iure admittatur. Mul-
to namque difficilius est & à iuris ratione alienius vt
postquam intestati successioni locus esse cœpit, admit-
tatur quis ex testamēto ad hereditatem iure directo,
quàm vt puberi aut extraneo qui ex testamento he-
res fuit, aliquis directo substituatur: siquidem hoc
casu sola testati successio locum habet tam in puberis
aut extranei cui substitutus datus fuit, quàm in ipsius
substituti persona. † Et verò cùm omnia priuilegia 22
testantibus militib. concessa eò pertineāt, non vt vo-
luntates dumtaxat illorum, sed vt ipsa etiam testa-
menta consequerentur, id est rata sint & valeant iure
testamentorum *l. 1. leg. Lucius 40. D. eod.* An non aper-
tè priuilegium militis corrumpit & destruit quisquis
directam substitutionem à milite factam sic interpre-
tatur vt non valeat iure fideicommissi? Ita enim effi-
cit vt etiam post tempus à milite præstitutum, heres
maneat is quem miles exinde heredem esse noluit;
quomodo autem is qui ampliùs heres non est, here-
ditatem ex fideicommisso restituere potest? † Nec tan- 23
tùm militi iniuriam facit, dum id agit vt à iure com-
muni minùs recedat, sed etiam ipsum ius commune
magis lædit, quàm si directam substitutionē directo
iure tueretur; quia flectendo directam in fideicom-
missariam inducit fideicōmissum ab eo præstandum
qui heres ampliùs non sit: quod multo difficilius fie-
ri potest quàm vt ei qui ex testamento iam heres fuit,
substitutus directò detur. † Quòd si admittas, vt ve- 24
rissimum est, heredē ad tempus scriptum à milite sta-
tim atque tēpus illud aduenit desinere ipso iure esse
heredem, & tamen neges eum qui ex illo ipso tempo-
re substitutus sit succedere iure directo, necessariò fa-
teri te oportebit militem ex eo tempore fieri intesta-
tum, & fideicommissum illud quod tu comminisce-
ris à legitimo militis herede præstandum fore. Secun-
dum quam sententiam non modò militi iniuriam fe-
ceris qui intestati successionem omni tempore exclu-
dere voluit, sed etiam multo magis à iure communi
recesseris legitimum heredem inducendo ei qui iam
habuit testamentariū. Quamquam enim nec hoc qui-
dem in milite nouum est, tamen tanto difficilius vi-
deri debet quanto fauorabilior est caussa testati, præ-
sertim quæ iam semel effectum sortita est, quàm caus-
sa intestati. † Nam & inde fit vt si paganus ex tempo- 25
re aut ad tēpus heredem scripserit, quod non nisi inu-
tiliter facere potest, institutio tamen non corruat, sed
subsistat, solo vitio temporis sublato ne intestati suc-
cessio aut ab initio aut post caussam testati semel ad-
missam locum habeat. † Ex hinc quoque petenda est 26
dubitandi ratio perelegans in quæstione illa quam
Vlpianus tractat *in l. quærebatur 19. eod. tit.* Nam cùm
miles qui habebat iam factum testamentum, aliud fe-
cisset, ac in eo cōprehendisset fidei heredis se cōmitte-
re vt priores tabulæ valerent, & quæreretur quid iu-
ris esset, videbatur eam voluntatē quæ prioribus ta-
bulis expressa esset, valere debere iure directo, id est
iure testamenti, quasi duobus factis testamentis, cùm
liceat militi plura facere testamēta, adeóque codicil-
los ante factos per testamentum sequens cauendo in
potestatē institutionis redigere, directámque efficere
institutionem quæ erat precaria. Denique voluntas
quæque militis testamentum est *l. eius militis 34. in fin.*
eod. titul. vbi sic legendum esse iam alio loco docui-
mus non vt vulgo *voluntas quoque militis testamenti*
est. Quidni ergo admittamus valere in proposita spe-
cie prius

cie prius testamentum cilui eo animo miles fuerit vt
27 valeret? † Sed tamé aliud Vlpiani iudicium est, quòd,
inquit, miles testator fidei heredis committendo vt
valeret prius testamentú, satis declarauerit velle se vt
non ipso iure valeret, sed magis per fideicommissum,
conuersa scilicet vi & potestate prioris testamenti in
causam fideicommissi & codicillorum. Nec tantùm
quòd ad legata, fideicómissa & libertates attinet, sed
etiam quod ad ipsam heredis institutionem. Ne alio-
qui priuilegia militum ad eorum iniuriam trahamus,
si quod fideicómissi & codicillorum iure valere miles
voluit, iure testamenti directæque institutionis vale-
re defendimus. Non enim ob id quod militis testari
volentis nuda quæque voluntas testamentum est, có-
sequens fit vt inuitus miles testari cogatur, nec possit
fideicommissum in codicillis relinquere si malit codi-
cillos facere quàm testamentum. † Ceterum vel ex eo
28 maximè apparet quantum distet Vlpianus à Cuiacio.
Vlpianus.n. dubitat an voluntas quam miles iure fi-
deicómissi valere voluit, valere possit iure directo ex
priuilegio militum, quasi hoc ipso quo miles dicit se
fideicómittere, testetur, directamque faciat substitu-
tioné: adeò illi difficile visum est non defendi iure di-
recto, & quasi testamétum, quàlibet militis volunta-
té: quo etiá pertinet quòd Antoninus Pius rescripsit,
si miles libertatem & hereditatem per fideicommis-
sum dederit ab instituto & substituto qui incontinéti
decesserint, perinde liberú & heredem esse fideicom-
missariú aci vtrumque directo accepisset *l. Antoninus*
29 *42. de fideic. libert.* † Nisi quod illud Antonini rescri-
ptum rationem eá habet quod voluntas militis in ea
specie valere non possit iure fideicómissi. Nam si pos-
set, vtique non valeret iure directo contra ipsius mi-
litis voluntatem. Cuiacius cótra in ea heresi est vt di-
rectam substitutionem à milite in testaméto directis
verbis factam nolit valere iure directo & ex testamé-
to, sed ab intestato tantùm, & iure fideicómissi. † Quá
30 sententiam ex illo etiam refellere libet, quod sequi-
tur apud Vlpianum *in d.l. quærebatur.* Si quis à milite
heres ad tempus scripsit & alius ex tempore [quod i-
psum nihil aliud est quàm substitutionem directam à
milite factam esse in casum aditæ hereditatis] poste-
riorem heredem legata à priore relicta non debere,
nisi alia voluntas militis probetur. Id enim falsum es-
set si secundus hic heres fideicommissi iure, aut ad e-
xemplum fideicómissarij admitteretur. Siquidem cer-
tissimi iuris est onus legatorú ab herede relictorú ad
fideicommissarium pertinere, & quidem in solidum
si totam hereditaté sine diminutione ex Trebelliano
acceperit, aut pro qua parte hereditas restituta est, si
heres deducta quarta restituerit *l. 2. C. ad S. C. Trebel.*
l. 1. §. pen. & vlt. D. eod. l. si ex caussa 4. l. etiam 15. §. 1. D.
31 *vt legat. nomin. caueat.* † Hanc eádem nostram senten-
tiam probat etiam elegantissimè *lex in testamento 6. C.*
de testam. milit. de qua proximo capite diximus. Ibi e-
nim apertissima differentia constituitur inter militem
& paganum, quòd si reciproca substitutio à pagano
facta sit inter liberos disparis ætatis, id est quorú vnus
pubes sit, alius impubes, non intelligitur facta in ca-
sum vulgarem, quia solo eo casu potuit pater vtrique
substituere *pari ratione*, id est pari genere substitutio-
32 nis directæ. † Sin autem à milite talis substitutio facta
sit, alia ratio quæréda est quæ impediat ne in secundú
quoque casum reciproca substitutio facta esse videa-
tur. Nam cum liceat militibus proprio priuilegio e-
tiá extraneis heredibus postquàm heredes extiterint
mortuis substituere, negari non potest quin substitu-
tio reciproca in vtrumque casum valere possit *pari*
ratione. Ergo æquè directo ex vtraque parte. Si.n. ex
parte pupilli duntaxat valeret iure directæ pupillaris,
ex parte auté extranei in casum aditæ ab eo heredita-
tis, non nisi in vim fideicómissi, nemo sanè diceret v-
trique pari ratione factá esse. Tametsi nãque in vtri-
usque ex institutis persona duplex esset substitutio e-
tiá secundú Cuiacij sententiam si admittam, quod no-
lo, substitutionis appellatione fideicómissum quoque
contineri: non tamé pari ratione in vtrumque casum
duplex illa substitutio facta videbitur. † Nam ex par- 33
te pupilli vtraque erit directa, vulgaris vna, pupillaris
altera: ex parte autem extranei vna erit directa, altera
fideicommissaria, quæ toto genere differt à directa: e-
tiá cùm ex testaméto competit, multo magis si ab in-
testato. Taceo quòd in effectu ipso multo magis dis-
crepát: quia per directá substitutioné substitutus con-
sequitur hereditatem totá & pleno iure, per fideicom-
missariam verò non nisi deducta Falcidia *l. 2. §. vlt. D.*
de iur. codicil. etiamsi à milite facta proponatur, siqui-
dem testantibus duntaxat, aut testati codicillos facié-
tibus militibus non ité ab intestato fideicommitten-
tibus priuilegium datum est vt Falcidiam non vereá-
tur *l. si certarum 17. §. vlt. cum l. seq. D. de testam. milit. l.*
si post missionem 17. cum leg. seq. l. si miles 92. D. ad legem
Falcid. † Obiicies pro Cuiacio, Neque in effectu mili- 34
tarem substitutionem pupillari similem esse, quoniá
militaris non nisi ea bona quæ patris fuerunt cum
fructibus in hereditate repertis, pupillaris verò etiam
pupilli bona comprehendit, *dict. l. precibus & d. l. cen-*
turio in vulg. l. sed si plures 10. §. ad substitutos. eod. tit. Fa-
teor, sed nego inde fieri vt nó pari ratione succedant
qui ex pupillari & ex militari substitutione succe-
dunt. Vterque enim succedit iure directo, nec quod
ad bona testatoris attinet, differentia vlla est. Itaque
sicuti duobus impuberibus institutis ex disparibus
portionibus, non eo minus substitutio reciproca fa-
cta in vulgarem casum traheretur ad pupillarem,
quod ex pupillari plus commodi ad vnum quàm ad
alium peruenire potuit, ita nec illud sufficit ad consti-
tuendam hac parte differentiam inter pupillarem, &
militarem substitutionem, quod pupillaris vtilior es-
se possit substituto quàm militaris. † Nam præter 35
id quod, vt philosophi dicunt, plus & minus non fa-
ciunt differre specie, speciem appellantes quod pru-
dentes nostri genus dicere solent, addo fieri etiam
posse, adeòque vt plurimum contingere vt non plus
commodi ex pupillari substitutione quàm ex milita-
ri ad substitutum perueniat. Puta si non aliunde
quàm à patre bona pupillus habuit, neque ex fructi-
bus ab eo perceptis medio tempore, superest cùm
moritur, quicquam. † At contra fieri numquam 36
potest vt fideicommissaria substitutio eundem effe-
ctum habeat, quem directa, non modò propter in-
commodum aut periculum legis Falcidiæ & legato-
rum onus quod fideicommissariam sequitur, non i-
tem substitutum militarem, vt diximus, sed etiam
propter ius adcrescendi, & honorem illum qui ex ti-
tulo institutionis plenior deferri creditur. *l. filium 5.*
§. sed etsi portio D. de legat. præstand. & ex testamento
maior, quàm ab intestato. † Quod si rursum obiicias 37
pro Cuiacio in specie *d. l. in testamento*, substitutionem
reciprocam à milite factam inter fratrem & filium
impuberem non trahi ad secúdum casum, sed in vul-
gari duntaxat locum habere, Respondebo id fieri nó
ea ratione quam idem Cuiacius tradit Obseruat. 17.
cap. 16. quod facta esset substitutio personis diuersæ
ætatis & condicionis, sed quia constitutio Diui Mar-
ci, quæ ius illud primùm induxit, vt substitutio in v-

num casum facta, in vtrumque facta esse intelligatur,
ad militum testamenta non pertinet *d. l. precibus*. A-
deò vt nec aliud dicendum esset tametsi inter filios
impuberes ea substitutio reciproca facta proponere-
tur: sicuti pluribus à nobis superiore capite tractatum
& probatum est. Nec sanè dici potest, quæ alia ratio-
ne explicanda sit differentia quæ in *d. l. in testamento*
apertissimè constituitur inter militem & paganum.
38 † Quod autem Cuiacius sententiam suam comprobat
ex *d. l. centurio 15. D. de vulg. & pupil. substit.* facit certè
quàm insubtiliter, cùm vel ex eo præcipuè loco refelli
possit. Nam cùm centurio filius suis si intra quintum
& vicesimum ætatis annum decederent, directò sub-
stituisset, ait Papinianus *intra quatuordecim annos etiam*
propria bona filio substitutus iure communi capiet. Post eam
autem ætatem, ex priuilegio militum, patris duntaxat, cum
fructibus inuentis in hereditate Ergo vtroque casu sub-
stitutus bona patris capiet, & consequenter iure dire-
39 ctæ substitutionis. † Nam quod iure fideicommissi
percipitur aut debetur, fideicommissarius non capit
simpliciter sed per manus eius qui restituere togatus
est. Quod & vetus formula legatorum quæ per vin-
dicationem, aut perceptionem relinquebantur, de-
monstrat, si Vlpiano credimus *in princ. tit. De legat.*
40 † Ne illud etiam addam quod passim nostri interpre-
tes in ore habent, Verbū vnum determinans positum
inter multa determinabilia, debere omnia illa æqua-
liter determinare, *ex l. iam hoc iure 4. eo tit. De vulg. &*
pupill. substit Vnico enim verbo *capiet* Papinianus vsus
est vt substitute. ius exprimeret, siue is pupillo ex pupil-
lari substitutione succederet, siue ex militari. Quem-
admodum igitur nemo dubitat quin succedendo ex
pupillari substitutione capiat bona omnia & patris
& pupilli iure directo, ita fatendum est succedentem
illum ex militari capere bona patris solius eodem iu-
re directo, quamuis non iure communi, vt cùm suc-
41 cedit ex pupillari, sed ex priuilegio militum. † Diuer-
sæ sunt sanè species substitutionis pupillaris & mili-
taris, quia pupillaris nō fit nisi pupillo, finitúrque pu-
bertate: militaris autem fit etiā puberi filio, adeóque
extraneo, sed à solo milite, nec alio tempore finitur
quàm quod ei finiendæ miles præstituerit. Sed tamē
conueniunt in eo, quòd vtraque fit in casum acquisi-
42 tæ hereditatis, & vtraque tamen iure directo. in quo
etiam vt hoc obiter moneamus idem Cuiacius erra-
uit, & eum secuti ex recentioribus plerique existimā-
tes duntaxat duo genera esse substitutionum si ius suc-
cedendi spectetur, vulgarem & pupillarem, debuit e-
nim addere tertium genus, militarē substitutionem,
aut casus duntaxat, non etiā nomina substitutionū ex-
primere. Verū enim est duos tātùm esse casus, ex qui-
bus substitutiones omnes constare necesse est, delatæ,
& acquisitæ hereditatis: quorum prior idem semper
43 est, eosdémque semper producit effectus, † licèt sub-
distinguatur in casum duplicem, voluntatis, vt vocāt,
& impotentiæ: posterior verò alias leges & condicio-
nes habet in pupillari substitutione, alias in militari,
alias denique in exemplari [quæ & pupillari proprius
accedit] pro personarum quibus fit varietate. Aliud
enim ius in persona impuberis constituendum est, a-
liud in persona puberis aut extranei cuiuslibet, aliud
denique in persona dementis aut furiosi filij iam pu-
44 beris facti. † Indéque fit vt pupillari & militari sub-
stitutioni eadem formula sufficiat *d. l. centurio, cum l. in*
pupillari 14. eo. quoniam idem casus est adquisitæ he-
reditatis, idémque genus substitutionis, nimirum di-
rectæ. Nā si militaris, nō nisi fideicōmissaria esse pos-
set, quemadmodum pupillaris semper directa est, fieri
nullo modo posset vt ad vtrâque eadem formula ac-
cōmodaretur. † Nec pro Cuiacio quicquā facit quod 45
ex fideicommissaria substitutione æquè ac ex militari
futurū sit vt substitutus omnia bona quæ patris mo-
rientis fuerunt cōsequatur cum fructibus inuentis in
hereditate, *l. coheredi 41. §. cùm filio eo.* non enim conse-
quens est vt substituto militari vtilius non sit & ho-
norificentius ex militari substitutione & directo iure
succedere, quàm fideicommisso, propter eas rationes
quas suprà attulimus, & sequenti capite fusius trade-
mus † Et quicquid causetur Cuiacius, vera & genui- 46
na ratio quę facit vt substitutus militaris non nisi mi-
litis bona capiat, illa est quam Goueanus reddidit.
Quòd priuilegiū militis nō debeat cuiquā fraudi esse.
Nam si pupilli quoque bona in eam substitutionē ve-
nirent, sicut veniunt in pupillarē, vtique fieret iniuria
pupillo, qui etiā pubes factus atque ita testamenti fa-
ctionem adeptus, testari tamē de bonis suis quæ aliū-
de quā à patre habuisset, prohiberetur, aut eos sibi ab
intestato successores eligere quos testamēto heredes
scribere si posset, vellet. † Eáque ratio placuit eidē Pa- 47
piniano in *l. impuberi 40. D. de administr. & peric. tutor.*
vbi scribit ille, impuberi datum à centurione curato-
rem si decretum prætoris secutum nō sit, & nihil ipse
administret, periculo contumaciæ vel negligentiæ nō
adstringi, propterea quòd priuilegium militū ad alie-
nam iniuriā porrigi non oporteat. Addit etiam quod
summopere notandum est *nec in alias causas supremam*
voluntatem imperitia venia datur, quam in bonis militum.
† Vt intelligamus quemadmodum militum imperiti- 48
tia tot priuilegia extorsit quòd arma magis quàm le-
ges scire existimentur, ita eorum priuilegia in eo elu-
cere omnia, quod imperititiæ venia datur, id est, vt
quicquid ab iis imperitè & contra iuris rationem fa-
ctum est, eodē iure censeatur acsi peritè factū esset. † 49
Cui cōsequens fit vt substitutio quā miles verbis di-
rectis fecerit etiam puberi aut extraneo in casum ad-
quisitæ hereditatis, iure etiā directo defendatur, non
autem iure fideicommissi: alioqui non daretur omni-
no venia imperitiæ militis, si nō eo prorsus modo va-
leret substitutio quo valere miles voluisset. An verò
nō voluit valere iure directo, qui verbis directis sub-
stituit: Sed & nōne imperitior milite est quisquis sub-
stitutionem directis verbis factam valere vult iure fi-
deicommissi? Augere & adiuuare imperitiam hoc est,
non excusare. † Placuit etiā illa eadem ratio Vlpiano 50
in *l. cùm filiusfamilias 28. D. de testa. milit.* in cuius spe-
cie cùm filiusfamilias miles decessisset filio impubere
herede instituto, eique substituisset in aui potestate
manenti tutorésque dedisset, admittit quidē Vlp. sub-
stitutionem valere, sed tutoris dationem valere negat
ex rescripto diuorum fratrum, *quia*, inquit, *hereditatis*
suæ miles qualem vellet substitutionem facere potest, ve-
rum tamen alienum ius minuere non potest. Cui conuenit
quod à Tryphonino scriptum est *in leg. miles ita 41.*
§. nec tutorem eod tit. & ab eodem Vlp. *in leg. 2. De te-*
stam. tutel. Quid verò tu Cuiaci ad verba illa *qualem*
vellet substitutionem facere potest? An non satis apertè
videtur tibi Vlp. docere ius esse militi directo substi-
tuendi cuilibet si directam militarem facere malit,
quàm vulgarem fideicommissariam? Et quod iam di-
xerat *substitutionem valere* an non istam fideicommissi
interpretationem prorsus excludit? Nulla siquidem
ratio est flectendę directę substitutionis in fideicom-
missariam, verbis fideicommissi omnino deficientib.
nisi saltem vbi sic faciendi necessitas aliqua est, *vt in*
dict. leg. Scæuola 76. D ad S.C. Trebell. l. generaliter 24.
§. si quis seruo D. de fideic. libert. Atqui necessitas nul-
la est

la est cùm substitutio directis verbis facta valet Respondeamus iam ad *l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis substit.* quæ sola virum doctissimum nulla alia lege aut ratione persuasum fefellit.

CAPVT XIII.

Tribus locis corruptum esse l. precibus 8. C. de impub. & aliis substit. ac quomodo emendanda sit, Et ad l. Papinianus 43. D. ad S.C. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Postrema verba* d. l. precibus *quomodo à Cuiacio accepta sint?*
2 *Distinctio ab Interpretibus sententia Cuiacij addita.*
3 *Goueani interpretatio ad verba illa finalia* d. l. precibus: veluti ex causa fideicommissi.
4 *Substitutum militarem, secundùm illam interpretationem non iure fideicommissi sed directò succedere.*
5 *Non tamen ferendum esse vt substitutus ille ad exemplum fideicommissarij succedere dicatur vbi varia inter fideicommissarium & militarem substitutum differentia afferuntur.*
6 *Cur substitutus militaris Falcidiam nullam patiatur.*
7 *Alia differentia inter militarem & fideicommissarium substitutum.*
8 *Proponitur singularis quidam casus militaris substitutionis: vbi de iure adcrescendi agitur.*
9 *Regulam quæ habet, eum qui semel heres fuit semper heredem manere in testamento militis fallere.*
10 *Cur in casu illo proposito Mæuius ius adcrescendi solus habeat?*
11 *Non id iuris fore si in dicto casu Mæuius militariter substitutus fideicommissarij iure censeretur.*
12 *Species & emendatio* leg. Papinianus 43. ff. ad S.C. Trebell.
13 *In quam sententiam Papinianus in specie & quæstione dicta legis inclinet?*
14 *Differentia inter aditionem & restitutionem hereditatis.*
15 *Cur in* d. l. Papinianus. *noua restitutione opus videatur, si heredi adire compulso post restitutionem hereditatis portio adcreuerit?*
16 *Non vnam hereditatis aditionem sufficere, sed tot requiri, quot sunt portiones quoties per alium puta per filiumfamilias vel seruum hereditas acquirenda est.*
17 *Tot in specie* d. l. Papinianus *restitutiones necessarias esse, quot sunt hereditariæ portiones.*
18 *Heredes fideicommisso grauatos vltro & sponte portionem suam adeuntes non transferre ius adcrescendi in fideicommissarium.*
19 *Cur in casu illo superius proposito substitutus militaris fideicommissarius dici non possit?*
20 *Ius adcrescendi, nisi de eo expressim cautum sit, in testamento militis locum habere non posse.*
21 *Alia superioris sententiæ ratio.*
22 *Verba illa* d. l. precibus. ex causa fideicommissi *supposititia esse.*
23 *Alius eiusdem legis versiculus tanquam suspectus expungitur.*
24 *Verba illa sub finem eiusdem legis &* adierint hereditatem *Interpretis non Imperatorum esse.*
25 *Quis sit eius legis a mendis repurgatæ sensus.*
26 *Similes nullo herede ad tempus scripto heredem tantùm ex tempore scripserit, scriptum heredem non ideo substitutum dici.*
27 *Ad directam hereditatis petitionem referendum esse quod* d. l. *ait, substitutum posse bona patris a matre petere quæ filio puberi & intestato successit.*
28 *Alij loci ad propositam quæstionem pertinentes, Interpretum additionibus vitiati notantur.*
29 *Reijcitur & refutatur quorundam Interpretum distinctio ad* d. l. precibus.

POstrema† legis huius verba, de quorum interpre- 1
tatione contendendum nobis nunc est cum Iaco-
bo Cuiacio, cæterisque ferè omnib. interpretibus (nã
quæ præcedunt omnia iam satis nos in superioribus
explicauimus) hæc sunt, *si verò post pubertatem, tunc
eius te successionem obtinente, veluti ex caussa fideicommis-
si bona quæ cùm moreretur patris eius fuerunt, a te petere pos-
sunt* Sic enim à viro doctissimo accepta sunt vt substi-
tutio à milite facta verbis directis siue puberi filio si-
ue cuilibet extraneo, flectatur ad fideicõmissum nec
nisi fideicommissi iure defendatur. † Quæ sententia 2
vulgaribus quoque interpretibus placuit, sed cũ hac
distinctione, si mater in medio sit quæ de substitutio-
nis iure contendat cum substituo, non item si alius si-
ue cognatus siue agnatus: Quæ tamen omnia quàm
nõ modò falsa, sed etiam absurda & ridicula sint, tam
liquidò ex iis quæ proximè disputauimus constare ar-
bitror; vt ei qui ex vera rectáque iuris ratione æstima-
re rem velit, nulla ne vel minima quidem dubitandi
caussa superesse videatur. † Scio posse respõderi quod 3
Antonius Goueanus vir numquam sine laudis præfa-
tione nominandus, ante nos dixit, nec improbabili-
ter, verba illa *veluti ex caussa fideicommissi*, nõ sic intel-
ligẽda vt substitutus militaris succedat iure directo,
ad exemplum tamen fideicõmissarij, proptereà quod
sicut is qui per fideicommissum substitutus est, solius
testatoris bona ex fideicommisso capit cum fructibus
in hereditate repertis, non etiam si quid aliunde ro-
gatus heres habuit *l. coheredi. 41. §. cum filia D. de vulg.
& pupil. substit. l. sequens quæstio. 67. de legat* 2. Ita & qui
ex militari substitutione succedit, militis duntaxat,
non etiam heredis, cui directò substitutus est, bona
consequatur *l. centurio. 15. de vulg. & pupil. substit.* † Se- 4
cundum quam interpretationem quæ & verbis ap-
tissimè cõuenit, perinde omnino est acsi apertiùs scri-
ptum esset *quemadmodum si ex caussa fideicommissi suc-
cederetur*. Ex quo apparet tanto manifestius fideicom-
missi iure substitutum hunc non succedere, sed dire-
ctò. Alioqui simpliciter scribendum erat *ex caussa fi-
deicommissi* non addita dictione illa *veluti* quæ simili-
tudinis & improprietatis magis quàm veritatis nota
est. † Sed tamen si verum amamus, nec illud ferendũ 5
est vt substitutus militaris ad exemplum fideicõmis-
sarij succedere dicatur. Sunt enim omnia dissimilia,
vt in superioribus probauimus. Substitutus militaris
succedit ex testamento, Fideicommissarius, quoties
directa institutio aut substitutio flectitur in fideicõ-
missum succedit ab intestato *l. quærebatur. 19. D. testam.
milit. d. l. Scæuola. 76. D. ad SC. Trebell.* Ille iure directo
quia miles hereditati suæ qualem vult & legem di-
cere & substitutionem facere potest *leg. 5 l. cum filius
familias 28 de testam. milit.* Hic autem non nisi iure o-
bliquo, quia ius directum, id est ciuile, fideicommissa
non agnoscit *l. qui vsumfructum. 3. ff. si vsusfr. petat.* † Ille 6
Falcidiam nullam patitur, tametsi totã defuncti mili-
tis hereditatem ex militari substitutione cõsequatur:
non ob id solùm quòd ad militũ testamenta lex Fal-
cidia non pertineat *l. si post missionẽ. 17. cum l. seq. l. si mi-
les. 92. D. ad leg. Falcid. l. si certarũ. 16. §. vltim. cũ l. seq.
de testam. milit*, sed etiam quia prorsus inauditũ est vt

legis Falcidiæ potestas contra eum qui & ipse heres
institutus, aut substitutus sit, inducatur. Neque rursus
locum hîc habet ratio Senatusconsulti Pegasiani, per
quod facta est heredi potestas deducendæ quartæ ex
fideicommisso, vt aliquo præmio inuitaretur heres
ad eundum, ne alioqui fideicommissum intercideret.
Nam si prior heres ad tempus scriptus à milite here-
ditatem adire nollet, non posset cogi à substituto qui
ex tempore institutus esset, neque tamen substitutus
ipse statim adire & heres fieri posset, sed omnimodo
expectanda esset mors instituti, post quam vtique se-
cundus heres suo iure & ex testamento succederet,
interim autem successio intestati locum haberet *l. mi-*
6 *les ita 41 in princ. eod. tit.* At is qui ex fideicommisso
succedit ab intestato conuersa directa substitutione
in precariam, pati Falcidiam cogitur *l. 2. §. vlt. D. de*
7 *iur. codicil.* † Substitutus militaris nulla ex parte tene-
tur ad præstationem legatorum à primo herede insti-
tuto relictorum *d. l. quærebatur §. vlt. eo.* Fideicommis-
sarius contra tenetur ad præstationem legatorum o-
mnium quæcunque ab herede rogato testator reliquit,
præterquã si ea testator ad heredis onus pertinere ex-
pressim voluit *l. 1. §. pen. & vlt. cum l. 2. D. ad S. C. Treb.*
Et quidem in solidum si tota hereditas ei restituta sit
ex Trebelliano, aut pro portione hereditatis restitu-
tæ si restitutio facta sit ex Pegasiano deducta Falcidia
8 *l. 2. C. eod.* † Sed & finge & militem testamēto ita scri-
psisse *Titius ex semisse post biennium heres esto. Sempro-
nius ex alio semisse vsque ad biennium heres esto, post bien-
nium Mæuius heres esto. Ius adcrescendi inter eos saluum
esto.* Mæuio post bienniũ Sempronij semissem ex sub-
stitutione iam nacto, si Titius suum repudiet, dico ius
adcrescendi quod testator inter heredes saluũ esse vo-
luit, non Sempronio, sed Mæuio competiturum, licet
Sempronius priore loco heres scriptus sit sicut & Ti-
tius, dicique soleat in iure adcrescendi potiorem esse
illorum caussam qui in eodē gradu vocati sunt, *l. qui-
dam testamento 30. l. qui duos 42. de vulg. & pupil. subst.*
Nimirum quia verum est Mæuium heredem solum
esse eo tempore quo per Titij repudiationem ius ad-
crescendi locum habere incipit, Semproniũ autem li-
9 cet prior heres fuerit, nũc tamen heredē non esse. † Il-
la enim iuris regula quæ habet, eum qui semel heres
fuit semper heredē manere *l. at prætor 7. § sed quod Pa-
pinianus de minor. l. ex qua saluendo 88. de hered. instit.* locũ
habere non potest in testamento militis cui ex priui-
legio permissum est vt heredem ad tēpus quēadmo-
dum & ex tempore scribat, & consequenter vt post-
quam heredem ex testamento vsque ad certũ tempus
habuit, pro reliquo tamē toto tempore intestati exitũ
10 faciat *dict. l. miles ita 41. de testam. milit.* † Itaque post
biennium Sempronius qui toto illo biennio heres
fuit, perinde habetur ac si heres non fuisset, Mæuius
verò, quòd verè nunc heres sit, solus habet ius adcre-
scendi, haud secus ac si præcedente biennio intestatus
miles fuisset nec Sempronium heredem habuisset,
quo casu nemo diceret legitimum heredē ius adcre-
scendi habiturum esse viuo & superstite Mæuio, qui
verè ex testamento heres esset. Proinde nulla actione
indiget Mæuius aduersus Semproniũ, multo minùs
verò aduersus legitimum militis successorem vt de-
ficientem Titij portionem consequi possit. Nam cùm
per ius adcrescendi portio portioni adcrescat velut
alluuio *l. si Titio 33 § 1. de vsufr. legat.* fieri nullo modo
potest vt portio Titij deficiēs adcrescat legitimo he-
redi qui portionem nullam habet, at ne quidē vt le-
gitimus intestati successor vllus sit ei qui & ad certum
vsque tempus & ex eo tempore habuit heredem ex

testamento. † Atqui si Mæuius militariter substitutus 11
fideicommissarij iure censeretur, non idem iuris obti-
neret. Dicēdum namque esset deficientem Titij por-
tionem Sempronio adcrescere, tùm à Sempronio ad
Mæuium peruenire. † Id. n. est quod ex Papiniano Vl- 12
pianus tractat *in l. Papinianus 43. D. ad S. C. Trebell.* si
quis heres institutus ex semisse rogatus sit restituere
hereditatem, & eam suspectam dicens compulsus ad-
iit, deinde fideicōmissarius gnarus sit adcreuisse por-
tionem hereditariam post restitutionem scripto he-
redi, an opus ei sit alia aditione. Sic enim malo legere
ex Cuiacij emendatione. † Et ait securum esse eum 13
posse, id est alia non indigere aditione, sed de illo du-
bitari magis posse, an noua ei opus sit restitutione
postquàm portio adcreuit. Quibus verbis in eam fa-
nè partem magis inclinare videtur, vt noua restitutio
necessaria sit, licet contrà putet Cuiacius. † Non enim 14
aditionis & restitutionis eadem ratio est. Aditio vna
sufficit, quia is qui vel ex minima hereditatis parte
heres est, vbi adit, ex toto asse heres esse & adiisse in-
telligitur siue coheredem nullum habuit, siue eum
habuit qui aut antè aut post repudiauerit *leg. si quis
heres 53. leg. qui ex duobus 53. l. qui patri 59. leg. si solus
80. D. de acquir. her.* Semel enim adita hereditate om-
nis defuncti voluntas rata constituitur *l. si patronus 55.
§. qui fideicommissum D. ad S. C. Treb.* & ius adcrescēdi
sequitur etiam inuitum *leg. si ex pluribus 9. D. de suis
& legit.* At restitutio vna sufficere non potest pro ea
portione quæ post restitutionem adcreuit, quia nun-
quam potest videri fideicommissarius plus habere ex
fideicommissi restitutione quàm sibi restitutum sit:
adeò vt illo etiam casu quo minus ei restitutum est
quàm ex testamento restitui debuit, perinde ex testa-
mento agi oporteat ad restitutionē totius fideicom-
missi ac si nihil dũ omnino restitutum esset, quia neque
aliter fideicōmissum restitui vtiliter potest vt actio-
nes transeant in fideicōmissarium, quã quomodo te-
stator voluit *l. 1. l. sed etsi 9 § vlt. cum l. seq. D. ad S. C.
Trebel. l. si mulier 28 §. ex asse de iur. dot.* † Ex contrario 15
qui rogatus hereditatis semissem ex quo scriptus erat
alteri restituere cōpulsus adiit & restituit priusquàm
coheredis portio adcresceret, non potest videri resti-
tuisse portionem illam quæ posteà adcreuit, quia nec
rogatus erat vt eam restitueret, quã vtique retineret
sibi ipsi, si sponte non coactus adiisset. Quòd autem
compulsus adiit, licet indignũ eum reddat qui ex te-
stamento aut hereditate defuncti quicquã retineat,
non magis tamen facere potest vt portio quæ restitu-
tionis tempore nondum adcreuerat, pro restituta ha-
beatur, quàm vt ipsi fideicōmissario potius quàm he-
redi adcrescat. Etsi. n. verum est quod diximus portio-
nē portioni adcrescere, non personæ, ea verò pars he-
reditatis cui deficiens adcrescit post restitutionē re-
peritur eo tēpore penes fideicommissarium, quoniam
tamen heres rogatus licet cōpulsus adierit, reuera he-
res manet (vnde illud est quod Senatusconsultum ta-
metsi heredē facere possit, fideicommissarium tamen
non facit, quia nec potest, ne vni duo sint heredes) &
ius adcrescendi non nisi inter eos qui ex eodem iure
succedunt locũ habet, i. inter coheredes, nō inter he-
redem & fideicommissarium aut legatarium, necessa-
riò fit vt deficiens portio coheredi accrescat etiã post
aditionem & restitutionem coactè factã, non item fi-
deicōmissario. Quidni ergo noua restitutione opus e-
rit? † Nã & quãuis aditio vna sufficere soleat vt dixi- 16
mus, si tamen per aliũ acquirenda sit hereditas, vt pu-
ta per filiumfa. aut per seruum, tot aditiones necessa-
riæ sunt quot sunt portiones, non solùm si duo eius-
dem

dem patrisfa. liberi instituti proponatur *l. si quis he-*
res.35.§. tide acqu. hered. sed etsi pater vel dominus ex
parte institutus sit, filius verò vel seruus ex alia parte
l. si ex suo.36. eod. quin & si idem filius aut seruus ex
parte institutus sit pure, ex parte sub condicione, li-
cet existentis quoque condicionis tempore adhuc sit
in potestate *l. si filius* 80. vbi est textus elegans *in fi. eo*
tit. Hoc verò cur ita? Nisi quia pater vel dominus qui
sibi per alium quæsiit hereditatem, non potuit quæ-
rere nisi quatenus iussit, non iussit autem pro ea par-
te quæ tum fuerat delata. Quanquam ea res, vt puto,
non excluderet ius adcrescendi si quid esset quod
impediret ne aditio noua sequi posset. Atqui quod fi-
deicommissario acquiritur, hereditas fit per interpo-
sitam heredis personam, & intercedente ministerio
restitutionis, neque potest quicquam incidere pro-
pter quod noua restitutio fieri non possit, nam &
prædefuncto eo, qui rogatus est, fieri potest ab eius
herede dummodo is ipse adierit, qui rogatus est *l. ille*
17 *à quo.13.§.1. D. ad SC. Treb.* † Tot ergo restitutio-
nes necessariæ sunt, quot sunt portiones, quæ siue
principaliter siue in consequentiam, veniunt in resti-
tutionem. Quid enim si heres ex parte scriptus qui
portionem suam coactus adierat, adcrescentem reti-
nere vellet, fideicommissarius autem consentiret?
quis diceret ex vi factæ restitutionis hanc quoque
portionem acquisitam esse fideicommissario, & ali-
18 qua retrocessione opus esse? † Sed etsi eo casu quo
heres scriptus coactus adisset, faterer non magis resti-
tutione quàm aditione noua opus esse, ratione illa
quam nimis generaliter & ex ingenio suo Cuiacius
adstruit quòd omnia quæ perdit is qui compulsus
adit, tacito iure fideicommissarium sequantur (in
quorum numero non est ius adcrescendi sicut nec no-
men ipsum heredis cui inseparabiliter vnitum est ius
illud adcrescendi, sed tantùm commodum quod ex
iure adcrescendi peruenturum erat ad heredem si
sponte adisset) illud tamen Cuiacius non negat,
imò defendit, & rectè, contra receptam interpretum
traditionem, heredes vltro & sponte portionem suam
adeuntes non transferre ius adcrescendi in fideicom-
missarium, ne plus habeat ex testamento quàm testa-
tor voluerit. † Ergo vt ad id redeamus, cuius probá-
19 di gratia huc nos digredi necesse fuit, non potest
substitutus militaris fideicommissarius dici, aut fidei-
commissario comparari, cùm ius adcrescendi habeat
proprio iure, & citra personam primi heredis, si mo-
dò ius illud inter heredes saluum esse miles voluit.
Quod idcirco subieci & in superiore formula milita-
ris testamenti clausulam illam addidi. *Ius adcrescendi*
inter eos saluum esto: † quoniam alioquin certum est
20 ius adcrescendi in testamento militis locum habere
non posse nisi idipsum expressim cautum sit, quippe
quod ex legis potestate magis quàm ex testantis vo-
luntate inducatur, ex quo fit vt ab intestato quoque
locum habeat *d. l. si ex pluribus. 9. De suis & legit.* Aut
si testamentum factum sit, inducitur ex tacita volun-
tate quasi coheredes inuicem substituisse testator vi-
deatur *l. si Titio. 61. §. Iulianus de legat. 2.* At militis vo-
luntas tacita nulla est, sed ea demum quæ sit nuda & a-
perta, adeò vt si miles vnum ex fundo heredem scri-
pserit, credatur quantum ad residuum patrimonium
intestatus decessisse *leg. si miles. 6. D. de test. milit.*
† Sed me illud omnium maximè mouet, quòd, vt su-
periore capite attigi fideicommissariæ hereditatis re-
21 stitutio fieri non potest nisi ab eo qui restitutionis
tempore heres sit, quomodo.n. hereditatem restitue-
ret qui heres non esset? Atqui is qui cui in casum adi-
tæ hereditatis datus est à milite substitutus post cer-
tum tempus, puta *post. 14. annum* heres non est nisi ad
tempus & in vltimum vsque instans completi anni
decimi quarti: quando militi permissum est heredem
scribere ad certum tempus. Ergo etiam si filius aut
extraneus heres, cui miles sic substituisset, eo tempo-
re viueret, hereditatem tamen ex causa fideicommissi
restituere non posset, quam tum amplius non habe-
ret. Multo minùs igitur sic facta substitutione *si post*
decimumquartum annum filius decesserit mortuo post
eam ætatem filio, admittendum est vt legitimus filij
heres fideicommisso vllo obstringatur, cum nullo iu-
re dici ille possit heres militis, qui filium non nisi
quoad viueret heredem habere voluit. † Concludo 22
itaque verba illa *velut ex caussa fideicommissi* esse sup-
posititia & inepto interpreti adscribenda, Quod vt
sentiam, præter certissimam iuris rationem, ex eo
quoque moueor, quod videm aliis duobus eiusdem
legis locis non sibi temperasse interpretem quin &
textum corrumperet, & inscitiam suam proderet. † 23
Primùm illo loco vbi sic scriptum legimus *si intra*
decimumquartum suæ ætatis annum qui postea decesserit.
Totum enim illum versiculum non dubito eiusdem
esse interpretis explicare volentis verba hæc *an in se-*
cundum suo suo quem habuit in potestate mortis tempore
substituerit quæ tamen explicatio ridicula est. Nam
cùm paulò pòst sequatur *si vero substitutio in secundum*
casum vel expressa vel compendio non vsque ad certam æ-
tatem facta reperiatur debuerat exemplum duplex po-
ni substitutionis in secundum casum factæ. Vnum
substitutionis factæ certa ætate expressa hoc modo *si*
intra vicesimumquintum annum decesserit, vt in *d. l. cen-*
turio. 15 De vulg. & pupill. subst. Alterum substitutionis
factæ compendio verborum, id est non vsque ad cer-
tam ætatem expressam hoc modo *quandocumque filius*
meus decesserit aut etiam, vt puto, *si filius meus decesse-*
rit. Neutri verò conuenit illa formula *si intra deci-*
mumquartum suæ ætatis annum aut postea decesserit. Non
enim dici potest facta compendio verborum quæ tot
verba continet, & certam ætatem exprimit. Nec rur-
sus admittam quod certa ætate expressa facta sit. Nā
quæ sequuntur *aut postea* faciunt, vt potius dici de-
beat non vsque ad certam ætatem factam esse. Proin-
do cum id ageret stolidus interpres vt vtriusque sub-
stitutionis diuersos casus eadem formula exprimē-
ret assecutus est vt neutram expresserit. Quod si ex
ea formula tollas verba illa *aut postea* nihil tamen ef-
feceris. Quæ enim relinquuntur *si intra decimumquar-*
tum suæ ætatis annum decesserit nullam substitutionem
continent quæ non finiatur pubertate siue à pagano
siue à milite facta sit. Sequentia autem legis verba
demonstrant tractari hac lege de substitutione sic
concepta vt & intra pubertatem & post pubertatem
locum habere possit, licet alio effectu. † Rursum in 24
versiculo illo *siquidem intra pubertatem decesserit, ha-*
beat eos heredes quos pater ei constituit, & adierint here-
ditatem existimo eiusdem esse interpretis verba hæc
& adierint hereditatem. Quid enim attinebat de adita
hereditate tractare, cùm non nisi de iure adeundæ
hereditatis consulti essent Imperatores à matre quæ
dubitabat an sibi, an potiùs substitutis delatum esset
ius adeundæ hereditatis? Quid si substitutus erat ali-
quis ex liberis fortasse primi thori? Quid si seruus te-
statoris? Vtique non fuisset in iis necessaria aditio,
quia quisquis patri heres necessarius est, idē si pupillo
substitutus sit ei quoque necessarius heres est vt pro-
bauimus libro superiore c. 14. Et quod lex ait eos *ha-*
beat heredes sic accipiendum est *eos habere debeat*, ac

proinde siue necessarij heredes sint siue voluntarij, & ex voluntariis siue iam adierint hereditatem siue nondum adierint. Frustra igitur & ineptè adiecta sunt verba illa *& adierint hereditatem* quæ nec commodè possis construere nisi addas relatiuum *qui* & legas *qui adierint*. Quis igitur improbabile nunc putat ea quæ tollimus *veluti ex caussa fideicommissi* ab eodem interprete addita fuisse? Aut quis miretur ab imperito interprete inuectum errorem quem tot tantique interpretes ausint defendere? Quamquam vix credibile est, tam supinum e torem in vllius eruditi interpretis mentem venturum fuisse si non eos corruptæ lectionis autoritas fefellisset: in quo tamen non carent reprehensione, qui plus receptæ lectioni quàm iuris rationi pon-
25 deris tribuerunt. † His autem verbis sublatis, manifesta est legis sententia, Defuncto post pubertatem filio cui pater miles in secundum casum substituerat directò siue expressa ætate siue compendio verborū non vsque ad certam ætatem, filij successionem ad matrem pertinere ab intestato: bona verò quæ patris cùm moreretur fuerunt, spectare ad substitutum militarem ex directa substitutione: non velut ex pupillari, nam pupillaris ipsa etiam filij bona comprehenderet: neque item velut ex caussa fideicommissi propter tot differentias de quibus diximus, sed potius veluti ex caussa institutionis, quia non aliam ob caussam huiusmodi substitutio militibus permissa est quàm quòd ex tempore heredem instituere possint, quamuis non quisquis à milite institutus est tempore dici debeat substitutus militaliter, sed is demum qui sic institutus est post alium ad tempus institutum. Substitutionem enim æstimamus, vt iam suprà dictū est, ex secundo gradu, secundáque hereditatis dilatione ab eodem testatore & eodem testamento facta.
26 † Quare si miles nullo herede ad tempus scripto heredem tantum ex tempore scripserit deferetur quidē ei hereditas suo tempore, adeóque secundo loco, id est post legitimos intestati successores *d. l. miles ita in prin.* Sed tamen non idcirco substitutus dicetur, sed institutus ex tempore, quia primus ille est, non secundus cui ex testamento defertur hereditas. Cæterum quemadmodum eo casu succederet iure directo nec fideicommissum petere cogeretur à legitimo intestati successore, quia testamentum valeret, ita & alio herede priore ad certum vsque tempus scripto, substitutus eodem iure vtitur, nec ob id deterioris condicionis fit quod testamentarius non legitimus
27 heres ex caussa succedendi eum præcesserit. † Itaque quod lex ait substitutum posse bona patris petere à matre quæ filio puberi & intestato successit, ad directam hereditatis petitionem referendum est, quæ datur contra quemcunque hereditatis possessorem si pro herede aut pro possessore possideat, non ad fideicommissariam. Ideò autem necessaria est substituto petitio hereditatis, quod confusis per filij immixtionem bonis patris cum bonis filij, omnium possessio à filio in matrem eandémque legitimam heredē transfusa fuerit: quæ res impedit ne substitutus capere propria autoritate possit bona militis licet veniant in
28 directam substitutionem. † Eidem verò interpreti cuius inscitiam & audaciam hîc prodimus, adscribo etiam additionem illam quæ in codices omnes solo Florentino excepto irrepsit *in l. Lucius 45. de vulg. & pupill. substit.* ab illis verbis *alter si eiusdem ætatis.* vsque *ad §. Paulus respondit*, quam additionem emendatione etiam egere docuit Cuiacius *libro 17. cap. 26.* Eidem quoque adscribo quicquid irreptitium est *in l. 4. eo. t.* De cuius emendatione scribemus *inf. c.*
29 *29.* † Suaues verò mehercule sunt interpretes nostri qui substitutionem hanc volunt flecti ad fideicommissum fauore solius matris, non etiam si substitutus contendat cum aliis siue agnatis siue cognatis, etiamsi à milite facta sit. Nam contra hanc distinctionem apertissimus est textus *legis in testamento. 6. C. de test. mil.* in cuius specie cùm inter matrem pupilli & substitutum à milite contenderetur de iure substitutionis, non dubitat Imperator quin substitutus matrem vincere deberet si constaret factam à milite substitutionem militarem, id est cogitasse militem de reciproca substitutione in secundum casum facienda. Quod tamen in dubio cogitasse non præsumitur, siue mater siue alius agnatus sit aut cognatus qui substituto controuersiam hereditatis faciat, quia non potest id fieri citra interpretationem pretendam ex præsumpta testatoris voluntate, cui interpretationi & præsumptioni in testamento militis locus esse numquam potest vt probauimus in superioribus.

CAPVT XIIII.

Explicatio l. Scæuola. 76. D. ad S C. Trebell. l. 4. C. de codic. l. fundum. 92. §. vlt. de legat. 1. & alia pleraque de iure codicillorum tam ex testamento quàm ab intestato.

SVMMARIA.

1 *Quam rationem habeat Scæuola responsum* in *dict. leg 76.?*

2 *A iuris regulis alienum esse, vt substitutio directa quæ iure directo valere non potest, ad caussam fideicommissi trahatur.*

3 *Reijcitur ratio qua Interpretes motum Scæuolam in dicta lege ad benignam interpretationem decurrisse existimant.*

4 *Substitutionem verbis ciuilibus post decimum quartum annum factam ne iure quidem fideicommissi valere.*

5 *Nec distinguendum esse, an verbis ciuilibus & mere directis, an verè communibus substitutio facta sit.*

6 *Scæuolam id ad non respexisse quod pater* in d. l. *verbo communi* substituo, *potius quam alio vsus esset.*

7 *An cum Cuiacio dicendum sit supradictum Scæuolæ responsum pro fundamento pupilli fauorem habere.*

8 *Pupillarem substitutionem pupillo non solum vtilem sed honorificam olim fuisse, & nunc fauorabilem esse.*

9 *Benignam interpretationem in* d l. Scæuola. *ex fauore pupilli elicendam non esse.*

10 *Benignam interpretationem* in d. l. *admittendam non esse, cùm iuris communis & ordinarij ratio pro substituto faciat.*

11 *Eum qui cùm testamentum nullum fecisset, in codicillis ab intestato scriptis heredem directò instituit, hoc ipso legitimum heredem rogare intelligi, vt hereditatem ex causa fideicommissi scripto heredi restituat.*

12 *Vno tantùm casu nihil ab illo legitimo herede deberi.*

13 *Hereditatem codicillis æquè inutiliter dari ac confirmari, sed directam dationem in fideicommissariam flecti.*

14 *Directam hereditatis dationem factam testamento minus solenni quod clausulam codicillarem vel quamuis aliam eiusmodi voluntatis declarationem contineat, in fideicommissariam flecti.*

15 *Potentius*

15 *Potentius esse ius codicillorum si ab intestato, quàm si ex testamento facti sint.*

16 *Explicantur verba illa* l. 6. in princ. ff. de iur. codicill. *nihil egisse matrem.*

17 *Eum qui codicillis post testamentum factis heredem instituit, non videri rogasse testamentarium heredem vt heredi in codicillis scripto hereditatem ex fideicommisso restituat.*

18 *Quis sit sensus* l. non idcirco. C. de codicill. *& an ea de codicillis ab intestato factis sit accipienda?*

19 *Imperatores* in d. l. intestatò *pro nullis vocatis testibus dixisse.*

20 *Ratio dubitandi & decidendi in eadem lege.*

21 *Frequentiores olim fuisse codicillos qui ex testamento, quam qui ab intestato fierent.*

22 *Hereditatem codicillis ab intestato scriptis directò datam ad fideicommissum flecti posse.*

23 *Differentia constituitur inter codicillos quos quis sibi siue ex testamento, siue ab intestato, & eos quos pupillo facit ab intestato.*

24 *Quid iuris quã qui intestatò moriturus codicillos scribit, & in iis hereditatem suam institutionis vel substitutionis iure directò dat?*

25 *Non minorem esse codicillorum ab intestato factorum, quam testamenti fauorem.*

26 *Patrem non posse filio impuberi codicillos ab intestato facere.*

27 *Nec ideò magis ad ei permitti debere, quòd testamentum filio impuberi facere possit?*

28 *Patrem non prohiberi codicillos testamentarios filio impuberi facere, si non tantum sibi, sed etiam filio testatus sit.*

29 *Nullo casu admittendum esse, vt codicillis ab intestato factis pater legitimum impuberis heredem fideicommisso grauare possit.*

30 *Testamento a patre facto nihil necesse esse concedi ei facultatem codicillos filio intestato faciendi contra communes iuris regulas.*

31 *Legitimum pupilli heredem eo casu tacitè ab ipso pupillo institutum videri.*

32 *Eo casu quo pater pupilli sibi testamentum fecit, legitimum pupilli heredem quasi pupillaris substitutus iure censeri.*

33 *Fideicommissum à legitimo pupilli herede quasi tacitè substituto, in testamento vel testamentariis codicillis relictum pupillo pubere facto euanescere.*

34 *Cur in specie* d. l. Scæuola *substitutio directò in codicillis facta ad fideicommissum ipso iure non trahatur, sed benigna interpretatione opus sit?*

35 *Vnde petenda sit benignæ huius interpretationis ratio?*

36 *Nihil interesse legitimi successoris pupilli quibus verbis pater vsus sit, precariis an aliis.*

37 *An si in proposita* d. l. *specie pater nullum sibi testamentum fecisset, aut si fecisset, inutile fecisset, licet clausulam codicillarem habens benignam interpretationem Scæuola fuisset admissurus.*

38 *Patri non permitti tacitè filio suo impuberi legitimum heredem facere.*

39 *Priusque esse vt pater filio impuberi testamentum facere possit, quam vt legitimos ei heredes tacito iudicio substituisse videatur?*

40 *Posito quod pater siue testatus siue intestatus filio impuberi codicillos ab intestato facere possit, an mater substitutis pupillaribus fideicommisso obligetur, si iis codicillis directa pupillaris substitutio a patre facta sit?*

41 *Quomodo Scæuola in supradicta lege dubitandi causam expresserit.*

42 *Scæuolæ responsum* in d. l. Scæuola. *singulare esse, & ad suam speciem coarctari debere.*

43 *Hoc responso abuti eos qui substitutionem militarem in casum adquisitæ hereditatis factam, quasi directò inutilem iure fideicommissi defendunt.*

44 *Nec minùs eos qui* in d. l. *patris codicillos testamentarios a codicillis ab intestato factis non separant.*

45 *Errare quoque eos qui non distinguunt an testator in codicillis directò substituens, de sua, an de pupillari hereditate senserit.*

46 *Aliud interpretum error ex illo Scæuolæ responso refellitur.*

DIfficile † interpretibus ferè omnibus semper visum est intelligere, quam rationem habeat quod in hac lege Scæuola respondit, si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit inutilem quidem esse substitutionem, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi possit, sed tamen benigna interpretatione placere vt mater quæ ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur. † Videtur enim hoc abhorrere à iuris regulis vt substitutio directa quæ iure directo valere non potest trahatur ad caussam fideicommissi, cùm nec fideicommissi verba illa sunt, nec aliud quicquam ex quo appareat testatorem aut codicillantem de fideicommisso inducendo cogitasse. Quid enim à fideicommittendi voluntate tam alienum dici potest quàm verbis directis vti, cùm fideicommissa non relinquantur nisi precariis? Idque Scæuola ipse fatetur non obscurè cùm ait hoc fieri *benigna interpretatione.* Nam quid esset necesse ad benignam interpretationẽ recurrere si iuris ratio non repugnaret? Sed & verba illa præ se ferunt casum hunc singularem esse, specialemque habere rationem quæ non patiatur vt facilè trahi possit ad consequentias. In eóque potissimùm laborant interpretes vt inuestigent qua ratione motus Scæuola ad benignam hanc interpretationem decurrendum putauerit. † Nam si dicas quod plerisque placere video, ita eum respondisse pro conseruanda defuncti hominis suprema voluntate vt ea saltem modo valeat quo valere potest, efficies vt eodem æquitatis colore generaliter concludendum sit, substitutionem quamlibet directam siue puberi siue impuberi filio, ac siue filio siue extraneo factam in casum quoque adquisitæ hereditatis, quam constat, extra casum pupillarem directo iure valere non posse, fideicommissi tamen iure defendendam esse. † Quo admisso, mendacij simúlque imperitiæ reum facies Papinianum qui *in l. verbis ciuilibus.* 7. *D. de vulg. & pupill. subst.* apertissimè contrà scribit verbis ciuilibus post decimum quartum ætatis annum frustra fieri substitutionem. Nam vt ad eum locum diximus suprà c. 12. non posset dici frustra factam substitutionem, quæ tametsi iure directo esset inutilis, tamen in vim fideicommissi defenderetur. † Nec est quod vulgare illud temperamentum asferas quo veluti collirio interpretes vti solent, adhibita distinctione an verbis ciuilibus & merè directis substitutio facta sit, an communibus, quale volunt esse verbum *substituo* à Scæuola vsurpatum in ea specie de qua disputamus. Iam enim à nobis in superioribus satis superque probatum est communia verba nulla prorsus esse, sed omnia omnino vel ciuilia & merè directa vel precaria: sed etsi aliqua essent communia, nullum tamen magis directum dici posse quàm vo-

(Right margin: 1 beside "Difficile"; 2 beside "bligetur. † Videtur"; 3 beside "† Nam si dicas"; 4 beside "esse. †"; 5 beside "† Nec est".)

bum *subſtituo* quod proprium eſt directarum om-
6 nium ſubſtitutionũ. † Et verò non ad id reſpexiſſe
Scæuolam, quòd hoc potiùs quam alio verbo pater
vſus eſſet, ex eo apparet quod ad benignam confugit
interpretationem vt directam ſubſtitutionem flectat
id fideicommiſſariã, cũ tamen benigna dici non poſ-
ſit interpretatio, quam ipſa verbi vis & propriet. ſe-
liceret. Eſtque omnium apertiſſimus hic locus ad
probandum *ſubſtituo* verbum commune non eſſe ad
7 directam, & ad precariam ſubſtitutionem. † Rurſum
ſi cum Iacobo Cuiacio cæteriſque ferè omnibus re-
centioribus dicas, reſponſum hoc Scæuolæ non tam
niti præſumptione voluntatis, quàm fauore pupilli,
perinde fiet conſequens vt generaliùs, latiúſque pa-
tere debeat, quàm Scæuola voluerit. Idem enim pu-
pilli fauor extorquere debebit, vt quoties pupillaris
ſubſtitutio ex quacunque cauſſa inutiliter facta erit,
defendenda tamen ſit iure fideicommiſſi. Proinde ſi-
ue pater pupillo tantùm, non etiam ſibi teſtamen-
tum fecerit, ſiue ſibi etiam quidem, ſed minùs ritè ac
ſolenniter, ſiue pupillo quem teſtamenti aut mortis
tempore non habuit in poteſtate, pupillariter ſubſti-
tuerit, quibus omnibus caſibus in confeſſo eſt pupil-
larem ſubſtitutionem non valere, dicendum erit va-
lituram iure fideicommiſſi, quandoquidem non mi-
nor his caſibus pupilli fauor videri debet quàm cùm
in codicillis ſubſtitutio pupillaris facta eſt; imò tanto
maior quanto minus alienum eſt à iuris regulis vt
ſubſtitutio hæc in teſtamento, quam vt in codicillis
fiat. Sed neque facilè videre poſſum quis pupilli fa-
uor in eo verſetur quod placet Scæuolæ, vt legitimus
pupilli heres ſubſtitutis pupillaribus fideicommiſſo
8 obſtringatur. † Nam cùm dicimus pupillarem ſubſti-
tutionem non ſolum vtilem pupillo, ſed etiam hono-
rificam eſſe, ad id reſpicimus quòd per eam pupillus
habeat teſtamentarium heredem potiùs quàm legiti-
mum inteſtati ſucceſſorem *l. Iulianus. 42. alias l. ſi pu-
pillus D. de acquir. hered.* Ius enim habendi ex teſta-
mento heredis honorificum eſſe creditur, quia ciuiũ
Romanorum & patrumfamilias proprium eſt: pupil-
lo autem vtile ob id potiſſimùm, quòd ea ratione fiat
vt agnatorum inſidiis minùs expoſita ſit vita pupilli
quandiu ignoratur qui ei ſucceſſor futurus ſit. Pro
pter quam cauſſam cauere olim patres ſolebant ne
pupillares tabulæ viuo adhuc & impubere filio ape-
rirentur *l. vlt D. ad S.C. Trebell. §. ſin autem quis Inſt.
de pupill. ſubſtit.* Etſi autem ſolent hodie pupillares
ſubſtitutiones æquè apertè fieri ac vulgares, non ſine
magno pupillorũ periculo, vt proinde non iã ſicut o-
lim vtiles videri poſſent non eo tamen minùs fauo-
rabiles ſunt, ſiue pupilli perſonam intueare, cui ho-
norificentius fuerit ex teſtamento heredem habere
quàm ab inteſtato: ſiue ius ipſum teſtamenti, cuius
cauſſa ſemper fauorabilis nec immeritò eſſe exiſtima-
9 tur *l. ſi pars. 10. D. de inoff. teſtam.* † At in ſpecie *l. Scæuo-
la*, non facit benigna illa interpretatio quam iſti eli-
ciunt ex fauore pupilli, vt ſubſtitutum heredem ha-
beat ex teſtamento, ſed tantùm vt mater pupillo ſuc-
cedens ab inteſtato, de hereditate ſubſtituto reſti-
tuenda per fideicommiſſum rogata videatur. Quis er-
go pupilli fauor in eo verſari poteſt? Quin potiùs di-
cendum eſſet pupillo incommodam & oneroſam eſ-
ſe interpretationem quæ legitimum ipſius heredem,
præſertim matrem, à qua nullum ipſius ſaluti pericu-
lum immineat, ad fideicommiſſum fortaſſis extraneo
præſtandum obliget. Tritum enim vtrumque eſt fi-
deicommiſſariam ſubſtitutionem etiam pupillo qui
alioquin teſtari ipſe non poſſet, oneri eſſe, pupillarem
verò honori. *l. coheredi. 41. §. cùm filio D. de vulg. &
pup. ſubſtit.* Quid verò hac parte intereſt an à pupillo
ipſo, an ab eius legitimo ſucceſſore fideicommiſſum
relinquatur? Igitur alia ratio quærenda eſt propter
quam viſum ſit Scæuolæ, benignam eſſe interpreta-
tionem illam quæ faciat vt pupillaris ſubſtitutio inu-
tilis flectatur fideicommiſſum. † Mihi verò, contrà 10
quàm vlli adhuc interpreti in mentem venerit, mul-
to difficilius illud videtur, quid neceſſe fuerit Scæuo-
læ ad benignam illam interpretationem recurrere,
cùm iuris ordinarij & cõmunis ratio faceret pro ſub-
ſtituto. Etſi enim codicillis hereditas directò neq; da-
ri neq; adimi poteſt, ſiue ex teſtamẽto cõfirmati ſint,
ne per codicillos qui ex teſtamento valerent, ipſum
teſtamentum quod vires per inſtitutionem heredis
acciperet, confirmari aut deſtrui videretur, vt elegan-
ter Papinianus ratiocinatur *in l. quod per manus 10. D.
de iur. codicill.* ſiue ab inteſtato facti ſint, ne hoc ipſo
teſtamentum factum videri poſſet, aut codicillorum
& teſtamentorum iura confunderentur *§. penult. In-
ſtit. eod. tit. l. ſi idem. 7. C. eod. l. non codicillum. 14. C. de te-
ſtam.* † Tamen ſi is qui teſtamenti tabulas nullas fe- 11
cit, codicillos ab inteſtato ſcribat, & in iis heredem
directò inſtituat, hoc ipſo legitimum heredem roga-
re intelligitur vt hereditatem ſcripto heredi ex cauſ-
ſa fideicommiſſi reſtituat, dummodo dubitari non
poſſit quin voluerit defunctus eam ſcripturam in-
ſtar habere codicillorum: quomodo idem Papinianus
loquitur *in l. illum enim. 13 §. 1. De iur. codic.* † vbi addit 12
non niſi vno caſu nihil à legitimo herede deberi, ni-
mirum ſi defunctus teſtamentum ſe facere exiſtima-
uerit. Quod etſi in dubio præſumendum eſt cum ea
ſcriptura heredis inſtitutionem aut exheredationem
continet, aut vulgarem ſubſtitutionem aut legata a-
liáue huiuſmodi quæ in teſtamentum, non codicillos
conferri ſolent vt ibidem Papinianus ſubiicit, &
ſcriptum etiam eſt *in d. l. non codicillum*, nullus tamen
præſumptioni aut dubitationi locus relinquitur, cum
paterfamilias codicillos ſe facere velle dixit. Quò et-
iam pertinet quod *in l. 2. § vlt. eo. tit.* ex Iuliano propo-
nitur, hereditatem teſtamento inutiliter datam non
poſſe codicillis confirmari quaſi hereditatem, ſed ta-
men ex fideicommiſſo peti poſſe ſalua legis falcidiæ
ratione. † Quid enim refert an hereditas codicillis 13
detur, an confirmetur? Vtrumque inutiliter fit, ſed
poſterius hoc, vt ita dicam, inutilius, quia duplici ra-
tione confirmatio illa impeditur. Vna, quod confir-
matio dationis datio quædam ſit, nec proinde fieri
queat vt hereditas confirmetur in ea ſcriptura in qua
dari non poſſet. Altera quòd inutilis actus præceden-
tis vtilis confirmatio fieri nequeat, quod enim inuti-
liter factum eſt, ex integro faciendum non confir-
mandum eſt. Et tamen inutiliter datæ in teſtamento
hereditatis confirmatio adhuc inutilior in codicillis
facta prodeſt vt legitimi heredes de hereditate illa
ex fideicommiſſo reſtituenda rogati exiſtimentur.
Quidni ergo proderit datio ipſa hereditatis licet
inutiliter directò facta, vt flectatur in fideicommiſ-
ſum? † Sed & ſi quis facto teſtamento minùs ſolenni 14
in quo heres directis & ciuilibus verbis inſtituit
clauſulam codicillarem in eo adſcripſerit, de qua *in
l. 3. D. de teſtam. milit. & in l. vlt. C. de codicill.* vt ſcilicet
teſtamentum valeat vice codicillorũ, perinde dici-
mus directam hereditatis dationẽ conuerti in fidei-
commiſſariã. Quinimò etiamſi neque clauſulæ codi-
cillaris, neque codicillorum mentio vlla facta ſit,
ſed ita fortè teſtator ſcripſerit *Hoc teſtamentum volo
eſſe ratum quacunque ratione poterit vt in l. ex ea ſcriptu-
ra. 29.*

ra. 29. D. qui testam. facer. poss. Aut vt in l. Titia. 13. de
inoff. testam. Aut quomodo Lucius ille Titius de quo
idem noster Scæuola in l. Lucius. 88. alias l. codicillis §.
vlt. de legat. 2. Lucius Titius hoc meum testamentum scri-
psi sine vllo iurisperito, rationem animi mei secutus potius
quam nimiam & miseram diligentiam: & si minus ali-
quid legitimè minùsve peritè fecero, pro iure legitimo ha-
beri debet hominis sani voluntas. Nam cùm in eo testa-
mento heredes instituisset, posteà verò inutiliter fa-
ctum esse testamentum constitisset, non dubitat Scæ-
uola quin intestati eius bonorum possessione petita
portiones hereditariæ heredibus adscriptæ ex caussa
fideicommissi peti possint. Quanto igitur magis idem
respondisset si testator ille vel apertiorib. verbis clau-
sulam codicillarem adscripsisset, vel nihil nisi codi-
15 cillos ab intestato fecisset? † Ideo autem de codicil-
lis ab intestato factis loquimur, quoniam fortius &
potentius eorum ius est, quàm si ex testamento facti
essent. Qui enim testamento confirmati sunt, siue te-
stamentum præcesserit, siue subsecuti sint, non pos-
sunt heredis instituti ius vlla ex parte lædere aut mi-
nuere, si quid in iis verbis directis scriptum sit ad
caussam hereditatis pertinens, siue data hereditas si-
ue adempta, siue condicio institutioni adiecta, siue
directa substitutio facta proponatur l. pen. §. vlt. D. de
16 cond. inst. l. Diui. 6. in princ. D. de iur. codicill. † vbi Mar-
cianus refert, à Seuero & Antonino rescriptum esse
nihil egisse matrem quæ cùm liberos heredes suos pu-
rè instituerit, conditionem emancipationis codicillis
adiecit, quia, inquit, neque condicionem heredi insti-
tuto codicillis adiicere neque substituere directo
potest. Non enim nihil gessisse dici posset si quæ in
codicillis perperam directis verbis sanxisset, fidei-
commissi iure defenderentur. Quemadmodum ex eo
quod Papinianus scribit in l. verbis ciuilibus. 7. De
vulg. & pupill. substit. verbis ciuilibus vltra decimum-
quartum annum substitutionem frustra fieri probaui-
mus in superioribus: non igitur flecti ad fideicómis-
sum, quia nó fieret frustra quæ fideicómissi iure vale-
17 ret. † Putóque eò spectare Papiniani verba illa in d. l.
illud. 13. §. 1. de iur. codicill. Tractari, inquit, solet de eo qui
cùm tabulas testamenti non fecisset; codicillis ita scripsit,
Titium heredem esse volo. Vt intelligamus non simili-
ter tractari, id est dubitari posse de eo qui facto iam
testamento codicillis heredé scripserit, an heredé te-
stamentariũ rogasse videatur de hereditate ex fidei-
cõmisso restituenda, ei qué subinde in codicillis he-
redé scripsit. Certũ. n. est nullũ ex eiusmodi codicillis
induci fideicommissũ, non solùm quod ad ipsam he-
redis institutioné de qua minùs dubitari potest, sed
& quod ad legata, nisi si quod expressim & verbis
18 precariis relictũ sit. † Quæ sententia ex legis Nõ ad
certo. 4. C. de codicill. ea tantùm ex codicillis debita
esse admittentis quæ precariis verbis relicta sunt Nã
si de codicillis ab intestato factis loqueretur, quomo-
do omnes, vt opinor, quotquot vnquã fuerunt inter-
pretes intellexerũt, valerẽt proculdubio illa etiã quæ
directis verbis relicta essent, non quidé iure directo,
sed iure fideicõmissi: cùm multo facilius aut saltẽ nõ
difficilius sit cõuerti legata in fideicomissa quàm in-
stitutioné directã in substitutioné fideicommissariã
19 l. querebatur. 19. §. 1. de iust. rin. milit. † Interpretes fefel-
lerunt verba illa quod intestato te absente codicillos ma-
ter tua fecit, non animaduertentes intestato dixisse Im-
peratores, pro eo quod est nullis conuocatis testibus,
Quemadmodũ ex cõtrario dicemus testato quid fieri,
pro eo quod est testibus conuocatis l. vlt. D. de leg. com-
miss. l. qui Romæ 122. in princip. & §. coheredes de verb. obl.

† Dubitandi autem caussa pro filio illa erat, quod 20
cùm testamento matris heres scriptus fuisset, vt in l.
2. eod. tit. atque ita ius ei aliquod ex testamento quæ-
situm videretur, non debuerat eius condicio deterior
fieri per codicillos quos mater non solùm ipso absen-
te, sed etiam nullis conuocatis testibus fecisset. Sed
decidendi ratio est quòd codicilli nullam iuris solẽ-
nitaté desideret §. vlt. Instit. de codicill. nec proinde te-
stiũ conuocationé illã solenné quæ in testamentis re-
quiritur. l. vlt. C. eod. multo minùs autem præsentiam
heredis instituti. Quippe cui nullũ ex testamento ius
ante mortem testantis quæsitũ dici possit: licèt multo
minor aut potius nulla prorsus futura sit dubitatio
in codicillis ab intestato factis absente eo qui nõ nisi
legitimus heres sit. † Et verò frequentiores olim fuis- 21
se codicillos qui ex testamento quàm qui ab intesta-
to fierent, vt pute à quibus codicillorum ius exordiũ
sumpserit vt Iustinianus refert in princip. tit. de codicill.
instit. adeóque potentius esse ius heredis instituti
quàm legitimi, ex eo colligi potest quod Papinianus
in d. l. quod per manus. 10. De iur. codicill. proposita quæ-
stione illa generali, Cur in codicillis hereditas dari
non possit, adfert rationem ad testamentarios dunta-
xat codicillos pertinentem ne, inquit, per codicillos qui
ex testamento valerent, ipsum testamentum quod vires per
institutionem heredum accipit, confirmari videretur. † Ex 22
quo illud etiam apparet, licèt in codicillis intestati æ-
què ac in testamentariis hereditas inutiliter directò
detur, non tamen vsque adeò inutiliter eam dari quin
flecti possit ad fideicommissum, quoniam ea res non
lædit ius successionis intestati heredisque legitimi,
quod nec commune quicquam habet cum iure codi-
cillorum ab intestato factorum vt ab intestati succes-
sione pendêre videantur, quomodo pendent ex testa-
mento ij qui siue ante siue post testamentum fiunt,
vt mirum non sit si non tantam vim habeant ad læ-
dendum ius heredis scripti, ex cuius institutione cõ-
firmantur: læderent autem si fideicommisso eum ob-
stringerent à quo nihil petitum esse quique suo iure
heres existeret arg. d. l. illud enim, in princ. Hancque
differentiam eleganter Paulus expressit in l. ab inte-
stato. 16. eod. illis verbis intestato patrefamilias mortuo ni-
hil desiderant codicilli, sed vicem testamenti obtinent, te-
stamento autem facto ius sequuntur eius. Quæ cùm ita sint,
non est iam quod quis miretur directam substitutio-
nem in codicillis inutiliter factam defendi iure fi-
deicommissi. Sed illud, meo iudicio, longè magis mi-
randum est quod tamen nemo miratur, quamobrem
in ea specie, quam Scæuola tractat in d. l. Scæuola ne-
cessariam putet ille benignam interpretationem ad
substitutum ex fideicommisso admittendum quasi
deficiente iure. † Dicam quod mihi videtur, &, ni 23
fallor, idipsum quod res est, quamuis à nemine ad-
huc animaduersum. Differentia hac parte constituẽ-
da est, & elegans & vera, inter substitutionem pu-
pillarem & cæteras directas, id est inter codicillos
quos quis sibi siue ex testamento siue ab intestato,
& eos quos pupillo fecerit ab intestato. † Cùm quis 24
intestatus moriturus codicillos scribit & in iis dire-
ctò dat hereditatem suam, siue institutionis siue sub-
stitutionis iure: tunc ea proculdubio locum habent
quæ huculque diximus, id est, quisquis ab intestato
succedit rogatus intelligitur de hereditate per fidei-
commissum restituenda eis qui heredes directo in-
stituti fuerint aut substituti: quoniam alioqui fie-
ret vt suprema defuncti hominis voluntas destitue-
retur, ni eo saltem modo valeret quo valere potest id
est per fideicommissum: quod tamen ferendum non

25 est † quia tantus fauor est codicillorũ nullo facto te-
stamento, quantus testamenti esset sit testamentum
factum fuisset, cùm testamenti vicem eo casu obti-
neant, vt diximus, nec aliud quidquam exigimus ni-
si, vt paterfamilias codicillos facere voluerit, non et-
iam testamentũ se facere putauerit *d. l. 13. §. 1. de iur.*
codic. Sic enim fert ius codicillorum cùm ab intestato
fiunt, vt quemadmodum ad eum qui legitimus heres
futurus est dirigi eos necesse est, si non ex verbis, sal-
tem ex voluntate illius qui codicillos scribit (de quo
enim alio obligando sensisse videri posset is qui
moritur intestatus? indeque nimirum fiebat olim sæ-
pius vt per epistolam fierent codicilli) ita hoc ipso
quo fiunt codicilli ab intestato, legitimus heres ro-
26 gatus videatur, licèt verba precaria nulla sint. † At
cum paterfamilias etiam testatus codicillis heredem
scribit non sibi, sed filio impuberi, verius est vsque a-
deò inutilem esse directam illam dationem heredi-
tatis, vt nec fideicommissi iure defendatur, quia nec
codicilli illi, quod ad pupillum attinet, ab intestato
facti esse intelliguntur. Hoc ipsum verò cur ita? quia
nec ab intestato codicillos habere pupillus potest.
Non enim sicuti permissũ est patri pupillariter sub
stituere filio impuberi quem habet in potestate vt in-
ducat ei heredẽ testamentariũ, quòd ea res pupillo &
vtilis & honorifica fore credatur vt diximus: ita &
permissũ aut permittendũ patri fuit, vt pupillo codi-
cillos faceret ab intestato, cùm per eos pupillo heres
dari non possit. Atqui certum est pupillum non alios
codicillos habere posse quàm si quos ei facere patri
permittatur. Codicillos enim is demum facere potest
qui & testamentum facere potest, *d. l. Diui. 6. §. pen. l.*
conficiuntur. 8. §. codicilli eod. tit. Consequens ergo est vt
nullos ab intestato habere possit † Nam si dicas ei
27 iuris regulæ quæ habet codicillos facere nõ posse nisi
eũ qui & testãdi ius habeat, magis consequens videri
vt ex contrario igitur quisquis testari potest possit et-
iam codicillos facere, ac proinde vt patri non minus
licere debeat codicillos pupillo facere etiã ab inte-
stato: cui etiã testamentũ facere potest, accedẽte præ-
sertim alia iuris regula quæ non patitur vt cui plus li-
cet nõ debeat etiã quod minus est nõ licere *l. non de-*
bet. 21. de regul. iur. Iã respondi, singulari quodã iure &
contra receptas iuris regulas inductũ moribus fuisse
vt pupillo testamentũ facere pater posset, non alia ra-
tione quàm vt impuberis saluti prospiceretur dato ei
herede testamẽtario vt à legitimorũ successorum, qui
semper certi sunt, insidiis minùs cauendũ haberet, de
codicillis autẽ pupillo intestato faciendis nihil cau-
tũ aut permissũ fuisse, quòd ea res ad pupilli vtilita-
tem aut honorẽ nihil pertineret. Et sanè captiosa est
collectio à testamento ad codicillis ab intestato fa-
ctos vbi non eadẽ testamenti & codicillorũ intestati
28 ratio est † Nã de codicillis testamentariis non puto
dubitandũ, quin patri liceat eos facere pupillo eadem
prorsus ratione qua & testamentũ facere potest, dũ-
modò non sibi tantùm, sed etiã filio testatus sit, cùm
ex ipso testamento vires capiãt eiúsque accessio sint,
& sequela Codicillos autem intestato filio facere pa-
ter non potest, quia nec necesse est. Quid? An non si-
cuti conceditur vnicuique ab eo ad quẽ legitima eius
hereditas vel bonorũ possessio peruentura est, fidei-
commissũ dare, ita & ab eo quẽ impuberis filij legiti-
ma hereditas vel bonorũ possessio peruentura est, fi-
deicommissa rectè dantur? Fateor. Sic enim Iulianus
scribit *in l. si fundũ. 92. §. vlt. de leg. 1.* Sed id omnimodo
ita accipiendũ est si pater sibi ipsi testamentũ fecerit,
ac præterea testamento illo aut codicillis suis ex eo
testamento valentibus fideicommissum à legitimo
pupilli herede dederit, non etiam si codicillos tan-
tùm aut sibi soli, aut pupillo soli aut vtrique fecerit
ab intestato, aut etiam sibi quidem ex testamento,
sed filio suo non nisi ab intestato.† Nullo enim pror- 29
sus casu admittendum est, vt codicillis ab intestato
factis pater legitimum impuberis heredẽ fideicom-
misso grauare possit, nec si precariis in eam rem ver-
bis vsus proponatur. Idque apparet euidenter ex con-
iunctione *l. planè. 94. eod. tit.* vbi idem Iulianus subii-
cit in hæc verba *Planè si filium impuberem exheredaue-*
rit, fideicommissum legitimus heres præstare cogendus non
erit, nisi idẽ & patris heres fuerit. Ne dubitare quis pos-
set quin superior sententia eo demũ casu locũ habe-
ret quo nõ solùm testatus pater fuisset, sed etiam fi-
liũ impuberẽ instituisset aut eum saltẽ qui legitimus
pupilli successor futurus esset. Quî enim fiat vt viuo
impubere legitimus heres ipsius impuberis sit etiam
heres patris nisi ex testamento? Prius siquidẽ est vt fi-
lius exheres sit, quàm vt alius quispiam heres sit pa-
tris: porro filius exheredari nisi in testamento non
potest. Factum igitur à patre testamentũ esse necesse
est: vt à legitimo filij herede fideicommissum vtiliter
detur, siue eodẽ testamento, siue, quod hac parte idẽ
est, codicillis eo testamento confirmatis fideicõmissũ
detur.† Facto autẽ à patre testamento nihil necesse 30
est concedi facultatem patri codicillos intestato filio
faciendi contra communes iuris regulas, cum si quid
testamento prætermissum est, quod ab intestati pu-
pilli successoribus præstari velit, possit pater id cõfer-
re in codicillos suos ex eo testamento valituros. Nã
cùm pater testatus est, ratio iuris facit vt sicuti filio
quoque testamentũ facere posset si vellet, ita si malit
intestatũ illũ decedere, fideicommissũ ab eius legiti-
mo herede relinquere possit, si modò vel filiũ ipsum
heredẽ instituerit, vel legitimũ ipsius successorem.†
Quidni verò? Cùm eo casu dici possit legitimum pu- 31
pilli heredem tacitè à pupillo ipso institutum videri,
quoniam & expressè institui potuisset. Nulla enim
tùm differentia est inter pupillũ, & cæteros patres fa-
milias quos dicimus si cùm testamentũ facere possẽt
intestati decedere maluerint, videri sponte sua legiti-
mis heredibus relinquere hereditatem, *l. 3. l. conficiun-*
tur 8. D. de iur. codicill. Id enim est quod Paulus ait *in*
l. ab exheredatis. 126. de legat. 1. legitimos heredes cogi
præstare fideicommissa à se relicta eo ipso iure quo si
scripti fuissent.† Itaque nõ malè quis meo iudicio di- 32
xerit legitimũ pupilli heredẽ hoc casu quo pater sibi
testamentũ fecerit eo quo diximus modo, quasi pu-
pillaris substituti iure censeri, exẽplo coheredis legi-
timi quẽ in portione coheredis etiã ab intestato quasi
substitutũ videri Vlpianus ait *in l. si Titio. 61. §. Iulia-*
nus de leg. 2 quomodo, ac multo magis, eum qui secũ-
do loco & grado cõstitutus tẽpore testamenti posteà
hereditatis adeũdæ tempore proximior reperitur in
caussa successionis intestati, *l. 1. §. vlt. de leg. 3.* iuxta eã
interpretationem & emendationẽ quam nos docui-
mus *lib. 4. c. 15.*† Nã & inde illud fit quemadmodum 33
substitutio pupillaris finitur pubertate, nec aliter
deberẽtur legata à substituto pupillari relicta, quàm
si filius in pupillari ætate decederet: ita & fideicom-
missum à legitimo pupilli herede quasi tacitè substi-
tuto relictum in testamento aut confirmatis, id est te-
mentariis codicillis patris non aliter debeatur quàm
si filius impubes decedat, filio autem pubere facto
euanescat, vt ex Vlpiano ad Iuliani sententiam ex-
plicationis gratia additum est *in l. quod fideicommis-*
sum. 93. de legat. 3. Etsi enim legitimus ille pupilli he-

res, quem nos quasi pupillarem substitutum appella-
mus, etiam post pubertatē defuncto filio ad eius suc-
cessionem admittitur, desinit tamen ex eo tempore
videri pupillaris substitutus, nō secus acsi per expres-
sam pupillarem substitutus esset, succeditque quasi ab
ipso pubere iam & patrefamilias facto, non quasi à
patre impuberis nomine, & patriæ potestatis iure ta-
citè institutus. Et consequenter fideicommissa quę ab
eo tanquam à substituto quasi pupillari pater dedit,
intercidunt, quia nec initio ab eo dari in id tempus
34 potuissent. † Ergo, vt ad Scæuolam nostrum redea-
mus, cùm eam speciem tractet in qua pater filium suū
impuberem ex asse scripserat heredem, dubitari non
potest, quin siue in eo testamēto, siue in codicillis sub-
secutis, potuerit pater rogare matrem & alios quosli-
bet intestati filij successores futuros de restituenda
per fideicommissum pupilli hereditate *d. l. si fundum in
fine*. Sed cùm iis codicillis directò & pupillariter sub-
stituisset, non poterat illa proponi quæstio, an fidei-
commissum deberetur, quod relictum non erat, sed
an substitutio pupillaris adeò esset inutilis vt nec ad
caussam fideicommissi proficere posset, Inutilem qui-
dem esse constat, quoniam directa est & pupillaris,
certum autem est codicillis hereditatem directò ne-
que dari neque adimi posse: sed si nihil aliud obsta-
ret, non faceret ea res quominus hereditas ex fidei-
commisso peti posset: quamuis pupillus ipse intestatus
decessisset, quemadmodum contingeret si paterfami-
lias codicillis ab intestato factis heredem in eis dire-
ctò instituisset *d. l. 2. §. vlt. d. l. illud. 13. §. 1. D. de iur. codi-
cil. d. l. vlt. C. eod.* Quid igitur obstat? Hoc vnum quod
codicilli illi testamentarij in quibus pupillaris substi-
tutio facta est, non sunt filij, sed patris, quia, vt dixi-
mus, codicillos habere ab intestato pupillus numquā
potest. Absurdum autem sit codicillos patris ex testa-
mento factos eam vim habere vt substitutionem pu-
pillarem quæ non patris sed filij testamentum est, fle-
ctant ad fideicōmissum à legitimo pupilli herede pre-
standum. Toties enim directa institutio aut substitu-
tio in codicillis intestati facta inducit fideicōmissum
ab intestato, quoties illius codicilli sunt de cuius ip-
sius hereditate agitur, nō cùm vnius personæ codicilli
sunt, alterius verò hereditas iis codicillis directò da-
ta, vt hic contingit. Neque verò aut melior aut alia vl-
la ratio quærēda est propter quam in proposita specie
directa substitutio in codicillis facta ad fideicommis-
sum non trahatur ipso iure, sed opus sit benigna inter-
pretatione. † Ac difficilius illud nunc est quod inue-
35 stigandum superest, quænam ratio benignam illā in-
terpretationem extorserit, non Scæuolæ tantùm iudi-
cio, quem alioqui constat iuris religiosissimum fuisse,
sed consentiente tota ipsa iurisprudentia. Sic enim
Scæuola scribit *tamen benigna interpretatione placet vt
mater quæ ab intestato pupillo successit, substitutu fideicom-
misso obligetur*. Solent autem prudentes verbum illud
placet vsurpare cùm aliquid exprimunt, quod à tota
iurisprudentia receptum sit siue ex æquitate, siue ex
stricto iure vt in *l. 4. De liber. & posthu. l. placet. 79. de ac-
quir. here. l. si cui. 42. l. obligationum ferè. 44. §. 1. de obliga.
& act.* aliisque sexcentis locis. Ego puto benignæ hu-
ius interpretationis rationē ex eo petēdam esse quod
iam diximus patrem qui sibi testamentum fecit, licet
nullum filio fecerit, posse tamen siue in testamento
suo, siue in codicillis eo testamento confirmatis, fidei-
commissum totius hereditatis relinquere à legitimo
pupilli successore, tanquam à quasi substituto pupilla-
ri, quoniam expressim illum & substituere & onerare
36 si voluisset, potuisset. † Quamquam enim non aliter id
facere summo iure potest quàm si verbis precariis quę
fideicommissorum propria sunt in eam rem vtatur, ni-
hil tamen interest legitimi successoris pupilli, quibus
verbis pater vsus sit: ac multo æquius est obsequi eum
voluntati patris, cùm hoc ipsum quod hodię succedit
pupillo intestato, habere sit credēdus ex iudicio patris
& quasi ab ipso per tacitā vt modò dicebamus pupil-
larem impuberi substitutus, quandoquidem hereditas
ei adimi & in extraneum quemlibet trāsferri potuis-
set, si extraneum filio solenniter substituere pater, vt
diximus, voluisset. Voluntas enim patris pupillariter
substituentis licet in codicillis, aperta illa est vt pupil-
li hereditas non ad legitimos successores, sed ad pu-
pillarem substitutum perueniat: & quamuis non pos-
sit ea res impedire successionem intestati, quia nec po-
test facere testator quin leges in suo testamēto suisvē
codicillis locum habeant, monere tamē debet ne au-
diatur legitimus pupilli heres impugnans voluntatē
eius ex cuius tacito iudicio succedit † Ex quo apparet, 37
si in ea specie quam tractamus nullum sibi testamen-
tum pater fecisset, aut fecisset quidem, sed inutile, li-
cet clausulam habēs codicillarem, aliud proculdubio
responsurum Scæuolam, nec benignam hanc inter-
pretationem admissurum illo casu fuisse Nimirū quia
nec fideicommissi verbis potuisset pater fideicommis-
sum vllū relinquere à legitimo pupilli successore qui
suo iure solóque legum auxilio, non etiam tacito pa-
tris iudicio pupillo successisset. † Dicat aliquis, imò 38
verò etiam intestato patre mortuo dici adhuc posse fi-
lium impuberem eundémque legitimum patris here-
dem aut potiùs suum, ab ipso patre tacitè institutum
videri *d. l. conficiuntur*, ob idque non minùs patri per-
mittendum esse vt filio suo heredem faciat non qui-
dem expressim, sed eo ipso modo quo sibi fecit, id est
tacitè quodammodo pupilli nomine instituto illo quē
pupillus heredem legitimum habiturus est: siquidem
pupillus quandiu in ea manet ætate, non magis tacitè
quàm expresè instituendi heredis ius habet: & con-
sequenter nec ipsi iniuriam fieri si ea taciti heredis in-
stitutio patri interim permittatur: nec legitimo pupil-
li successori si obligetur ad ea omnia præstanda quæ
pater in codicillis ab intestato factis reliquit, haud se-
cus acsi ipse patris legitimus heres esset vel à patre te-
stamentum factum fuisset in quo vel filius vel idem
ille filij heres legitimus institutus proponeretur, qua-
si eadem, vt ita dicam, & iuris & voluntatis propor-
tione. An non enim ex tacito illo patris iudicio qui &
intestatus ipse, & filium quoque intestatum mori vo-
luit, tantundem lucri & commodi legitimus filij he-
res consequitur, quantùm si & filius à patre scriptus
esset & ipse filio à patre pupillariter substitutus? Ve-
rùm respondeo, non esse hæc similia. † Prius enim esse 39
vt pater filio impuberi testamentum facere possit quā
vt legitimos filij heredes tacito iudicio ei substituisse
videatur. Porrò ita comparatum esse vt non prius filio
testari pater possit quàm sibi ipsi testamentum fecerit,
& quidem per scripturam aut nuncupationem. Non
enim sufficere quòd testamentum facere si velit pos-
sit, quódque intestatus moriens videatur hoc ipso ta-
citè instituere filium suum heredem. Confunderētur
namque iura omnia successionū testati & intestati, si
tacita illa institutio quæ ex hominis ab intestato mo-
rientis præsumpta voluntate colligitur, pro testamen-
to haberetur: neque vnquam diceretur quispiā dece-
dere intestatus. † At ex contrario, ne quid prætermit- 40
tamus quod rem tam obscuram & difficilem elucida-
re & explicare possit, finge ita ius esse vt siue testatus
siue intestatus pater codicillos filio impuberi facere pos-

fit ab intestato, iisque codicillis factam esse à patre di-
rectam pupillarem substitutionem: intrepidè dicerem
futurum eo casu vt mater quæ filio impuberi ab inte-
stato successisset, substitutis pupillarib. fideicommisso
obligaretur, idque non ex benigna aliqua interpreta-
tione, licet æquè verum foret hereditatem codicillis
directò dari non posse, sed ex ratione iuris communis
quæ facit vt quicquid in fideicommissis ab intestato
factis relinquitur verbis directis, siue hereditas sit, si-
ue legatum, siue libertas, aut quid aliud simile, ex fi-
deicommisso debeatur. Nam si quemadmodum testa-
mentum volente patre, ita & codicillos ab intestato
habere pupillus posset, nulla ratio esset cur nõ in hac
etiam parte cæterorum patrumfamilias iure vti debe-
41 ret.† itaque obseruandum est quod dubitãdi caussam
Scæuola sic expressit, *licèt substitutio inutilis sit, quia co-
dicillis hereditas neque dari neque adimi potest.* Non dixit
*licèt substitutio directa in codicillis intestati facta non possit
trahi ad caussam fideicommissi* (id enim falsum fuisset, ac
prætereà parum ad rem accommodatum, quia de co-
dicillis testamentariis Scæuola tractabat, nec rursum
codicillos ab intestato habere pupillus vnquam intel-
ligitur) sed dixi simpliciter substitutionem inutilem
esse, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi
potest: de codicillis nimirum sentiens non pupilli, sed
patris, cui non magis permittitur vt pupillarem here-
ditatem quàm vt suam det in codicillis. In eo tamen
patrefamilias, qui codicillos ab intestato fecisset, iisq;
suam non alienam hereditatem directò reliquisset, si-
ue per institutionem duntaxat siue per adiectam in-
stitutioni vulgarem substitutionem, ratio illa dubitã-
di & falsa esset & inepta. Non enim illa institutio aut
substitutio directa absolutè inutilis dici posset quæ
iure communi & citra benignam interpretationem
valeret iure fideicommissi. Et quod subiicit Scæuola
quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest, æ-
què falsum esset quando & dari & adimi per fideicõ-
missum potest, licet directo non possit § *penult. Instit.
de codicil.* In pupillo tamen absolutè quomodo Scæuo-
la concepit id verum est, nec fuit necesse adiicere di-
ctionem illam *directo* vt absolutè vera esset ratio, quia
de fideicommisso ex pupillaribus intestati codicillis
inducendo tractari hîc non potest, cùm nec eiusmodi
42 codicillos pupillus habere vnquam possit. † Constat
igitur ex superioribus, vt tandem concludamus, verũ
esse quod in tota hac disputatione monuimus respõ-
sum hoc Scæuolæ esse valde singulare, & ad suã spe-
ciẽ omnino coarctari debere: nimisque eo abusos in-
terpretes vt probarent substitutionem pupillarem in
testamento pagani factam verbis communibus, post
decimumquartum annum flectendam ad fideicom-
missum benigna interpretatione: nam & in ea ipsa spe-
cie quam Scæuola tractat non aliter locum habet be-
nigna illa interpretatio quàm si filius impubes decef-
serit. Quinimò etiamsi fideicommissum verbis preca-
riis à legitimo pupilli herede iis codicillis relictũ es-
set, quod suo iure pater dummodò facto sibi testamẽ-
to relinquere posset, tamen post pupillarem ætatem
deberi desineret, neque benigna interpretatione ma-
gis quàm ipso iure sustineretur, *d. l. quod fideicommis-
sum. 93. vers. l. præced. & seq. de legat. 1.* † Abutuntur e-
43 tiam qui substitutionem militarem in casum adquisi-
tæ hereditatis factam in testamento militis quasi di-
recto inutilem, defendunt tantùm iure fideicommissi
tãquam ex benigna huiusmodi interpretatione, quo-
modo sensisse videtur ineptus ille interpres qui *in l.
precibus § C. de impub. & aliis substit.* adiecit ex suo ca-
pite ea verba *veluti ex caussa fideicommissi*, quæ nos su-
periore capite tollenda esse probauimus. Valet enim
illa iure directo: nec fideicommissi interpretatio vlla
cadere potest in testamentum militis directò quid
constituentis. † Abutũtur & ij qui ex sola pupilli per- 44
sona benignam illam interpretationem elicientes nõ
separant hac parte codicillos patris testamentarios à
codicillis ab intestato factis: cùm tamen si nullum à
patre testamentum factum esset, nullus benignæ huic
interpretationi locus relinqueretur, quia nec expres-
sim verbis precariis fideicommissum à legitimo pupil-
li herede relinquere pater posset, ne intra pubertatem
quidem. † Abutuntur ij quoque, qui non distinguunt 45
an testator substituendo in codicillis directò, de sua
hereditate senserit, an de pupillari. Nam si de testato-
ris hereditate ageretur, nullo casu locum haberet be-
nigna illa interpretatio, sed omnimodo dicendum es-
set hereditatem ex fideicommisso deberi codicillis ab
Intestato factis: sin testamento siue anteriore siue po-
steriore cõfirmati essent, nullo modo deberi, quia he-
reditas testamento data codicillis adimi nisi per fidei-
commissum non potest, nec rursus per fideicommis-
sum nisi verbis precariis. Verba enim directa in codi-
cillis post testamentum factis posita nunquam flectũ-
tur ad sensum obliquorum vt dicemus cap. seq. † Sed 46
omnium maximè damnandi sunt & ex hoc Scæuolæ
responso refellendi qui putant quotiescunque de pu-
pillari hereditate contenditur inter matrem pupilli
& substitutum, eam interpretationem benignè acci-
piendam, quæ matrem præferat aut in totum aut sal-
tem quod ad legitimam portionem. Nam si eo quoq;
casu quo pupillaris substitutio in codicillis facta nec
directo iure valet, nec iure fideicommissi, benigna ta-
men interpretatio placet Scæuolæ quæ matrem obli-
get ad hereditatem ex fideicommisso substitutis pu-
pillaribus restituendam, quanto magis pronunciasset
ille pro substituto contra matrem si pupillaris substi-
tutio siue expressa siue tacita directo iure valere po-
tuisset?

CAPVT XV.

Melius quàm antehac explicata Seueri & Antonini constitutio, de qua in §. non tantùm Institut. de codicillis.

SVMMARIA.

1 *Reuocat author sententiam suam de validitate codicillorum ante testamentum factorum post Seueri constitutionem.*
2 *Quam ob rationem Papinianus putauerit, quæcunque codicillis ante testamentum factis relicta essent, speciali confirmatione indigere?*
3 *Ius codicillorum à testamentis originem sumpsisse.*
4 *Legata ab instituto relicta non deberi a legitimo intestati successore, nisi per clausulam codicillarem aut aliam æquipollentem ab eo repetita sint.*
5 *Ratio superioris sententiæ Papiniani ab authore antea reddita, ab ipso reuocatur.*
6 *Codicillos post testamentum factos nulla egere confirmatione.*
7 *Confirmari quidem potuisse, sed non ex necessitate.*
8 *Post Seueri & Antonini rescriptum ex iis codicillis qui testamentum præcedunt, licet confirmati non sint, fideicommissum peti posse.*
9 *Cuiacij interpretatio ad illud rescriptum*
10 *Ante superius rescriptum non magis valuisse fideicommissa quàm legata iis codicillis relicta, qui ante testa-*

mentum

mentum factis nec testamento nec quouis alio voluntatis indicio confirmati essent.

11 *Cur fideicommissa ex dictis codicillis non debeantur?*

12 *Post Seueri & Antonini rescriptum non solùm fideicommissa, sed etiam legata directis verbis eiusmodi codicillis data non quidem iure directo, sed ex fideicommisso deberi.*

13 *Hanc rescripti interpretationem æquitatis colore adiuuari.*

14 *Illud rescriptum etiam tunc locum habere quum codicillis ante testamentum factis, nec specialiter confirmatis legata duntaxat, non etiam fideicommissa relicta fuerint.*

15 *Directam institutionem vel substitutionem ijs codicillis contentam non valere nec ad fideicommissum flecti posse.*

16 *Extra causam directæ hereditatis, legata, libertates & alia quæ nonnisi directo dari possunt, superioribus codicillis dari posse & ad fideicommissum flecti.*

17 *Differentia inter codicillos ante testamentum factos, & eos qui post testamentum facti, testamento specialiter confirmati sunt.*

18 *Ex codicillis posterioribus testamento confirmatis legata iure directo deberi.*

19 *Ex non confirmatis non valere quæ in eis verbis directis relicta sunt.*

20 *Ante Seueri & Antonini rescriptum pleniùs fuisse ius codicillorum qui post testamentum, quam eorum qui ante facti essent.*

21 *Post rescriptum ius anteriorum codicillorum pleniùs esse.*

22 *Licet anteriorum & posteriorum codicillorum idem ius sit, si testamento confirmati sint, magnam tamen esse in ipso confirmandi modo differentiam.*

23 *An* l. ante tabulas. ff. de iur. codicil. *propter illud Seueri & Antonini rescriptum immutata sit?*

24 *Quid nouæ illo rescripto inductum sit & quis sit sensus,* vers. si appareat. d. §. non tantùm. Instit. de codicill?

25 *Cur codicillis ante testamentum factis & testamento nõ confirmatis post allegatum rescriptum immutata voluntatis probatio heredi incumbat?*

26 *Multum interesse codicilli anteriores testamento vel quo alio indicio confirmati sint, necne.*

27 *Post illud Seueri & Antonini rescriptum locum hodie non esse sententiæ Iuliani, quæ extat in* l. impuberem 22. §. qui codicillos. ff. ad l. Corn. de fals.

28 *Cur Paulus de codicillis ante testamentum factis in d. §. loquatur.*

1 EXistimabam † aliquãdo codicillos ante testamentum factos non aliter valere etiam post Seueri cõstitutionem, quam si testamento specialiter confirmati sint, aut qua alia posteriore voluntate, nisi quòd ad ea pertinet, quæ precariis verbis per fideicommissum relicta sint. Quam in sententiam mouebat me autoritas viri doctissimi Iacobi Cuiacij potiùs, quàm ratio vlla iuris aut æquitatis: sic enim ille scripsit li. 18. Obseru. c. 7. & nos probauimus lib. 5. c. 12. Nunc verò me in contrarium illa reuocant quæ proximè disputaui de iure codicillorum. † Nam si eam iuris rationem inspi-
2 cias, propter quam Papinianus putabat quæcumque codicillis ante testamentum factis relicta essent, indigere speciali confirmatione, aut aliquo saltem indicio retentæ voluntatis, siue directis, siue precariis verbis relicta proponerentur, non alia sanè esse potuit, quã quòd is qui nullo adhuc facto testamento codicillos scribit, ea mente esse videatur vt valeant quasi ab intestato, si non expressim eos referat ad testamentum quod postea facturus sit. Alioqui enim quomodo testati codicillos facere videri potest, qui neque testatus est, neque dum testatur, neque testaturum se profitetur? Nimirum postquam inductum & receptum est vt etiam ab intestato codicilli fieri possint. † Neq; enim 3
id tam citò & ab initio obtinuisse credendum est, cũ ius codicillorum originem sumpserit à testamentariis vt Iustinianus refert *in princip. tit. De codicil. inst. iunct. §. non tantùm eod.* Atquin is qui codicillos primùm fecerat tanquam intestatò moriturus, si postea testamẽtum faciat, haud dubiè recedit à priore voluntate, cũ sint omnino hæc non modò contraria, sed etiam contradictoria, testatum quem decedere & intestatum. Ita ergo fit vt quæ velut ab intestato relicta sunt, licet eo iure valere potuerint, desinant tamen valere si ex testamento succedatur. † Nam & simili licet contraria 4
ratione illud admissum est vt legata & fideicommissa ab instituto data non debeantur à legitimo intestati successore nisi per clausulam codicillarem aut quam aliam æquipollentem ab eo repetita sint *l. eam quam. 14. C. de fideic. l. filium quem. 20. D. de bonor. poss. secund. tabul.* Proinde non abs re Papinianus putabat codicillorum qui ante testamenti tabulas facti essent, necessariam esse specialem confirmationem, siue ea confirmatio fieret in ipso testamento, siue extra testamentũ retentæ quocumque indicio priore voluntate, vt ipse loquitur *in l. ante tabulas. 5. D. de iur. codicil.* † Nec pro- 5
babile est motum fuisse Papinianum ratione illa quæ nobis aliquando placebat, quòd is qui post codicillos testamentum faciat nec præcedentes vel confirmat vel reuocat, eorum oblitus fuisse videatur. Quid enim si eo ipso die quo facti sunt codicilli, testamentũ quoque fiat? Quis ex vnius aut alterius horæ interuallo præsumat obliuionem? Quid rursum si post quinquennium aut sexennium non testamẽtum factum sit, sed alij codicilli? Plures enim ab intestato quoque fieri posse constat *§. vlt. Inst. eod.* Quidni tam facilè prioris voluntatis obliuio præsumatur quàm si testamentum factum esset? Et tamen nullo iuris loco proditum est pluribus ab intestato factis codicillis non aliter valere priores quàm si specialiter sint confirmati. Nempe quia non potest quis videri recessisse à priorib. codicillis hoc solo quod alios fecerit, cùm sint omnes eiusdem condicionis, id est ab intestato facti: in quo etiã nos in prioribus nostris cogitationibus errabamus, cũ nihil referre putaremus an post codicillos testamentũ quis fecisset, an alios codicillos. † In illo sanè bene 6
sentiebamus quod cum Accursio aliud iuris constituendum fatebamur in codicillis post testamentũ factis, vt nulla egerent confirmatione. Nam & idem hodie nobis placet, non ratione illa quam tum afferebamus, quod dici non possit testator cum superiora ordinaret eorum oblitus de quibus ne quidem cogitabat, sed quia non sicut qui post codicillos tanquam ab intestato factos testatur, recedit à priore voluntate, eligens caussam testati: sic ex contrario qui post testamẽtum facit codicillos eo animo est vt mutet voluntatẽ, & eligat caussam intestati, quia nec eo modo mutare posset, tametsi maximè vellet, quandoquidem testamentum per codicillos rumpi non potest. Nec absolutè verum est codicillos siue vetustiores sint testamento siue posteriores, speciali semper indigere confirmatione. Nam præter illam diuersitatis rationem quã attuli, quæro cur Papinianus in *d. l. ante tabulas.* & Paulus *in l. impuberem. 22. § qui codicillos ad l. Corn. de fals.* itémque Iustinianus *in d. §. non tantùm.* loquantur de codicillis ante testamẽtum factis, si in iis quoque qui

post testamentum facti essent idem iuris admittendũ
7 esse putarunt? † Fateor potuisse codicillos etiam po-
steriores confirmari non modò testamento, sed etiam
post factum testamentum, idque in vsu fuisse vt conii-
ci potest ex *l. quadam. 7. l. conficiuntur. 8. §. si post factum*
& §. vlt. l. Plotius. 18. D. de iur. codicil. l. siue initio C. eo. Sed
necessariam fuisse specialem illam confirmationẽ ad
validitatem codicillorum, nego & pernego, idq; appa-
ret satis *ex §. vlt. l. 3. ff. eo.* Nisi ad hoc vt valerent quę in
iis relicta essent verbis directis, quod & Cuiacius su-
8 pra dicto loco sentit † Hæc verò cùm ex iuris ratione
ita se haberent placuit Seuero & Antonino, ex iis co-
dicillis, qui testamentum præcedunt, licet confirmati
non sint, posse fideicommissum peti, si appareat eum,
qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis
9 expresserat non recessisse † Quod rescriptum sic inter-
pretatur Cuiacius & nos aliquãdo probabamus, vt ad
ea pertineat, quæ iis codicillis relicta sint per fideicõ-
missum, & verbis precariis, non directis, speciali quo-
dam & proprio fideicommissorum iure, quasi sola de-
beantur ex codicillis testamento non confirmatis vel
10 ab intestato confectis: † ego verò tota hac re meliùs
perpensa longè aliter nunc sentio: ante rescriptum
Seueri & Antonini non magis valuisse fideicommissa
quàm legata iis codicillis relicta qui ante testamen-
tum facti nec testamento confirmati aut alio quocun-
que voluntatis indició retenti essent: post rescriptum
verò valere non modò fideicommissa, sed etiam lega-
ta cæteráque eiusmodi licet directis verbis data, si
modò non appareat testatorem cum testamentũ con-
deret, aut postea, recessisse à priori volũtate, hactenus
tamen vt non iure directo, sed ex fideicommisso de-
beatur. Et priorem quidem sententiæ meæ partem ex
eo probo quod *in d. l. ante tabulas d. § qui codicillos & d.*
§. non tantum apertè negatur valere viresque vllas ha-
bere codicillos ante testamentum factos neque con-
firmatos. Non igitur legata dũtaxat inutilia sunt: sed
etiam fideicommissa & cætera omnia quæcumque iis
codicillis continentur. Neque enim fieri potest vt ex
codicillis inutilibus quicquam debeatur. Nec quod
fideicommissa etiam codicillis ab intestato factis re-
linqui potuerint, ad rem facit † Dicimus namque nõ
11 deberi, non quòd inutiliter ab initio data fuerint, sed
quod postea facto testamento reuocata intelligantur,
propter mutatam voluntatem eius, qui cùm ab inte-
stato codicillos fecisset, maluit postea decedere cũ te-
stamento. Quemadmodum ex contrario si quis in te-
stamento etiam solenni fideicõmissa reliquerit, dein-
de ex aliqua caussa intestatus decesserit, nõ ob id ma-
gis fideicommissa debebuntur à legitimo successore,
quam legata, quòd ab eo quoq; perinde atque ab in-
stituto fideicommissa relinqui possint. Sufficit enim
quòd iure suo heres sit, nihilque ab eo fuerit petitum
l. illud enim. 13. in prin. de iur. codicil. extra casum illum e-
legantem de quo Papin noster *in l. filio. 17. D. de iniust.*
rupt. & irrit. fact. test. quam nos enarrauimus *lib. 9. c. 14.*
Multóque maior ratio est vt in proposito casu fidei-
commissa nulla debeantur, quia cum testaméto facto
in quo alius quam legitimus successor institutus est,
appareat magis dilectum à testatore hũc quem insti-
tuit quàm illum quem codicillorum tempore legiti-
mũ sibi heredem fore sperabat, coniectura voluntatis
non patitur vt à minùs dilecto grauato ad magis di-
lectum grauandũ argumentemur, quando nec valet
argumentum à magis dilecto grauato ad minùs dile-
ctum grauandum si caussa testati cõuertatur in caus-
sam intestati. *d. l. ea quam. 14. C. de fideicom. cum simil. lib.*
12 † Posteriorem verò sententiæ nostrę partem probo ex

eo quod à Seuero & Antonino non illud constitutũ
est, vt fideicommissa peti possint quæ codicillis non
confirmatis relicta sunt, [nam qui sic loqueretur in-
nueret aliud ius esse legatorũ vt non possent peti, sed
vt ex eiusmodi codicillis non confirmatis fideicommissum
peti possit. Quod ipsum quid aliud est quam ea omnia
quæ in iis codicillis relicta sunt siue directis verbis
siue precariis, deberi iure fideicommissi. Nã & simili-
ter dicimus hereditatẽ in codicillis ab intestato ver-
bis directis datá peti ex fideicõmisso *l. 2. §. vlt. De iur.*
codicil & tanquam fideicommissariam *d. l. illud. 13. §. 1.*
eo. tametsi precaria verba nulla prorsus interuenerint.
† Et hác interpretationem nostram illæ etiá æquitatis 13
color adiuuat, quod insp ecto initio & eo tẽpore quo
facti sunt codicilli tanquã ab intestato, legata in ipsis
scripta in eo fuerint, vt iure fideicommissorum vali-
tura fuerint si paterfam. intestatus decessisset sicuti à
nobis superiore capite probatũ est. Quidni enim di-
recta legatorum verba flectantur in sensum obliquo-
rũ, si quod multo difficilius est ipsa hereditatis datio
directa flectitur in fideicommissariam, codicillis ab
intestato factis? Etsi autẽ subsecuto testaméto dicimus
eam voluntatem penitus intercidere vt nec fideicom-
missi quidẽ iure defendatur, quasi reuocata, si nõ spe-
cialiter confirmata, aut quocumque voluntatis indi-
cio retenta proponatur: tamen cùm Seuero & Anto-
nino placuerit vt hoc ipso retẽta videri debeat quòd
non constet ab ea recessisse testatorẽ, cessante iam illa
tacitæ reuocationis coniectura, consequens fit, vt ei-
dem saltem effectum huiusmodi codicilli habeãt ex
testamento quem habituri erant ab intestato, hoc est
vt ex iis fideicommissum peti possit, aut, quod idẽ est,
vt fideicõmissi iure debeantur quæcunque iis relicta
sunt siue directò siue precariò: sola excepta heredita-
te. † Alioqui quid dicemus si in codicillis ante testa- 14
mentum factis nec specialiter confirmatis legata dũ-
taxat relicta fuerint, nõ etiam fideicommissa vlla? An
dicemus inutilem fore Seueri & Antonini constitu-
tionem, quæ tamen id egit non vt fideicommissis, sed
vt codicillis ipsis alioquin inutilibus vires daret? † He- 15
reditatem tamen excipio, quia facto testamento non
potest ea vis esse codicillorũ siue ante siue post testa-
mentum facti sint vt directa institutio aut substitutio
in iis contenta flectatur ad caussam fideicommissi, ne
testamento per codicillos derogatum videatur in eo
ex quo testamentum præcipuè æstimatur, id est in he-
redis institutione: cùm ex contrario directæ institu-
tioni quæ prioribus codicillis continebatur apertè
derogatum videri debeat per eam quæ in testamentũ
collata est. Nam etsi precariis verbis fideicommissum
paterfamilias reliquisset his verbis *quisquis mihi heres*
erit, is hereditatem meam Sempronio restituat, vt *in l. qui-*
dam referunt. 14. §. vlt. de iur. codicill. non ideò tamen
fideicommisso obstringeretur qui postea testamento
scriptus heres esset. † At extra caussam hereditatis, id 16
est quod ad legata pertinet, libertates, aliáque huius-
modi quæ non nisi directis verbis dari possunt, volo
potentius esse ius codicillorum qui ante testamentũ
facti sunt quàm si post testamentum scripti essent ad
conuertenda verba directa in sensum obliquorum, &
ad inducendum fideicommissum non modò propter
Seueri & Antonini constitutionem quæ in codicillis
ante testamentum factis ius hoc induxit, nec de po-
sterioribus locuta est: verùm etiam quia, vt iam atti-
gimus, codicilli qui testamentum præcesserunt, eam
condicionem & naturã ab initio habuerunt, vt quo-
niã nihil in iis directò relinqui poterat, quicquid di-
rectò relictum esset pro fideicommisso haberetur, ne
alioqui

alioqui nullius essent momenti [cùm tamen nihilo-
minus sit quod codicillos ab intestato inutiles facere
debeat, quandoquidem nullam verborum aliámve so-
lennitatem desiderant, nec proinde verborum diffe-
17 rentias curát.] † Itaque facilius est vt ad eam redeant
suam naturam hac vna differentia quòd testamento
facto fideicommissum ex ipsis petitur tanquam ex te-
stamento, quod alioqui non potuisset peti nisi ab inte-
stato. Codicilli verò post testamentú facti, si non spe-
cialiter testamento confirmati sint, non idem ius ha-
beat vt quæ in iis directò relicta sunt debeantur ex
fideicommisso, quia nunquá in eo fuerunt vt per ver-
ba directa fideicommissum inducere potuerint, non
magis quam si ex verbis directis in testamento adscri-
ptis fideicommissum quis petere vellet. Præcedens e-
nim testamentú impedit ne verba directa flecti pos-
sint ad fideicommissum cùm potuerint valere iure di-
recto si testator ea legata in testaméntum conferre aut
codicillos testamento confirmare voluisset. Itaq; quic-
quid eiusmodi codicillis vtiliter relinquitur, id vt pre-
cariis verbis relinquatur omnino necesse est *l. 4. C. de
codicil.* de cuius etiam sententia proximo capite dixi-
18 mus. † Planè confirmatis testameto posterioribus co-
dicillis nemo dubitat quin etiam legata directò iure
debeantur. Quidni enim hoc casu idem ius sit codi-
cillorú omniú siue testamento anteriores sint, siue po-
steriores? Atque ad hoc genus codicillorum, id est te-
stamento confirmatorum pertinet sanè quod scriptú
est *in l. 2. §. 1. De iur. codicil.* codicillorum ius singulare
esse, vt quęcumque in iis scribuntur perinde habean-
tur ac si in testamento scripta essent. Quanquá & nul-
la facta confirmatione fateor, quod dixi, valere codi-
cillos, & pertinere ad testamentum quod quoquo té-
pore factum sit, nimirum vt sequantur ius testamenti,
nec aliter valeant quàm si valeat ipsum testamentum,
licet in iis fideicommissa tantùm, non etiam legata
vlla relicta sint *l. 3. §. vltim. l. ab intestato. 16. eod. l. 3. C. eo.*
19 † Sed hoc contendo quod & Cuiacius fatetur, si codi-
cilli posteriores testamento confirmati non sint, non
valere quæ in eis relicta sunt verbis directis, quia co-
dicillorum instrumentum proprium est fideicommis-
sorum non legatorum siue testamentum factum sit,
siue non, nisi quod facto testamento si in eo confir-
mati sint, ipsius quodammodo testamenti naturam in-
duunt vt in iis legata, libertates & quæ sunt similia
20 etiam directò dati possint. † Ergo cùm ante Seueri &
Antonini rescriptum plenius esset ius codicillorum
qui post testamentum quàm eorum qui ante facti es-
sent, in eo quod saltem fideicommissa in posteriori-
bus relicta valebant quasi ex testamento etiam si eo
testamento confirmati non essent, vt conijci potest ex
l. libertates. 43. de manum. testam. Ex prioribus verò ne
quidem fideicommissa peti poterant si specialis con-
firmatio secuta aut retentæ voluntatis indicium ali-
quod non esset quasi pro reuocatis habendi essent. †
21 † Nunc post rescriptum Seueri plenius est ius codicil-
lorum anteriorum, quandoquidem ex iis tanquam ex
testamento peti possunt iure fideicómissi illa etiá quæ
directis verbis testator dedit, tametsi cófirmatio nulla
expressa secuta sit nouáue retentæ voluntatis iudi-
cium dú ne in contrarium reuocationis indicia vlla
appareant. Ex posterioribus autem si non expressim
confirmati sint non alia possunt peti, ne iure quidem
fideicommissi quàm quæ precariis verbis fuerint reli-
22 cta. † Sed etsi diximus quod & verú est, idem ius esse
codicillorum anteriorum & posteriorum si vtrique
confirmati sint, larga tamen differentia est in ipso có-
firmandi modo. Posteriores enim non modò specia-
lem, sed etiam expressam confirmationem omnino e-
xigunt, quia non possunt tacitam accipere ex testa-
mento cùm dici non possit testatoré eo tempore quo
testabatur de futuris codicillis cogitasse si nihil de iis
dixerit, ob idque necesse est vt confirmentur vel testa-
mento ipso vel post factum testamentum priusquam
fiant vt in *d. § si post factum.* Postquam enim facti sunt
confirmari non possunt, seráque confirmatio est. Quò
fortasse pertinet quod Iulianus in *dict. l. 2. §. qui codi-
cillos de fals.* tractans de confirmatione codicillorú iam
factorum, ponit eos ante testamentum factos, facit nó
inelegantet quod Papin scribit in *l. centurio 27. de te-
stam. milit.* cùm miles secundo testamento facto dixit
se ad superius redire irrita fieri omnia quæ in secun-
do scripserat, nisi nominatim ea confirmasset ad prio-
rem voluntatem reuersus. quia nec de his cogitare tú
potuerat cùm prius testamentum ordinaret. Anterio-
res verò etiam ante constitutionem Seueri & Anto-
nini non vsque adeò specialem confirmationem re-
quirebant vt non sufficeret voluntatem quæ in ipsis
expressa esset quocumque indicio retineri, vt Papi-
nianus loquitur in *d. l. ante tabulas.* † Quem locú qui à 23
Triboniano propter illam constitutionem immutatú
putant, egregiè meo iudicio decipiuntur. Nihil enim
aliud à Seuero & Antonino inductum est, nisi vt cùm
olim retentæ quocumque indicio voluntatis proba-
tiones ab eo exigerentur qui ex codicillis quid pete-
ret, hodie ex contrario immutatæ voluntatis probatio
incumbat heredi qui legata & fideicommissa in iis codi-
cillis relicta ex fideicommisso præstare recusat. † Sic 24
enim accipio quod Tribonianus ait in *d. § non tantum.
Si appareat eum qui testamentum fecit à voluntate quam
in codicillis expresserat non recessisse*, ac si scriptú esset, *nisi
appareat eum qui testamentum fecit à voluntate quam in
codicillis expresserat recessisse.* Satis enim apparet nó re-
cessisse ex eo ipso quod non apparet recessisse. Similis-
que loquendi formula ab ipsis etiam iuris autoribus
vsurpata est ni eidem Triboniano eam tribuere ma-
lis in *l. dotem trigesima. D. de iure dotium. l. generaliter
vigesimaquarta. §. sed etsi ita scripsit octauo De fideicom-
miss. libertat.* & alibi sæpè. *leg. si Stichum. octaua §. si quis
ita de nouat.* Alioqui dici non posset quid noui Seue-
rus & Antoninus pro codicillorum iure induxerint,
cùm ipsi Papiniano satis fuerit si voluntas in codicil-
lis expressa quocumque iudicio retenta probaretur.
Et verò cùm non alia vt diximus ratione moueretur
Papinianus quàm quod codicilli quasi ab intestato
facti secuto posteà testamento reuocati viderentur si-
mul cum ipsa voluntate habendi ab intestato here-
dis. Æquissima sanè est illa interpretatio vt quodcun-
que indicium sufficiat ad probandum eandem man-
sisse voluntatem. Nihil enim facilius est quàm vt vo-
luntas quæ defecerat, iudicio recenti redisse intelli-
gatur vt idem Papinian. tractat in eleganti illa specie
de qua in *l. qui ex libertis. 11. §. 1. De bonorum posses. secun.
tab.* quam nos explicauimus lib. 10. cap. 18, quando ta-
men facilius est, vt eadem voluntas retineatur, quæ
numquam defecerit? † Etsi namque is qui priùs codi- 25
cillos ab intestato fecerat posteà testatus in eo mutat
voluntatem quod nó vult intestatus decedere, potest
tamé iuris fortasse ignoratione in eo labi quod existi-
met nihilominùs valitura ea quæ in codicillis anteà
factis reliquerat cùm non sint expressè reuocata, licet
nec sint cófirmata. Fit enim ea ratione iuris potiùs quá
voluntatis vt testamento facto ea deberi desinant quę
testator priùs ab intestato reliquerat, & vt dicam a-
pertiùs non tam deficit voluntas codicillantis, quàm
ius codicillorum propter mutatam causam succes.

sioris. Et ideò si fortè proponeretur miles, valerent proculdubio codicilli etiam apud Papinianum, saltem quasi ex noua voluntate, vt dici solet de milite filiofamil. qui capite minutus fuit vel emancipatus, vel à patre suo in adoptionem datus *l. miles filiusfamilias.* 22. Noua enim quidem volũtas esse intelligitur, [quia prius ipsum testamenti ius per capitis diminutionem quæ superuenit reuera sublatum est.] sed quæ tamen non eget aliqua confirmatione at neq; noua vlla voluntatis declaratione. Itaque summam æquitatem habet Seueri & Antonini rescriptum quod nec illud exigi vult, vt voluntas codicillis declarata indicio aliquo retenta probetur: difficile enim est vt qui post codicillos testatur præsertim breui tantùm interiecto tempore non meminerit codicillorum, aut vt eorum memoriam tenens non videatur quoque voluntatem eandem retinere, si nulla det indicia contrariæ volun-
26 tatis. † An igitur in dubio nihil intererit an codicilli anteriores testamento confirmati sint aut quo alio indicio necne? Imò intererit vt dixi, hactenus quòd si confirmati sint relicta directis verbis iure directo debebuntur excepta hereditate, quæ nullo modo debebitur, relicta autem verbis precariis iure fideicommissi si confirmati non sint dum ne aliquo voluntatis indicio probentur reuocati, nihil ex iis debebitur præterquam ex fideicommisso, haud secus acsi ab intestato valerent, nisi quod fideicommissum illud ex testamento & debetur, & petitur. Si verò aliqua vel minima voluntatis coniectura appareat testatorem à priore iudicio recessisse nihil omnino ex iis codicillis debebitur ne fideicommissa quidem: Quæ postrema distinctio non cadit in codicillos post testamẽtum factos, Vtpote de quibus reuocandis non potuerit testator testamenti tempore cogitare, cùm necdum fa-
27 cti tunc essent. † Est autem superioribus consequens, vt post illud Seueri & Antonini rescriptum non sit hodie locus ei sententiæ Iuliani quæ extat in *d.l. impuberem. 12. § qui codicillos. D. ad l. Corn. de fals.* Id est, vt si quis codicillos ante testamentum factos in quibus legatum ei adscriptum erat cõfirmauerit in Senatusconsultum Libonianum non incidat, quia nec quicquam illius interest quod codicilli confirmati sint, cũ etiamsi confirmati non essent, valerent, legatúmque in iis relictum deberetur, fideicommissi quidem non legati iure, sed eodem tamen effectu postquam Iustiniano placuit vt in omnibus idem ius sit legatorum & fideicommissorum. Iuliani temporibus, id est ante Seueri & Antonini constitutionem [floruit enim ille temporibus Hadriani] intererat legatarij codicillos ante testamentum factos confirmari, vt legatum ex codicillis deberetur Post eam constitutionem & Pauli quoque temporibus cuius ea lex est, adhuc intererat, quia commodius erat ex legato quid consequi quàm ex fideicommisso, præsertim si per vindicationem aut per præceptionem legatum fuisset. Nunc verò nihil prorsus interest post exæquata per omnia & in omnibus legata fideicommissis vt scripsimus lib. 6. cap. 1. † Ideò autem Paulus post Iulianum de codicil-
28 lis ante testamentum factis loquitur, Aut quia non æquè ex postfacto confirmari poterant codicilli post testamentum facti, vt supra dictum est, sicut nec codicilli ante testamentum facti post testamentum cõfirmari possent, ni sufficeret probatio retentæ quocũque iudicio voluntatis, aut quia fieri non potest vt quis mala mente scribat confirmationem codicillorum nondum factorum, tanquam ex iis legatum aliquando percepturus de quo nec testator quidem tum cogitet, tametsi postea eueniat vt iis codicillis legatum huic datum inueniatur: quamquam prior interpretatio non solùm subtilior sed etiam probabilior mihi videtur.

Capvt XVI.

Emendatio l. 2. §. codicillorum. D. de iur. codicil. & ad l. generaliter. 30. §. si quis seruo. D. de fideic. libert.

SVMMARIA.

1 *Iulianum in* d. §. codicillorum *de codicillis testamento confirmatis, & post testamentum factis tractare.*

2 *Confirmationem illam in ipso testamento, non extra testamentum factam fuisse.*

3 *Collectionem a Iuliano in* d. § *factam, proxime conclusioni è diametro contrariam esse.*

4 *In specie* d. § *. seruo qui testamenti facti tempore testatoris fuit, licet codicillorum tempore fuerit alienus, libertatem directam rectè dari.*

5 *Negationem in illis verbis* d. §. *abundare,* non rectè libertas directa datur.

6 *Superior emendatio sequentibus Iuliani verbis confirmatur.*

7 *Sermonem in secundo eius §. casu testatoris fuisse quem moreretur.*

8 *Fieri non posse vt in vtroque* d. §. *casu idem ius constituatur.*

9 *Totam illam clausulam in fin.* d. §. & ideò directæ libertates & *perperam subiectam fuisse.*

10 *Seruo qui testamenti tempore alienus, codicillorum verò tempore testatoris fuit, fideicommissariam non ideò deberi quod directa non competat.*

11 *In omnibus ferè causis fideicommissarias libertates ex quo competere cœperunt pro directò datis habendas.*

12 *Quid exigatur, vt seruo qui codicillorum tempore alienus fuit fideicommissaria libertas debeatur?*

13 *An quod in §.* si seruus alienus. l. si seruus. 108. de legat. 1. *scriptum est, perinde locum habeat, etiamsi seruus ille testamenti tempore alienus, postea in dominio morientis testatoris esse cœperit?*

14 *Verba* vulgaria *in* l. libertates. 16. de fideicommiss. libert. *pro precariis accipi, & directis oppon.*

15 *Versiculum* & ideò directæ libertates. *tanquam suppositium è* d. § codicillorum. *expungendum esse.*

16 *Versiculum illum ab aliquo Interprete additum fuisse.*

17 *Quomodo accipi debeat quod in* d. § *. scriptum est,* Quæcunque codicillis scribuntur perinde haberi ac si in testamento scripta essent?

18 *Accursij interpretatio ad hæc verba.*

19 *Reprehenditur Tribonianus quod in* l. generaliter. 24. §. si quis seruo. de fideicom. libert. *fideicommissariam libertatem seruo pignorato dederit.*

QVando † in hunc tractatum incidimus De iure 1
codicillorum, dicendum etiam nobis aliquid est de sententia & emendatione *§ codicillorum. l. 2. D. de iur. codicil.* Locus enim est vt perelegans & præcipui in toto illo tractatu momenti, ita ni fallor maximè mendosus, & viciatus. Codicillorum, inquit Iulianus, singulare ius est vt quæcumque in his scribuntur perinde habeantur acsi in testamẽto scripta essent. Sensus est non ille quem putat Accursius, vt quicquid in codicillis scribitur perinde sit acsi testamentum fieret eo ipso tempore quo fiunt codicilli, sed ex contrario, [quod verba ipsa præ se ferunt tam apertè vt non potuerit

fuerit dici apertius] vt quæ in codicillis scribuntur,
in testamento ipso quod iam ante factũ sit scripta esse
videantur, & consequenter ad testamenti tempus re-
ferantur. Tractat enim hoc loco Iulianus de codicil-
lis testamento confirmatis, & post testamentũ factis,
vt appareat ex iis exemplis quæ subiicit, de libertate
directò data. Siquidem certi iuris est quos nos proxi-
mo capite probauimus, Nihil directis verbis relinqui
posse in codicillis post testamentum factis si non sint
2 illi testamento confirmati. † Porrò confirmatis codi-
cillis dicimus tempus confirmationis inspiciendũ es-
se non quo facti sunt codicilli, præterquàm in certis
casibus de quibus in *d. quadam 7. eod. tit. & aliis similis-
bus.* Confirmatio autem licet extra testamentũ dum-
modo facto iam testamento fieri potuit *l. conficiuntur.*
8 §. *si post factum. eod.* tamen vt plurimum fiebat in te-
stamento: nec dubitandum est quin de iis codicillis
Iulianus loquatur, qui in testamento ipso confirmati
sint: Alioqui nulla ratio esset cur de testamenti tem-
pore inspiciendo tractaret, cùm certi iuris sit cõfirma-
tionis tempus spectandum esse *d. l. quadam.* Non igi-
tur testamenti nisi quatenus in eo facta confirmatio
sit: Quamuis nulla etiã facta cõfirmatione, aut ea post
testamentum facta non eo minùs codicilli vires ac-
cipiant ex testamento quòd ad hoc vt testamenti ius
sequantur, nec aliter valeant, quàm si testamentum
valeat & habeat effectum *l. 3 §. vlt. leg. ab intestato 16.*
3 *in fin. eod. tit. C. eod.* † Hoc ita constituto, videamus quid
Iulianus inferat, *Ideóque, inquit, seruo qui testamenti fa-
cti tempore testatoris fuisset, codicillorum tempore alienus,
non rectè libertas directa datur.* Inepta sanè collectio, &
4 proximæ conclusioni ex diametro contraria † Nam si
ea omnia quæ in codicillis scribuntur perinde haberi-
tur ac si in testamento scripta essent, quidni obsecro
directa libertas in codicillis rectè dabitur ei cui in te-
stamento dari vtiliter potuisset? Is enim superioris
conclusionis totus effectus est. Atqui nemo dubitat
quin ei seruo qui testamenti tempore seruus testato-
ris fuit, libertas directa testamẽti dari potuerit. Quid
enim obstaret post confirmatas lege duodecim tabu-
larum testamentarias manumissiones, sicut & supre-
mas reliquas defunctorum voluntates? vt Vlpianus
in *tit.* scribit *tit. 1. §. vt testamento.* Nam quod posteà
seruus hic testamento liber esse iussus idem viuo te-
statore factus esset alienus, vtique non impediret li-
bertatem quæ testamento ritè & rectè data fuisset,
si modò mortis tempore in testatoris dominio repe-
riretur. Tritum enim est media tempora libertatibus
non nocere quæ nec aliis legatis nocerent, nec aliud
quicquam requiri vt valeat libertas directò data, ni-
si vt seruus fuerit testatoris duobus illis temporibus
testamenti & mortis *leg. Seruus 35. cum seq. leg. si seruus 30.
Digest. de manum. testam. & §. libertas in fin. Instit. de sing.
reb. per fideic. relict.* Ergo in proposita specie statuendum
est, Seruo qui testamenti facti tempore testatoris fuit,
licèt codicillorum tempore fuerit alienus, liberta-
tem directam rectè dari. Alioqui non testamentum
& confirmationis tempus spectaretur, sed codicil-
5 lorum, quod disertè Iulianus negat. † Hoc verò si
ita est abundat certè negatio in illis verbis *non rectè
libertas directa datur.* Huius enim casum proculdu-
bio Iulianus tractat quo seruus hic qui testamenti
tempore fuit testatoris, codicillorum tempore alie-
nus, redierit in dominium viui testatoris, nimi-
rum vt de directa libertate tractari queat, cui nec
aliter locus esse posset, siue testamenti siue codicil-
6 lorum tempus inspiceretur. † Idque apparebit eui-
dentius si iungas quod sequitur apud Iulianum, *Et
contrà. si cùm testamentum fiebat alienus esset, codicillorum
tempore testatoris, intelligitur alieno seruo libertas data.*
Hoc enim ex eodem illo manat principio, quod testa-
menti tempus inspici debeat non codicillorum. Nam
si codicillorum tempus spectaremus, aut si, quomodo
Accursius interpretatur, libertas in codicillis data pe-
rinde haberetur, ac si data esset in testamento facto eo
ipso tempore quo codicilli facti sunt, non intelligere-
tur libertas alieno seruo data, sed proprio, quando-
quidem eò codicillorum tempore proprius fuit non
alienus: & ideo valeret tanquam directa. † Nam & 7
hoc casu ponendum est seruum hunc fuisse testatoris
cùm moreretur: Alioqui parum referret an testamen-
ti aut codicillorum tempore alicuius fuisset necne:
cùm æquè futurum esset vtroque casu vt ei qui mor-
tis tempore alienus reperiretur, directa libertas inuti-
liter testamento data videretur. Cùm verò hos ca-
sus tanquam contrarios Iulianus opponat inuicem,
prorsus consequens est vt sicuti alieno seruo directam
libertatem inutiliter datam esse ait, quæ ei data est qui
testamenti tempore alienus, codicillorum tempore te-
statoris fuit: ita ex contrario senserit & scripserit re-
ctè libertatem directam dari ei qui testamenti tem-
pore fuit testatoris, licèt codicillorum tempore fuerit
alienus: vno igitur casu directa libertas testamento
data valet, alio casu non valet. † Nam cùm casus isti 8
non modò diuersi, sed etiam contrarij & inuicem op-
positi sint, ex eadem tamen iuris regula & propositio-
ne æstimandi, fieri nullo modo potest vt idem iuris in
vtroque constituatur siue directam libertatem com-
petere dicas siue neges, sed necesse omnino est vt si
primo casu directa libertas non valet, secundo valeat:
aut contrà si secundo casu non valet, vt primo valeat.
† Cui consequenter fatendum etiam est ineptissimè 9
subiectam esse totam illam clausulam sequentem *&
ideo licet directæ libertates deficiunt, attamen ad fideicom-
missarias eundum est.* His enim verbis innuitur, vtro-
que illo casu de quo actum est, directam libertatem
deficere: quod falsissimum est, vtroque tamen fidei-
commissariam deberi quod adhuc falsius est, & inep-
tius. † Nam non quemadmodum data libertate ser- 10
uo qui testamenti tempore fuit proprius, licet codi-
cillorum tempore fuerit alienus, fideicommissaria li-
bertas competere non potest, cùm directa competat
[neque enim fieri potest vt concurrant sicuti docui-
mus lib. 6. cap. 16.] Ita ex contrario dicendum est si ser-
uus ille testamenti tempore fuerit alienus, codicillo-
rum verò tempore, testatoris, fideicommissariam li-
bertatem ob id deberi, quòd directa competere non
possit. Certum namque libertatem seruo alieno ver-
bis directis datam vsque adeò nullius esse momenti
vt nec fideicommissi iure debeatur *l. si seruus legatus.
108 § si seruus alienus de legat. 1.* vbi eleganter Africa-
nus ex Iuliano scribit. Si seruus alienus liber esse ius-
sus & legatus sit, peti eum ex legato posse: *nam cùm li-
bertas, inquit, nullius momenti sit, absurdum esse per eam
legatum infirmari quod alioquin valeret si solum datum
fuisset.* Quæ ratio apertè falsa & stulta esset, si liber-
tas directa seruo alieno malè data iure fideicommissi
defenderetur. † Id enim est quod dici solet in om- 11
nibus ferè caussis fideicommissarias libertates ex quo
competere cœperunt pro directò datis habendas *l. Iu-
lianus 49. D. de manumiss. testam. cum seq. l. si aliam 14. De
leg. 1.* Nec est quod quis dicat in ea specie quam nos
tractamus, id est cùm directa libertas data est seruo
qui testamenti tempore fuit quidem alienus, sed po-
steà & mortis tempore fuit testatoris, facilè is capi
posse fideicommissariæ libertatis interpretatione,

quàm si de eo tractaremus, qui non modò testamen-
12 ti sed etiam mortis tempore alienus fuisset. † Nam
vt fideicommissaria libertas debeatur, non exigimus
vt vel hoc vel illo tempore seruus fuerit testatoris,
sed etiamsi vtroque tempore atque adeò semper fue-
rit alienus, fideicommissariam tamen libertatem de-
beri admittimus, dummodo non ea testatoris volun-
tas fuerit vt directam libertatem daret. Tunc enim
non magis fieri potest vt directa flectatur in fidei. cō-
missariā, quantumcūque fauor sibi libertatis, quàm vt
scriptura ab eo facta qui se testamentū condere existi-
mauit defendatur iure codicillorum *l. illud enim. 13 §.*
13 *1. D. de iur. codicil* † Neque verò dubitandum est quin
quod Africanus scribit in *d. §. d. l. si seruus alienus.* perin-
de locū habeat etiā si seruus ille testamenti tempore
alienus posteà cœperit esse in dominio morientis te-
statoris: quo casu tamen nihil est quod impediat ne
statim ex fideicommisso libertas præstari possit *d. §. li-
bertas Instit. de singul. reb. per fideicom. relict.* vbi addit
Iustinianus quod ad rem nostram maximè pertinet,
nihil referre vtrum de suo proprio seruo testator ro-
get, an de eo qui ipsius heredis aut legatarij, aut et-
iam extranei sit: quod & scriptum est in *l. Imperator.*
12. §. 1. D. de fideic. libert. & apertiùs *in l. libertates. 16.*
14 *eod* † vbi tamen additur *ita tamen vt vulgaribus verbis
& quibus euidenter voluntas testatoris exprimi possit*; vt
intelligamus solum fauorem libertatis facere nō pos-
se vt si directis verbis data sit, valere debeat tanquam
fideicommissaria. Precariis enim verbis opus est quæ
Iurisconsultus eo loco vulgaria appellat elegantissi-
mè, ad differentiam directorum quæ ciuilia dicūtur,
& imperatiua, propterea quod legum propria sunt,
nec ita cuicunque menti testatoris obuia, aut ad om-
nem voluntatis speciem accommodata. Vnde illa et-
iam dubitatio apud Papinianum in *l. rogo. 21. eod. tit.* an
his verbis *rogo te Stiche: ut etiam seruitutem experiatur*
fideicommissaria libertas data videatur. Tātum abest
vt directis verbis data libertas peti vnquam ex fidei-
15 commisso possit † Quare totum illum versiculum *&
ideò licet directæ libertates defeciūt attamen ad fideicom-
missarias eundum est* supposititium & ireptitium esse
affirmo, quem & dictiones illæ *licet attamen*. faciunt
etiam ineptiorem. Quasi verò si directæ libertates
competerent, dubitari minus posset an ad fideicom-
missarias eundum esset. Cùm ex contrario verum sit
quod diximus fideicommissarias libertates numquā
posse cum directis concurrere, id est eo casu deberi
quo competant directæ: nisi cùm testator seruo ele-
ctionem dedit *l. si quis seruo. 56. D. de manum. testam.*
Quare sic potiùs scribendum erat *& ideo cùm directæ*
16 *libertates deficiant ad fideicommissarias eundum est*. † Vi-
detur autem is versiculus ab imperito interprete ad-
ditus quem corrupta præcedentis clausulæ lectio fe-
fellisset, existimantem in neutra earum specierum
quas Iulianus tractat directam libertatem compete-
re quam tamen in priore specie competere probaui-
mus, id est cùm ei data est qui testamenti tempore
fuit testatoris, codicillorum tempore alienus. Inter-
pretem verò illud sanè fefellit quod propositionis &
regulæ à Iuliano constitutæ vim & sententiam non
17 intellexit. † Putauit enim hoc quod dicimus, Quæ-
cunque in codicillis scribuntur, perinde haberi acsi
testamento scripta essent, ita accipi debere vt perin-
de habeantur ac si testamentum eo tempore factum
esset quo codicilli scripti sunt, cùm planè in opposi-
tum sensus sit codicillos testamento confirmatos eo
ipso tempore factos intelligi quo testamentum fa-
ctum est. Alioqui dicendum esset in secunda specie,
id est, data libertate ei qui testamenti tempore alie-
nus fuisset codicillorum tempore testatoris non vide-
ri libertatem alieno seruo datam, sed proprio, ob idq;
& directam competere: quod tamen Iulianus negat
& iuris ratio ipsa non patitur. † Fuit quidem inter- 18
pretatio illa etiam Accursij, sed videtur ille ad eam ex
necessitate potiùs quàm ratione aliqua ductus incli-
nasse, cū aliud nihil haberet quod adferre posset cur
directa libertas non competeret ei data qui testamēti
tempore fuisset testatoris, codicillorū verò tempore a-
lienus. Ioannes autem vetus ille glossator, & vt mihi
videtur inter primos præcipuus, bene vidit subesse
mendum, cùm mutari casum scripsit, sed quomodo e-
mendandus locus esset, aut mutatio illa interpretan-
da non potuit assequi, certè nō explicauit. † Quid ve- 19
rò si omnes hos errores Triboniani inscitiæ tribua-
mus: Nam & idem ille videtur mihi contra manifestā
iuris rationem & Vlpiani mentem dedisse fideicom-
missariam libertatē in specie *l. generaliter. 24. §. si quis
seruo de fideic. libert.* id est cùm quis seruo suo pignora-
to directam libertatem dedit: quo casu constat dire-
ctam non competere: quia fieri non potest vt ipso iu-
re & citra hominis factum liber fit is qui pignoris vin-
culo tenetur: fideicommissariam verò multo minus
quia nec relicta est, sed expressim directa: nec proinde
dici potest eam testatoris voluntatem fuisse vt fidei-
commissaria deberetur: quamquam nec sola mens te-
statoris tribuere solet fideicommissariam libertatem,
sed verbis quoque fideicommissi opus est *d. l. libertates
16. eo tit.* sicut ex contrario, non tantùm verba fideicō-
missi, sed & mens testatoris necessaria est, vt idem Vl-
pianus scribit *in ead. l. generaliter §. sed etsi ita scripsit. 8.*
Et tamen Triboniano placet quasi & fideicommissa-
ria libertate relicta seruum petere posse vt ex fideicō-
misso liber fiat. Fauor enim, inquit, libertatis suadet
vt interpretemur & ad libertatis petitionem proce-
dere testamenti verba, quasi ex fideicommisso fuerat
liber esse iussus. Subiicit *nec enim ignotum est quod mul-
ta contra iuris rigorem pro libertate sint constituta*. Quasi
in proposita specie fideicommissaria libertas induca-
tur contra iuris rigorem solum, non etiam præter vo-
luntatem & contra verba testatoris. Quidni ergo si-
militer admittimus fauore libertatis deberi fideicō-
missariam libertatem in specie *l. Stichus. 39. de manum.
testam.* id est collata libertate in id tempus quo seruus
alienus futurus est? Quidni etiam deberi ei quē quis
tutorem scripserit, quod liberum eum esse putabat?
Atqui neque libertatem peti posse, neque tutelam li-
bertatis præstationi patrocinari apertè Vlpianus scri-
bit in § præcedente. Quidni rursum fideicommissa-
rias saltem libertates defendimus ex testamēto, quod
agnatione posthumæ ruptum est? Atqui non magis fi-
deicommissarias deberi quàm directis competere ait
Vlpianus in § proximè seq. *si quas*, inquit, *non à legiti-
mis quoque heredibus paterfamilias reliquerit*, scilicet ex
fideicommissariis, directas enim à legitimis heredi-
bus relinqui non posse constat, vt valeant iure directo
l. libertates 43. de manum. testam. Cur ergo in ea specie
de qua medio loco Vlpianus tractat fideicommissa-
riam libertatem, quæ nec relicta est, solo libertatis fa-
uore non modò deficientibus sed etiam repugnanti-
bus verbis & inuitā iurisprudentia inducemus? Taceo
quod ipse verborum contextus Tribonianum, ni fal-
lor, prodit satis.

Capvt XVII.

Emendatio & explicatio l. 4. D. de manumiss. testam.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Verba illa,* à testamento, in §.vlt.d.l.4. *ab Interprete addita esse.*

2 *Legatum in d.§.strictè iuris ratione inspecta non valere, tanquam à libertate separatum.*

3 *Eum qui libertate testamēto data seruo proprio sic legat,* eique si eum vindicta liberauero heres meus decem dato, *legatum à libertate separare.*

4 *Nec ob id magis valere eiusmodi legatum, quòd testator eum seruum viuus manumiserit.*

5 *Tribonianum humanitatis intuitu contrarium sensisse, si viuus testator seruum manumiserit.*

6 *Ea sententia suis rationibus refellitur.*

7 *Testatore sic scribente,* Stichus liber esto, eique heres meus decem dato, *legatum deberi, etsi testator viuus Stichum manumiserit.*

8 *Ab eo casu multum differre casum in* d.§.vlt. *propositū.*

9 *Nullo æquitatis colore legatum in specie* d.§. *seruo relictum, & à libertate separatum sustineri posse.*

10 *Fieri aliquando vt libertas vtiliter data sit, legatum verò cum ea datum inutiliter relinquatur.*

11 *Legatum de quo* in d.§.vlt. *agitur nec legati, nec iure fideicommissi valere posse.*

12 *Vulgaris clausula codicillaris vsus in testamentis*

13 *An ea clausula non expressa in testamentis hodie subintelligi debeat?*

14 *Cur superioris legatum ne quidem fideicommissi iure defendi possit?*

1 EIdem Triboniano adscribo quod ex Pomponio
scriptum legimus in *l.4.§.vltim.De manumiss. te-
stam.* Si quis ei cui libertatem testamēto dedit sic le-
gauerit *eique si eum vindicta liberauero heres meus de-
cem dato.* licèt ex nimia subtilitate separatum sit le-
gatum, attamen humanitatis intuitu valere debere si
eum viuus testator manumiserit. Neque enim dubi-
ro, quin eo casu non valeat legatū tanquam separatū
non *à testamento* vt absurdè imperitior quidam inter-
pres addidit, sed vt subintelligendum est *à libertate.*†
2 Nam cùm legari illis solis possit cum quibus testa-
menti factio est *§. legari. 24. Instit. de legat.* ipso scili-
cet testamenti tempore inspecto *l. si seruo. 101.§.1. de
leg. 1.* seruus autem ex propria persona testamenti fa-
ctionē non habeat, apparet inutiliter ei legari nisi cū
libertate, adeò vt nec legatum cū libertate coniun-
ctim datum vllo modo debeatur, si non dies liberta-
tis vtiliter cedat, quia cum vtrumque simul datū est,
vtriusque eā diē simul cedere oportet *l. cùm filius. 76.
3 §. seruus purè. de lega. 2.*† At is qui libertate testamēto
data seruo proprio sic legat *eique si eum vindicta libe-
rauero heres meus decem dato* separat legatū à libertate:
Ab ea scilicet quā testamēto dat. Libertatē enim cō-
fert in tempus non mortis suæ sed aditæ hereditatis.
Nam testamento liber esse iussus tùm fit liber cùm
adita fuerit hereditas, & quidem ab eo gradu quo li-
ber esse iussus est *l. testamento. 23.§.1. leg. 25. de manum.
testam.* Legatū verò quod dat sub cōdictione quæ nō
nisi viuo testatore possit existero, id est purè [nihil
enim refert si condicio impleatur qua non impleta
nec de legato quærendum est,] confert in tempus
mortis. Nec quod eo tēpore iam liber futurus est, ad
rē facit. Non enim liber erit ex libertatis datione te-
stamentaria, sed quia manumissus vindicta. Proinde
verum semper est datum fuisse legatū sine testamen-
taria libertate, & quidem ei cui sine libertate legatū
separatim dari non potuit, cùm eo tempore testamē-
ti factionem, quòd seruus esset, non haberet. Quid e-
nim si tùm testator decessisset? Vtique nemo diceret
legatum valere cuius conditio viuo adhuc testatore
defecisset, quia manumissio per vindictam fieri pera-
gique non potest eo ipso instanti quo quis moritur,
arg. l. vlt. De condic. instit. † Non igitur ob id magis va- 4
lere debet quòd testator diutius vixerit, & seruum vi-
uus manumiserit. Non quidem propter regulam Ca-
tonianam quæ sanè ad legata conditionalia non per-
tinet *l. cætera. 14.§.1. de legat. 1.* sed quia sublata caussa
libertatis quæ ex testamento competere amplius non
potest postquàm à viuo testatore data est, solum su-
perest legatum, & consequenter à libertate separatū,
quod ex testamento deberi non potest ei cum quo te-
stamenti factio non fuit tùm cum legabatur.† Tribo- 5
niano tamen placet veram illam proclíusque necessa-
riam iuris rationem nimiæ subtilitati potiùs tribuen-
dam esse, *& humanitatis intuitu,* quomodo solet ille
loqui, valere legatum si viuus testator seruum manu-
misserit.† Obseruandum autem est quod Triboniani 6
inscitiam manifestiùs detegit, nōn aliter eum intuitu
isto humanitatis defendere legatum quàm si eodem
testamento libertas fuerit seruo data. Sic enim scri-
ptum reliquit *si libertate data sic fuerit legatum.* Nec
sanè dubitandi caussa vlla esset quin legatum nō va-
leret si eodem testamento libertas adscripta non es-
set. Atqui constat nihil prodesse posse dationem illā
libertatis, & vt Pauli verbis vtar in *l. Stichus. 39. in fin.
eod. tit.* nullum vtilem casum habere, quod saltem ad
legatum ipsum pertinet, quia siue is seruus à viuo te-
statore vindicta manumissus erit, intercidet legatum
libertatis, siue non erit vindicta manumissus, legati
conditio deficiet. Itaque quemadmodum Africanus
in d. l. si seruus legatus. 108.§. si seruus alienus. de leg. 1. sic
argumentatur vt dicat absurdum esse per libertatem
infirmari legatum quod alioqui valeret si solum datū
fuisset. Sic ego contraria ratiocinatione dico, absurdū
esse confirmari legatum per libertatem quæ non pos-
sit valere & competere, nisi eo casu solo quo legatum
propter defectam conditionem non debeatur. Lon-
géque dissimilis est hic casus iis de quibus in eadem
lege Pomponius tractat & in quibus legatum valere
defendit. †Nam si quis ita scripserit *Stichus liber esto* 7
eique heres meus decem dato nulla dubitatio est quin de-
beatur legatum etsi paterfamilias viuus Stichum ma-
numiserit. Etsi enim hoc casu non nisi separatim le-
gatum præstandum est, nimirum post mortem testa-
toris, non eo minùs tamen verum est coniunctim cū
libertate datum fuisse legatum, quod sufficit vt vti-
liter relictum dici possit, quoniam aliquo casu liber-
tas ex eo testamento competere potuit, & cum liber-
tate legatum. Sed etsi sic testator scripserit *Stichus
liber esto siue statim siue post tempus, eique cùm liber erit
heres meus decem dato* idem dicendum est vt valeat
legatum etiamsi à viuo patrefamilias seruus manu-
missus sit, quia & eadem ratio hîc locum habet.
Nam siue ita scriptum sit *Stichus statim liber esto,* siue
ita *Stichus post biennium heres esto* (sic enim Pompo-
nius explicandus est non vt verba illa *siue statim siue
post tempus* sint verba testatoris & eiusdem formulæ)
non de alio tempore sensisse testator intelligitur
quam quod post mortem suam futurum sit, propter
quam caussam & verba illa *postquam mortuus ero* addi
solebant ne qua dubitatio superesset *l. si ita fuerit. 41.
eo. tit.* Ita fit vt in idem tempus & legatum & libertas
conferatur, nec legatum à libertate separetur: propter
addita verba illa *cùm liber erit,* quamuis ex post facto
ea separatio fiat, cùm seruus à viuo testatore manu-
mittitur vindictā. † At cùm libertate testamento da- 8
ta testator sic loquitur *eique si eum liberauero vindi-*

Stichũ, heres meus decem dato ſit ſeparatio libertatis & le-
gati in ipſo teſtamento, data nimirum libertate in eũ
caſum quo legatum non debebitur, id eſt quo ſeruus
à viuo teſtatore manumiſſus non erit, & viciſſim ad-
ſcripto legato in eum caſum quo libertas ex teſta-
mento competère non poterit, id eſt ſub ea condicio-
ne, ſi ſeruus ab ipſo teſtatore vindictâ manumiſſus e-
9 rit. † Cur ergo aut quo iuris vel æquitatis colore ad-
mittamus legatum hoc valere? Aut quis humanitatis
intuitus hic occurrere poteſt? Quaſi verò inhuma-
num & impium futurum ſit ſi ſeruus libertatem re-
præſentatam à viuo teſtatore conſecutus, legatum
quoque ſibi eodem teſtamento perperam relictum
non conſequatur. Si de libertate ipſa tractaretur, me-
moria humanæ condicionis quæ homines omnes na-
turâ liberos eſſe vult, facere poſſet, vt humanitatis in-
tuitu defendi nonnunquam libertas deberet quæ a-
lioqui ſummo iure non valeret. Sed quod ad legatum
pecuniarium attinet, non idem legatarij fauor eſt, e-
ius præſertim qui pro modico illo pecuniario com-
modo libertatem à domino ſuo repræſentatam citiùs
certiúſque ſit aſſecutus, cum poſſent multa inci-
dere quæ facerent ne directa illa libertas compe-
tere vnquam poſſet ex teſtamento, fortaſſis rupto,
10 aut irrito facto, aut deſtituto. † Neque nouum eſt vt
libertas vtiliter data ſit, legatum autem etiam cum li-
bertate datum, inutiliter, aut vt vtroque ab initio v-
tiliter relicto legatum non debeatur, libertas tamen
debeatur *l. ſi ita ſcriptum 16. D. eo. l. fideicommiſſaria 23.
§. etiam. D. de fideic. libert. l. rogo 21. eod. iunct. l. peto 69. §.
prædium de legat. 2.* Sed vt legatum pecuniarium fauo-
rabilius ſit libertate, id eſt vt libertate & legato pecu-
niario ſimul datis valere poſſit legatum pecuniarium
eo quoque caſu quo libertas ex illo teſtamento non
competat, quod hîc contingeret, fieri nullo modo
11 poteſt *d. l. Stichus ſeruus meus 39. D. de manu. teſt.* † Sed
& cùm humanitatis intuitu Tribonianus fauet li-
bertatibus cõtra rectam iuris rationẽ hactenus id fa-
cere ſolet vt ex directis faciat fideicõmiſſarias, quem-
admodum proximo capite docuimus ab eo factum
eſſe *in l. 2. §. 1. De uer. codicill. in l. generaliter 24. §. ſi quis
ſeruo de fideic. liber.* Quî ergo fieri poſſit vt verum ſit
quod Triboniano placet, legatum hoc de quo diſpu-
tauimus valere ſimpliciter, id eſt iure legati? Illud ve-
rò multò minùs dici poteſt, quod nec Tribonianus
tentare auſus eſt, valere iure fideicommiſſi. Etſi enim
fideicommiſſorum fauor ille eſt vt aliquando etiam
ab initio inutiliter data faciliùs conualeſcant, non i-
dem tamen in teſtamentis aut in legatis quæ non niſi
in teſtamento aut codicillis teſtamento confirmatis,
verbiſq; directis relinqui poſſunt, admiſſũ eſt *l. 1. §. 1.
12 de legat. 3.* † Quam ob cauſſam & in eam rem compa-
ratus eſt vſus volgaris illius clauſulæ codicillaris, quæ
totum teſtamentum id eſt non modò legata in eo cõ-
uertat in fideicommiſſum ſi qua ratione contingat
teſtamentũ non valere, aut rumpi aut irritum fieri *l. 1.
D. de iur. codicill. l. vlt. C. eod. d. l. generaliter §. teſtamento
de fideic. libert.* † In quo miror tam grauiter erraſſe Ia-
13 cobum Cuiacium qui ſcripſit eam clauſulam hodie in
omnium teſtamentis etiamſi non ſit expreſſa ſubin-
telligi tamen debere, quòd vt plurimùm ex cõſuetu-
dine notariorũ & teſtatorum addi ſoleat, quódq. du-
bitandum non ſit eandẽ teſtantium omniũ eſſe volũ-
tatẽ quæ & Lucij illius Titij fuit de quo *in l. Lucius
88. alias l. codicillis. § vlt. de legat.* Nã & idem obiici po-
tuiſſet in ipſis quoq. veteris iuriſprudentiæ tẽporib'
cùm ſi Vlp. credimus *in l. 3. de teſt. milit.* iam tùm ſole-
rent plerique cùm teſtamenta per ſcripturã faciebant
adiicere, Velle ſe eam ſcripturam etiam vice codicil-
lorum valere: neque verò dubitari oportet quoties ea
clauſula in teſtamentis adiicitur quin ex teſtantis vo-
luntate, potiùs quàm ex notariorum ſtilo & conſue-
tudine adiecta intelligatur. † Cæterum in propoſita 14
ſpecie legatum quod nos iure legati valere negamus,
nec fideicõmiſſi iure defendi poſſe ex eo cõſtat, quòd
non magis per fideicommiſſum quàm per legatum
quicquam relinqui poteſt ei cum quo teſtamenti fa-
ctio non eſt. Item quòd etiamſi adiecta eſſet clauſula
codicillaris, nullus tamen illius effectus eſſet ad con-
uertendum legatum in fideicommiſſum, quandiu te-
ſtamentum propriis viribus ſubſiſteret. Habet enim
conditionem illam ſiue expreſſam ſiue tacitam ſi ex
teſtamento non ſuccedatur.

Capvt XVIII.

Emendatio l. vxorem 29. D. eod. tit. De manum. teſta. & l. quidam. 25. §. ſi quis filium ad S.C. Treb. & explicatio l. cùm ex falſis 47. D. de manum. teſtam.

SVMMARIA.

1 *Species & quæſtio* d. l. vxorem. *& Scæuola ad eam reſponſum.*

2 *Teſtamento intercidente libertates quoque tam directas quam fideicommiſſarias intercidere.*

3 *Tribonianum contra hanc iuris regulam, & contra Scæuolæ ſententiam in* d. l. *ſtatuiſſe.*

4 *Ratio ſententiæ Triboniani refellitur.*

5 *Hereditatem in ſpecie* d. l. *ab inſtituto aditam non fuiſſe.*

6 *Nec ſi adita fuiſſet, potuiſſe ex ea aditione libertatem ſeruo competere.*

7 *De quo Scæuola in* d. l. *interrogatus fuerit, & quomodo reſponderit?*

8 *Quid Tribonianum in ſpecie illa fefellerit?*

9 *Plus eſſe præſtitam eſſe libertatem ab herede licèt indebitam, quam à teſtatore in teſtamento nullo inutiliter datam eſſe.*

10 *Ad confirmandam libertatis indebitè & per errorem factam dationem, conſtitutione Principis opus fuiſſe in ſpecie* l. cùm ex falſis in princip. de manumiſſ. teſtam.

11 *Cur in* §. 1. *eiuſdem legis libertas ſeruo data ab herede conditionis implendæ cauſa non reuocetur licèt filius de inofficioſo poſtea agens obtinuerit?*

12 *In cæteris libertatibus eodem teſtamento datis & ab herede poſt præparatam vel inſtitutam querelam præſtandis non idem eſſe.*

13 *Niſi teſtamentum poſt quinquennium ex magna & iuſta cauſa inofficioſum dictum ſit.*

14 *Animaduerſio ad* §. 1. d. l. cùm ex falſis. ff. de manum. teſtam.

15 *Libertatem quæ conditionis implendæ cauſa capitur, mortis cauſâ potius quàm teſtamenti iure captam intelligi.*

16 *Libertatem quæ ab herede vltrò quaſi proprio ſeruo præſtatur non confirmari ſi teſtamentum poſtea inofficioſum pronuntiatum fuerit.*

17 *Quod de libertate ex falſo teſtamento præſtita in* §. 1. d. l. cum ex falſis. *dicitur ad eam ſpeciem coarctandum eſſe in qua heres conditionis implendæ gratiâ ſeruum manumiſerit.*

18 *Papinianum in* d. §. 1. *pro libertate ex falſo teſtamento data ſic reſponſurum non fuiſſe, ſi nulla conſtitutio præceſſiſſet.*

19 Cur

19 *Cur pro einsmodi libertate Papinianus responderit?*
20 *Quid iuris in quæstione illa de falso testamento, si falsi accusatio iam adita hereditate superuenerit?*
21 *Quæsitas libertates ex falsis codicillis, qui veri credebantur præstitas ex Hadriani constitutione defendi.*
22 *Omnes quoque libertates ex falso testamento saluas fore, si is solus institutus sit qui ab intestato quoque totam hereditatem solus haberet.*
23 *Eas libertates quæ à testatore directis verbis dantur non valere ex testamento, quod aut ab initio nullum, aut inofficiosum aut ex post facto falsum esse apparuit.*
24 *Secus in fideicommissarijs obtinere, quæ ab herede postea victo in lite inofficiosi testamenti præstitæ sunt.*
25 *Quomodo accipienda sit* l. si autem. 9. ff. de inoffic. testam.
26 *Hadriani rescriptum, de quo in* d. l. cùm ex falsis *non ad præstandas sed ad præstitas libertates pertinere. vt non reuocentur.*
27 *Fauorabiliores & potentiores in eo esse fideicommissarias libertates quàm directas.*
28 *Scæuolam in* d. l. vxorem *de libertatibus directis in testamento nullo & iniusto datis tractare.*
29 *Cur in* §. vlt. l Papinianus 8. de inoffic. testam *libertates ex inofficioso testamento præstitæ post quinquennij lapsum conseruentur?*
30 *Instituta intra quinquennium à die aditionis inofficiosi querela legitimo herede victore existente non ideò magis directas libertates seruis competere quod vltra quinquennium bonâ fide in libertate morati sunt.*
31 *Non posse in specie* d. l. vxorem, *libertates post quinquennium competere, quæ numquam aditione confirmatæ sunt, aut confirmari potuerunt.*
32 *Dissimilem esse speciem* d. l. vxorem, *à specie* l. si cum fideicommissa §. Aristo. ff. qui & à quibus manum.
33 *Longè quoque ab ea distare speciem* §. si quis filium. l. quidam 25 ff. ad S.C. Trebell.
34 *Cur in* d. §. *directa libertas confirmetur, nec fideicommissi prætextu reuocari possit?*
35 *An aliud in* d. §. *respondendum esset, si quis à milite quoad viueret institutus, seruum in militis hereditate repertum testamento manumisisset?*
36 *Tentatur in* d. §. *directam libertatem non competere ex testamento eum qui à pagano quoque rogatus sit de seruo illo cum tota hereditate restituendo.*
37 *Verba quadam indicantur in* d. §. *Triboniani stylum redolentia.*
38 *An ibidem intersit, sciens an ignorans codicillos, rogatus heres libertatem seruo dederit?*
39 *Priorem tantùm partem sententiæ Iuliani in* d. § *corruptam esse.*
40 *Quem sensum habeant verba illa Iuliani*, hoc amplius etsi ignorasset?
41 *Libertates in* d. l. vxorem, *non tam ex Scæuolæ responso, quàm Triboniani adiectione tanquam ex Iustiniani noua constitutione defendi.*
42 *Testamento posthumi agnatione rupto nullas libertates valere.*
43 *Quò vsque libertatum fauor extendatur?*

1 SVperiora † cogūt me vt moneam, videri etiam mihi corruptum ab eodem Triboniano responsum Scæuolæ quod extat *in l. vxorem 29. eod. tit. De manum. testam.* Vxorem prægnantem vir repudiauerat, & aliā duxerat, Prior enixa filium exposuit. Hic sublatus ab alio educatus est nomine patris vocitatus. Vsque ad vitæ tempus patris tam ab eo quàm à matre an viuorum numero esset ignorabatur. Mortuo patre testamentóque eius quo filius hic neque exheredatus neque institutus sit recitato, filius & à matre & ab auia paterna agnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet: Quæsitum est, inquit Scæuola, hi qui testamento libertatem acceperunt vtrum liberi an serui sint? Respondit Scæuola *filium nihil præiudicij passum fuisse si pater eum ignorauit, & ideò cùm in potestate & ignorantia patris esset testamentum non valere.* Quod si ita est vt est, consequens fit nec libertates eo testamento datas valere. † Nam certi iuris est quoties testamentum non valet nihil omnino valere eorum omnium quæ testamento continentur, ac ne fideicommissa quidem tametsi ab intestato quoque vtiliter relinqui potuissent *d. l. 1. §. 1. de legat 3. l illud enim. 13 § tractari. D de iur. codicil.* Tantùmque abest vt hac parte separandæ sint libertates à cæteris rebus vt etiamsi ab initio testamentum valuerit, eo tamen postea rupto libertates intercidant, nec directæ tantùm sed etiam fideicommissariæ *d. l. generaliter. 24. § ex testamento l si pater 47 in princip de fideic. libert.* Quanto minùs igitur valebunt directæ si testamentum ab initio nullum, & iniustum fuit? † Et tamen Tribonianus ille noster perpetuus æquitatis suæ arbiter, & egregius libertatum fautor adjecit ad Scæuolam subtiliter & eleganter si Diis placet *serui autem manumissi si per quinquennium in libertate morati sunt, semel datam libertatem infirmari contrarium studiosa fauore libertatis est.* Quis enim vnquam sibi persuadeat sic locutum Scæuolam fuisse? tam multis scilicet verbis, tâmque perplexis, nec ferè grammaticam vllam interpretationem commodè admittentibus? Aut quis nescit perpetuum Scæuolæ morem hunc esse vt de iure tantū ad ea quæ ex facto proponuntur respondeat, non etiam vt in facto ipso aliquid vnquam suppleat? Cur ergo de seruis per quinquennium in libertate moratis tractaret, cū nihil tale ex facto proponeretur? E contrario enim verba consultationis præ se ferebant quæstionem illam de seruorum statu non ita multo post testamenti recitationem incidisse: ac proinde intermedium tempus quinquennij esse non potuisse. † Sed & ratio illa Triboniani, quòd libertatem semel datam infirmari non oporteat prorsus inepta est. Neque enim libertatem datam esse sufficit vt infirmari numquam possit sed ritè & rectè datam esse oportet, quod non euenit, cùm testamentum ab initio ipso non valet. At neque vtiliter datam esse satis est nisi testamenti validitas duret *d. § ex testamento l. 24. & d. l. 47. de fideicom libert.* Rursus nec illud satis est testamentum ab initio valuisse nec postea ruptum aut irritum factum fuisse, nisi addas ex eo competere libertatem. Ad eas namque demum libertates quæ iam competunt, illud pertinet quod dici solet reuocari eas non posse *leg. Imperatores. 52 de manum testam.* Porrò directæ libertates ex testamento quantumcunque vtili numquam competunt priusquam adita ex eo hereditas, nisi herede aliquo necessario existente *l. testamento 23. §. 1. l. 25. l sciendum. 32. eodem tit.* † Atqui in ea specie de qua tractamus, nō proponebatur hereditas adita ab instituto, sed potiùs non adita cùm statim mortuo patre testamentóque eius recitato filius tanquam legitimus hereditatem patris ab intestato possidere cœpisset. Quomodo igitur fieri potest vt per quinquennium morati sint in libertate serui de quorum statu dubitatur? † Sed & eum adiri hereditas ex nullo & iniusto testamento non possit, eáque aditio nullius planè sit momenti (prius enim est vt hereditas deferatur per legem, quā vt per aditionem acquiratur *l. delata. 151. iunct. l lego obuenire. 130. de verborum signif.* planè non video quo

Right-margin note numbers beside the main text: 2 (at "eo testamento datas valere. † Nam certi iuris"), 3 (at "Et tamen Tribonianus"), 4 (at "Sed & ratio illa"), 5 (at "Atqui in ea specie"), 6 (at "Sed & eum adiri").

iure poſſit libertas competere, etiam ſecuta aditione
ex nullo & iniuſto teſtamento. Nam ſi quis dicat po-
tuiſſe ex huiuſmodi teſtamento adiri hereditatẽ bo-
na fide priuſquàm ſciretur, an filius aliquis teſtatoris
in rerum natura eſſet cuius præteritione iniuſtũ vi-
deri poſſet, dicã repugnare Scæuolam, cùm ait nihil
præiudicij paſſum filium ſi pater eum ignorauit. Si e-
nim nec patris ignorantia quantumlibet probabilis
filio nocet, multo minùs nocebit ignorantia heredis,
l. ſi is ad quem. 22. in fin. D. de acquir. hered. quæ tamen
noceret ſi ex ea cauſſa libertates teſtamentarias faci-
liùs competere admitteremus: nec rurſum fieri queat
vt ex ea ignoratione magis ſuſtineatur teſtamentum
quàm ſi filius ipſe poſt teſtamentum defunctus eſſet:
quo tamen caſu perinde verum eſſet teſtamentũ non
valere neque ex eo hereditatem adiri poſſe *l. ſi filius.*
7 *7. D. qui teſtam. facer. poſſ.* † Illud etiam obſeruari volo
non de eo interrogatum Scæuolam fuiſſe an datæ li-
bertates reuocandæ eſſent, ſed an cõpeterent, id eſt an
ſerui quos pater liberos eſſe iuſſiſſet liberi eſſent an
ſerui. Eleganter vero Scæuola & conciſè more ſuo
ſic reſpondet ad propoſitam quæſtionem vt quamuis
nihil exprimat de libertatibus, facilè tamen ſit intel-
ligere quid ille reſponſum velit, libertates ſcilicet nõ
competere filio præterito ius ſuum exequente, cùm
teſtamentum non valeat. Nam etſi filius præteritus
iudicia patris turbare nollet, tamen ſicuti non ideo
minùs teſtamentum iniuſtum eſſet, ita nec eo magis
valerent aut competerent ab inteſtato libertates quę
à legitimis ſucceſſoribus non eſſent repetitæ, niſi v-
no illo caſu quem Papinianus tractat *in l. filio præteri-
to. 17 De iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* id eſt iis ipſis qui
teſtamento heredes ſcripti ſunt totam hereditatem
ab inteſtato poſſidentibus: vt nos pluribus explicaui-
8 mus libr. 9. cap. 14. † Error Triboniani ille primus
fuit quòd Scæuolæ verba ſic accepit acſi de iure tan-
tùm teſtamenti, non etiam de libertatibus de quibus
tamen conſultus fuerat quicquam reſpondiſſet, non
attendens ad morem Scæuolæ cui familiare eſt ſic re-
ſpondere vt in *l. Titia. 13. de inoff. teſt. l. generali. 32. §. 1.
De vſufr. legat.* Adiecit verò dictionem illam *quidem*
in iis verbis *filium nihil præiudicij paſſum fuiſſe* vt totam
eam clauſulam *ſeruus autem manumiſſi &c.* quam nos
expungimus contexere ſuperioribus poſſet. Feſellit
etiam fortaſſe Tribonianum, quod vidit, aliis etiam
nonnullis caſibus, quos ille ſimiles putat, ita conſti-
tutum eſſe vt libertates etiam indebitæ puta ex falſis
codicillis aut ex falſo teſtamento ſi præſtitæ ſint du-
rent, neque ex poſtfacto reuocentur *l. cùm ex falſis.
47. in princ. & §. 1. eo. tit.* præſertim ſi diu quis ſteterit
in libertate, *l. ſi cùm fideicommiſſa. 16. §. Ariſto. D. qui
9 & à quib. manumiſſ.* † Sed cogitare debuit valde diſſi-
miles eſſe illos caſus, in quibus ſcilicet agitur de li-
bertatibus non ſolùm teſtamento datis, ſed etiam
præſtitis, & quidem ab herede, cui proinde teſtandi
ius fuit. Sic enim Papinianus ſcribit in d. l. cùm ex
falſis, *cùm ex falſis codicillis per errorem libertas licet non
debita præſtita tamen ab herede fuiſſet, viginti ſolidos à
ſingulis hominibus inferendos eſſe heredi Princeps conſti-
tuit.* Plus enim eſt præſtitam eſſe libertatem ab here-
de licet indebitam, vt reuocari non poſſit, quàm à te-
ſtatore in teſtamento nullo inutili datam eiſe. Non
enim datio illa facit liberum ſed poteſtas legis. 12. ta-
bul. confirmantis libertatem teſtamento datam, quæ
poteſtas in confirmando teſtamento nullo & iniu-
10 ſto nulla eſt. † Sed & obſeruandum eſt in ea quoque
ſpecie principis conſtitutione opus fuiſſe non mi-
nùs vt libertatis præſtatio indebitè & per errorem
facta confirmaretur, quàm vt viginti ſolidi à ſingulis
hominibus inferrentur. Vtrunque enim eadem con-
ſtitutione factum fuiſſe certum eſt, *l. penultim. §. 1. D. de
iur. patron. l. 2. C. de fideicomm. libert.* Subiicit Papinian.
Sed etſi condicionis implendæ cauſſa ſeruum inſtitutus ma- 11
*numiſerit, ac poſtea filius de inofficioſo agendo obtinuerit,
conſequens erit idem in hac ſpecie fieri quod in falſis codicil-
lis conſtitutum eſt.* Nimirum quia etiamſi reſciſſo per
querelam inofficioſi teſtamento, apparet heredem
non eſſe eum qui libertatem præſtitit, quoniam re-
dit res ad cauſſam inteſtati, verumtamen eſt fuiſſe il-
lum heredem eo tempore quo libertatem dedit, &
conſequenter præſtitam ab eo libertatem qui eius
præſtandæ ius habuit, cùm nec de inofficioſo teſta-
mento agi potuerit ante aditam hereditatem, nec adi-
ri hereditas ab eo, qui condicionis implendæ cauſſa
ſeruum manumittere debuit, niſi condicione imple-
ta. Proinde mirum non eſt eam libertatem non in-
firmari quæ ſemel credita meritò eſt vtiliter data eſſe,
licet neque directa fuerit neque fideicommiſſaria, &
ex poſtfacto appareat indebitam fuiſſe. † Sed in cæ- 12
teris libertatibus eodem teſtamento datis & ab eo-
dem herede præſtandis, aut poſt inſtitutam querelam
vel præparatam ſiue ex fideicommiſſo ſiue vltro, præ-
ſtitis non idem erit, quia reſciſſo per querelam teſta-
mento conſtat libertates intercidere ſicut & cætera le-
gata, & quidem ipſo iure *l. Papinianus. 8. §. penultim. l.
qui repudiantis. 17. in fin. dict. l. cùm mater. 28 de inofficioſo
teſtament.* † Vnus tantùm caſus excipiendus eſt ex 13
Hadriani & Antonini Pij conſtitutionibus, ſi poſt
quinquennium teſtamentum cœptum ſit inofficio-
ſum dici ex magna & iuſta cauſſa. Nam cùm querela
inofficioſi teſtamenti quinquennio finiatur eóque
tempore elapſo dici poſſit confirmatas eſſe libertates
quarum ius irreuocabile in id vſque tempus quodam-
modo pependerat, fauor libertatis non patitur, vt et-
iamſi iuſta aliqua cauſſa ſit propter quam filio poſt
quinquennium ſuccurri oporteat, quod non facile
admittendum eſt, libertates tamen quæ ſemel compe-
tierunt, reuocentur *d. l. Papinianus. §. vltim.* Intra quin-
quennium agente filio, & poſtea quandocunque ob-
tinente libertates non competunt, nec vnquam com-
petiiſſe intelliguntur vt Modeſtinus ſubiicit *in l. ſi au-
tem. 9. eod.* Itaque ea ſpecies quam Papinianus tractat
in *d. l. ex falſis*, valde ſingularis eſt quod probant ver-
ba illa *idem in hac ſpecie fieri.* † Illud verò animaduer- 14
ſione dignum eſt quod Papinian. vt libertatem etiam
ex inofficioſo teſtamento implendæ conditionis cauſ-
ſa datam tueatur, non inducit reſcriptum Hadriani
ex ea parte qua proſpexit libertatibus inofficioſo te-
ſtamento relictis, ſed ex illa potiùs qua cauit de liber-
tatibus præſtitis ex codicillis falſis, nempe quòd ex
priore illa parte non confirmantur libertates niſi quæ
aut directis aut precariis verbis relictæ ſunt, & ita
demum ſi non niſi poſt quinquennium ab adita here-
ditate cœptum ſit agi de inofficioſo. † Quæ autem 15
condicionis implendæ cauſſa capitur libertas ea ne-
que directa eſt neque fideicommiſſaria, ſed mortis
cauſſa potiùs quàm teſtamenti iure capi intelligitur,
l. Mæuius. 55. de condicionibus & demonſtrationib. Ita-
que hæc ſpecies libertatis cùm nullo modo relicta ſit
à teſtatore. i. nec directis verbis nec precariis, ſi ab he-
rede præſtetur ei potiùs comparanda eſt quæ præſta-
tur ex falſis codicillis. Nam nec illa vllo modo relicta
eſt. Sed & cùm fideicommiſſas libertates ex inofficio-
ſo teſtamento intra quinquennium & ante præpara-
tam querelam præſtitas defendimus, *dict. l. ſi autem*, vi-
detur id fieri ex poſteriore potiùs quam ex priore
reſcri-

rescripti parte. Et ea ratione quòd libertas fideicommissaria in testamento inofficioso relicta non magis indebita videri possit, quàm quæ ex falsis codicillis præstita est, cùm & perinde præstita sit ab eo, qui
16 tùm verus heres fuit. † Cæterùm, si neque directò neque per fideicommissum, neque condicionis implendæ caussa libertas data sit, sed ab herede vltro quasi proprio seruo præstita nullo modo confirmabitur, testamento quandocunque inofficioso pronunciato. Id enim est quod Papinianus innuit illis verbis *in hac specie*. † Ex quibus etiam apparet, quod ibi-
17 dem ait, idem iuris esse si testamentum falsum fuerit pronunciatum, non tam generaliter accipiendum esse vt competant libertates datæ testamento quod ex post facto falsum fuisse apparuit, aut vt reuocari non possint ex quæ à falso herede præstitæ sunt siue ex fideicommisso siue etiam ex spontanea ipsius voluntate, sed ad hanc ipsam speciem coarctandam in qua heres institutus condicionis implendæ gratiâ seruum manumisit. Finge testamentum ita falsum dici vt heres ipse accusetur, qui certus sit se falsum non fecisse. Postmodum verò de falso constitisse, sed ab alio quàm ab herede id crimen admissum fuisse. Non potuit accusatio impedire quominus etiam pendente falsi quæstione heres scriptus hereditatem ex testamento adiret. *l. cum falsum. 46. de acquir. hered.* oportrò adire nisi impleta conditione non potuit. Nihil ergo tunc obstitit quominus seruo rectè libertatem daret. Et consequenter quod testamentum posteà falsum apparuit facere non debet vt reuocetur libertas quæ semel data est vtiliter. Aliud ergo Papinianus respondisset in libertatibus siue directis siue precariis eo testamento adscriptis quod postmodum fal-
18 sum esse constitisset: quia verum est nec datas esse. † Dices si testamentum falsum est, nec illud quoque verum esse vt condicionis implendæ gratia seruum manumittere heres deberet. Ac sanè ita est, ob idque nec pro huiusmodi libertate respondere Papinianus potuisset si constitutio nulla præcessisset. Sed cùm principis constitutione inductum esset vt etiam ex falsis codicillis præstita per errorem libertas reuocari non posset, idem ille per interpretationem admittendum putauit illo etiam casu quo testamentum falsum pronunciatum esset, post præstitam ab herede
19 condicionis implendæ caussa libertatem: † An quòd hæc libertatis species eo fauorabilior sit cæteris eo testamento adscriptis, quòd cùm illæ nec à testatore ipso datæ sint, hæc tamen ab ipso saltem herede vltro data, & facto ipso præstita est? Minimè. Alioqui etiam cæteræ libertates valebunt quas heres ipse siue ante siue post propositam aut præparatam falsi accusationem præstiterit, quasi ex fideicommisso non implendæ condicionis caussa. Sed, quia hanc solam non etiam cæteras præstari necesse fuit vt adiri hereditas posset quæ eo tempore nihil obstante
20 falsi accusatione adiri iure potuit. † Sed & finge falsi accusationem superuenisse adita iam hereditate. Nemo dixerit supeneniente dubitatione de iure & viribus testamenti irritam fieri posse aditionem iam ante factam licet faciendam impediret *dict. l. cum falsum.* Atqui non potuit aditio illa vt diximus fieri, nisi priùs impleta condicione. Igitur libertatem illam quasi ex necessitate eo tempore præstitam saluam manere æquum est. † Non eadem distinctio
21 adhibetur cùm de iis libertatibus quæ ex falsis codicillis qui tùm veri credebantur, præstitæ fuerunt: omnes enim tam fideicommissariæ quàm quæ condicionis implendæ caussa præstitæ sunt [directæ enim non possunt competere ex codicillis falsis, non magis quàm ex veris testamento non confirmatis] defenduntur ex Hadriani rescripto, viginti dumtaxat aureis in singulos homines heredi soluendis quasi pro iusta cuiusque æstimatione *dict. leg. penultim. §. 1. de iur. patron. leg. 2. Cod. de fideicom. libert.* nec eæ duntaxat quæ ab herede ipso præstitæ sunt, sed & quæ à legatario *dicta lege secunda.* Alioqui cur Hadrianus de codicillis locutus fuisset si de testamento falso idem quoque constitutum voluisset? Præsertim cùm de inofficioso quoque testamento tractaret, eadem vt probabile est constitutione licet capite separato. Ideò fortasse quòd non sicut ex falso testamento ita & ex falsis codicillis persona veri heredis mutetur: nec proinde tam iniquum aut difficile sit nocere sibi verum heredem qui ipse manumittat, aut legatario tradat hominem manumittendum quàm iniquum illud esset falsi heredis factum nocere vero heredi, cuius
nullū intercessisset. † Qua ratione dicerem audacter, 22
si in testamento quod falsum esse apparuit, is heres institutus esset solus, qui ab intestato quoque totam hereditatem solus habere deberet, omnes perinde libertates saluas fore quas ipse ex falso testamento quasi fideicommissarias præstitisset, non secus acsi in falsis codicillis à vero herede relictæ essent, quia vt ipsa & in effectu non magis hoc quàm illo casu interesset veri heredis, cuius factum etiā intercessisset vtroque casu. † At in iis libertatibus quæ non ab herede 23
præstantur sed tantùm à testatore directis verbis dantur, nullo casu receptum est aut rescriptum vt valere debeant & competant ex testamento quod aut ab initio nullum aut inofficiosum, aut falsum fuisse ex postfacto apparuit. Planè in fideicōmissariis aliud admittimus si præstitæ sint ab herede bona fide, non quidem ex falso testamento vt iam dictum est, sed ex eo quod inofficiosum pronunciatum sit. *d. l. si autem 9.* Nam à falso herede præstitas libertates illud omnimodo impedit quod neque voluntatem testatoris habent neque factum veri domini cuius est eas præ-
stare. † Quæ autē præstitæ sunt ab herede posteà vi- 24
ctò in lite inofficiosi testamenti licet defuncti voluntatē habere non credantur, nec si adiecta sit clausula codicillaris, (quia per querelā rescinduntur defuncti iudicia tanquā dementis & insani, constat autē insanū & dementē hominē non magis ab intestato quàm ex testamento fideicōmissa dare posse *d. l. Titia. 13. de inoff. test. l. nec fideicommissa 36. de legā. 3*) habent tamē factum eius qui tùm verus heres fuit, factū tamē pro infecto haberi non potest, etsi non posset ea res sufficere ad confirmandas quaslibet libertates ab herede præstitas, sed ab eas tantùm quæ fideicommissæ fuerunt. Sunt enim fauorabiliores hoc ipso quod precariam testatoris voluntatem ab initio, & eo tempore
quo præstitæ sunt, habuerunt. † Ex quo apparet quod 25
scriptum est ex Modestino & Paulo in *dict. leg. si autem* intra quinquennium inofficiosi testamenti querela præstandas esse fideicommissas libertates, [nam de iis quas heres vltro præstiterit, id est citra caussam fideicommissi, nec dubitatio vlla est quin rupto per querelam testamento reuocentur, extra casum *d. l. cum ex falsis.*] nisi cùm præstitæ sunt implendæ condicionis caussa] non ita accipi debere, vt si vel post motam querelam vel post victoriam petantur, præstari debeant siue ab herede scripto, siue à victore. Sed sic potiùs, vt quæ antè propositam inofficiosi accusationem præstitæ sunt ab herede scripto, eas victor ratas & pro bene præstitis habere debeat, licet egerit intra quinquennium. Ratione

illa quam suprà attulimus, quòd præstitæ sint ab eo
qui tùm verus heres fuit, & manumittendi ius ha-
buit, hancque interpretationem probant sequentia
illa *scilicet viginti aureis & in hoc casu a singulis præ-*
26 *standis.* † Hadriani namque rescriptum de soluendis
in singulos homines viginti aureis, tam ex eo capite
quo cautum est de falsis codicillis, quàm ex alio quo
de libertatibus inofficioso testamento datis prouisū
fuit, non ad præstandas, sed ad præstitas aut ipso iure
competentes libertates pertinet vt non reuocentur.
27 † In quo mirum videri possit fauorabiliores aut po-
tentiores esse libertates fideicommissarias quàm di-
rectas. Directæ siquidem rupto intra quinquennium
testamento nunquam competiisse intelliguntur. Nē-
pe quòd querela inofficiosi testamenti, quæ iuris au-
xilium publicum est, faciliùs euertat directas liberta-
tes quæ non nisi iure nituntur, quàm fideicommissa-
rias quæ non tantùm iuris sunt, sed etiam facti, in
quibus scilicet præstandis factum veri heredis inter-
uenit. Itaque directas competere dicimus non præ-
stari, fideicommissarias verò præstari non competere,
d. l. Papinianus §. vlt. Directæ nunquam reuocantur,
quia quo casu reuocationi locus esse posset in fidei-
commissariis, directæ nec cōpetiisse existimantur. Fi-
deicommissariæ verò si Hadriani rescriptum deesset,
proculdubio reuocarentur. Difficilius autem est, vt
libertas reuocetur, quàm vt non competere dicatur
28 † Atqui Scæuola in ea lege quam emendamus non
tractat de fideicommissariis libertatibus, sed de dire-
ctis in testamēto nullo & iniusto datis, ex quo neque
adita hereditas sit neque adiri vnquam potuerit. Nō
ergo mirum Triboniano videri debuit eas infirmari,
vt ipse loquitur, quæ nec competierunt vnquam nec
præstitæ sunt. Neque fuit cur conditionem illam ad-
deret, *Si per quinquennium in libertate morati sint,* mo-
tus, vt credibile est exemplo constitutionis illius Ha-
29 driani de qua *in d. §. vlt. l. Papinianus.* † Nam quod in
ea specie conseruantur post quinquennium liberta-
tes, non fit propter solum lapsum temporis, sed quia
tempus illud instituendæ querelę inofficiosi testamē-
ti præstitutum est, quo elapso cum nullus iam subsit
metus rumpendi testamenti si ordinario iure agatur,
confirmantur sine dubio libertates etiam directæ:
Tanto magis quod nec quinquennium illud currere
incipit nisi à die hereditatis aditæ, quo demum tem-
pore dies libertatum directarū cedit, si nihil fit quod
facere aliquando possit ne videatur tum cessisse, quo-
modo contingit quoties testamentum in eo est vt per
querelam inofficiosi testamenti rescindi quandoque
30 possit. † Itaque si ponas institutam querelam intra
quinquennium tractumque per aliquot annos iudi-
cium, inscijs quoque & absentibus fortasse iis qui di-
rectas libertates acceperunt, victo tandem herede
non ob id magis directæ libertates competent quod
serui illi per septennium aut etiam si voles decenniū
integrum à die aditionis numerādum bona fide mo-
rati sint in libertate, quia non potest aut debet bona
illa fides nocere filio qui intra constitutum tempus
egit, & cui neque negligentia, neque aliud quicquam
31 imputari possit. † Quanto minùs igitur competent
libertates post quinquennium, quæ numquam adi-
tione confirmatæ sunt aut confirmari potuerunt? Aut
quomodo potuit Scæuola rescriptum illud Hadriani
ad casum tam dissimilem extendere? aut citra rescrip-
ti authoritatem nouum ius tam audacter inducere,
confirmandisque libertatibus de quibus querebatur
quinquennij potiùs quàm biennij aut decennij tē-
pus præscribere? Aut denique si rescripto Hadriani
in hac specie locum esse putauit, cur non subiecit sal-
tem in singulas libertates viginti aureos victori præ-
standos esse? † Neque rursus simile est quod Aristo 32
respondit, A debitore fisci qui soluendo non erat ma-
numissum ita reuocari in seruitutem debere si non
diu in libertate fuisset, id est non minùs decennio *d.*
l. si cum fideicommissa. 16. §. Aristo. D. qui & a quib. ma-
numiss. Nam præter id quod locus ille tractat de li-
bertate præstita non de directa quæ testamento tan-
tùm data sit, apparet etiam libertatem illam præstitā
esse à vero domino, ob idque non nisi per reuoca-
tionem infirmari posse, nec eo minùs tamen requiri
vt per decennium integrum manumissus steterit in
libertate ad hoc vt reuocatio impediatur. Quis ergo
admittat quinquennium posse sufficere ei cui nun-
quam libertas competierit nec compere ex testamen-
to nullo potuerit? † Postremo nec simile illud est 33
quod Iulianus scripsit in *l. quidam. 25. §. si quis filium.*
D. ad S. C. Trebell. si quis filium suum ex asse here-
dem instituit, & codicillis quos post mortem filij ape-
riri iussit, fidei eius cōmisit, vt si sine liberis decederet,
hereditatē suam sorori suæ restitueret, & filius sciens
quod in codicillis scriptum erat, Stichum seruum he-
reditarium testamento suo liberum esse iussit, liber-
tatem conseruari nec nisi serui pretium à filij heredi-
bus præstari debere. † Ibi enim libertas quidem di- 34
recta testamento datur, sed testamento iusto, & à ve-
ro domino heredem habente ex eo ipso testamento.
Proinde mirum non est si libertas competat, neque
reuocari possit prætextu fideicommissi. Nemo enim
ob id solùm desinit heres esse & dominus quod de
hereditate alteri restituenda rogatus sit, ne quidem
post factam restitutionem, multò minùs ante restitu-
tionē. † Quare & aliud respondendum putarē si quis 35
à milite quoad viueret institutus seruū in militis he-
reditate repertū testamento manumisisset. Nam cùm
miles ex priuilegio possit heredē habere ad tempus *l.*
miles ita. 41. de testam. milit. Ideóque ius ipsum heredis
& domini hoc casu penitus deficiat eo ipso instanti
quo heres ita scriptus moritur, cōsequēs est vt alienū
seruum manumiserit, qui hereditariū testamento ma-
numisit, quandoquidē huiusmodi manumissionū, vt
& aliorū omniū quæ ex testamento pendent effectus
in id tempus confertur quo testator erit mortuus, &
consequēter nihil caussę est cur libertas seruetur quę
nō cōpetit, nemo enim alienū seruū quamuis vt pro-
prium manumittat ad libertatem perducere potest. *l.*
si non proprietatem. 4. C. de his qui a non domin. manu-
miss. † Quanquā si dicere liceat quod sentio, vix puto 36
ex iuris ratione defendi posse vt directa libertas cō-
petat ex testamento eius qui à pagano quoque roga-
tus sit de seruo illo cū tota hereditate restituendo.
Nam vt directa libertas cōpetat non sufficit vt ab eo
data sit qui dominus reuera fuit, sed illud etiā requi-
ritur vt dominus fuerit ille pleno iure. Vnde illud est
quod seruo pignorato directa libertas dari non po-
test *l. generaliter. 24. §. si quis seruo de fideic. libert.* Atqui
seruus fideicōmissarius plus quàm pignoratus est, nec
pleno iure heredis grauati esse dici potest ne quidem
ante restitutionem, cùm sit omnimodo restituendus,
nec in potestate ipsius esse debeat vt pro seruo pre-
cium præstet, non magis quàm vt fideicommissum
cogere possit ad vendendum. Taceo quod ex Iusti-
niani constitutionibus bona omnia fideicommisso
obnoxia hoc ipso censentur tacitè fideicommissario
deuincta & obligata si malit ille hypothecariā exer-
cere quàm rei directam vindicationem. Quomodo
igitur fieri potest vt directa ei libertas detur. † Ex sa- 37
nè ablatiui

nè ablatiui illi absoluti *libertate fauore sui seruata* Tri-
38 bonianum redolent apertissimè non Iulianum.† Illa
autem Iuliani ratio *ne factum cuiusquam alteri damnum adferat* ex contrario probat rectissimè, non modò nihil interesse an sciens codicillos an ignorans cogatus heres libertatem dederit, vt hoc magis quàm illo casu fideicommissum intercidat, sed etiam non debere cogi fideicommissarium vt pro seruo qui in fideicommisso est, precium serui accipiat. Alioqui dânum proculdubio sentiret ex facto heredis. cùm eius possit interesse quàm maximè seruum potiùs habere propter commoda penè innumera quæ per seruos dominis acquiruntur. Planè fatendum est hactenus interesse an fideicommissum heres sciuerit, an ignorauerit, quod si ignorauit admittimus libertatem defendi propter iustam ignorantiam tam heredis quàm serui manumissi, ne alioqui deterioris condicionis sit libertas quàm cæteræ res, in quibus hoc ipsum admissum est *l. si heres. 63. l. vlt. §. vlt. de legat. 2.* Sed cùm sciuit, nulla prorsus ratio est vt dolo ipsius faueamus, tuendæ libertatis caussa in præiudicium fideicom-
39 missarij.† Itaque prior tantùm pars sententiæ Iuliani à Triboniano corrupta est: Posteriorem ille inta-
40 ctam reliquit.† Nec quod his verbis *hoc amplius et si ignorasset* videtur Iulianus idem iuris vtroque casu constituisse siue heres qui directam libertatem dedit, sciuerit fideicommissum siue ignorauerit, sententiam nostram impugnat. Voluit enim Iulianus hoc dicere, Vtroque casu idem iuris hactenus obtinere vt fideicommissum non intercidat, non etiam vt vtroque casu eodem modo præstetur. Nam si heres sciuit, datio libertatis non valet, ac seruus ipse omnino restituendus est. Sin ignorauit, valet quidem, sed tamen
41 precium serui ab heredibus rogati præstandum est.† An igitur vt tandem concludamus, in ea specie quam Scæuola tractat in *d. l. vxor eius*, nullius momenti erunt libertates, etiamsi serui manumissi per quinquennium morati sint in libertate adita fortassis hereditate ex testamento bona fide, ac priusquàm agnitus esset filius cuius præteritio iniustum faciebat? Nullius omnino si iuris rationem inspicias: Sed tamen cùm ea adiectio Triboniani sit, quam nos tollimus, superest vt libertates illas defendamus non tam ex Scæuolæ responso quam veluti ex Iustiniani noua aliqua constitutione, Siquidem quicquid non modò à prudentibus scriptum sed etiam à Triboniano cæterisque compositoribus immutatum est sic accipi Iustinianus voluit quasi ab vno ipsius ore profectū.
42 † Planè si proponas ruptum esse testamentum agnatione posthumi, constat libertates nullas valere, siue directæ sint siue fideicommissariæ. Nisi si quæ sint à legitimis etiam heredibus repetitæ *d. l. generaliter. 24. §. ex testamento de fideic. libert.* nec eo magis defendi posse quòd ab herede scripto bona fide præstitæ sint antequam ruptum esset testamentum. Ad has enim rescriptum Hadriani nulla ex parte pertinet, vtpote quæ à falso herede præstitæ sint, id est ab eo qui hereditatem nullo tempore adire potuit, neque quamdiu in eo testamentum fuit, vt rumpi posset, neque ex quo ruptum est † Quia ex re apparet manifestiùs, nō
43 tantum esse fauorem libertatum, vt omnimodo defendi debeant, siue iure siue iniuriâ præstitæ sint; multo minùs si nec ab eo herede verò præstitæ sint, nec iusto testamento datæ Quod & Papinianus cōfirmat satis in *d. l. cum ex falsis*, vbi nec Hadriani rescriptum protrahere audet ad quascunque libertates ex inofficioso aut falso testamento præstitas, sed ad eam tantùm speciem de qua eo loco tractat.

CAPVT XIX.

Emendatio l. 4. D. de vulg. & pupill. substit. l. Lucius. 40. D. de testam. milit. & explicatio l. quamuis. 4. C. de impub. & aliis substit.

SVMMARIA.

1 *Summa constitutionis Diui Marci ad substitutionum materiam pertinentis.*
2 *Tres in quæstione* d. l. 4. *constitutiones distinguendas esse earumque primam ad eam substitutionem pertinere quæ in alterutrum duntaxat casum simpliciter facta est.*
3 *Secundam ad eam substitutionis speciem pertinere quæ in vulgarem duntaxat casum, non in pupillarem vtrique filio facta sit.*
4 *Verba illa*, eosque inuicem substituo, *pupillarem casum sui natura non comprehendere.*
5 *Quam rationem habeat tertia constitutio ad reciprocam seu breuiloquam substitutionem pertinens?*
6 *Examinatur versic.* ne si vulgati modo in d. leg. 4. §. 2.
7 *Dictionem illam* vulgaris *in dict. versic. irrepititiam esse.*
8 *Disparem filiorum ætatem facere non posse quin alter alteri in casum vulgarem substituatur.*
9 *Duplicem substitutionem non ex numero personarum sed ex casuum diuersitate dici.*
10 *Emendatur* §. si quis duobus l. qui bona. 23. ff. de adquir. rer. dom.
11 *Eandem rem in pupillari testamento alij à testatore legatam, in suo verò mihi, totam meam esse.*
12 *Noua emendatio & coniectura ad §.* si coniunctim l. planè. 34. ff. de leg. 1.
13 *Quis* in d. § 2. l 4. *sensus sit horum verborum Modestini*, ita enim in altero &c.
14 *Non censeri patrem in vtrumque casum filio substitui voluisse, quoties reciprocam substitutionem inter liberos in dispari ætate vel conditione constitutos scripsit.*
15 *Excutitur euremasticum in fine* d. l. 4. *his verbis expressum* vel certè euitandæ quæstionis gratia.
16 *Quid in versic.* ne si vulgari d. §. 2. *Modestinus docendum sibi proponat?*
17 *Totum illum versiculum*, vel certè euitandæ quæstionis &c. *Interpretis alicuius non Modestini esse.*
18 *Triboniani additio notatur in* l. Lucius 40. ff. de test. mil.
19 *Tribonianum* in d. l. *specialem voluntatis expressionem requirere licèt minimè necessaria sit.*
20 *An* d. l. quamuis. C. de impud. & al. substit. *pertineat ad reciprocam substitutionem factam inter filium impuberem & vxorem testatoris?*
21 *Quando substitutio vulgaris duabus personis dispari ætatis aut conditionis facta ad pupillarem trahatur vel non trahatur?*
22 *Veram eius legis dubitationem hanc esse, an Publius Firmianus ad filij hereditatem tanquam ex pupillari substitutione admitti debeat.*
23 *Cur ex Imperatorum rescripto Firmianus ex huiusmodi substitutione nihil sibi in pupillarem casum vindicare possit?*

IAm † quidem satis multa in superioribus à nobis disputata sunt de sententia constitutionis Marci, 1

quæ induxit vt cùm pater impuberi filio in alterum
casum substituit, in vtrumque sul stituisse intelliga-
tur siue filius heres non extiterit, siue extiterit & im-
pubes decesserit, non solùm si simplex substitutio
fuerit, sed etiamsi reciproca & duplex, quæ fieri solet
his verbis *eósque inuicem substituo* De qua Modesti-
nus tractat in *l. iam hoc iure. 4. D. de vulgar. & pupill.*
substit. Sed id nunc agendum nobis superest, vt pe-
relegantem illam legem duobus locis ni fallimur
2 corruptam emendemus.† Distinguendæ sunt in tota
hac quæstione tres constitutiones. Prima fuit diuo-
rum fratrum Marci & Veri, ad eam tan: ùm substitu-
tionem pertinens quæ in alterutrum duntaxat ca-
sum, id est aut vulgarem aut pupillarem facta sit, &
quidem simpliciter, id est, vni tantùm non vtrique.
3 † Secunda fuit Antonini Pij, qua factum est vt si pa-
ter duos filios impuberes heredes instituat eósque
substituat communi illo verbo *inuicem* quod com-
munem inter fratres, id est duplicem facit substitutio-
nem, in vtrumque casum reciproca substitutio facta
videatur. Itaque pertinet hæc constitutio ad eam spe-
ciem substitutionis quæ facta sit non vni ex filiis siue
in alterutrum siue in vtrumque casum, sed vtrique fi-
lio in vnum duntaxat casum ac proinde in vulga-
4 rem, non in pupillarem † Nam si verba illa *eósque in-*
uicem substituo pupillarem casum æquè ac vulgarem
sui natura comprehenderent, quomodo interpretes
nostros vulgo sentire video, quid necesse erat consti-
tui à Diuo Pio vt substitutio sic facta, in vtrumque
casum facta videretur? nemo enim dubitat quin vul-
garem casum multo magis comprehendant, neque
verò dare quisquam possit exemplum reciprocæ sub-
stitutionis in pupillarem duntaxat casum factæ. Nisi
ponat sic locutum testatorem *eósque inuicem pupillari-*
ter substituo, quo casu fatebor equidem perinde lo-
cum fore constitutioni, vt in casum quoque vulga-
rem facta videatur. Sed non hic casus est de quo Di-
uus Pius sensit, cùm rescripsit in vtrumque casum fa-
ctam videri substitutionem: At ille potiùs quo ne-
que vulgaris neque pupillaris expressa condicio sit,
sed generaliter liberi inuicem substituti. Sic enim
5 Modestinus scribit *eo, que inuicem substituat.* † Tertia
fuit constitutio Seueri & Antonini, quæ fecit vt si ex
liberis hoc communi verbo *inuicem* substitutis alter
pubes sit, alter impubes, in vulgarem tantummodo
casum substitutio facta videatur. Quæ constitutio
rationem illam habet, quod incongruens visum est
in altero duplicem esse substitutionem, in altero so-
lam vulgarem. Pertinet autem hæc constitutio ad su-
perioris interpretationem, & consequenter ad ter-
tium illud genus substitutionis quam prudentes re-
ciprocam, interpretes vulgo breuiloquam appellant.
Ne quis fortè putaret pro ætatum diuersitate, diuer-
sam quoque substitutionis rationem constitui debe-
re. Hoc itaque casu inquit Modestinus, singulis se-
paratim pater substituere debebit, Vt si pubes heres
non extiterit, impubes ei substituatur, si autem impu-
bes heres extiterit, & intra pubertatem decesserit,
pubes frater in portionem coheredis substituatur:
Quo casu in vtrunque euentum substitutus videbi-
tur. f. frater pubes fratri impuberi: licet nonnisi in pu-
pillarem expressim substitutus sit. Frater verò impu-
bes puberi in vnum duntaxat casum substitutus in-
6 telligetur, in eum f. in quem potuit. i. in vulgarem †
Subiicit *ne si vulgari modo impuberi quoque substituat,*
voluntatis quæstionem relinquat vtrum de vna vulgari
tantummodo substitutionem in vtrusque persona sensisse
intelligatur. Atqui etiamsi vulgari modo impuberi
quoque pubes substitutus esset, nulla voluntatis
quænitio relinqueretur, nec dubitandi caussa superes-
set, quin duplex vulgaris substitutio iis verbis conti-
neretur. Nam proculdubio in casum vulgarem non
minùs impubes puberi quam pubes impuberi sub-
stitutus dicendus esset: ac proinde duplex esset sub-
stitutio vulgaris non vna, Altera quidem in persona
puberis, qui impuberem habuit substitutum, Altera
in persona impuberis cui pubes substitutus fuit. † I-
taque dubitandum mihi non videtur, quin irreptitia 7
sit dictio illa *vulgaris* ex glossa interpretis explican-
tis, nec malè, quid præcedente illa voce *vna* significe-
tur.† Etsi enim certissimi iuris est disparem filiorum 8
ætatem facere non posse quin alter alteri in casum
vulgarem sit substitutus, ac proinde quin duplex nu-
mero vulgaris in reciproca substitutione contineatur,
tur, Vna tamen species substitutionis est, non duplex,
Nimirum vulgaris tantùm: quæ tamen in euentum
pupillarem pupillaris quoque esset ex persona impu-
beris, si alter quoque impubes proponeretur. † Du-
plex enim substitutio dicitur non ex numero perso- 9
narum, sed ex casuum diuersitate, id est non quæ in
duorum personis locum habere potest, sed quæ in du-
plicem casum, *l. Lucius. 45. eod. tit.* Proinde in proposi-
ta specie, vna tantùm substitutio est eaque vulgaris,
sed non tamen vna vulgaris, mò duæ vulgares: Nec
sanè fieri potest vt reciproca substitutio sit quin duæ
sint substitutiones. Sed facilè contingit, & verò ita
semper in dubio fieri credendum est, vt vna tantùm
eademque substitutionis species sit quæ duas illas
substitutiones complectatur, id est aut vulgaris tan-
tùm: aut pupillaris tantùm, aut militaris tantùm:
quò etiã pertinet *d. l. Lucius. & l. in testamento. 6. C. de*
testam. milit. de qua diximus sup. c. 11. Similia pleraque
menda in libris nostris occurrunt, quæ qui non
obseruant, etsi rectam tenent emendandi rationem,
probabiliter tamen emendare nunquam possint. † E- 10
xemplum esto in *l. qui bona 23. §. si quis duobus De ac-*
quir. rer. domin. vbi nemo nõ videt quod Iacobus Cu-
iacius in obseruationibus primus affirmauit, erratum
esse in illis verbis *rationem facere vt ei duntaxat in soli-*
dum acquirat Nam si alienus seruus duobus bona fide
seruiat, & ex vnius eorum re acquirat ratio sanè facit
vt ei duntaxat partem acquirat. Sed quis tamen emẽ-
dationem illam Cuiacianam probare possit vt pro iis
verbis *in solidum* reponamus *partem.* Etsi eam nos ipsi
probauimus libr. 4. cap. 16. cùm nihil eo tempore ha-
beremus, quod nobis probabilius videretur. At si ve-
rum amamus nónne multo probabilius est, tollenda
verba illa *in solidum* tanquam quę irrepserint ex glos-
sa imperiti interpretis explicantis dictionem illam
duntaxat, quæ tamen sola præ se fert satis, non soli-
dum sed partem duntaxat ei acquiri ex cuius solius
re per alienum seruum bona fide seruientem acquiri-
tur. † Contrario errore *in l. si l vnè. 34. §. si communiter de* 11
legat. 3. scriptum est *interim igitur partem habebit is cui*
in suo testamento legauit cum tamen nihil verius sit
quam in ea specie, id est cùm quis in pupillari testa-
mento alij eandem rem legauit quam mihi in suo
legauerat, totam interim habere me debere, quando
non nisi concursu partes inter nos fiant. † Sed quis 12
admittat, quod idem Cuiacius docuit pro *partem* le-
gendũ esse *totũ*? Fuerit sanè verisimilius, vt tolli opor-
teat dictionẽ illã *partem* velut irreptitiã, additamque
pro interpretatione verbi *habebit*, nisi malis eidem
interpreti versiculum illum integrum adscribere *in-*
terim igitur partem habebit is cui in suo testamento le-
gauit. Nam præter id quod ex præcedentibus iis ver-

bis

bis *concursu partes non habere* satis constabat quid in-
ferre Vlpianus vellet, interim igitur totum habere
me debere cui pater testamento eandem rem legaſ-
ſet. ſi hoc ipſum adiicere Vlpianus voluiſſet vtique
ſcripſiſſet conuenienter ſuperioribus, *Interim igitur*
partem habebo. Poſuerat enim ſibi legatam rem à te-
ſtatore in teſtamento principali, non alij de quo poſt-
modum in tertia perſona loqui debuerit. Mihique
nunc magis arridet coniectura hæc quàm quæ à no-
13 bis propoſita eſt lib. 6. cap. 1. † Redeamus ad Mode-
ſtinum. Sequitur *ita enim in altero vtraque ſubſtitutio*
intelligetur ſi voluntas parentis non refragetur. Sẽſus eſt,
Non ſolùm cùm reciproca ſubſtitutio facta eſt, ſed
etiam cùm impuberi ſoli pater ſubſtitutum dedit, ita
demum locum eſſe conſtitutionibus Marci & Anto-
nini vt in altero caſu vtraque ſubſtitutio contineа-
tur, aut vt in eius perſona qui in vtrumque euentum
habere ſubſtitutum poteſt, duplex ſubſtitutio facta
videatur, ſi non repugnet voluntas teſtatoris. Id enim
egerunt Imperatores vt teſtatoris voluntatem non
modò adiuuarent, ſed etiam ſupplerent ex eo quod
14 veriſimile eſſet teſtatorem ſenſiſſe. † Itaque ſalua
ſemper eſt quæſtio voluntatis, ſi quis probare velit
noluiſſe patrem filio ſubſtitui in vtrumque caſum:
quomodo noluiſſe credendus eſt quoties reciprocam
ſcripſit ſubſtitutionem inter liberos in diſpari ætate
conſtitutos, aut quorum alter eius ſit condicionis vt
ei pupillariter ſubſtitui non poſſit. Finge filium eſſe
naturalem, non legitimum, & conſequenter qui non
ſit in iure & poteſtate patris *d. l. Lucius.* Optimum igi-
tur conſilium eſt, ne qua voluntatis quæſtio relin-
quatur, ſingulis liberis quorum alter pubes ſit, alter
impubes ſeparatim eo quo diximus modo ſubſtitui,
puberi quidem in caſum vulgarem, impuberi verò in
pupillarem: quo caſu dubitatio nulla futura eſt, quin
impuberi in caſum quoque vulgarem ſubſtitutus pu-
bes eſſe videatur: quandoquidem in eum caſum vtri-
15 que pari iure & ratione ſubſtitui potuit. † Quod
cùm ita ſit, an non prorſus ineptum & ridiculum eſt
quod ſequitur, *Vel certe euitandæ quæſtionis gratia ſpe-*
cialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituat fratrem
ſiue heres non erit, ſiue erit & intra pubertatis annos de-
ceſſerit. Illa enim præcedentia Modeſtini verba. *Ne ſi*
vulgari modo impuberi quoque ſubſtituat, voluntatis quæ-
ſtionem relinquat apertiſſimè demonſtrant nullam ſu-
perfore voluntatis quæſtionem ſi non vulgari ſed
pupillari modo impuberi ſubſtituatur. Nam cùm
expreſſo caſu pupillari verum ſit vulgarem qui ex-
preſſus non eſt æquè conuenire impuberi ac pube-
ri, quænam, obſecro, dubitatio eſſe poteſt poſt tot
Imperatorum conſtitutiones, an ſubſtitutio impu-
beri facta in caſum pupillarem trahatur ad vulga-
rem? Nam & traheretur etiam ſi puberi nulla prorſus
ſus facta ſubſtitutio eſſet. Quanto magis igitur im-
pubere ipſo vulgariter puberi ſubſtituto? Denique
non minùs ridiculum conſilium illud eſt, De vtro-
que caſu ſpecialiter exprimendo, euitandæ quæſtio-
nis gratia, quàm ſine qua ex teſtamento naſcatur du-
bitatio cõſulat teſtaturo ne teſtetur. Quid enim cer-
tius? † Sed & manifeſtum eſt id agere Modeſtinum vt
16 doceat quomodo ſubſtitutionis verba concipienda
ſint cum ex liberis inuicem ſubſtitutis alter pubes eſt
alter impubes vt facta in vnum caſum duntaxat in v-
trumque facta intelligatur. Alienum igitur eſt à pro-
poſita quæſtione & ab Impp. conſtitutionibus conſi-
lium illud, vt in vtrumque caſum ſpecialiter pubes
impuberi ſubſtituatur. † Quare fatendum eſt, ni fal-
17 lor, interpretis eſſe totam illam clauſulam, & quidem
imperiti: Eiuſdem fortaſſe qui corrupit legem *Lucius*
45. eod. tit. & l. precibus. 8. C. de impub. & aliis ſubſtit. vt
ſcripſimus ſupra cap. 13. Nam Triboniano adſcribendã
eſſe non auſim omnino æſtimare: Etſi video fuiſſe illi
quàm maximè familiare ſpecialem volũtatis expreſ-
ſionem iis etiam caſibus requirere, in quibus minimè
neceſſaria eſt: aut legitimas voluntatis probationes
etiam in aperta voluntate: † Cuius rei præclarum te- 18
ſtimonium præbet reſponſum Pauli I.C in *l. Lucius.*
40. De teſtam. milit. Nam cùm proponeretur Lucium
Titium militem notario teſtamentum notis ſcriben-
dum dictaſſe & antequàm literis perſcriberetur, vita
deceſſiſſe: Reſpondit Paulus valere dictationem, quia
militibus quoquo modo velint quoquo modo poſ-
ſint, teſtamentum facere conceſſum eſt. Subiecit Tri-
bonianus ingenioſè vt ſolet *ita tamen vt hoc ita ſubſe-*
cutum eſſe legitimis probationibus oſtendatur. † Quid 19
verò Triboniane hoc illud eſt, quod tantis támque
legitimis probationibus oſtendi vis ita eſſe ſubſecu-
tum? An præceſſiſſe dictationem? Atqui ex facto id
proponebatur cùm quæreretur non an ſcriptura,
quod obſeruandum eſt, ſed an dictatio valeret. Quo-
modo enim quæſtioni locus eſſe poſſet ni conſtaret
factam eſſe? A quo verò factam niſi ab ipſo milite?
An potiùs id animo agitaſſe militem vt ea dictatio
notis excepta teſtamentum eius eſſet? Nam id priui-
gium quod militantibus datum eſt vt quoquo modo
facta ab iis teſtamenta rata ſint, conſtat ſic intelligi
debere, vt vtique priùs conſtare oporteat teſtamen-
tum factũ eſſe *l. Diuus Traianus. 24. eod.* At nec de illo
dubitabat, qui Paulũ conſulebat. Ex facto enim pro-
ponebat Lucium Titium militem notario ſuo teſta-
mentum notis ſcribendum dictaſſe: Quod ſi ita erat,
quæſtio facti nulla relinquebatur an dictationem il-
lam teſtamenti iure valere voluiſſet. Eſt ergo inepta
& Triboniani ſubtilitate planè digna illa adnotatio.
† Supereſt vt quod capitis inſcriptio pollicetur, ex- 20
plicemus etiam *l. quamuis. 4. C. de impub. & aliis ſubſti-*
tut. Nam pertinet quoque ad eas conſtitutiones de
quibus hucuſque diximus. An & ad reciprocam ſub-
ſtitutionem à patre factam inter filium impuberem
cui pupillariter ſubſtitui potuit, & vxorem teſtatoris
quæ non niſi vulgarem potuit habere ſubſtitutum?
Ita vulgo putãt. Nã cùm pater filio & vxore in æquas
partes inſtitutis ita ſcripſiſſet *ſi mihi Firmianus filius*
& Ælia vxor mea, quod abominor, heredes non erunt, in lo-
cum eorum Publius Firmianus heres eſto, deinde filius
impubes deceſſiſſet, is reſcripti ſenſus eſſe creditur, vt
filij portio non ad Æliam quaſi reciprocè ſubſtitutã;
ſed ad Publium Firmianum pertineat, Ratione illa
quòd non poſſit videri hoc caſu Ælio pupillo ſubſti-
tuta pupillariter quando nec ipſi Æliæ pupillariter
ſubſtitui impubes potuit. † Ex quo inferunt, vulgarẽ 21
ſubſtitutionem duabus perſonis factam quæ ſint di-
ſparis aut ætatis aut condicionis, in neutra pupillarẽ
continere. Quod inferunt veriſſimum ſanè eſt pro-
baturque clariſſimè *ex dicta lege iam hoc iure 4. &*
dicta lege Lucius. 45. De vulgar. & pupillar. ſubſtitut.
Sed illatio & collectio ipſa erroris plena eſt. To-
ties enim quærendum eſt, an ſubſtitutio facta in ca-
ſum vulgarem trahatur ad pupillarem, quoties aut
in eum caſum vulgarem expreſſim, aut quod effe-
ctu idem eſt, reciprocè facta fuit. † At in propoſita 22
ſpecie & iis verbis quæ retulimus, neutrum dici po-
teſt. Neque enim aut filius vxori, aut vxor filio ſub-
ſtituta proponebatur vllo modo, ne vulgariter qui-
dem: ſed vtrique Publius Firmianus in caſum vulga-
rem, *ſi heredes non eſſent.* Non igitur de illo dubitari

poterat, an Ælio filio impuberi pupillariter substituta videretur ex constitutione Diui Marci aut Antonini Pij, cùm nec vulgariter esset substituta. Sed de illo duntaxat, An Publios Firmianus ad filij hereditatem tanquam ex pupillari substitutione admitti deberet. Videbatur enim hoc casu inducenda potestas constitutionis, non quidem Antonini Pij cum reciproca substitutio nulla facta proponeretur, sed Diuorum fratrum Marci & Veri, quando negari non posset, quin filio impuberi Firmianus in vulgarem euē-
23 tum substitutus fuisset. † Sed contrà rescriptum est, nihil iuris ex huiusmodi substitutione Firmianum posse sibi vindicare in casum popillarem: quia quamuis placuerit substitutionem impuberi qui in potestate testatoris fuerit à parente factam ita *si heres non erit*, porrigi ad eum casum quo postea quam heres extitit impubes decessit si modò non contrariam defuncti voluntatem fuisse probetur, manifestum tamen est substitutionem sicut diximus factam in eum solum casum factam intelligi debere quo vtrique heredum substitui potuit. Atqui Æliæ quæ defuncti vxor fuit substitui popillariter non potuit, sed vulgariter duntaxat. Ergo nec filio pupillariter Firmianum substitutum esse dicendum erit, licet filius impubes fuerit, eíque pupillariter substitui potuerit: sed vulgariter tantum si heres ille non fuisset. Itaque sicuti constitutione Seueri & Antonini factum est, vt substitutio reciproca inter filiom impuberem & puberem aut quod idem est extraneum facta non contineat casum pupillarem, quia non posset ea interpretatio vtique conuenire, nec ferendum est vt in vnius persona duplex sit substitutio, in alterius verò, simplex. Ita & cùm filio impubere & alio pubere aut extraneo institutis vtrique substituitur verbo illo commoni *in locum illorum*, eadem interpretatio facienda est, eadem iuris & æquitatis ratione, vt nō videatur testator in persona impuberis duplicem, in persona alterius simplicem fecisse substitutionem. Quid enim refert, an filio impuberi coheres, & coheredi vicissim filius, an alius vtrique substitutus sit? Idque à Modestino tractatum non fuisse miror: Sed qood ille prætermisit, ex hoc loco supplendum erit, ne quid desit ad plenam constitutionis vltimæ, quæ Seueri & Antonini fuit, interpretationem.

Capvt XX.

Emendatio l. si quis heres. 35. §. 1. l. si solus. 80. §. item si seruus & l. toties. 81. ff. de acq. her.

Svmmaria.

1 *Species* d. l. si heres. 35.
2 *Eius legis sententia obstare videri Paulum* in §. item si seruus. l. si solus 80. eod. tit.
3 *Harum legum conciliatio a Cuiacio tradita examinatur.*
4 *Ratio sententia Pauli* in d. §. si seruus.
5 *Institutionem condicionalem* in d. §. si seruus. *non esse appendicem puræ institutionis.*
6 *Filiofamilias vel seruo ex parte purè, ex parte condicionaliter instituto vnam aditionem non sufficere.*
7 *Patre ex parte condicionaliter, filio purè ex altera parte institutis, filium patris iussu ex pura institutione adeuntem patri quoque eam portionem acquirere quæ sub condicione fuerat delata.*
8 *Nec interesse an propter condicionis defectum, an verò propter repudiationem patris portio defecerit.*
9 *Vera superiorum legum primâ fronte pugnantium conciliatio, & inter vtriusque speciem distinctio.*
10 *Parum* in d. l. si quis heres, *interesse an iure adcrescendi, an verò substitutionis locus sit.*
11 *Cur in* d. §. item si seruus l. si solus *post aditam ex pura institutione hereditatis partem ius adscrendi locum habere non possit quandiu pars altera condicionaliter posteriore loco delata adiri potest?*
12 *Nihil in illa specie interesse coheredem habuerit nec ne seruus ex parte purè, ex parte sub condicione institutus.*
13 *Mendosam esse* l. toties 81. ff. de adquir. hered.
24 *Quando is qui ex institutione adijt ex substitutione nondum delata adijsse censeatur?*
15 *Emendantur* in d. l. toties. *verba illa*, nam si mortuos esset, non transferret substitutionem.
16 *Repetitur emendatio* §. 1. l. generali. 32. ff. de vsufr. legat.

SI † quis heres institutus ex parte, mox Titio substi- 1
tutus antequàm ex causa substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit, erit heres ex causa quoque substitutionis, inquit Vlpianos *in l. si quis heres. 35. ff. de acq. her. Quoniam quoque ei adcrescit portio.* Idem admittit etsi filiusfamilias vel seruus iussu domini vel patris adierint hereditatem, mox emancipatus vel manumissus ex causa substitutionis adeant. Erunt námque heredes pater aut dominus. Sunt enim huiusmodi substitutiones appendices præcedētis institutionis: Cùm etiamsi substitutio nulla esset, ea tamen ipsa portio quæ ex substitutione defertur ei quoque adcresceret qui priorem ex institutione habuisset: idque ex eo apparet etiam apertiùs quòd quæ ex substitutione si sola esset non nisi volenti acquireretur, adcrescit tamen inuito, Vt intelligamus non tam proprio substitutionis quàm adcrescendi iure fieri eam acquisitionem, ius autem adcrescendi certum est appendicem esse præcedentis institutionis quando nec aliam causam habet, quàm quòd ia coi adcrescit portio deficiens suam habeat iam ac-
quisitam ex institutione. † Obstare tamen huic sen- 2
tentiæ videtur quod Paolus scribit in *l. si solus.* 80. §. *item si seruus eod. tit.* Si seruus meus ex parte heres institutus sit purè, ex parte sub condicione data scilicet coherede & iussu meo adierit, deinde eo manumisso condicio alterius portionis extiterit, Verius est, inquit, nō esse mihi acquisitā illā portionem, sed ipsū comitari, Omnia enim paria permanere debere in id tempus qoo alterius portionis condicio extet vt ac-
quiratur ei cui prior portio acquisita est. † Concilia- 3
tionis ineundæ rationē que interpretibus vulgaribus difficilis nec immeritò visa est, Iacobus Cuiacius sumit ex illis verbis *dato scilicet coherede.* Quasi adiectio coheredis efficiat ne institutio illa condicionalis ex qua pars hereditatis posteriore loco defertur, appendix videri debeat præcedentis institutionis, siquidem impedit ne domino qui partem hereditatis iam habet ex pura institutione pars alia deficiens adcrescat soli: Nam & coheredi adcrescit, vtrique pro hereditarius portionibus. † Sed me vt contrà sentiam illud 4
mouet quod non hanc sententiæ suæ rationem Paulus reddit, aut longè aliam & planè diuersam, *Quod omnia paria permanere debeant in id tempus quo alterius portionis condicio extet vt acquiratur ei cui prior portio acquisita est*: quæ ratio non minùs locum habet illo etiam casu quo coheres datus est, quàm si datus non esset. Et sanè cùm noua aditione opus sit ad eam portionem acquirendam post existentem condicionem, non solùm si filius eo tempore emancipatus aut seruus manumissus reperiatur, sed etiam si remansetint

in po-

in potestate, vt Paulus ipse subiicit, Prorsus conse-
quens est vt si tùm cùm noua illa aditio fit reperiatur
sui iuris filius aut seruus qui sub condicione ex illa
parte institutos fuit, eam sibi ille acquirat non patri
aut domino. Quomodo enim acquireret aut patri aut
domino nullo iussu præcedente? Aut quomodo iube-
ret pater vel dominus hereditatem pro illa parte adi-
ri ab eo, quem ampliùs in potestate non haberet?
5 †Non igitur dici potest institutionem hanc condicio-
nalem appendicem esse puræ institutionis, cùm si ita
esset aditio vna sufficeret ad vtramque portionem ac-
quirendam, vt contingit in specie *d. l. si quis heres*. Etsi
enim cùm liber homo & sui iuris, ex parte purè, ex
parte sub condicione substitutus est, si hereditatem
semel adierit ex pura institutione, non cogitur iterum
adire ex condicionali, Quin etsi fuerit substitutus &
omissa institutione adierit ex substiturione, placet a-
ditionem illam sufficere, vt ea quoque portio quæ ex
institutione omissa fuerat, etiam inuito acquiratur.
6 †Tamen cùm filiusfamilias aut seruus institutus est,
aditio vna sufficere non potest, quia quod dicimus se-
mel tantùm adeundum esse ad eum casum pertinet
quo nobis per nosmetipsos non per alios acquiritur.
7 † Planè si ponas patrem ex parte institutum sub con-
dicione, filium verò ex alia parte purè, sufficiet quòd
filius iussu patris adierit ex pura institutione, vt patri
ea quoque portio acquiratur, quæ sub cõdicione fue-
rat delata, licet condicio defecerit *d. l. si quis heres* §.1.
vbi manifestum est meo iudicio abundare negatio-
8 nem in illis verbis *non quæsisse suam portionem*. † Nam
etsi pater suam illam portionem ex qua fuerat insti-
tutus postquàm delata sibi esset repudiasset, nihilo-
minus ei nunc adcresceret etiam inuito. Cui enim a-
lij acquireretur nemine substituto? at ne quidem vllo
coherede dato? Sed etsi coheres datus esset, non idcir-
co tamen soli coheredi adcresceret portio quam pa-
tèr repudiasset, cùm nihilominus partem habeat pa-
ter sibi per filium acquisitam: portio autem quæ defi-
cit non personæ adcrescat, sed portioni *l. si totam* 83. *eo.
tit. l. si T utro* 33. §.1. *de vsufruct*. ac proinde cuilibet por-
tionem habenti. Quid verò interest an propter con-
dicionis defectum defecerit partis portio, an propter
9 repudiationem? † Alia igitur ratio quærenda est con-
ciliandi Pauli cum Vlpiano. Mihi videtur multum in-
teresse, an post aditam ex pura institutione partem he-
reditatis alia portio ex substiturione deferatur, vt a-
pud Vlpianum. Quanquam enim substitutio quoque
ipsa quædam veluti condicionalis institutio est, in eo
tamen differt ab ea institutione de qua tractamus,
quod secunda non prima institutio est, indéque fit vt
faciliùs dici possit appendix, & sequela præcedentis
institutionis, quam institutio illa quæ fit in eodem
gradu, ac æquè, principalis, atque illa ex qua prior a-
10 ditio facta est. † Neque enim priùs defertur portio ex
substitutione, quàm ex institutione defecerit: posteà
verò quàm defecit, iam cœpit portio in eo esse vt ei
qui aliam haberet inuito quoque adcrescere deberet
ipso iure, nisi potestas legis in iure adcrescendi indu-
cendo suspenderetur per substitutionem, cuius causa
vtique prior & potior est, quia nititur expressa testa-
toris voluntate *l. vnic. § Ius ita diffinimus C. de cadu. tol-
len*. Proinde quod ad effectum attinet, parum interest
an iuri adcrescendi locus sit, an substitutioni, quæ sit
loco & vice iuris adcrescendi. Nam vt eleganter ait
Cuiacius, Accretio hæc ferè potius quàm substitutio
dicenda est, aut si mauis accretio per modum, vt ita
dicam substitutionis. Est enim acquisitio portionis
deficientis: in quo demum portionis solo genere lo-
cus esse potest iuri adcrescendi, † At cum post aditam 11
ex pura institutione partem hereditatis, alia pars ex
institutione condicionali defertur existente condi-
cione, non potest ius adcrescendi locũ habere quãdiu
ea pars posteriore loco delata in eo est vt adiri possit.
Non enim deficit, sed competit per delationem, quo-
usque aut repudiatione, aut tempore, aut qua alia ra-
tione exclusus sit herès institutus à iure adeundi. Ita-
que subsecuta aditione nihil causæ est cur acquiri de-
beat illa portio ei cui prior iam quæsita fuit, si is ipse
qui adit, talis eo tempore sit vt eam sibi possit acqui-
rere. Nam etsi duo eiusdem patris filij ex semissibus
purè instituti essent, non sufficeret quod alter iussu
patris adiisset ad acquirendam patri totam heredita-
tem, sed alterum quoque adire necesse esset *d. l. si quis
heres. §. vlt*. † Itaque nihil omnino interest in ea specie 12
de qua tractamus an coheredem necne habuerit ser-
uus ex parte purè, ex parte sub condicione institutus.
Quòd cum ita sit, quis non fateatur verba illa, *dato
scilicet coherede* imperiti esse interpretis, existimantis
non aliam excogitari posse rationem Vlpiani cum
Paulo conciliandi? † Hinc verò animum sumo emen- 13
dandæ etiam legis *T oties* 81. *eod. tit*. vbi scriptum est,
toties eum, qui ex institutione adiit, ex substitutione
quoque adiisse intelligi quoties sibi acquirere possit.
Nam si mortuus esset, inquit lex, *non transferret ad here-
dem substitutionem*. Hæc enim ratio quomodo conue-
niat, aut quid cum dicto commune habeat, explicari
meo iudicio nullo modo potest. Quinimò si nihil a-
liud consideres quàm quòd substitutio ad heredem
non transmittitur nec si iam competat *l. si ex pluribus
9. ff. de suis & legitim*. inferendum potiùs erit, eum qui
ex institutione adierit, non videri adiisse ex substitu-
tione, tametsi iam ex substitutione delata sit heredi-
tas. † Cùm tamen ex contrario verum sit, illo etiam 14
casu quo substitutio nondum deferatur, aditam vide-
ri hereditatem ex ipsa quoque substitutione quæ re
vera non nisi ex institutione adita fuit: Nimirum si is
qui adit possit sibi acquirere, id est si portio quæ ex
substitutione est deferenda aut iam delata, non alij
vlli acquiri possit, eique inuito adcrescat vt in specie
d. l. si quis heres in princ. Nam si fingeres datum ei co-
heredem qui ex parte sua adierit, ac proinde per quẽ
fiat, ne huic qui ex institutione adiit possit soli acqui-
ri portio posteà deficiens alterius coheredis, dicen-
dum esset non videri non aditam ex substitutione he-
reditatem, quia adiectio coheredis adeuntis impedit
ne substitutio huiusmodi possit censeri vice iuris ad-
crescendi, quandoquidem alius effectus futurus est
iuris adcrescendi, alius substitutionis. Ex substitutio-
ne tota portio deficiens acquireretur soli substituto,
quæ citra substitutionem etiam coheredi pro heredi-
taria portione adcresceret. Itaque si ante factam ex
substitutione aditionem moriatur is qui iam adierat
ex institutione, non transmittet substitutionem ad
heredem, ne fiat iniuria coheredi, qui eius portionis
in qua substitutio facta est partem habere debet ad-
crendi iure: sed transmittet tantùm eam partem, quæ
etiamsi substitutio nulla facta esset, inuito ei erat ac-
cessura per accretionem. † Legendum igitur est, nisi 15
me coniectura fallit, *non si mortuus ad heredem non
transferret substitutionem*. Vt sensus sit, Ita demum
videri eum qui ex institutione adiit, adiisse quoque
ex substitutione, si portio quæ acquirenda super-
erat ex substitutione transmitti possit ad heredem,
nimirum adcrescendi potiùs quàm substitutionis
iure, id est si ius substitutionis ita coniunctum & v-
nitum sit cum iure adcrescendi, vt non plus vtilitatis

& commodi adferre possit, quod ipsum non aliter contingit, quàm si coheres nullus supersit qui in iure adcrescendi partem facere possit. Cui erit consequens vt si idem ille coheres etiam substitutus fuit ex æquis cum eo qui adiit, portionibus, vnica aditio sufficere debeat, etiam quod ad causam substitutionis, quia & mortuus hic qui ex institutione adiit transferret substitutionem ad heredem, Vtpote cùm non ex eo deterior fieret condicio alterius coheredis qui & ipse substitutus esset, & quidem ex æquis, vt dixi portionibus. Alioqui si hic qui post aditionem partis decessit ante delatam aut acquisitam substitutionem, ex maiore parte substitutus proponeretur, idem iuris constituendum esset quod constitueretur si solus esset substitutus, id est aditio vna non sufficeret, quia nec ad heredem transmitti substitutio posset. Facile autem error nasci potuit ex corruptione & mutatione literę *o* in *a* cùm scriptum esset, *non si mortuus*. Cùm enim sic loqui cœpisset, *nam si mortuus*, subinde visum est necesse adiici dictionem *esset* ad sententiam perficiendam. † Eadem nos felicitate contrarium errorem emendauimus *in l. generalis* 32. §. 1 *De vsufruct. legat.* vbi legendum esse in Claudij nota *nam credendis* non vt vulgo *non credendis* probauimus *libr. 1. capite* 11. tam apertè vt nihil vnquam à nobis verius, & elegantius, si quis tamen vnquam eleganter obseruatum esse, videatur.

ORNATISS. ET CHARISS. VIRO M. ANTONIO SIVORIO GENVENSI IN TAVRINENSI ACADEMIA PONTIFICIJ IVRIS PROFESSORI CELEBERRIMO.

ANTONIVS FABER S. P. D



EN hic tibi, ornatissime Siuori, Coniecturarum mearum liber iam decimussextus, quem scripsi postremus. Sed neque postremum ei dicare debeo, qui non vltimum inter antiquiores & priores amicos locum teneat, neque tot iuris studiosorum spem fallere, qui de scriptis nostris, vt audio, meliùs sanè quàm par esset sentientes, nisi fortassis hoc ipso malè (quod nimis bene) quasi chirographū nostrum habeant, etiam vicesimum à nobis & expetunt & expectant. Etsi cùm hanc primùm scribendi rationem adgrediebamur, nihil minùs quàm de hoc vel illa librorum numera cogitabamus. Adeò præter opinionem nostram accidit, vt in tāta scribentium copia nonnullam siue ingenij siue diligentia potiùs laudem assecuti esse videamur. Et verò quis obsecro Coniecturarum nostrarum finis futurus esset si omnia quæ ab interpretibus nostris aut ignorata aut minùs feliciter explicata fuisse credimus, in hos libros conicere velimus? Occurrunt quotidie innumera eiusmodi in ipsa forensi exercitatione, tanto certè digniora quæ & obseruentur & corrigantur, quanto longè periculosius maioreque totius reipubl. malo, in tribunalibus quam in scholis sub authoritate iuris scientia passim erratur. Sed illa commodius visum est conferre in eas Decades quas de erroribus pragmaticorum scribere cœpimus, vt non minùs istorum inscitia quàm eruditiorum industria consulamus. Quam in rem disputationum forensium libros aliquot iampridem meditabamur, quorum primus sequentium index futurus breui, vt spero, in lucem prodidit: Sed ornatiore, vt mihi quidem videtur, apparatu quàm vt tot ineptiis profligandis ea scribendi ratio accommodata videri possit. Itaque rudiore stylo, & simpliciore agendum fuit, ne ostentandi ingenij gratia magis quam bona mente pragmaticorum infantiam erudire velle crederemur. Interim verò dum relegendis, augendísque Decadibus ocium quæro, feci etiam quantum in me fuit, vt posteriores has Coniecturas ex ijs conflarem quæstionibus, quæ non minùs in praxi quàm in scholis & frequentiores sunt & nobiliores. Quales sanè eas esse non negabis quas hoc potissimum libro à nobis tractari contingit De ineunda rei debita æstimatione, ac De in litem iurando. De quibus multa inter nos aliàs disputata esse memini, cum sub auspiciis clariss. viri Io. Antonij Manutij Doctoris nostri, vicesimo ferè abhinc anno Papinianeam Academiam te vno maximè Duce ac Principe institutam quotidianis disceptationibus coleremus. Cui ergo dicanda hæc fuerunt, potius quàm tibi, qui veram iuris vtriusque scientiam pro dignitate, miráque & subtilitate & arte tractare solitus, nihil vnquam optatius habuisti, quàm vt istas & pragmaticorum & imperitiorum interpretum nugas tibi non minus cognitas quàm inuisas tandem aliquando explosas audiremus: Atq. vtinam placeret tibi conferre in eam rem quicquid vberrimi ingenij tui fœcunditas suppeditare posset. Vtinam idem cæterorum tui similium animus, idem studium esset, quos schola Manutiana velut alter equus Troianus tam multos támque strenuos edidit ad pugnam hanc, si modò vellent, capessendam. Victoriam sane breui, ni fallor, partam explaratámque haberemus, quam tamen si me vnum in hanc curam incumbere finitis sperare quis vnquam possit? Digna planè res est, mi Siuori,

quam

quam tu non cogitatione solùm amplectare, sed totis etiam & animi & ingenij viribus enixißimè exequare. Habebis me aßiduum fidumque tam praclari conatus tui socium, fortaßis etiam si quid ex mea tenuitate ad copias tuas accedere poterit adiutorem, certè perpetuum suasorem, ac ni persuaderi voles, etiam molestum, sed tamen beneuolum, vt vides, obiurgatorem. Bene vale & me ama. Dat. Camber. 7. Cal. Iun. 1597.



ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVditorio Præsidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus sextus.

CAPVT I.

Differre iudicia bonæ fidei & stricti iuris, cùm quæritur de ineunda rei debitæ æstimatione.

SVMMARIA.

1 *Difficultas huius disputationis, cuius temporis ratio habenda sit, quum de ineunda rei debitæ æstimatione siue ex stricto, siue ex bonæ fidei iudicio agitur.*

2 *Sex vel septem opiniones Interpretum super hac quæstione a Bartolo relatæ.*

3 *Bartolum nonnisi cùm de re per iusiurandum in litem æstimanda agitur inter stricta & bonæ fidei iudicia distinguere.*

4 *Extra eum casum in omnibus iudicijs tempus moræ ex eiusdem sententia inspiciendum esse.*

5 *Ab eo tempore æstimationem in singula momenta crescere, etiam si post quadrimestre iudicato faciendo datum nouam moram debitor condemnatus contraxerit.*

6 *Eam interdum æstimationem deberi quæ non fuit quum contractum est.*

7 *Probatur ex* l. 3. §. *in* hac. ff. commo. *in ineunda rei debitæ æstimatione differentiam inter bonæ fidei & stricti iuris iudicia constituendam esse.*

8 *Bartoli ad eam legem responsio & ratio cur in* d. §. in hac. *bonæ fidei iudicia a strictis differant.*

9 *Reijcitur distinctio ab eodem constituta inter iusiurandum affectionis & veritatis.*

10 *Iurari in litem in b. f. iudicijs ex æquitate ipsius iudicij, in strictis verò ex necessitate indulgeri.*

11 *Cur re debita post moram & ante litem contestatam perempta præsens eius rei æstimatio præstanda sit ac si res illa adhuc superesset?*

12 *Refutatur sententia Bartoli existimantis in strictis iudicijs in litem iurari de æstimatione quæ fuit tempore moræ.*

13 *Iusiurandum illud necessitatis potius quàm veritatis dicendum esse.*

14 *Non sicut interdum in b. f. iudicijs salua iudicis taxatione, ita & in strictis in immensum iurare permissi.*

15 *An in* l. 3. de in lit. iur. *de iureiurando veritatis ad præteriti temporis æstimationem referendo tractetur?*

16 *Adiectionem diei, vel loci facere vt ratione pecuniæ id quod interest præstandum & actoris iureiurando æstimandum sit.*

17 *Actori eo casu permitti ex affectione & supra quàm reuera intersit iurare.*

18 *Cur in* d. l. *Vlpianus æstimationem factam per iusiurandum in litem ad præteritum tempus referat?*

19 *Refellitur alia Bartoli opinio tradentis iusiurandum affectionis nunquam deferri nisi propter dolum commissum in non parendo iudici præcipienti rem restitui.*

20 *Cur in arbitrarijs actionibus iussum restituendi præcedere necesse sit?*

21 *In bonæ fidei iudicijs vnam condemnationem sufficere.*

22 *Iureiurando in litem non rem quanti est, sed debitoris contumaciam vltra rei pretium æstimari.*

23 *Multum referre an quod interest agentis solum æstimetur, an verò dolus aut contumacia non exhibentis aut non restituentis puniatur.*

24 *Frustra quæri cuius temporis ratio habenda sit in re debita per iusiurandum in litem æstimanda.*

25 *Vera interpretatio* d. §. in hac. l. 3. ff. commod.

26 *Casus quo aduersus debitorem in mora constitutum in litem iurari non potest.*

27 *In strictis iudicijs non tempus moræ, sed litis contestatæ spectandum esse quum de rei peremptæ æstimatione agatur.*

28 *An si in specie* d. l. 3. de in lit. iur. *nummi crediti fuissent, iusiurandum in litem creditori deferendum esset?*

29 *Bonæ fidei iudicia à strictis differre, quum de rei debitæ æstimatione aliter etiam quàm per iusiurandum ineunda quæritur.*



SI † qua in toto iure ciuili obscura quæstio est, & digna cui lucem aliquam adferamus hæc vna sanè est de qua nunc dicere instituimus, cuius temporis ratio habenda sit, cùm quæritur de ineunda rei debitæ æstimatione siue ex bonæ fidei iudicio siue ex stricto agatur. Non enim 1

reperiò ex interpretibus aut veteribus aut recentioribus qui in hac disputatione mihi satisfaciat: Ego an aliis satisfacturus sim, nec possum, nec ausim affirmare: Mihi certè ante hunc diem non satisfeci, hodie fa-
2 tisfacio. † Vetustiorum interpretum opiniones sex aut septem refert Bartolus post Accursium ad *l. pen. D. de cond. tritic. & ad l. 3. §. in hac. D. commodat.* omnes non modò inter se discrepantes pugnantésque, sed etiam adeò improbabiles, & à prudentum verbis sensíque alienas, vt neque dignæ videri possint quæ referri debeant aut refelli. Itaque Bartoli qui singulas ex ordine & recensuit & refutauit opera in eam rem vti malumus, quàm nostra: nisi quod in ipsius quoque Bartoli referenda refutandáque sententia, & nostra proponenda de aliis etiam aliquid dicendum erit, vt facilè intelligere quiuis possit, cur à nobis non proben-
3 tur. † Bartoli ergo sententia est, quam posteriores omnes vulgares interpretes secutos video, Nullam hac parte differentiam esse inter iudicia bonæ fidei, & ea quæ stricti iuris appellamus, nisi cùm agitur de re per iusiurandum in litem æstimanda. Eo namque casu æstimari rem iureiurando actoris inspecto tempore iudicati si bonæ fidei iudicium proponatur, inspecto autem tempore litis contestatæ aut moræ præcedentis, si qua mora præcesserit contestationem eùm
4 iudicium stricti iuris est. † Si verò aliter quàm per actoris iusiurandum res æstimetur, inspiciendum esse tam in bonæ fidei iudiciis quàm in strictis tempus moræ, siue mora illa per contestationem contracta sit, siue per lapsum diei positæ in obligatione, siue per interpellationem, vt vocant extraiudicialem, siue denique re ipsa, vt puta emptore cui tradita est res vendita cessante in pretij solutione si modò res eo tempore
5 quo mora contracta est pluris fuerit. † Nam si tùm minoris fuit, crescere in singula momenta æstimationem ab eo die quo mora contracta est in diem vsque condemnationis si non medio tempore mora purgata sit, quæ nec posteà rursum fuerit cõtracta. Sed & post condemnationem crescere, siue à sententia quæ condemnationem irrogauit, perperam & sine caussa prouocatum sit, siue post quadrimestre quod iudicato faciendo datur, nouam moram contraxerit debitor iam condemnatus. Totius tamen illius quadrimestris inducias, etiam cùm mora præcessit condemnationem, immunes esse à periculo augendæ æstimationis, vt quamuis intereà creuerit, non ideo tamen maior debeatur. Eámque volunt nostri esse interpretationem *l. vinum 22. D de reb. credit. l pen. & vlt. De cond. tritic. l. 3. §. vlt l si sterilis 21. § cùm per venditorem D. de action. empt. l hominem 37. D. mandat. l. quoties 59. De verb. o-*
6 *bligat.* † Interdum tamen spectari præcisè tempus quo contractum est, eámque æstimationem deberi, quæ tum fuerit. Nimirum si ita ferant verba contractus, & æstimatio ipsa in obligatione sit, obligatio autem ipso contractus tempore oriatur, vt cùm stipulatus fundum Cornelianum posteà stipulator *quanti fundus ille est l. fundum 28. D. de nouat.* Nam si obligatio præstandæ æstimationis non statim oriatur, eius temporis habendam esse rationem quo incipiet oriri, sicut euenit cùm quis alterius mandato dari hominem fideiussit & soluit *d. l. hominem 37 D. mand.* Ab eo enim duntaxat die quo soluit nascitur obligatio, & ius pe-
7 tendæ æstimationis. † Ac quoniam huic nostrorum traditioni quæ nullam agnoscit differentiam inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris, repugnat apertissimè Vlpianus in *d. l. 3. §. in hac. D. commod.* vbi ait in actione commodati sicut & in cæteris bonæ fidei actionibus æstimari quanti res sit inspecto tempore rei iudicandæ, in strictis verò spectari tempus litis contesta-
tæ. † Respondet Bartolus cum suis sequacibus, tracta- 8
ri eo loco de re dubia per iusiurandum in litem æstimanda, Quo casu fatetur differre vt iam dictum est iudicia bonæ fidei à strictis. Differentiæ verò rationem hanc adfert, quod iusiurandum in litem in actionibus bonæ fidei sit adfectionis, nascatúrque ex dolo per reum admisso in iudicati executione, cùm reus condemnatus ad rem tradendam non vult parere; non autem ex mora ante sententiam commissa. In strictis verò contrà, nascitur, inquit, ex dolo commisso ante sententiam quandocumque, imò verò ex sola mora etiam citra dolum, iuncta tamen difficultate aut potiùs impossibilitate probationis *l. in actionibus, in princip. & vers plane. D. de in lit. iur.* Mora autem si non semper ante contestationem, tùm saltem contrahitur cùm contestatio fit ob idque putat Bartolus litis contestatæ, non moræ tempus ab Vlpiano expressum esse: Ex quibus locis tractant Iureconsulti de iureiurando adfectionis, præsens tempus semper eos demonstrare his verbis, *quanti res est vt d. §. in hac d l. in actionibus l. arburio 18. § 1. ff. de dolo l qui restituere 63. ff. de rei vind.* Tempus verò præteritum, *quanti res fuit*, quoties tractant de iureiurando in litem in iudicio stricti iuris, *l nemus 3. ff. de in lit. iur.* quod iusiurandum veritatis Bartolus perpetuò appellat. Mihi tota hæc Bartoli traditio non plura verba continere videtur quàm errata, si eam distinctionem partis tollas, quæ est de æstimatione ipsa in obligationem deducta præsenti tempore demonstrato, *vt in d. l. fundum 28. de noua.* qui casus in tam apertis verbis stipulationis nullam prorsus recipit dubitationem. † Illud verò pri- 9
mùm nobis refellendum est quod Bartolus somniat de duplici illo iureiurando adfectionis & veritatis. Fuit enim ea distinctio prorsus incognita prudentibus, nec fieri potest, vt vnquam iuretur in litem quin iurantis adfectioni indulgeatur. † Differentia tantùm 10
illa est hac parte inter iudicia bonæ fidei & stricta, quòd in illis indulgemus iuranti ex æquitate ipsius iudicij, quandoquidem bona fides non patitur, vt dominus qui ex dolo & contumacia alterius re sua carere cogitur, eam iusto precio vendere compellatur *l. 1. l. si tutor 8. ff. de in lit. iur. l. non enim 7. cum §. vlt. l. praced. ff rer. amot.* In his verò indulgemus ex necessitate, & vno tantùm casu, Eo scilicet quo res quæ ex contractu stricto debebatur perempta est post moram nondum tamen contestata lite. Cùm enim nihilominùs res adhuc debeatur, quia effectus moræ præcipuus ille est vt obligationem perpetuet, *l. si ex legat. 23. l. si seruum 91. §. vlt de verb. obligat.* nec tamen res ipsa quæ extare desiit præstari ampliùs possit; necesse est vt ad æstimationem faciendam, præstandámque recurratur *l. promissor Stichi 21. l promissor hominis 23. de constit pecun.* fieri autem non potest, vt sine delatione iusiurandi iudex æstimet rem quæ non extat, vt Marcianus scribit *in d. l. actionibus in fin.* † Hoc verò cur 11
ita? Nisi quia sicut homo debitus post moram mortuus, adhuc debetur, ita præsens eius æstimatio præstanda est nec secus ac si hodie viueret, neque tamen ex qua alia causa præstari posset, secuta iam condemnatione, quia quod præstari iam non potest aut in condemnationem deduci, accidit facto & culpa debitoris qui in eo tradendo moram contraxit. Suam autem ei moram prodesse æquum non est: quomodo prodesset haud dubiè, si liberaretur ille dando æstimationem quæ anteà fuisset, cum si homo adhuc viueret, is ipse non præterita eius æstimatio dari deberet. Et verò si non præsens ipsa æstimatio deberetur,

ridicula

fidicula esset adeóque falsa Marciani ratio illa, *qua iudex æstimare sine delatione iusiurandi non potest rem quæ non extat*. nec erat cur ideo induceretur contra receptas iuris regulas vt defuncto post moram promissoris homine ex stipulatu debito in litem iuraretur. Quid enim facilius, quàm eas quoque res extare desierunt æstimare inspectn eo tempore quo fuerunt, adeóque quo extare desierunt si modò paullo latiùs id accipiatur, & ἐν πλάτει, vt ait Vlpianus *in d. l. pen. ff. de condic. tritic.*

12 † Itaque egregius ille & insignis Bartoli error est quod in iudiciis strictis vult iurari in litem de æstimatione quæ fuit tempore moræ: Inepta verò ratio quam subiicit, *quod tale iuramentum præstetur ob dolum commissum tempore moræ*. Nam vt taceam fieri plerumque vt mora contrahatur sine dolo, adeóque licet difficilius, sine culpa, quo tamen casu non minùs iuratur in litem, quàm si dolus interuenisset, non posset mora, ac ne quidem dolus inducere iusiurandum si iurandi necessitas nulla subesset. Iurandi porrò necessitas ex eo solo proficiscitur, quòd perempta post moram re debita præsens eius æstimatio debetur, quoniam ipsa res adhuc deberi intelligitur: Quænam verò æstimatio illa sit aliter quàm per actoris iusiurandum sciri nullo modo potest, quia rei non existentis nulla re vera æstimatio est nisi extare desierit post litem contestatam. Tunc enim æstimari commodè potest citra iusiurandum, inspecto scilicet tempore litis contestatæ quod æquè inspiciendum esset etiamsi hodie res extaret, vt in sequentibus dicemus.

13 † Cui consequens est vt iusiurandum hoc non possit dici veritatis, quia cum nesciri possit quanti res nunc sit, quæ sic perempta est vt tamen adhuc extare credatur, fieri etiam nequit vt præstito iureiurando sciatur an ex veritate an ex adfectione actor iurauerit. Debet igitur iusiurandum hoc dici *necessitatis* potiùs

14 quam *veritatis*. † Illud sanè libenter fateor, non sicut in bonæ fidei iudiciis interdum permittitur iurare in infinitum salua iudicis taxatione si in immensum iuratum sit *l. videamus 4. §. iurare eo.* ita in strictis iuris actionibus æquè facilè permittendum actori vt in infinitum iuret. Nam cùm in his non tam iuretur ob id quod iurari æquum sit aut iuris rationi consentaneũ, quàm quia nihil sit quod melius dici possit, quòdque rei necessitas eò adigat iudicem vel inuitum, obseruare sanè iudex debet ne cum actore tam liberaliter agat, quam si is bonæ fidei iudicio ad rem suam repetendam experiretur.

15 † Id verò ferre nullo modo possum, quod idem Bartolus putat *in l. 3. de in lit. iuran.* tractari de suo illo iureiurando varitatis ad æstimationem præteriti temporis referendo: Tractat enim ibi Vlpianus de numis depositis, ac proinde ex eo bonæ fidei iudicio debitis, ex quo in litem iurari solet si aliud nihil obstet *l. 1. §. in depositi & l. 5. ff. deposit.* Et ait non ob id quod numi depositi sint permittendum esse ei qui deposuit vt iuret quanti sua intersit, si non reddantur, quia, inquit, numorum certa est æstimatio, non sicut cæterarum rerum incerta, & pro hominum arbitrio constituenda, nec proinde quicquam causæ est cur ad numos æstimandos iurari in litem oporteat, *nisi fortè de eo quis iuret quã sua interfuit numos sibi sua*

16 *die redditos esse*. † Adiectio enim diei vel loci facit, vt etiam ratione pecuniæ præstandum sit id quod interest. quod alioqui ne in infinitum facilè excurreret nunquam præstaretur. Non enim potest in infinitum excurrere quod ex loci vel temporis adiectione certum modum habet. Hoc ipsum verò, quantùm ratione loci aut temporis intersit, iureiurando actoris non minus æstimandum est quàm si de merce aut specie æstimanda ageretur, cum bonæ fidei iudicium exerceretur, & proprij actoris numi repetuntur, quia perinde agitur de fide rupta, nec ratio vlla est propter quã minus agi debeat cum depositario numorum fidem rumpente, quàm si qua merx aut species deposita fuisset.

† Cur non igitur ei permittetur vt ex adfectione 17
iuret etiam suprà quàm reuera intersit? Nam si dicas non posse locum esse adfectioni propterea quod certa sit numorum æstimatio, æquè dicam, facilè fieri posse iustum speciei aut mercis precium, neque tamẽ eo minus iurari in litem propterea quod interfit actoris rem suam habere. Eóque casu nõ tam rem pluris æstimari quàm contumaciam eius qui alienam rem retinet inuito domino *d. l. 1. de in lit. iur.* Sic igitur & in numis dicendum est, quòd certa eorum æstimatio est, facere quidem, vt non debeat licere actori iurare quandiu nihil eius interest, id est quandiu nihil petere potest nisi corpora ipsa numorum, quia nihil prorsus interest an ea ipsa corpora quæ deposuit an alia dummodo eius generis & bonitatis & consequatur. Sed ex quo incipit interesse quòd euenit adiecto tẽpore vel loco propter dolum depositarij qui nec nisi de dolo conueniri potest, non tam de corporibus numorum depositis agitur quàm de omni eo quod interest agentis, in quo & corpora ipsa continentur: Proinde non inspicimus quanti re vera ipsius intersit, sed quanti sua interesse iuret, alioqui dolus & contumacia non puniretur, de cuius tamen pœna tum maximè agitur cùm iuratur in litem. ex bonæ fidei

contractu. † Idcirco autem Vlpianus *in d. l. 3.* refert ad 18
tempus præteritum eam æstimationem quæ fit per iusiurandum in litem, quod tractat de æstimando eo quod interest ratione temporis adiecti, & consequenter ad id tempus quo reddi res debuit, necessariè referendo, non quòd sola diei adiectio faciat vt eius tẽporis quod adiectum est præcisam æstimationem spectari oporteat (præsens enim æstimatio quæ maior esset spectari deberet, si de merce aut specie æstimanda quæreretur, vt dicemus in sequentibus) sed quoniam sicuti pecuniæ nomine nunquàm præstatur id quod interest nisi cùm certus locus aut dies adiectus fuit, ita non plus eo nomine deberi potest, quàm temporis aut loci adiecti ratio patiatur, quod in æstimanda merce vel specie debita, licet certo die soluenda diuersum esset. Nam quod hodie pluris interest, eius qui numos deposuit ad certam diem reddẽdos, quàm tum interfuerit cùm dies venit, non tam ex eo proficiscitur quòd numi sua die redditi non sint, quàm quia hoc ipsum quod interfuit redditos esse, tardiùs exsolutum sit: itaque dicenda ea esset accessio accessionis, potiùs quàm rei debitæ æstimatio.

† Sed & in 19
eo nimis euidenter errat Bartol. quod ait iusiurandum adfectionis numquam deferri nisi propter dolum commissum in non parendo iudici præcipienti rem restitui: id enim verè quidem dicitur in actionibus arbitrariis in quibus duplicem quodãmodo sententiam ferri necesse est, vnam de re restituenda, alteram de præstando eo quod interest arbitrio iudicis ni restitutio fiat *§. præterea. Instit. de action.* sed non similiter in actionibus bonæ fidei ex contractu competentibus ex quibus vna tantùm condemnatio fit ex bona fide, rectáque condemnatur reus quanti actor in litem iurauerit, si rem actoris reddere dolo malo

recuset. † Nam in arbitrariis iussum restituendi ideo 20
præcedere necesse est, vt aliquid sit quod possit inducere arbitrium iudicis, id est arbitrariam condemnationem, quoniam in iis nulla præcedit obligatio, nec aliud quicquam quod obligationis vice sit ex quo

21 possit sequi condemnatio.† At in actionibus bonæ fi-
dei, si tollas hereditatis petitionem, de qua ob hanc
forrasse caussam dubitatum olim fuit, præcedit obli-
gatio ex contractu, vel quasi, quæ sufficit ad inducen-
dam personalem actionem, & ex actione condemna-
tionem, vt pluribus à nobis tractatum est libro supe-
riore cap. 1. Proinde si depositarius actione depositi
conuentus, dolo malo differat rei depositæ restitutio-
nem, tam citò támque facilè condemnari potest, quã-
ti actor iolitem iurauerit, quàm vt rem ipsam resti-
tuat, cùm nec aliter possit depositi condemnari quàm
si sit in dolo, quod ipsum sufficit vt iusiurandum de-
feratur. Idémque in aliis omnibus bonæ fidei actio-
22 nibus tractari potest si dolus interuenerit.† Postremò
vt hanc primam disputationis nostræ partem absol-
uamus, in eo maximè peccat Bartolus quod tractat
de æstimatione per iusiurandum in litem facienda:
quasi verò tanti res esse credenda sit, quanti sua in
teresse actor iurat. Quod sanè abhorret manifestè à
principiis iuris. Nam vt iam attigimus *ex l. 1 de in lit.
iur.* cùm per iusiurandum in litem crescit condemna-
tio ex contumacia non restituentis, siue ad restitu-
tionem teneatur ex præcepto iudicis siue ex vi, & po-
testatæ contractæ obligationis, non pluris res fit per
hoc, sed contumacia æstimatur vltra rei precium.
Quare habent prudentes ista non modò pro diuersis,
sed etiam pro contrariis, Condemnari quem quanti
res est, & condemnari quanti actor in litem iurauе-
rit *l. si tutor. 8. eod.* vbi Marcellus scribit, æquum non
esse precio suo, id est quãti res est litem æstimati cùm
& contumacia punienda est, & domini potius arbi
trio precium statuendum, vt non quod in rei veritate
est inspiciatur, sed quanti res est ab actore æstimata,
vt & in *l. pen. §. 1. D vt quis cum qui in ius vocat. est vi e-
x m.* licèt is locus de ea æstimatione loquatur quæ per
nudam actoris petitionem facta est. non per iusiuran-
23 dum in litem. † Quin & dicimus multùm referre an
quod interest agentis solùm æstimetur, veluti cùm
culpa punitur non restituentis vel non exhibentis,
An verò dolus aut contumacia non exhibentis vel
non restituentis puniatur, quod fit cùm in litẽ actor
iurat *l. 2. de in lit iur. l. semper 15 §. hoc interdicto & seqq.
D. quod vi aut clam. l. quod si possessor. D. de rei vindicat.*
24 † Absurdum igitur est dicere cum Bartolo æstimari
quanti res est per iusiurandum in litem, quia quoties
iuratur non solùm quanti res, sed etiam quanti con-
tumacia est, æstimatur: & consequenter absurdum
etiam est quærere. Cuius temporis ratio habenda sit
in re debita per iusiurandum in litem æstimanda. Nã
cùm eo modo non tantùm res ipsa æstimetur, vt di-
ximus, sed etiam contumacia quæ semper durat, quis
non videt in arbitrio & facultatè iurantis positum
esse vt æstimationem quam pro arbitrio facit, referat
ad quod vult tempus siue præteritum illud sit, siue
præsens? aut potiùs ad nullum, qui scilicet pro ratio-
ne habeat propriam voluntatem iudice ipso permit-
25 tẽte?† Hæc cùm ita sint, alia igitur interpretatio quæ-
renda est ad Vlpianum in *dict. l. 3. §. in hac. D. commod.*
vbi quod ait *in hac actione sicut in cæteris bonæ fidei iu-
diciis similiter in litem iurabitur: & rei iudicandæ tempus
quanti res sit, obseruatur*, proculdubio accipiendum est
vt docere velit duo esse in actione cõmodati in qui-
bus vt in cæteris omnibus ea actio conueniat cum a-
liis bonæ fidei iudiciis: quorum vnum illud est quod
in ea iuretur in litem, quemadmodum & in aliis in
quibus agit quis ad rem propriam contra dolosum re-
petendum: Alterum est, quod si quæratur de re quæ
petitur, non ab actore per iusiurandum in litem, sed
ab ipso iudice æstimanda quanti re vera sit, rei iudi-
candæ tempus spectatur, vt in cæteris bonæ fidei iu-
diciis fieri solet, non litis contestatæ, vt in strictis. A-
lioqui si commentitiã illam Bartoli interpretationẽ
sequare, dicendum erit mancam & imperfectam esse
Vlpiani sententiam. † Quid enim si aduersus com- 26
modatarium in litem iurari non possit? Pone non esse
eum in dolo sed tantùm in culpa. Aut ne quidem in
culpa sed tantùm in mora, quæ & potest vtique con-
trahi citra culpam vt diximus. His certè casibus iusiu-
randum in litem non defertur, *d. l. in actionibus*, nec eo
minùs tamen quærendum est cuius temporis ratio
habenda sit in ineunda rei commodatæ quę non red-
ditur, æstimatione *d. l. 2. De in lit. iur.* Sed neque se-
quentia illa *quamuis in strictis iuris iudiciis litis contesta-
tæ tempus spectetur* ad eum casum referri possunt, quo
agenti ex iudicio stricto iusiurandum in litem deferri
oporteat, quandoquidem, vt docuimus, quoties iura-
tur in litẽ iudicio stricti iuris, ideò iuratur, quia præ-
sens æstimatio debetur, quæ porro nisi per actoris ius-
iurandum sciri non potest: Nec iurandi necessitas vlla
esset, si referenda esset æstimatio ad tempus litis con-
testatæ, aut vt Bartolus vult, ad tempus moræ. † In 27
quo etiam obseruandum est Bartolum ab Vlpiano
dissentire. Vlpianus enim spectari vult tempus litis
contestatæ, Bartolus moræ, si qua mora præcesserit li-
tem contestatam. Ratio autem qua mouetur ille vt
tempus moræ reponet pro tempore litis contestatæ
falsa etiam est. Etsi namque in iudiciis strictis num-
quam iuratur in litem nisi mora præcedente, mora ta-
men non idcirco requiritur vt eius ratio aliqua ha-
beatur in re æstimanda, sed ob id duntaxat, quòd si
mora nulla præcederet, debitor speciei interitu libe-
raretur, nec proinde æstimationem vllam deberet *d. l.
si ex legati 23. de verb. obl. l. si fideiussor. 19 D. de dolo.* At-
qui non iuratur in litem in iudiciis strictis nisi post
tem peremptam ante litem contestatam quia facilè si-
ne delatione iusiurandi potest iudex æstimare rẽ quæ
extat *d. l. in actionibus in fin. iunct. l. seq.* † Ideóque nimi- 28
rum si poneres in specie *l. nummus 3. eod.* creditos fuisse
non depositos nummos qui ad certam diem reddi de-
buerunt nec redditi sunt, dicam perinde quidem cõ-
demnari debere eum qui mutuos accepit, in id omne
quod interest creditoris sua die redditos fuisse, pro-
pter diei adiectionem, sed negabo deferendum esse
in eam rem iusiurandum creditori, quia nũmi illi qui
iudicio stricto repetuntur, nec possunt perire, cùm re-
cipiant functionem in suo genere, nec incertam ha-
bere æstimationem: Cessatque hîc necessitas illa quæ
sola induxit vt in iudiciis strictis in litem iurandum
aliquando sit inuita iuris ratione. Ad quod proculdu-
bio idem Vlpianus noster eo loco respicit cùm loqui-
tur de nũmis depositis, vt intelligamus non idem es-
se in creditis, aut debitis ex stipulatione, aliòve con-
tractu stricto † Sic refutato Bartoli commento quod 29
cæteri interpretes non alia ratione probasse videntur
quàm quia nihil melius excogitare potuerunt quod
dicerent, illa nobis conclusio & definitio certa ex Vl-
piano relinquitur, Differre iudicia bonæ fidei à stri-
ctis, cùm quæritur de rei debitæ æstimatione aliter
etiam, quàm per iusiurandum ineunda: in iudiciis e-
nim bonæ fidei spectatur tempus rei iudicandæ, in
strictis litis contestatę. Cui conuenit Africanus in *d.
l. hominem 37 mand.* vbi disertè scribit aliud in manda-
to seruari, aliud in stipulatione, his verbis *Aliter in sti-
pulatione seruatur. Nam tunc id tempus spectatur quo a-
gitur.* Non. n tempus illud quo agitur aliud est, quàm
quo litis contestatio sit, vt interpretes omnes consen-
tiunt.

tiunt, ficut nec tempus quo petitur, De quo in *d.l.vinum. & d.l.vlt. de condict. tritic.* quibus locis hoc ipsum
traditur quod nos defendimus, in iudiciis ftrictis fi
dies adiecta non fit obligationi, eam præftari æftimationem quæ fuit tempore litis conteftatæ. Cur autem
adiecta die aliud fit, dicemus poftea. Vnus tantùm iuris locus eft qui Bartolum coegit vt fupradictis erroribus fe inuolueret, nullámque inter bonæ fidei iudicia & ftricta differentiam conftituendam putaret. Is
eft in *l. pen. ff. de cond. tritic.* vbi idem Vlpianus fcribere
videtur in condictione triticaria quæ vel femper ftricta vel faltem tam fui natura ftricti iuris quàm bonæ
fidei eft, fpectandum effe tempus rei iudicandæ, aut
mortis fi res perempta fit, aut moræ fi mora vel mortem vel condemnationem præceffent. Sed priufquàm
de illius loci fententia dicamus, recentiorum opiniones referendæ nobis funt, & refellendæ, vt coniecturis noftris proponendis locus fiat.

CAPVT II.

In quo eluceat differentia iudiciorum bonæ fidei & ftricti iuris cùm de æftimanda re debita tractatur.

SVMMARIA.

1 *Iudicia bonæ fidei & ftricti iuris, quum de eunda citra iusiurandum rei debita æftimatione agitur, inter fe differre.*
2 *Differentiam illam à nonnullis in hoc conftitui, quòd in ftrictis litis conteftatæ tempus præcisè, in b. f. iudiciis condemnationis fiue mora aliqua fiue nulla fit, fpectetur.*
3 *Superior differentia rationibus & iuris authoritate euertitur.*
4 *Triticariæ actionis natura.*
5 *Cuius temporis æftimationem recipiat res quæ ea actione petitur?*
6 *Alios Interpretes in propofita initio quæftione diftinguere an mora per debitorem commiffa fit nec ne.*
7 *Cur Interpretes in hac diftinctione de frugibus loquãtur?*
8 *Vlpianum in* §. in hac. l. 3. commod. *nonnifi de fpecie debita accipiendum effe.*
9 *Legem* vlt. ff. de condict. tritic. *quæ de mercibus agit, ad fpecies quoque debitas extendendam effe.*
10 *Differentia à Cuiacio inter b. f. & ftricta iudicia conftituta, eiufque fundamenta.*
11 *Fieri non poffe vt mora vno cafu excepto per conteftationem non contrahatur.*
12 *In ftrictis iudiciis tempus litis conteftatæ fpectandum effe, nec admittendam exceptionem illam Cuiacij, nifi mora conteftationem præcefferit.*
13 *Refpondetur ad legem pro dicta exceptione allatam.*
14 *An in ftrictis præcedente mora æftimatio ad tempus moræ reducatur?*
15 *Ratio differentiæ inter b. f. & ftricta iudicia à Cuiacio & Hotomanno conftituta refellitur.*

1 RECentiores † interpretes in eo nobifcum ferè omnes conueniunt quod proximè diximus, & euicimus contra Bartoli & fequacium errorem: differre
iudicia bonæ fidei & ftricti iuris, cùm quæritur de ineunda citra iusiurandum debitæ rei æftimatione: Sed
in ea differentia explicanda quænam & qualis fit, diffident valde inter fe: nonnulli etiam à feipfis: ego omnino ab omnibus. † Sunt qui putent differen-
2 tiam in eo elucere, quod in iudiciis ftrictis fpectamus
præcisè tempus litis conteftatæ *ex leg. vinum 22. Digeft. de reb. credit. leg. vltim. Digeft. de condict. triticar.*
leg. hominem 37. Digeft. mandat. In iudiciis verò bonæ
fidei tempus condemnationis, idque indiftinctè, id
eft fiue mora aliqua præcefferit aut fubfecuta fit conteftationem vel condemnationem, fiue nulla: eámque Vlpiani apertiffimam effe fententiam *in l. 3. §. in hac. Digeft. commod.* vbi de hac quæftione tractans fcribit generaliter, in iudiciis bonæ fidei tempus rei iudicandæ quanti res fit obferuari: in ftrictis verò tempus litis conteftatæ fpectari, non adhibita ea diftinctione: Moráne præcefferit, an non. Quis verò credat fieri poffe vt ad iudicem aut faltem ad fententiam
perueniatur, quin mora præcedat? Et hanc fententiam
vir quidam in iurifprudentia noftra maximus &
præcipuæ apud me auctoritatis, cuius nomini parcendum arbitror, aliquando fequebatur, ac mirifica oftentatione ingenij & eloquentiæ pluribus verbis
quàm rationibus comprobabat. † Sed tamen hanc 3
fententiam euidenter impugnat Pomponius *in lege tertia, §. vltim. de action. empt.* Nam fi per venditorem
vini mora facta fuerit quominus traderet, placet
Pomponio condemnari eum oportere vtro tempore
pluris vinum fuerit, vel quo venit vel quo lis deducitur in condemnationem. Quod fi per emptorem
mora fuit, æftimari oportere precium quod fit cùm
agatur. Moræ igitur ratio habenda eft, nec tempus
condemnationis præcisè fpectandum in bonæ fidei
iudiciis, quale proculdubio empti & venditi iudicium eft. † Obftat etiam Vlpianus nifi noua interpre- 4
tatione donetur *in l. hac penul. Digeft. de condict. triticar.* vbi tractat de condictione triticaria quæ generalis effe creditur ad omnes tam bonæ fidei quàm ftricti iuris actiones, adeóque fi certam naturam habeat,
ftrictis propiùs fanè accedit quàm iis quæ funt bonæ
fidei, quia competit ex ftipulatione & ex alia quacumque cauffa fiue res mobiles fint fiue foli, denique ad omnes res fola excepta pecunia numerata *leg.
1 eodem titul.* † Et tamen vult Vlpianus in ea actione fi 5
quæratur res quæ petita eft cuius temporis æftimationem recipiat, veriùs effe quod Seruius dicebat condemnationis tempus fpectandum effe fi res extet, fin
defierit effe in rebus humanis, fpectandum tempus
mortis, vtroque autem cafu, id eft fiue res extet fiue
non, moræ habendam effe rationem, eius verò temporis quo lis fuerit conteftata ne meminit quidem. † 6
Alij diftinguunt an mora per debitorem commiffa fit
nécne. Si commiffa fit, non dubitant quin omnem
frugum vtilitatem præftari oporteat. ac propterea
quanti plurimi fruges fiue contractus, fiue iudicij accepti condemnationis tempore fuerint æftimati ex *d. l. 3. §. vlt. & l. fi sterilis 21. §. cùm per venditorem de act. emp.* vbi verò mora nulla eft, fi in diem concepta fuit
obligatio, æftimationem quæ tunc fit præftari voluit,
ex *d. l. vinum d. l. vlt. de condic. tritic. l. quoties 59. de V. O.*
Sin dies adiecta non eft, præftari æftimationem ex
ftrictis iudiciis infpecto tempore litis conteftatæ, in aliis verò quæ bonæ fidei funt, infpecto tempore rei
iudicatæ *ex dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* † Ideo autem 7
de frugibus loquuntur, quoniam aliud iuris effe putant, fi fpecies debita proponatur, vt homo, vel fundus, vt fortiffimam illam obiectionem effugiant ex *d. l. penult. de cond. tritic.* quam quia tractat de homine,
coarctant ad eum cafum quo fpecies debeatur, ne alioqui pugnet illa lex cum feq. quæ in ipfa condictione triticaria tempus litis conteftatæ infpici vult, fi
dies non fit adiectus. Quæ fuit iam olim fententia
Irnerij à Francifco Hotomano his ipfis ferè verbis
expreffa quæft. 16. Illuftr. quæftionum. † Sed quàm fal- 8
fa fit conftat ex *dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* qui locus,

vt Bartolus quoq; bene vidit, & contra Irnerium disputauit, nō nisi de specie debita intelligi potest, quia quantitas commodari nequit, vt quantitas *d. l. 3. §. vlt. cum l. seq.* Non potest autem differentia quæ ibi traditur inter iudicia bonæ fidei & stricta locum habere, nisi æquè ad speciem debitam referatur, id quod Vlpianus ait in iudiciis strictis spectari tempus litis con-
9 testatæ. † Idem etiam constat *ex d. l. vlt. de cond. tritic.* quæ cùm vult similiter in cōdictione triticaria si dies adiecta non sit inspici contestationem, licet de vino, oleo & frumento loquatur, subiicit tamen de cæteris rebus idem esse: quæ verba tam generalia qui restringere volunt ad cæteras res similes, id est quæ mercis appellatione continentur, vt species excludant, faciūt proculdubio vim legi, & iniuriam iuris rationi, quæ certè non patitur vt species à mercibus hac parte se-
10 parentur. † Itaque Iacobus Cuiacius cùm aliquando distinctionem illam mercium & specierum probasset *tract. 3. ad Africanum ad l. mercis 207. de verb. sign.* eam postea improbauit in interpretatione *l. hominem 37. D. mand.* vbi meliùs sibi visus est totam rem hanc videre, nec tamen vidit meo iudicio aut explicauit feliciùs. Differentiam enim quam inter bonæ fidei & stricti iuris iudicia ab ipsis prudentibus constitutam agnoscendam esse fatetur, sic agnoscit vt tamen effectu ipso nulla prorsus esse videatur. Distinguit enim an mora aliqua condemnationem & contestationem præcesserit, necne, & mora præcedente non dubitat quin ab eo tempore debeatur quanti plurimi vnquā res fuit siue moræ tempus illud sit, siue litis contestatæ, siue rei iudicatæ, siue mortis cùm res debita talis est quæ mori & perire potest. Ex *§. vl. d. l. 3. de act. empt.* qui loquitur de iudicio bonæ fidei, ex *dict. l. hominem.* quæ loquitur de stricto. Denique ex *d. l. pen. de condict. tritic.* quæ tractat de condictione triticaria generali ad omnes, vt diximus, bonæ fidei & stricti iuris actio-
11 nes. † Hoc vero si ita est, vix dici potest quo demum casu possit dici differre hac in re iudicia bonæ fidei à strictis: nisi vno illo, qui vix vnquam contingat, quo conueniatur ad condemnationem citra moram. Nam si verum est quod dici solet, post litem contestatam omnes possessores esse pares, id est malæ fidei possessores & prædones *l. sed et si lege 25. §. si antè de petit. hered.* quanto minus fieri potest vt mora saltem per contestationem non contrahatur? Scilicet extra casum illum singularem quem Papin. proponit in *l. 3. in princ. de vsur.* & de quo scripsimus lib. 7. c. 1. Facilius siquidem est moram contrahi quàm malam fidem induci. Ergo vt iuris regula ad ea quæ frequentiùs accidunt quod par erat, accommodaretur, debuerat potiùs sic concipi vt tam strictis quàm in bonæ fidei iudiciis, vtro tempore pluris vnquam res fuisset, æstimaretur in tempus vsque condemnationis aut mortis, nisi eo demum casu quo mora nulla præcessisset condēnationē.
12 † At longè aliter Iureconsulti locuti sunt: spectandū scilicet in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicandæ *d. l. 3. § in hac D. commod.* Nisi si moræ tempore pluris res fuit *d. l. 3. § vlt. de act. empt.* In strictis verò tempus litis contestatæ, *dict. §. in hac, & d. l. hominem 37. Digest. mand.* nuspiam addita exceptione illa quam Cuiacius ponit, Bartolum secutus nisi mora contestationem
13 præcesserit. † Nam quod ad eam rem adducit ille post cætera verba illa Africani *dict. leg. hominem, Nisi fortè per promissorem steterit quo minus sua die solueret*, non ad quamlibet moram referendum est, sed ad eam duntaxat quæ contrahitur per lapsum diei adiectæ in obligatione, cuius multo maior vis est quàm eius quæ contrahitur per extraiudicialem interpellationem, vt dicemus in sequētib. † Sed nec verum illud est, quod 14
Cuiacius ait probari ex *dict. leg. pen. de condic. tritic.* præcedente mora reduci æstimationem ad tempus moræ, Id enim illo demum casu admittit Vlp. quo seruus debitus deterior factus sit post moram, ita innuens aliud dicendum esse si non deterior factus sit puta claudus, & eluscatus, sed tantùm minoris æstimationis, quòd longè diuersum est, vt docebimus ad eam legem. † Sed & ratio illa quam Cuiacius & Ho- 15
tomanus reddunt huius differentiæ quam verbo duntaxat agnoscunt inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris, ostendit manifestè fieri non posse vt in æstimanda re ex contractu stricto debita, moræ quæ contestationem præcessit ratio vllà habeatur. Aiunt enim differentiam ex eo descendere, quòd in iudiciis strictis iudex ad eam ipsam quantitatem certam quę in iudicium deducta fuit adstrictus est, in iis verò quę bonę fidei sunt liberam ex bono & ęquo ęstimandi potestatem habet *§. in bonæ fidei Instit. de action.* nec aliud in eis petitur, nisi quod iudex arbitrabitur & ęstimabit dari debere ex fide bona atque ita facta relatione ad tempus rei iudicatę. Nam si ita est vt est, fierine obsecro potest, vt iudex addictus actioni ex stipulatu adeóque verbis ipsis stipulationis, rationem vllam habeat moræ pręcedentis? Est enim id proculdubio extra caussam obligationis per stipulationem contractę, nec proinde aut contractus, aut iudicij stricti natura patitur, vt ob moram æstimatio rei debitæ augeatur, non magis quam vt ex iudiciis strictis, aut fructus, aut vsurę alięvè accessiones à die morę pręstentur. Id namque proprium ius est iudiciorum bonę fidei, quæ pleniores ex bona fide & vberiores præstationes admittere solent. Restat igitur ne in aliis referendis & refellendis longiores simus, vt nouam nostram de tota hac quæstione coniecturam, quam dilucidè facerę poterimus, proponamus.

CAPVT III.

Vera interpretatio l. 3. §. in hac D. commod. l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vltim. de condict. tritic.

SVMMARIA.

1 *Vera explicatio differentiæ inter bonæ fidei & stricta iudicia, & distinctio inter obligationem puram & eam quæ in diem concepta est.*

2 *In strictis iudiciis, si pura sit obligatio litis contestatæ tempus ad ineundam rei debitæ æstimationem præcisè inspiciendum esse.*

3 *Respondetur ad* §. 1. l. Iulianus de rei vindic. *contrà allatum.*

4 *Non posse in ea lege locum esse propositæ quæstioni de ineunda rei debitæ æstimatione.*

5 *Moræ contestationem præcedentis rationem nullam in hoc iudiciorum genere haberi si pura sit obligatio.*

6 *Respondetur ad* l. hominem 37. ff. mandat.

7 *Ratio superioris sententiæ.*

8 *Affertur in eandem sententiam illa iuris regula, Quale quid est cùm petitur, tale dari debet.*

9 *Annon ex illa regula potius probetur in strictis iudiciis æstimationem à die litis contestatæ in diem vsque condemnationis crescere debere.*

10 *Cur in strictis iudiciis quale quid est quum petitur tale dari debeat, nec præcedentis aut subsequentis temporis vlla ratio habeatur?*

11 *Ad quid prosit mora per simplicem interpellationem vel per contestationem contracta, si species vel si merx debeatur?*

12 *Nouationem*

11 *Nouationem quæ fit per litis contestationem in strictis iudicijs non facere meliorem creditoris conditionem.*

13 *Moroso debitori in strictis iudicijs frustrationem suam nec prodesse nec nocere debere.*

14 *Aliud esse moram alicui suam prodesse, aliud non nocere.*

15 *In bonæ fidei iudicijs rei iudicandæ tempus si tunc pluris res sit litis contestatæ si tunc pluris res sint inspiciendum esse.*

16 *Cur non sicut in strictis ita in b.f. iudicijs litis contestatæ tempus præcisè spectetur?*

17 *Cur prudentes ubi de mensura in b.f. iudicijs rei debitæ æstimatione tractarunt, litis contestatæ nusquam meminerint?*

18 *An totius intermedij illius temporis quod inter moram siue duplicem siue extraiudicialem, & condemnationem intercedit aliqua habenda sit ratio.*

19 *Refellitur opinio Interpretum existimantium, quodcunque tempus spectetur, actori quanti plurimi ab eo tempore res fuit præstandum esse.*

20 *In conditione furtiua a die commissi furti quanti plurimi unquam fuit res furto ablata, præstandum esse.*

21 *Multum referre an debeatur vero tempore pluris res fuit, an verò quanti plurimi unquam res fuit.*

22 *Actionem legis Aquiliæ cum conditione furtiua hac parte in omnibus fere conuenire.*

1 DIstinguenda proculdubio sunt iudicia bonæ fidei
à strictis, vt iam contra Bartolum probauimus ex
l.3.§.in hac. D.commod.& l.hominem 57. D. mandat. Sed
differentia longè aliter explicanda est quàm à recentioribus factum sit. Tractabimus primùm de obligatione pura, mox de obligatione in diem certam concepta. Est enim quæstio hæc tam perplexa, & ab aliis interpretibus adeò perplexè & inuolutè disputata, vt nobis tanto magis laborandum sit ne quid obscurè aut indistinctè dicere videamur.† Si pura nō in diem
2 obligatio fuit, dico in iudiciis strictis inspiciendum
esse tempus litis contestatæ ad ineundam rei debitæ
æstimationem ex *dict.l.3.§. in hac & dict.l. hominem.l. vltim. D.de condict.tritic.leg. vinum 22. D. de reb.credit.*
Et quidem præcisè, id est ita vt neque rei iudicandæ
tempus vllo modo spectetur (etiamsi mora contracta
sit per contestationem maiórque reperiatur debitæ
rei æstimatio tempore rei iudicandæ quàm fuerit
tempore litis contestatæ) neque moræ illius quæ contestationem præcesserit, tametsi tūm etiam pluris res
fuisse proponatur. Mouet me primùm illud quod vt
iam dixi in superioribus: nullo iuris loco scriptum reperies iudicem in æstimanda re debita ex iudicio stricto spectare debere tempus rei iudicandæ. Nam quod
ait *lex penult. in.de condic. tritic.ar.* quæ vna interpretibus omnibus tenebras effudit, condemnationis tempus inspiciendum esse, longè aliam habet sententiam quam nos loco suo tradermus. † Quod autem
3 nonnulli etiam in eandem rem obiiciunt ex *leg. Iulianus 17.§.1. Digest.de rei.vindic.* prorsus alienum est à
proposita quæstione. Ibi enim Vlpianus ex Iuliano
hoc duntaxat scribit si moram possessor fecerit in homine reddendo, & homo mortuus sit, etiam fructuū
rationem vsque ad tempus rei iudicatæ spectandam
esse. Itaque non de iudicio stricto loquitur, sed de
vindicatione & actione in rem quæ est arbitraria, nec
rursus de æstimatione rei, sed de fructibus, & quidem
eo casu quo possessoris dolo aut culpa homo perierit, quemadmodum nos eum locum ex aliis interpretati sumus lib. 2. cap. 6. † Proinde non potest in ea
specie locus esse propositæ quæstioni de ineunda rei
debitæ æstimatione, quia siue dolus possessoris intercessit, locus est iuramento in litem per quod arbitrio
petitoris non tantùm homo, sed etiam possessoris
dolus æstimatur. Sin culpa tantùm interuenit non
dolus, aut si mora tantùm etiam citra culpam, æque
locus est iuramento, non vt dolus qui nullus est, sed
vt res ipsa æstimetur, quæ licet non extet cùm tamen
extare adhuc credatur, & debeatur, omnimodo æstimanda est ex tempore præsenti, æstimari autem à iudice sine delatione iusiurandi nequaquam potest *l. in actionibus 6. §. planè Digest. de in lit. iur.* qui locus tametsi de stricti iuris iudiciis loquatur, tamen ad arbitrarias & bonæ fidei actiones in quibus faciliùs iurandi facultas concedi solet, multo magis pertinet, eadem non solùm æquitate sed etiam necessitate in omnibus idem iurandi ius inducente. Nullus igitur in
toto iure locus est quo probari possit in iudiciis strictis ineundam esse rei debitæ æstimationem inspecto
tempore rei iudicandæ, siue mora aliqua contestationē præcesserit siue nulla. † Nec vllus rursum, qui pro- 5
bet moræ contestationem præcedentis rationem vllā
in hoc iudiciorum genere haberi oportere. Quod n.
scriptum est *in d.l. vinum 22. de reb. cred. dict.l. vltim.de cond.tritic. & in d. l. quoties 69. de verb. oblig.* tanti æstimandam rem quæ petitur per cōdictionem triticariā,
quanti fuisset eo die quo dari ex conuentione debuisset, ad propositam disputationem non pertinet. Tractamus enim de pura obligatione, non de ea quæ diē
certam habuerit, de qua sunt omnes illi loci. Quantum verò distet inter moram quæ per lapsum diei
expressim adiectæ, & eam quæ per interpellationem
extraiudicialem contrahitur, suo etiam loco dicemus. † Idem responderi potest ad Africanum *in dict. leg. hominem.* Illa enim verba *nisi forte per promissorem steterit quominus sua die solueret* ostendunt satis, non
tam nocere debitori quod interpellatus non soluerit, quàm quod non soluerit *sua die* id est ea ipsa
die, in qua vt solueretur, conuenerat. Itaque extra casum illius exceptionis quæ sola placuit Africano, id est, si de solutionis die nihil dictum sit, sequemur definitionem illam generalem ab Africano
ipso ibidem traditam, vt si ex stipulatione agatur, &
præstanda sit æstimatio, tempus illud, quo agitur,
spectetur id est tempus litis contestatę. † Moueor e- 7
tiam ex eo quòd mora quæ precedit litis contestationem non potest maioris esse potestatis quàm quæ
per contestationem ipsam contrahitur. Tanto enim
potentior est contestatio quàm extraiudicialis interpellatio, quanto impudentior ille est qui pro re
quam scit se debere, patitur vocari in ius, & apud iudicē aut negat se debere, aut ex alia quacunque caussa differt solutionem. Nam & inde fit vt per contestationem inducatur mala fides quę alioqui per solam interpellationem extraiudicialem non induceretur, *leg. sed si lege 28. §. si ante D. de petit hered.* Atqui fatentur recentiores, si mora nulla contestationē
præcesserit non posse contestationem facere vt quanti plurimi res ab eo tempore fuit in diem vsque condemnationis pręstari debeat actori: Hanc enim solam
differentiam hac parte agnoscunt inter iudicia bonę fidei & stricta, in eóque solo dissentiunt à Bartolo & antiquioribus, qui contestationem non minoris efficacię volunt esse quàm interpellationem extra
iudicium factam: Cur ergo ex contrario dicemus plus
posse morā extraiudicialem, vt totius tēporis exinde
secuti rationē haberi oporteat? † Sed me omnium maxi- 8
mè mouet ratio ipsa iuris, quę precipua mihi sem-

per lex est, & omnibus esse debet. Quale quid est cum
petitur, tale dari debet, inquit Papinianus *in l. 2. D. de*
usur. vbi ob hanc caussam vulgo receptum esse ait vt
ex strictis quoque iudiciis post litẽ contestatam caus-
sa præstetur, id est accessiones naturales vt fructus *l.*
videamus 38. §. si actionem de usur. Ea igitur æstimatio
præcisè præstanda est, quæ fuit cùm res peteretur. A-
9 lioqui non posset videri præstita res qualis tunc fuis-
set, si alterius temporis æstimatio præstaretur. † Dices
fortasse rationem hanc si recta est facere potiùs, vt æ-
stimatio crescere debeat à die litis contestatæ in diem
vsque condemnationis. Nam si Papiniano idonea visa
est ad inducendam condemnationem fructuum post
litem contestatam perceptorum, qui licet ex re ipsa
nati sint, vbi tamen separati fuerunt à fundo in aliam
rem & speciem transierunt, quidni erit accommoda-
tior ad persuadendum, quòd æstimatio quæ nihil a-
liud est quàm res ipsa quæ petitur, ex die litis conte-
statæ augeatur? Sed respondeo non esse hæc similia:
vel ob hoc ipsum quod æstimatio illa de qua tracta-
mus, vsque adeò intelligitur res ipsa quæ petitur, vt si
aliud quàm litis contestatæ tempus in ea constituen-
da spectandum esset, alia procul dubio res dari vide-
retur, quàm quæ petita esset, certè non qualis tùm
fuisset. Fructus verò ideo debentur à die litis conte-
statæ, quòd non videretur alioqui reddita res, qualis
tempore iudicij accepti, cùm si reddita fuisset, eos
fructus actor deinde percepisset. Denique æstimatio
semel deberi cœpta certo tempore inspecto, omnes
alias æstimationes excludit, quæ aliis inspectis tem-
poribus constitui possint: quia quemadmodum semel
tantùm id deberetur quod non nisi semel positum
est in obligatione, ita non nisi vnius præcisè tempo-
ris ratio haberi potest in eo æstimando. At non exclu-
dit similiter ea certi temporis æstimatio accessiones
naturales, quæ nihil cum ea commune habent nisi
quod ipsam sequuntur sicut & rem ipsam si extaret
sequerentur *dict. leg. Iulianus 17. §. 1. Digest. de rei vin-*
10 *dic.* † Indiget autem supradicta Papiniani ratio maio-
re aliqua luce. Ipsum enim obscurum est cur in iu-
diciis strictis quale quid est cùm petitur tale debeat
dari, nec præcedentis aut subsequentis temporis vlla
prorsus ratio habeatur? Puto id pendére ex veteribus
formulis iudiciorum quas prætor dictare solebat cùm
iudices daret in hora ipsa contestationis. Erant au-
tem hæc ferè verba formulæ solennia *si paret Lucium*
Titium Sempronio debere centum aut hominem ex stipu-
latu tunc eum Sempronio condemnato. Referebantur ita-
que ad tempus præsens, id est litis contestatæ & iu-
dicij accepti, siue strictum siue bonæ fidei iudicium
proponeretur. Eaque sola erat differentia ex qua in-
numeræ aliæ sequebantur, quòd in bonæ fidei iudi-
ciis addebatur in formula *ex fide bona*, quibus verbis
potestas fiebat iudici de iis quoque iudicandi quæ li-
tis contestatæ tempore non debebantur, si modò id
æquitas suaderet, vt puta de vsuris, de eo quod acto-
ris interesse posteà cœpisset, de interponendis cautio-
nibus & aliis huiusmodi. Proinde si quando necesse
erat sic ferri sententiam vt pro re ipsa quæ debeba-
tur eius æstimatio deduci deberet in condemnatio-
nem, fieri non poterat vt iudex stricto iudicio addi-
ctus, aliam quàm litis contestatæ æstimationem se-
queretur, siue mora iam antè contracta esset: siue
11 non: † etsi non ex contractu stricti iuris perinde con-
trahitur mora etiam per simplicem interpellationem
ac multò magis per contestationem atque si ex bonæ
fidei contractu debitum esset, non tamen potest ea
mora prodesse ad inducendas vberiores præstatio-
nes, quas in aliis iudiciis induci bona fides suaderet,
sed ad hoc tantum vt perpetuet obligationem si for-
tè species debeatur, quæ perire facilè potest, & qua
perempta si mora nulla præcessisset debitor liberare-
tur *l. si ex legati 23. l. si seruum 91. § sequitur. & §. vltim.*
de verb. obli. Nã in merce quæ nec perire nec deterior
fieri vllo modo potest, quia in genere cõsistit, nullius
planè momenti est mora quoties debetur ex contra-
ctu stricto. Taceo quod nec solet nec potest mora au-
gere principalem obligationem id est facere vt plus
in obligatione sit post moram, quàm fuerit ante mo-
ram, sed mouere duntaxat officium iudicis vt acces-
sionum præstationibus augeat ex bona fide & æqui-
tate condemnationem, nimirum quoties actionis na-
tura tale iudicis officium vel arbitrium admittit, id
est in bonæ fidei actionibus, & in arbitrariis, non e-
tiam in strictis. *l. quæro 54. D. locat. l. qui per collusionem*
49 §. vlt. de actio. empt. † Nec aliud iuris est in ea mora 12
quæ contrahitur per contestationem, quia nouatio il-
la quæ per contestationem fieri dicitur sicuti non de-
bet facere deteriorem creditoris condicionem. *l. non*
solet 86. de regul. iur. ita nec potest facere hac parte me-
liorem. Neque enim immutat naturam obligationis
ex qua primùm agi cœptum est, eiusdémque condi-
cionis manet actio cuius anteà fuit *l. aliam 29. D. de*
nouat. quandoquidem actionem illam quæ primùm
fuit, accommodatur formula prætoris, cuius potestas
in diem vsque iudicati durat. Igitur siue post moram
extraiudicialem siue post iudicialem quæ per conte-
stationem contrahitur, rei debitæ æstimatio creuerit,
non idcirco tamen aliam æstimationem iudex seque-
tur, quàm quæ fuit tempore litis contestatæ. † In eó- 13
que mirandum est hallucinatos recentiores inter-
pretes ignoratione eius ipsius iuris cuius rationem
non ignorarunt. Veteribus enim minùs succẽsendum
est, qui in iis omnibus quæ ad veterum iudiciorum
formulas titulsque pertinebãt, nihil prorsus viderunt.
An igitur moroso debitori frustratio sua proderit?
Minimè. Sed nec nocebit, quoniam iudicium quòd
exercetur tale est vt ob moram debitoris pinguior
creditoris actio fieri nequeat: Nec magis potest con-
queri creditor de iniquitate iudicij quàm de seipso
cur ita contraxerit, neque melius sibi prospexerit, aut
cur citiùs litem contestatus non sit. † Aliud autem est 14
moram alicui suam prodesse, aliud, non nocere: quã-
quam nec absurdum esset prodesse in eo iudicij gene-
re, in quo nulla prorsus moræ ratio haberi potest.
Prius enim est vt moræ rationem aliquam haberi o-
porteat, quàm vt de eo quæri possit, An mora prodes-
se debeat aut nocere, nécne, Et hæc quidem de iudi-
ciis stricti iuris. † In iis verò quæ sunt bonæ fidei lon- 15
gè aliter obseruandum arbitror: In iis scilicet cùm a-
gitur de re debita æstimanda non spectari præcisè
tempus litis contestatę, quomodo in strictis, sed etiam
rei iudicandæ *d. l. 3. §. in hac D. commod.* Nimirum si eo
tempore quo sententia redditur pluris res sit *l. 3 §. vlt.*
D. de action. empt. Nam si tempore litis contestatę plu-
ris fuit, vtique eius temporis habenda erit ratio, Ne
aliter posito iure accidat vt debitoris ob id melior
condicio sit quod bonæ fidei iudicio ex mora conue-
niatur: Cùm si stricto conuenitetur, eam deberet æ-
stimationem vt diximus, quæ fuisset tempore conte-
stationis. Si enim tempus moræ etiam extraiudicialis
spectandum est cùm pluris eo tempore fuit *d. §. vlt. l.*
3. de action. empt. quidni multo magis spectabimus
tempus morę quę in iudicio contrahitur? † Quamob- 16
rem verò non contestationis præcisè vt in stricti iu-
ris actionibus, sed rei quoque iudicandæ tempus in
his

his spectetur, ratio illa est, quam in superioribus iam attulimus, quòd in bonæ fidei iudiciis non tam inspicitur quid debeatur, & in obligatione sit, quàm quid ex bona fide præstari ęquum videatur. Facit enim formula potestatem iudici condemnandi, ex bona fide, & consequenter bonæ fidei ratio quam in eo contráctuum & iudiciorum genere præcipuam haberi conuenit ad tempus condemnationis refertur, quod in strictis secus esse diximus. Apertissimè autem æquum est præstari agenti ex bonæ fidei contractu vtro tempore pluris res fuit contestationis aut condemnationis irrogandæ quia siue data fuisset res quo tempore petita est darique debuit, nunc eam haberet creditor, siue data non sit, saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit. Quæ perelegans Pauli ratio est in *leg sterilys.21.§.cum per venditorem.eod.titul.de action.empt.* Cúmque ex æquitate quadam ad obligationis naturam accommodata, potiùs quàm ex ipsius obligationis iure ratio illa deriuetur, mirum non est si non perinde in iudiciis strictis locum habere possit.
17 †Nec conturbare nos debet, quod prudentes quibus locis tractant de ineunda rei debitæ æstimatione in iudicio bonæ fidei, nuspiam meminerunt litis contestatæ. Id enim ab iis ratione illa factum videri debet, quòd si vt plerumque fit mora per interpellationem extraiudicialem contracta sit ante contestationem, non contestationis licèt tunc res pluris fuerit, sed præcedentis moræ tempus spectari oportet *dict.§.vltim.leg.3.eod.* Non quòd in bonæ fidei iudiciis magis quàm in strictis mora possit augere principalem obligationem, sed quia si bonam fidem spectes parum interest an quid petatur per iudicem an per extraiudicialem interpellationem, quandoquidem iudicium non nisi in inuitum redditur. *l.inter stipulantem 83. §.1.de verb.obl.* non etiam in eum qui bonam fidem agnoscere, ac præstare paratus est *l. quoties*
18 *9.§.sicut autem de administr.& peric. tutor.* † Cæterùm verba illa *d.§.vlt. vtro tempore pluris fuit* mouent me vt sentiam, quod nemo fortasse vnquam dixit, probántque ni fallor euidenter, totius intermedij illius temporis, quod inter moram siue iudicialem, siue extraiudicialem & condemnationem intercedit, nullam prorsus habendam esse rationem, Quia cum æstimatio quanti plurimi, vt vocant, nihil aliud sit quàm res ipsa quæ debetur, aut saltem eius rei vicem obtineat *d.l.si seruum 91.§.vlt.de verb oblig. l.promissor Stichi 21. l.promissor hominis 23. de constit.pecun.* non ad aliud tempus accomodari potest quo res vel petitur in iudicio aut extra iudicium, vel adiudicatur: Totúmque medium tempus debitori quantumlibet moroso immune est, ni ab accessionibus, quas officium iudicis ex mora elicere debet, vt puta vsurarum, & eius quod interest actoris: iure quæ cùm sint naturales rem ipsam debitam necessariò sequuntur, cuiusmodi sunt fructus *d.l.2.d.l.videamus §.38.si actionem cum seqq. de*
19 *vsur.d.l.Iulianus 17.§.1. D. de rei vendicat.* † In eóque maximus & ferè perpetuus interpretum nostrorum omnium error est, quod siue moræ siue litis contestatæ siue rei iudicandæ tempus spectari velint, non dubitant quin præstandum sit actori quanti plurimi ab eo tempore res vnquam fuit, nec solùm si ex bonæ fidei iudicio agatur, sed etiam quod magis mirum est, si ex stricto. Quasi verò æstimatio quanti plurimi sit caussa quædam, vel accessio quæ fructuum exemplo, vel vsurarum, vel eius quod interest in dies singulos augeatur, nec ex quo aucta est vnquam decrescat, tanquam semel deberi cœpta. Imo verò res ipsa est quæ debetur, quæ proinde semel deberi cœpta nunquam crescere potest, nec si propter dolum debitoris aut possessoris iurari possit in litem *l.1.& 2.D.de in litem iur.* Itaque si ponas inspiciendum esse tempus moræ vt in iudiciis bonæ fidei si eo tempore pluris res fuit quàm cùm lis in condemnationem deducitur, noli dicere æstimationem illam crescere vt ea debeatur quæ medio tempore maior fuit: Ita enim tecum pugnares qui iam dixisti eam debitam fuisse ęstimationem quę tempore moræ fuit: Neque enim fieri potest vt maior æstimatio quæ secuta est eadem sit cum minore quæ præcessit: cum æstimatio consistat in precio indéque fiat vt quantulumcunque augeatur vel minuatur, alia æstimatio sit *arg leg.pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* † Quare nec vnquam sic prudentes loquuntur 20
vt dicant præstari debere quanti plurimi res fuit ab vno tempore in aliud tempus, sed præcisè quanti fuit hoc vel illo tempore *d.l.3 §.vlt.de act.empt.* Nisi cùm tractant de condictione furtiua, in qua hoc speciali quodam iure receptum est odio furis, qui à tempore commissi furti moram facere intelligitur quolibet instanti; & sine intermissione *l.in re 8 §.1. ff. de condict. furt.* qui vnus in hanc rem de quanti plurimi æstimatione locus est. Nam in aliis personis, licet moræ iam contractæ effectus sit perpetuus, tamen non nisi semel interuenire mora intelligitur. *l. Titia Seio 87. §. vsuras.de legat.2.* Itaque nihil interest an dicas In condictione furtiua ęstimari rem furtiuam inspecto tempore moræ præcisè. An verò quanti plurimi vnquam res fuit ab eo instanti quo furtum admissum est, cùm vnoquoque instanti noua mora per furem contrahi videatur. † Et in hoc etiam labitur contrario errore 21
Cuiacius, cùm id quod dicimus, furem teneri condictione furtiua quanti plurimi vnquam res fuit sic intelligit, vt fur condemnandus sit vtro tempore pluris res fuit, aut facti furti, aut litis contestatæ, aut rei iudicatæ, aut mortis. Multum namque refert an dicas deberi *vtro tempore pluris res fuit* quomodo Vlp loquitur in *d l.3.§.vlt.de act.emp.* an verò *quanti plurimi vnquam res fuit* quæ eiusdem Vlpiani verba sunt de condictione furtiua tractantis in *d.l.8.§.1. de condict.fur.* Prior locutio totius intermedij temporis ęstimationē excludit, posterior includit: vt ex eo apparet quod cùm lex Aquilia eam æstimationem complectatur quanti eo anno plurimi res fuit, nullum aliud tempus est ex quo possis eam ęstimationem metiri, pręterquā singula totius eius anni instantia. Fit enim computatio illa anni retrorsum ex eo primùm die quo quis occisus aut vulneratus est *l.aut lex 21. D. ad leg. Aquil.* ac proinde ita vt neque delicti neque contestationis, neque rei iudicandæ aut iudicatæ, neque mortis tempus toto eo anno vllum sit. † Nihil autem hac parte 22
inter actionem legis Aquiliæ, & furtiuam condictionem interest vt idē Vlp. ait in *l.2.§.quæsitum de priuat. delict.* nisi quod condictio furtiua non egreditur retròrsum tempus iudicij accipiendi, id est litis contestatę, vt nos contra Accursiū & Cuiaciū probabimus, infrà cap.11. Ergo quēadmodum singulis momētis totius anni de quo lex Aquilia loquitur, crescente ęstimatione serui occisi aut vulnerati, crescit cōdēnatio, ita & dicendum est furem qui condictione furtiua cōueniatur, non solùm condemnari debere vtro tēpore res furtiua pluris fuit aut furti admissi, aut litis contestatæ, aut rei iudicatæ, aut mortis. quomodo putat Cuiacius, sed quāti plurimi vnquā fuit, id est vel minimo vno instanti siue aliquo ex iis temporibus quæ diximus, siue medio inter ea tempora interuallo. Cæterum extra eam caussam cōdictionis furtiuę & legis Aquilię nullibi reperias pręstari ęstimationē quanti

plurimi vnquam res fuit. Et interpretum nostrorum & pragmaticorum non prudentium vox illa est toties in tribunalibus omnibus decantata. Videamus iam quid responderi possit ad *l.pen.de cond.tritic.* Is vnus enim locus est qui aduersus ea omnia quæ constituimus, vrgere maximè videatur.

CAPVT IV.

Ad l.penult. D.de condict. triticar.

SVMMARIA.

1 *Communis & magis recepta eius legis interpretatio.*
2 *Ea explicatione differentiam inter bonæ fidei & stricta iudicia constitutam destrui & euerti.*
3 *Quam rationem habeat quod* in d.l.pen. *de mortis tempore spectando dicitur.*
4 *Paulum hac parte* in l.vlt.eod.tit. *Vlpiano contrarium videri.*
5 *An dicta lex pen. de ea tantùm condictione triticaria quæ sit bonæ fidei, accipi debeat?*
6 *An triticaria actio bonæ fidei sit & stricti iuris.*
7 *Ex eadem causa duas actiones vnam bonæ fidei, alteram stricti iuris interdum competere.*
8 *Condictionem triticariam non ideò bonæ fidei esse quòd pro re deposita vel commodata detur.*
9 *Eandem aduersus commodatarium aut depositarium non competere si dominus fuit is qui deposuit aut commodauit.*
10 *Triticariæ condictionis nomine quid intelligatur?*
11 *Cur Vlpianus* in d.l.pen. *nullam spectandi temporis litis contestatæ mentionem faciat?*
12 *An posito quòd condictio triticaria b. f. actio sit, verum ideò sit perempta re debita ex contractu bonæ fidei æstimationem mortis tempore inspecto ineundam esse?*
13 *Frnerium & alios in* d.l. *distinxisse an merx, an verò species debeatur.*
14 *Vlpiani sententiam in* d.l pen. *in merce locum habere non posse, quum mortis tempus inspiciendum esse dicit.*
15 *Cur species ex tempore rei iudicandæ æstimetur?*
16 *Hottomanni responsio ad* d.l.pen. *reijcitur.*
17 *Iohannis Glossatoris responsio ad* §. in hac l.3.ff.cōmo.
18 *Vera species & quæstio* d.l. pen. *& eiusdem conciliatio cum* d.§.in hac.
19 *Longè diuersam esse quæstionem* d. l. pen. *à quæstione* l. vlt eod.tit.& l.vinum de reb.cred.
20 *Differentiam inter bonæ fidei & stricta iudicia nullam esse quum de æstimatione post rem iudicatam ineunda agitur.*
21 *Vlpianum in* d.l.pen. *de ineunda post rem iudicatam æstimatione tractare.*
22 *Ambiguitatem in* d. l. *ex condemnationis verbo proficisci.*
23 Condemnationis *verbo simpliciter accepto irrogatam magis quàm irrogandam intelligi.*
24 *Quum de ineunda post rem iudicatam æstimatione agitur in strictis & bonæ fidei iudicijs, siue merx siue species debeatur condemnationis tempus inspici.*
25 *Nec distinguendum esse an in diem certam rei dari debuerit nec ne.*
26 *In quo differat merx à specie?*
27 *Specie post condemnationem perempta non condemnationis iam factæ, sed mortis tempus inspiciendum esse.*
28 *Quomodo distinguendum si ante condemnationem homo debitus perierit?*
29 *Posteriorem dictæ legis penult. partem ad solas species debitas pertinere.*
30 *Quam vim habeat exceptio in posteriore dictæ legis parte posita eo quo concepta est modo.*
31 *Seruum non ideò deteriorem factum quòd vilioris pretij nunc sit, si aut creditor & ingeniosior antea fuerit.*
32 *Interpretatiuncula ad singula dictæ legis verba subnectuntur.*
33 Rei *appellatione in* d.l. *principio quid veniat?*
34 *Soluitur argumentum contra nouam superioris legis interpretationem allatum.*
35 *Condictionem triticariam etiam post rem iudicatam durare.*
36 *An & quomodo pecunia numerata in condictionem triticariam veniat?*

SEntentia † huius legis illa magis communiter esse 1
creditur, vt flagatur condictione triticaria, & quæratur, cuiusnam temporis ratio habenda sit in ineunda rei debitæ æstimatione tempus iudicandi spectetur si res extet, nullâque mora præcesserit, sin ante sententiam res extare desierit, tempus mortis, latius tamen sumptum & ἐν πλάτει vt Vlpianus ait, ne alioqui precium serui fortassis mortiferè vulnerati ad exiguam summam deducatur. Si denique mora præces-
serit, tempus moræ inspiciatur. † Hoc verò si ita est, v- 2
tique falsa sunt omnia quæ nos de bonæ fidei & stricti iuris iudiciis hucusque disputauimus. Nam cùm condictio triticaria sit generale nomē actionum omnium personalium, ex quibus aliquid petitur, quodcunque tandem illud sit præter solam pecuniam numeratam, siue certum sit, siue incertum, siue mobile, siue soli adeóque siue in iure, siue in corpore consistat *l. 1. ill. tit.* Consequens est vt quod de condictione triticaria verè & cōmodè dicitur, de omnibus actionibus specialibus siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris perinde generaliter & indistinctè dici possit, idque vel ex philosophorum dicto: quæcumque de genere dicuntur, ea & speciebus omnibus conuenire. Nulla igitur differentia relinquetur inter iudicia bonæ fidei & stricta, quæ tamen ponitur apertè *in dict. leg. §. in hac. Digest. commod. leg. hominem 37. Digest. manda. leg. 3. §. vltim de actio. empt. vendit. leg. vinum. 22. de reb. cred. leg. vltim. de condict. tritic.* Auget dubitationem quòd ea Vlpiani sententia quæ extat *in d. l. penult.* videtur discrepare ab iis omnibus quæ obtinere diximus tam in bonæ fidei iudiciis quàm in strictis. Nam in strictis diximus inspici præcisè tempus litis contestatæ, neque aut præcedentis moræ, aut etiam sequentis rationem vllam haberi, multo minùs verò rei iudicandæ. Vlpianus contrà vult spectari tempus cōdemnationis aut moræ, litis verò contestatæ ne meminit quidem. In bonæ fidei verò iudiciis diximus spectari vtro tempore pluris res fuit: aut moræ extraiudicialis aut litis contestatæ si mora nulla contestationem præcesserit, aut rei iudicandæ, medij verò tēporis æstimationem non curari. Vlpianus contrà si medio tempore res petita decesserit, tempus mortis spectandum esse ait, non contestationis aut condem-
nationis. † Sed nec videtur posse dici quam rationem 3
illud habeat quod ait de tempore mortis spectando. Aut enim ponimus decessisse hominem ante moram, aut post moram. Si ante moram & nullo dolo factóve debitoris interueniente, constat interitu speciei liberationem debitori contingere, nec proinde quæstionem de præstanda æstimatione vllam superesse *l. si ex legati 23. l. si seruum 91. §. sequitur. & §. vlt. de verbor. oblig.* Sin post moram, aut lite iam contestata, aut non. Priore casu litis contestatæ tempus necessariò spectandum est, præsertim si contractus fuit stricti iuris, quia & spectandum esset etiamsi res extaret, neque præstaretur. Posteriore verò casu siue bonæ fidei, siue stricti iuris cōtractus proponatur, & siue so-
lus

las debitoris vel possessoris intercesserit, siue non, lo-
cus necessario est iuramento in litem, ad rem ipsam
arbitrio actoris æstimandam. quia cùm adhuc res de-
beatur & extare videatur, æstimatio proculdubio de-
betur, *l. cum quis. 30. §. 1. de verbor.* æstimari autem sine
delatione iurisiurandi non potest res quæ non extat,
inquit Marcianus *in l. in actionibus. 6. in fine. de in lit.
iur.* Ex quo loco iam suprà probauimus præsentem æ-
stimationem hoc casu deberi non eam quæ fuerit
tempore moræ, aut mortis: quia si qua ex iis debere-
tur nihil necesse esset recurri ad iusiurandum, cùm
nihil sit faciliùs, quàm æstimari rem quæ non extat
inspecto eo tempore quo extitit, vt is ipse Vlpiani
locus probat, de quo tractamus. Nam cùm ait Vlpia-
nus perempta specie debita mortis tempus inspici
debere, non ponit necessarium esse iusiorandum in
litem vt ea æstimatio ineatur. Nullius siquidem tem-
poris vt dixi ratio haberi potest in æstimanda re quæ
non nisi arbitrio & iureiurando actoris æstimatur. †
4 Sed &, quod magis mirum est, in ea ipsa actione de
qua agitur *in d. l. penult.* id est in condictione triticaria
prorius diuersum ius constitutum est à Paulo *in l.
vlt. eo. tit.* vbi scribit ille, si certa die solui res debuit, e-
ius diei æstimationem sequendam esse, sin pura fuit
obligatio id tempus spectandum esse quo perita res
est acceptúmque iudicium: de tempore autem con-
demnationis, aut moræ, aut mortis, verbum nullum.
Nec tamen possis dicere pugnantes fuisse in hac quę-
stione Iureconsultorum sententias. Alioqui dicen-
dum erit Vlpianum *in d. l. penult.* non modo à Paulo
in d. l. vlt. & cæteris dissentisse, sed etiam à seipso, *in
d. §. in hac l. 3. D. commod.* vbi eam inter bonæ fidei iu-
dicia & stricta differentiam qoam nos defendimus,
5 tam apertè tradit, vt non potuerit apertiùs. † His ni-
mirum rationibus planè persuasum habeo non eam
posse Vlpiani sententiam esse *in d. l. penult.* quæ vul-
go creditur, sed aliud quiddam Vlpianum animo a-
gitasse quod à nullo interprete hucusque perceptum
sit. Quis enim id probet quod antiquus quidam glos-
sator dicebat intelligendum Vlpianum non de omni
condictione triticaria in genere quæ tam strictas
quàm bonę fidei actiones comprehendat, sed de ea
tantùm quæ sit bonæ fidei? Primùm enim verba legis
generalia sunt, *In hac*, inquit Vlpian. *actione* nec nisi
de condictione triticaria accipi possunt de qua iam
egerat *in l. 1. eod. tit.* vbi tamen tractauerat etiam de
triticaria competente ex stipulatu, quæ sanè non po-
test stricta non esse. † Deinde non puto posse tam fa-
6 cilè defendi, quod nostri volunt, condictionem triti-
cariam & bonæ fidei esse, & stricti iuris. Etsi enim ge-
nerale non speciale actionis nomen esse scio, magis
tamen esse puto vt semper sit stricti iuris, sicut & cæ-
teræ condictiones omnes tam generales qualis est
certi condictio, quàm speciales. † Neque verò nouū
7 est vt ex eadem caussa duæ actiones competant, qua-
rum vna sit bonæ fidei alia stricti iuris, vt olim con-
tingebat in dote cuius nomine stipulatio interposita
fuisset. Actio enim rei vxoriæ quæ in eam rem com-
petebat magisque propriè dicebatur actio de dote,
erat bonæ fidei, ex stipulatu verò stricti iuris, vsque
ad Iustiniani constitutionem *in l. vnica. C. de rei vxor.
act.* Sic ei, qui rem suam penes aliom deposuit, aut a-
lij commodauit damus actionem personalem ex de-
posito aut commodato quæ proculdubio bonæ fidei
est, nec eo minus tamen accommodamus vindicatio-
nem quam bonæ fidei esse nemo vnquam dixit. Sic
denique ne omnes conquiramus, contra furem eun-
demque rei furtiuæ possessorem datur vendicatio
domino iure communi, quæ est arbitraria: nihilomi-
nùs datur etiam condictio, quæ est stricti iuris. † Ea- 8
dem igitur ratione dico non esse rectam consecutio-
nem si ex eo quod condictio triticaria potest dari
pro re deposita, vel commodata, inferre quis velit esse
eam bonæ fidei, quemadmodum si depositi aut com-
modati ageretur. Nam actionem depositi aut com-
modati bonæ fidei illud facit quod ex bonę fidei cō-
tractu nascitur. Condictio autem triticaria non tam
nascitur ex contractu, quàm ex eo quod alienam rem
aut alteri debitam iniustè & sine caussa possideat
quisquis ille est cui condicitur: licèt aduersus eum
detur qui ex contractu est obligatus † Quamquam 9
nec verum est competere eam aduersus depositarium
aut commodatarium si dominus fuit is qui deposuit
aut commodauit. Iuris enim regula est neminem
posse rem suam condicere nisi à fure, cuius odio id
specialiter receptum est quo pluribus actionibus te-
neatur *d. l. 1. §. vlt. de condic. tritic. l. 1. D. de condict. furt.
l. vlt. D. vsufruct. quemadm. caueat.* Ergo non condicit
qui rem suam reposcit actione depositi aut commo-
dati: Et si aliena res deposita sit aut commodata, cum
nihilominus actio depositi & commodati competat
ex contractu, perinde dicendum est non condicere
eum qui agit depositi aut commodati, nisi eo sensu
quo personales actiones omnes condictiones appel-
lamus à vetere illo vsu condictionis, vt veteres lo-
quebantur, id est denunciationis quam in personali-
bus actionibus exercendis præcedere necesse erat *§.
appellamus. Instit. de action.* † At nos cùm triticariam
condictionem dicimus, non generale duntaxat no- 10
men actionum personalium intelligimus (alioqui
dicendus esset triticaria condictione is etiam agere
qui commodati aut depositi iudicio rem suam repo-
sceret, quod falsum est) sed certum genus actionis li-
cèt ex omni causa & ad rem quamlibet præterquàm
ad rem nostram, & ad pecuniam numeratam compe-
tentis. † Verius igitur est condictionem triticariam 11
ex quacumque causa, & ex quocumque contractu
detur, semper esse stricti iuris vt & cæteras omnes
condictiones quæ certum & speciale condictionis
nomen habent, bonæ fidei verò nunquam. Quo ma-
gis mirum est quod Vlpianus *in d. l. penult.* nullam
prorsus mentionem facit spectandi temporis litis cō-
testatæ, cuius tamen solius meminit *in l. 3. §. in hac com-
mod.* Tractans ibi de ineunda æstimatione rei debitę
ex iudicio stricti iuris. † Sed etsi verum esset, quod 12
isti volunt, posse triticariam condictionem interdum
etiam esse bonæ fidei, adeóque de ea sola quæ bonæ
fidei sit Vlpianum *in d. l. pen.* intelligi debere, nondum
tamen dubitationibus nostris esset satisfactū. Quo-
niam enim alio iuris loco scriptum reperias, Perem-
pta re debita ex contractu bonæ fidei, æstimationem
ineundam esse inspecto tempore mortis? Imò verò
passim scriptum est, interitu naturali debitæ speciei
citra moram, liberari debitorem *d. l. si ex legati.* Mora
verò contracta tanti æstimandam rem quanti actor
in litem iurauerit *d. l. in act. §. planè* Qui locus etsi de
actionibus stricti iuris loquitur, tamen ad actiones
bonæ fidei & arbitrarias multo magis pertinet quo-
ties cessante dolo iurari ex regulis iuris non potest,
ipsa tamen casus necessitas iurandi necessitatem in-
ducit, quod euenire iam suprà diximus, quotiescun-
que res post moram perempta est ante contestatio-
nem, nec aliter quàm per iusiorandum æstimari po-
test, siue ex bonæ fidei, siue ex stricto iudicio aut ar-
bitrario debita fuit. Quidni enim debeatur ea æsti-
matio quæ est tempore rei iudicandæ, cùm etiam

fructus perempti post moram hominis, si modò pos-
sessoris dolo aut culpa perierit, in id vsque tempus
quo res iudicatur præstandi sint? *l. Iulianus. 37. §. 1. ff. de*
23 *rei vendicat.* † Quare subtiliores nonnulli veterem il-
lum interpretem Irnerium secuti distinctionem in-
duxerunt, an merx an species debeatur. In merce de-
bita admittunt quod tot locis scriptum est spectari
tempus litis contestatæ, in specie verò volunt esse ve-
rius quod Vlpianus ait *in d. l. penult.* inspici tempus
condemnationis. Et sanè non potest negari quin Vl-
pianus *in d. l. penult.* loquatur de specie debita, sed ta-
men dissimilitudinis rationem nullam ista adferunt
cur in specie debita potius quàm in merce spectari
debeat tempus condemnationis cùm ex stricto iudi-
cio debetur Deinde iam probauimus in superioribus
eundem Vlpian. *in l. 3. §. in hac. ff. commod.* vbi ait in iu-
dicijs strictis spectari tempus litis contestatæ, eum
quoque casum tractare quo species debeatur: cùm
ita scribat ad differentiam actionis commodati quæ
bonæ fidei est, & ex qua tamen fieri non potest vt
merx & quantitas vlla vnquam debeatur, quia vt in
eiusdem legis fine scriptum est, & *in l. seq.* non potest
commodari quantitas vt quantitas. Idque iam olim
Bartol. contra Irnerium rectè disputauit. Denique
alij loci sunt qui tractant de specie debita, nec eo
minùs tamen spectari volunt tempus litis contesta-
tæ, *vt d. l. hominem 37. ff. mandat. l. fundum Cornelianum.*
24 *28. de noua.* † Fateor in eo differre speciem à merce &
quantitate, quòd species & perire & deterior fieri
potest, non etiam merx quæ in genere & quantitate
consistit: Ideóque nec posse locum habere in merce
debita quod Vlpianus scribit *in d. l. penult.* inspicien-
dum esse tempus mortis. † Sed extante specie sicut
25 & merx semper extat, quæro cur speciem æstimemus
ex tempore rei iudicandæ, mercem verò ex die litis
contestatæ: Nam quod nonnulli addunt pro ratione
differentiæ, mercium precia non etiam specierum
mutari in singula ferè momenta, ridiculum est. Mu-
tantur sanè & faciliùs, & sæpiùs, sed tamen mutan-
tur etiam precia specierum *l. pretia. 63. ff. ad leg. Fal.*
neque verò potest locus esse huic quæstioni, Cuius
temporis habenda sit ratio in debita specie æstiman-
da nisi cùm alia atque alia fuit speciei æstimatio. Et
quod mercium precia faciliùs mutantur & sæpiùs,
facere magis deberet vt in iis æstimandis condemna-
tionis potiùs quàm litis contestatæ tempus spectare-
tur: tamen nullo id iuris loco proditum est. † Quid
26 verò ineptius quàm quod Franciscus Hotomanus vt
hinc se explicaret commentus est, Illustr q. 16. nihil ad
propositam disputationem pertinere Vlpianum *in d.*
l. pen. Quoniam, inquit, *agitur ibi de homine mortuo.* Imò,
inquam, de homine viuo, cùm ait spectandum esse
tempus condemnationis. Nam de homine mortuo
subinde tractans ait spectari tempus mortis. Nos ve-
rò non de illo quærimus, Cur non spectetur in merci-
bus tempus mortis, sed cur in specie debita spectetur
tempus condemnationis non litis contestatæ vt in
mercibus. Deinde si te ab Vlpiano hac ratione expe-
dias, incides in Africanum *in d. l. hominem*, & in Papi-
nianum *in d. l. fundum*, adeoque in Vlpianum ipsum
in d. l. 3. §. in hac ff. commod quibus locis tractatur de
specie debita ex contractu stricto, nec eò minùs ta-
men litis contestatæ tempus inspicitur. † Sed illud
27 omnium improbabilissimum est quod alius glossator
Ioannis dicebat Vlpianum *in d. § in hac,* cùm tempus
litis contestatæ spectari vult in iudicijs strictis, non
de ineunda rei debitæ æstimatione, sed de fructibus
intelligendum esse quorum non nisi ab eo tempore
in hoc iudiciorum genere, ratio haberi solet. Quid
enim apertiùs quàm quòd Bartolus quoque & cæte-
ri omnes fatentur, tractari eo loco de rei æstimatio-
de non de fructibus? Sed et si locus ille non esset, an
non alij sunt quos proximè ex Africano & Vlpiano
retulimus, quibus id isũ probatur, in iudicijs strictis
siue merx siue species debeantur æstimandam rem
quanti fuit tempore litis contestatæ, non quanti tum
est cum iudicatur. † Quid ergo superest, inquis, quod 18
meliùs dici possit, ad nodos istos dissoluendos? Teneo
enim te vt video iam diutius suspensum. Puto Vlp.
in d. l. pen. cùm tempus condemnationis spectandum
esse ait, non de re iudicanda sentire, sed de re iam iu-
dicata: nec de illo quærere, Cuius temporis rationem
habere iudex debeat cùm debitor qui rem ipsam de-
bitam præstare non potest condemnandus est ad eius
æstimationem, sed de hoc potiùs, Cuius temporis æ-
stimationem pro re dare debeat is qui ad rem ipsam
dandam condemnatus est, si quid fortè post rem iu-
dicatam acciderit, propter quod factum sit ne res
ipsa dari ampliùs possit. Finge eum qui ex stipulatu
Stichum debebat, & condictione triticaria conuen-
tus, vt Stichum daret condemnatus fuerat, ideo non
posse dare & satisfacere iudicato, quòd post condem-
nationem Stichus ille cùm alienus esset euictus fue-
rit à domino, aut etiam, si voles: à creditore hypothe-
cario, qui eum suo iure distraxerit. Quærit Vlpianus,
quid iste dando, id est quam æstimationem pro re iam
adiudicata præstando, possit consequi liberationem.
Vtique enim cogendus non est vt eam ipsam speciẽ
præstet quæ præstari ampliùs nequit, Cúmque neces-
sario recurrendum sit ad æstimationem, nec inelegãs,
nec otiosa quæstio est, cuius temporis rationem in ea
æstimatione ineunda spectari oporteat, † quæ quæ- 19
stio longè alia diuersaque est ab ea quæ proponitur,
in l. vlt. eod tit. & in d. l. vinum de reb. credit. Iis enim
locis tractatur de re iudicanda non de re iudicata vt
constat ex illis Caij verbis *in d. l. vlt. tanti litem æsti-*
mandam. Quandiu enim res iudicata non est tanti lis
æstimatur, quantum deducitur in condemnationem:
& apertiùs ex eodem Vlpiano *in d. l. vinum,* vbi quę-
stionem sic concipit, *quęsitum est cuius temporis æstima-*
tio fieret verum cum datum esset, an cùm litem contestatus
fuisset, an cùm res iudicaretur. Non dixit, *cùm res iudica-*
ta esset, sed *cùm res iudicaretur,* vt intelligeremus refe-
renda esse verba illa ad rei iudicandæ non iudicatæ
tempus. Quod & manifestiùs ostendunt illa eiusdem
Vlpiani verba, *in d. §. in hac l. 3. commod. & rei iudican-*
dæ tempus quanti res sit obseruatur, quamuis in strictis li-
tis contestatæ tempus spectetur. Opponit enim tempus
litis contestatæ tempori rei iudicandæ, non tempori
rei iudicatę, ne quis fortè putaret differentiam quæ
est inter bonæ fidei iudicia, & stricta in eo elucere,
quòd in strictis iudicijs inspiciatur litis tempus con-
testatę, in iis verò quę bonę fidei sunt, tempus rei iu-
dicatæ, & irrogatę condemnationis. † Differentiam 20
enim nullam agnoscit Vlpianus, quod ad ęstimandã
rem debitam, inter iudicia bonę fidei & stricta, nisi
quandiu res iudicanda est, quoniam eo casu specta-
mus in iudicijs strictis tempus litis contestatę preci-
sè, in iis verò quę sunt bonę fidei tempus etiam rei
iudicandę. Sed re iam iudicata, nulla prorsus differen-
tia est, sed in omnibus indistinctè spectamus tempus
condemnationis, ratione illa quam mox reddemus.
Itaque cùm de re iudicanda tractaret Vlpianus *in d.*
l. vinum, motus est authoritate Sabini, sicut & Caius
authoritate Cassij, *in d. l. vlt. de cond. tritic.* Fuerunt
enim ambo eiusdem scholę, nec malè Cuiacius ex eo
conicit

conijcit vtriusque illarum legum eandem prorsus
21 esse sententiam. † At cùm idem Vlpianus quæreret
de ineunda æstimatione eo casu quo res iam esset iu-
dicata *in d. l. penult.* motus est authoritate Seruij, nec
meminit Sabini aut Cassij quorum proculdubio me-
minisset si casum illum tractasset de quo ij respon-
derant, nec tam facilè ab iis quos aliàs probauerat,
dissentisset. Moueor etiam ex eo quod Vlpianus *in
d. l. penult.* sic scribit, *si quæratur res quæ petita est, cuius
temporis æstimationem recipiat.* Non enim poterat a-
pertiùs exprimere de ea æstimatione se tractare, quæ
non tam à iudice decernenda, quàm à condemnato
præstanda esset: neque verò in tota lege verbum vnũ
est, ex quo possit conijci agere Vlpianum de debito-
22 re nondum condemnato: † Ambiguitas autem ex
condemnationis verbo proficiscitur. Sic enim scriptum
est, *verius est quod Seruius ait condemnationis tempus
spectandum*. Si adiecisset *irrogatæ* dubitatio nulla su-
peresset, sed quia potest condemnatio perinde accipi
pro irroganda atque pro irrogata, hinc nimirum er-
randi occasio nata interpretibus, qui omnes temerè
de irroganda intellexerunt, cum tamen ex tot diffi-
cultatibus se nullo negotio euoluere potuissent, si de
irrogata accepissent. Meminisse autem debuerant e-
ius quod Celsus scripsit *in l. ambigua 19. ff. de leg.* In
ambigua voce legis etiam potius accipiendam esse
significationem quæ vitio caret, præsertim, inquit,
cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi possit. Quid-
ni enim de irrogata condemnatione accipiamus po-
tiùs quàm de irroganda? Non solùm quod nihil in-
commodi habeat ea interpretatio, sed etiam vt ab-
surdum illud effugiamus quod alioquin obuium est
vt Vlpianus in apertissima iuris ratione non tantùm
à suis doctoribus [fuit enim ille cum Papiniano &
Africano Sabinianus] sed etiam à seipso dissentisse e-
23 xistimetur. † Adde quod in dubio *condemnationem*
simpliciter cùm dicimus de irrogata magis intellige-
re debemus, quàm de irroganda. Multùm namque
differt res iudicanda aut etiam iudicata à condemna-
tione, quia quandiu iudicatum non est, potest fieri
vt reus absoluatur æquè ac vt condemnetur, siue de-
ficiente actore in iure, aut iuris sui probationibus, si-
ue parato fortassis reo satisfacere, ex qua causa dici
solet iudicia omnia esse absolutoria, *§. vltim. Instit. de
perpet. & tempor. action.* Nec eo minùs res iudicanda
est, quòd reus sit absoluendus, aut iudicata quòd sit
absolutus. Ergo qui dicit spectandum esse tempus
condemnationis idem sentit quod si diceret spectan-
dum tempus rei iam iudicatæ, nec tantùm in senten-
tiam, sed & in condemnationem deductæ. Neque a-
lius fortassis in toto iure nostro locus est ex quo de-
cidi hæc quæstio possit, cuius temporis æstimatio se-
quenda sit si post rem ipsam quæ debebatur in iudi-
cium deductam, quærendum sit ex iusta aliqua causa
24 de rei æstimatione præstanda. † Eleganter autem Ser-
uius dixit quod & Vlpianus probat, tempus irroga-
tæ condemnationis spectari oportere: & quidem in-
distinctè, id est siue ex bonæ fidei contractu siue ex
stricto debebatur, & siue merx siue species vt homo
vel fundus: adeóque siue pluris ante condemnatio-
nem res fuisset, puta moræ aut contestationis tempo-
re inspecto, siue minoris. An quia per sententiam &
actionem quæ ex iudicato nascitur, prior contractus
nouatur qualiscumque is fuerit, siue bonæ fidei, siue
stricti iuris? Ita sanè est si Iustiniano credimus *in l.
vlt. C. de vsur. rei iudicat.* magis quàm Accursio aut
Bartolo qui ad eum locum negant fieri ex iudicato
nouationem. Proinde frustra quæras quis contractus
præcesserit, aut quænam fuerit rei debitæ æstimatio
tempore litis contestationis, cùm litis contestatio si-
mul cum ipsa actione ex qua lis contestata est, per-
empta fuerit per sententiam. Sed illa potissimùm ra-
tio mihi placet, quod siue per sententiam admittas
fieri nouationem, siue neges, illud saltem fatebere,
post rem iudicatã non de alio quæri oportere quàm
quod iudicatum sit, id est quantum in condemnatio-
nem deductum. Nam cùm res iudicata pro veritate
habeatur, vtique liberaretur debitor præstando ad
id quod esset condemnatus, tametsi plus anteà de-
buisset, sicut è contrario si pluris condemnatus esset
quam debuisset, non liberaretur soluendo quantum
deberet, nisi solueret præterea quanto plus esset in
condemnatione, propter authoritatem rei iudicatæ
l. si fundus. 16. § si pluris. ff. de pignor. Igitur si lata sen-
tentia vt hominis debitor condemnatus sit ad homi-
nem dandum, quemadmodum homo ipse dandus est
si dari potest, licèt pluris fortasse fuerit tempore mo-
ræ aut litis contestatæ, ita si ob aliquam causam dari
ipse præstarique nequeat, necessariò referenda est æ-
stimatio ad id tempus quo debitor rem dando libe-
rari potuisset. † Ergo ad tempus condemnationis nõ 25
ad illud quo mora contracta, aut lis contestata est:
nec si ad certam diem dari res debuerit: quia nec o-
bligationem ipsam curamus aut inspicimus ex quo
res iudicata est: cùm tamen distinctio illa, An in diẽ
certam dari res debuerit nécne, maximè necessaria
sit, vt in sequentibus dicemus, cùm agitur de æstima-
tione in condemnationem deducenda non post con-
demnationem præstanda. Ac sicuti ab Vlpiano alijs-
que Iureconsultis prætermissa non est *in dict. l. vlti.
dict. l. vltim. de condict. tritic. d. l. hominem. 37. ff. mandat.*
Ita nec *in dict. l. penultim.* prætermissurus verisimili-
ter fuisset Vlpianus, si eam adhibendam putasset.
Quam enim exactè totam hanc rem eo loco tractet,
ex illo apparet, quod illos quoque casus persequitur.
si res petita perierit, si post moram deterior facta sit
Quid igitur, inquies, si hominis illius qui ex iudica-
to dari debuit, æstimatio creuerit post condemnatio-
nem? Non idcirco crescet condemnatio, vt sequenti
capite contra Bartolum tractabimus. Quid si non
species, sed merx debeatur? Idem est. † Etsi namque 26
in eo differt merx à specie hac parte, quòd cùm spe-
cies debetur, licèt eius æstimatio minor sit tempore
sententiæ ferendæ quàm anteà fuerit, species tamen
ipsa in condemnationem deducenda est non eius æ-
stimatio, cùm autem merx debetur condemnandus
est debitor ad æstimationem non ad mercem, quia
merx in quantitate & genere consistit, ideóque mu-
tata æstimatione alia res esse creditur, quàm quæ de-
bebatur, quod in specie debita diuersum est si tamen
iudex per imperitiam condemnauerit debitorem
centum modiorum frumenti ad centum modios fru-
menti dandos nulla certæ æstimationis facta men-
tione, dicam non aliam frumenti æstimationem ab
eo deberi quàm quæ fuit tempore factæ condemna-
tionis, licèt iudex cùm iudicabat debuerit condem-
nare ad æstimationem quæ fuit tempore litis conte-
statæ, siue ex natura iudicij si sit stricti iuris, siue ex
bona fide propterea quòd eo tempore pluris res fue-
rit, quàm tempore condemnationis *l. 3. §. vlt. ff. de act.
empt.* Vides ergo quantum intersit an agatur de re
debita æstimanda per sententiam, an post sententiam
quæ transierit in rem iudicatam. † Et hoc quidem 27
quod dicimus spectandum tempus condemnationis
iam factæ & irrogatæ, tunc obtinet cùm res ipsa quæ
debetur extat. Nam si in rebus humanis esse desierit,

quod non aliter contingere potest quàm si species non merx debita fuit, placet Vlpiano ex sententia Seruij tempus mortis inspiciendum esse. Nimirum vt ego interpretor consequenter superioribus, si de-
28 fierit extare post condemnationem. † Nam si ante condemnationem homo debitus perierit, distinguendum necessariò est an mora aliqua præcesserit an nõ. Si nulla præcesserit, debitor, vt iam sæpius dixi, in plenum liberatus est, ita vt neque rem debeat neque æstimationem. Si verò mora præcessit, vsque adeò manet obligatus vt condemnandus sit ad æstimationem, & quidem eam non quæ fuit tempore mortis aut moræ aut litis contestatæ, sed ad præsentem, solo actoris iureiurando ex necessitate constituendam, siue bonæ fidei iudicium fuit siue stricti iuris, *d.l. in actionibus in fin. de in lit. iur.* Et certè vel vna hæc ratio cogere nos debet vt Vlpianum qui & mortis tempus spectari vult, & distinctionem illam prætermittit an mora interuenerit necne, interpretari debeamus de æstimatione hominis ineunda post condemnationem: nec minùs eo casu quo species extat quàm quo non extat. Apparet enim vtrumque casum ad eandem quæstionem pertinere, licèt re extante aut perempta, aliter atque aliter obseruetur. Nec est contrarium, quòd proximè diximus, æstimationem rei debitæ non crescere post condemnationem. Nam quod Vlpianum sensisse volo, vt post rem iudicatam mortuo homine tempus mortis spectari debeat, ego sic intelligo si nulla alia ratio sit propter quam res ipsa dari non possit quàm quia periit: qui casus specialem habet rationem, vt dicemus etiam capite sequenti. Iam enim sumus hîc lõgiores quàm
29 vellemus. † Sequitur apud Vlpianum, si post moram deterior facta fuerit res quæ debetur, non condemnationis aut mortis tempus spectandum esse, sed moræ. In quo obseruandum est hanc quoque legis partem ad solas species debitas pertinere, non etiam ad merces quæ quoniam in genere & quantitate cõsistunt, non magis deteriores fieri quàm perire vnquam possunt *l. incendium 11. C. si cert. pet.* Illud etiam obseruari volo, quod non magis à Iacobo Cuiacio quàm à vulgaribus interpretibus obseruatum est, non sic ab Vlp. concipi exceptionem *nisi mora facta sit*. Nam cùm tractat de ineunda post condemnationem æstimatione rei debitæ, non poterat dubitari quin mora præcessisset, saltem per contestationem quæ præcedit semper condemnationem: sed ait *nisi post moram res deterior facta sit*, quia non statim consequens est vt ob contractam moram res fiat deterior. Potest enim fieri etiam preciosior *d. l. fundum. 28. de*
30 *nouat.* † Sed & obseruatione præcipua dignum illud est, quod ad institutam disputationem maximè pertinet, neque sic conceptam esse exceptionem, *nisi post moram res debita facta sit minoris æstimationis* sed ita *nisi deterior facta sit*. Sunt etiam hæc longè diuersa. Siquidem facilè potest fieri, vt seruus debitus multo melior factus sit post moram, puta ex citharœdo comœdus, & tamen minoris precij nunc sit, propter imminuta pro tempore precia seruorum. Quo casu proculdubio non patiar reduci æstimationem serui ad tempus moræ, quia nec id vult Vlpianus, sed ita demum si seruus ipse deterior factus sit, puta vt Vlpiani verbis & exemplis vtar claudus vel eluscatus.
31 † Idque maximus interpretum omniũ error est quod seruum deteriorem factum putant qui vilioris precij nunc est, tametsi fortè melior sit aut eruditior, aut ingeniosior, quàm anteà fuerit, Quasi verò species æstimentur ex suis precijs ac non potius precia specierum ex ipsarum qualitate & substantia. Neque verò in ipsis quoque mercibus si subtilius inspicias aliud est, quia frumentum quod nunc vilius est, non tam deterius quàm aliud frumentum esse intelligitur. Genera enim vt diximus sicuti perire, ita deteriora fieri non possunt. In speciebus tamen hoc plus est, quòd licet mutentur earum precia, eædem tamen species manent, perindéque ex eiusdem stipulationis verbis peti possunt, quales quantæque sunt cùm pe-
tantur *d. l. fundum 28 ff. de nouat.* † Possent illa suffi- 32
cere ad plenam huius legis interpretationem, iunctis iis quæ sequenti capite subijciemus. Sed amplioris elucidationis gratia libet ad singula ferè legis verba interpretatiunculas subnectere. Ait lex *in hac actione* intelligere condictionem triticariam de qua totus ille titulus est. *Si quæratur res quæ petita est*, supple *&* *adiudicata*. Nam & ante sententiam non tam petita res dicitur quàm petr. Licet *in l. seq.* alio sensu hæc verba accipiantur, id est de merce petita necdum adiudicata, sed adiudicanda, vt probauimus suprà ex his
verbis, *tanti litem æstimandam*. † *Rem*. autem hic in- 33
tellige generaliter tam mercem quàm speciem. Nihil enim interest siue de condictione triticaria quæratur *dict. l. vinum.* siue de aliis bonæ fidei aut strictis iudiciis quoties agitur de æstimanda re siue ante siue post condemnationem, nisi quod nunquam peruenimus ad æstimationem speciei quandiu species ipsa dari potest, quamuis vilior facta sit etiam post morã, dum ne deterior. Quid idcirco addendum est, quia nec videtur reddi res quæ deterior redditur, vt scriptum est in fine huius legis & *in d. l. 3. §. primo commod.* Sequitur, *cuius temporis æstimationem recipiat*, supple cùm æstimatio offertur à debitore iam condemnato, nõn cum taxanda est à iudice in ipso tempore rei iudicandæ. Non quærit igitur Vlpianus quanti condemnandus sit debitor, vt in specie *§. vinum. l. 3. de act. empt.* & alijs locis supradictis, sed quam æstimationem præstare debeat vt liberetur. Ergo in illis sequentibus *Verum est condemnationis tempus spectandum* supple *iam facta & rogata*. Nam si de re iudicanda quæratur, ea seruanda sunt quæ idem Vlpianus contrà scripsit in *d. l. vinum. 22. De reb. credit.* & in *d. l. 3. §. in hac. D. commod.* itémque Caius in *d. l. vlt.* Africanus in *d. l. huiusmodi.* Papinianus in *d. l. fundum*. Sequitur *si vero desierit in rebus humanis esse* supple *post condemnationem*. ne obstet *l. in actionibus. 6. § plane. de in lit. iurand.* *l. Iulianus. 17. §. 1. D. de rei vendic.* Sequitur *In vtroque autem* intellige *siue species debita etiam in condemnationem deducta adhuc extet, nec tamen præstari possit, siue desierit extare post condemnationem.* Subijcit Vlpian. *si post moram res deterior facta sit* supple Non tamen si in eadem manens bonitate vilioris tantùm æstimationis ex aliqua caussa extrinseca seruus factus sit. Ita fiet legis sententia apertissima. Cætera e-
nim facilia sunt. † Vnum illud interpretationi no- 34
stræ obstare videri potest, quod Vlpianus tractat de ineunda æstimatione rei debitæ cum agitur de condictione triticaria: Post condemnationem verò nulla superest actio nisi quæ nascitur ex iudicio *d. l. vlt. C. de vsur. rei iudic. d. l. si fundus. 16. §. si pluris. D. de pign.* Sed responderi potest sic intelligendum esse Vlpianum, vt quærat non de æstimatione ineunda in iudicio condictionis triticariæ, sed vt verba sonant, de ineunda post condemnationem æstimatione rei quæ
petita fuit per condictionem triticariam. † Sed & 35
dici potest condictionem triticariam in eo differre à cæteris actionibus quod etiam post rem iudicatã durat, quia sicut & cæteris omnibus caussis, & ad res omnes

omnes competit. Ita & ex iudicato & ad rei iam adiudicatæ æstimationem: sicut & re furtiua perempta dicimus durare condictionem æstimationis *l. si re furtiua. 8. in princ. de condict. furt.* † Cui contrarium nō
36 est si quis obiiciat ex eodem Vlpiano *in d. l. 1. de condict. tritic.* non dari condictionem triticariam pro pecunia numerata, cuiusque autem rei æstimationem in pecunia numerata consistere. Nam æstimatio licèt præstetur in pecunia numerata, non tamen præstatur, tanquam pecunia numerata, sed tanquam illa ipsa res quæ debetur, præsertim cùm ipsa quoque res non modò in obligationem deducta est, sed etiam in condemnationem: Aut si mauis, præstatur tanquam pecunia numeranda potiùs quàm numerata. Ea verò demùm pecunia non venit in condictionem triticariam quæ ab initio fuit numerata, aut aliter in obligatione posita vt principaliter deberetur: Alioqui dicendum esset ex stipulatione facti nō competere triticariam, cùm in huiusmodi obligationibus faciendi succedat in locum facti præstatio eius quod interest *l. si quis ab alio. 13. §. vlt. D. de re iudic.* quæ præstitio non nisi in pecunia fieri potest. Atqui hoc falsum est. Triticariam enim ex omnibus caussis competere certum est, neque est ex interpretibus qui dissentiat.

CAPVT V.

An rei debitę æstimatio possit crescere post condemnationem, aut postquàm perempta res est.

SVMMARIA.

1 *Receptam Interpretum sententiam hanc esse, vt in æstimanda re debita tam ex stricto quam ex bonæ fidei iudicio crescente post rem iudicatam æstimatione, siue merx siue species debeatur, condemnatio quoque crescat.*
2 *Repetitur sententia* leg pen. ff. de condict. tritic.
3 *Cur rei debitæ æstimatio post irrogatam condemnationem, etiam debitore condemnato nouam moram contrahente, non augeatur?*
4 *Condemnationem, licèt quod ad rem ipsam post sententiam non crescat, fructuum tamen & vsurarum aliarumque accessionum præstatione augeri.*
5 *Ea ratione debitoris condemnati non meliorem, sed deteriorem conditionem fieri.*
6 *Cur quadrimestre tempus iudicatis datum à periculo augendæ æstimationis immune sit?*
7 *Fieri non posse vt post rem iudicatam plus sit in iudicati obligatione, quam fuerit in condemnatione.*
8 *Superior ad* d. l. pen. *coniectura confirmatur.*
9 *Speciem ipsam quandiu extat & præstari potest, non autem eius æstimationem in condemnationem deduci debere.*
10 *Specie non extante condemnationem de æstimatione ferri debere.*
11 *Quibusdam casibus specie extante de æstimatione quærendum esse.*
12 *Aliud exemplum à Bartolo allatum reiicitur.*
13 *Homine debito ante sententiam defuncto, cuius temporis æstimatio debeatur?*
14 *Speciei debitæ & peremptæ æstimationem in diem vsque præstiti iusiurandi seu condemnationis crescere.*
15 *Cur non tantæ potestatis & efficaciæ sit condemnatio, quanta est mora condemnationem præcedens, ad augendam rei peremptæ æstimationem.*
16 *Necesse esse hominis post moram mortui precium augeri.*
17 *Cur non idem post condemnationem locum habeat?*
18 *Quomodo accipiendum sit quod* in d. l. pen. *Vlpianus dicit*, mortui post condemnationem hominis precium ex tempore mortis constituendum esse?

Hic † quoque dimicandum nobis est contra Bartolum vulgarésque interpretes, vt nostram ad Vlpianum interpretationem quam superiore capite attulimus, tueamur. Sic enim illi putant, in æstimanda re debita spectari quidem tempus rei iudicandæ, si tunc res pluris sit quàm fuerit à tempore moræ in eum vsque diem quo res iudicatur, sed tamen non eo minùs crescere condemnationem si post rem iudicatam æstimatio creuerit, siue merx siue species debita proponatur, & siue ex iudicio bonæ fidei siue ex stricto. Nisi, inquiunt, durante quadrimestri illo, quod condemnatis ad iudicatum faciendum datur. Totum enim illud tempus ab augendo æstimationis periculo immune esse volunt, vt primo huius libri capite præfati sumus. Mouentur autem non aliqua lege, sed illo tantum rationis colore quòd æquum sit meliorem fieri condicionem debitoris morosi ob id quòd iam sit condemnatus. *l. eundem er. 16. D. de except. rei iudic. l. 3. in princip. de vsur.* † Nos verò diximus Vlpiani sententiam illam esse in *l. pen. D. de condict. tritic.* vt si res debita & in condemnationem deducta præstari ex aliqua caussa non possit, fortè quòd fuerit aliena & à domino euicta, aut etiam per hypothecarium creditorem ablata, ideóque necessariò recurrendum sit ad æstimationis præstationem, spectari oporteat tempus irrogatæ condemnationis, neque posse crescere ex eo tempore quantumuis in mora dolóque sit condemnatus, siue bonæ fidei iudicium fuit, siue strictum, & siue species, siue merx debita sit. † Eius iuris ratio nondum à quoquam allata, à nobis hoc capite afferenda est. Pendet autem ex eo quod diximus, post rem iudicatam non esse amplius quærendum de iure pristinæ obligationis quæ per iudicatum nouata & consequenter extincta est, sed illud tantum inspiciendum, quid & quantum in iudicato sit *l. vlt. C. de vsur. rei iudic. l. si fundus. 16. §. si pluris. D. de pign.* Nam cum alia actione quàm ex iudicato experiri victor non possit, consequens est vt quicquid ex iudicato debetur referendum sit ad tempus condemnationis. Neque verò vllus esset litium aut æstimationis ineundæ finis, si post rem iudicatam rursum contestanda lis esset, aliaque condemnatio irroganda vt ex nouæ contestationis aut condemnationis tempore ineundæ æstimationis ratio constitueretur. Itaque cum per sententiam semel certum esse cœperit non tam quid anteà deberetur, quàm quid tandem præstari necesse sit, non potest ratio iuris pati, vt ex eo tempore quod condemnationem secutum est ipsius condemnationis quantitas augeatur. Postquam enim iudicatum est nihil aliud superest, nisi vt iudicati executio fiat, quæ porrò non aliter fieri potest quàm si id ipsū præstetur quod iudicatum est nec plus, nec minus. † Nimirum quod ad rem ipsam attinet, quæ per sententiam fuit adiudicata. Nam quod ad fructus & vsuras aliásque huiusmodi accessiones pertinet, tempus quod sequitur condemnationem ab iis dependendis immune non est, vt eleganter & subtiliter magis quàm ex Antonini Imper. mente Papinianus disputat ad rescriptum Antonini in *leg. tertia in princip. & §. primo Digest. d. vsur.* cùm mora, inquit, præcessit condemnationem: imò maiores vsuræ

pra ſtantur, quàm ex eſſent quæ ex priſtino contra-
ctu debebantur *l. vlt. Cod. de vſur. rei iudic.* † Ex quo
5 ſatisfieri poteſt ei quod noſtri obiiciunt, non debere
condicionem debitoris ob id meliorem effici quòd
ſit condemnatus. Neque enim fit melior, ſed longè
deterior propter acceſſiones quæ aut ampliores aut
ſaltem in longius tempus præſtandæ ſunt ex con-
demnatione id eſt in id vſque tempus quo pleniſſi-
mè ſatisfactum ſit iudicato. Imò vero faciunt illi
longè meliorem condemnati debitoris condicio-
nem quàm eſſe debet, in eo quod totum illud qua-
drimeſtre iudicato faciendo præſtitutum liberum
eſſe volunt debitori quantumuis moroſo & con-
demnato, ne auctam eo tempore æſtimationem præ-
ſtare teneatur. Nam ſi ita ius eſſet vt illi putant, ſi
rei debitæ & iam adiudicatæ æſtimatio creſcere poſ-
ſet ex die condemnationis, perinde toto illo quadri-
meſtri creſceret, atque poſt elapſum quadrimeſtre,
eadémque Papiniani ratio quam is vſurpat in fructi-
bus, locum ſibi vindicaret io augmento æſtimationis,
niſi ſunt illi Papiniano hac in rè ſubtiliores & pru-
6 dentiores † Admitto tamen quòd illi volunt quadri-
meſtres iodicati faciendi inducias immunes eſſe à
periculo augendæ æſtimationis. At non ob reſcriptú
Antonini quo mouentur, ſed ratione illa quòd nec
poſt tempus illud præteritum augeri æſtimatio po-
teſt. Perpetuò enim verum eſt quod nos diſputaui-
mus in ſuperioribus, Moram facere nunquam poſſe
vt principalis obligationis quantitas augeatur, id eſt
vt qui fuit obligatus in decem ante moram, videri de-
beat obligatus in quindecim poſt moram, licèt poſſit
augere quantitatem condemnationis, propter acceſ-
ſiones quarum præſtandarum æquitas extra ius ipsũ
obligationis inducitur ex mora: nempe ſi iudicij na-
tura id patiatur vt contingit quoties bonæ fidei iu-
7 dicium eſt, non ſtricti iuris.† Cæterùm non ſicut po-
teſt ex fide bona vel officio iudicis plus eſſe in con-
demnatione quàm fuerit anteà in obligatione, ita
fieri ſimiliter queat vt poſt rem iudicatam plus ſit in
iudicati obligatione, quàm fuerit in condemnatione,
neque enim quemadmodum obligationem ex qua
actum eſt ſequitur condemnatio, ita & condemna-
tionem iam factam alia ſequi poteſt condemnatio
de eadem ipſa re de qua iam fuerit iudicatum: alio-
qui prior condemnatio ſubuerteretur, quod ne fieri
poſſit impedit authoritas rerum iudicatarum. Nam
cùm diuerſitas æſtimationis quotieſcunque de præ-
ſtanda æſtimatione agitur aliam atque aliam rem ef-
ficiat, conſequens eſſet aliam rem in condemnatio-
nem deductam eſſe, aliam verò ex condemnatione
præſtari, ſi hominis qui iudicati tempore centum au-
reorum duntaxat fuiſſet, æſtimatio præſtaretur du-
centorum, ob moram in iudicati executione com-
8 miſſam.† Et ex hoc vel maximè apparet, quàm ne-
ceſſaria ſit nedum probabilis noſtra ad Vlpianũ noua
interpretatio, ne quis dubitandi locus ſuperſit quin
falſum ſit; quod vult Bartolus ſpectandum eſſe quã-
ti plurimi res fuit à tempore condemnationis ſubdu-
cto quadrimeſtri, cùm ex contrario Vlpianus velit fa-
ctę condẽnationis tempus inſpici oportere. Eſt autẽ
et plauſibilior coniectura noſtra, quòd licèt prima
illa Vlpiniani propoſitio de inſpiciendo tempore cõ-
demnationis locum habeat generaliter in rebus o-
mnibus quę per triticariam condictionem peti poſ-
ſunt, id eſt tam in mercibus quàm in ſpeciebus vt ſu-
prà explicauimus, tamen ex iis quæ apud Vlpianum
ſequuntur de re perẽpta aut facta deteriore, apparet
tractare illũ de ſpecie debita, non de merce quæ non
perire nec deterior fieri vnquam intelligitur. † In 9
ſpecie autem illud obſeruandum eſt, vt quandiu ex-
tat, & præſtari poteſt, deduci ea ipſa debeat in con-
demnationem, non eius æſtimatio, quia vt docui-
mus, mutata ſpeciei æſtimatio ſiue pluris ſiue mino-
ris eſſe cœperit, non mutat ſpeciem, nec facit vt alia
res eſſe videatur quàm quæ debetur. Itaque cùm di-
cimus debitorẽ ſpeciei condemnatũ eſſe, ſimpliciter,
nec exprimimus an ad rẽ ipſam præſtandã condem-
natus ſit, an ad rei æſtimationem, nec rurſum an res
ipſa præſtari potuerit tempore rei iudicandæ an nõ,
intelligere debemus de ſpecie ipſa potius quàm de
ſpeciei æſtimatione danda factam fuiſſe condemna-
tionem. Proinde non abhorret ab Vlpiani verbis no-
ſtra interpretatio, cùm quod ille ait tempus condem-
nationis ſpectandum eſſe nos ſic intelligi volumus,
vt id tempus ſpectetur quo ſpecies deducta eſt in
condemnationem. † Non nego poſſe fieri vt con- 10
demnatio de æſtimatione ferri debeat, Scilicet ſi rei
iudicandæ tempore ſpecies ipſa quę debetur præ-
ſtari iam non poſſit: & ex iis ipſis cauſis ex quibus et-
iam poſt condemnationem in ſpecie factam recur-
tendum eſt ad æſtimationem. Sed hoc conteodo, Si-
cuti ſtultus eſt iudex qui debitorem ſpeciei condẽ-
nat ad æſtimationem quandiu res ipſa præſtari po-
teſt, vt Iuſtinianus loquitur *in l. vltim. C. de fidei. liber.*
Ita ſtultum fore interpretem qoi quod lex ait de ſpe-
ciei debitore condemnato, velit intelligere de con-
demnando ad ſpeciei debitæ æſtimationem. † Exem- 11
plum autem adfert Accurſ. vnum duntaxat in quo
poſſit euenire vt ſpecie extante quærendum ſit de æ-
ſtimatione, Si res debita, inquit, quæ actori dari de-
buit non potuerit eius fieri pleno iure: idque Barto-
lus probat nec malè. Sed alia etiam addi poſſunt quæ
iam ſuprà attulimus, Si fortè res illa quæ dari debuit
aliena fuerit, aot creditori obligata, ideòque per do-
minum aut creditorem euicta, ſiue aduerſus debito-
rem ipſum, ſiue aduerſus creditorem cui iam fuerat
ſoluta Finge condemnatũ debitorẽ vt hominem da-
ret, dediſſe, ſed poſtmodũ euictũ eum hominem fuiſ-
ſe: Neceſſario recurrendũ eſt ad æſtimationem, quia
non poteſt videri liberatus debitor qui hominẽ quẽ
dare debuit, ſic dedit vt non fecerit accipientis *l. vbi*
autem. 75. §. vlt. ff. de V. O. † Addit Bartolos aliud ex- 12
emplum, Si homo debitus extabat tempore ſenten-
tiæ, ſed deceſſerit ante factã executionem. Hoc verò
malè. Quanquam enim boc caſu neceſſariò deue-
niendum eſt ad æſtimationem quia mortuus homo
præſtari non poteſt, tamen non eſt accommodatum
exemplum ad id quod Vlpianus ait ſpectari debere
tempus condemnationis, cùm ſtatim ſubiiciat eo ca-
ſu quo debitus homo perierit, ad tempus mortis non
condemnationis referendam eſſe æſtimationem. Sed
errandi cauſam illud præbuit Bartolo, quod eã clau-
ſulam, quæ eſt de inſpiciendo tempore mortis, vult
intelligi de homine mortuo ante condemnationem.
Quod nos in præcedentibus tam ſæpe iam refutaui-
mus, vt hîc repetere nil ſit neceſſe. † Nã homine de- 13
bito ante ſententiã deſuncto, vel nulla prorſos æſti-
matio debetur ſi deceſſerit ante moram, Vel ſi mora
præceſſit, præſens æſtimatio debetur quæ eſt rei iu-
dicãdæ tẽpore, non illa quæ fuit tẽpore mortis, quia
nec mortuus videtur qui periit poſt morã, ob idque
iuſiurandũ in litem defertur actori vt rem ipſe æſti-
met, quam aliter iudex æſtimare non poteſt *l. in actio-*
nibus. 6. §. planè de in lit. iur. Quidni verò creſcat æſti-
matio etiam poſt mortẽ, cùm fructus quoque per-
empti hominis præſtandi ſint in tempus vſque rei
iudicandæ

iudicandæ *l. Iulianus. 17. D. de rei vendicat.* Quinquam inter fructus & æstimationem hoc interest, quod vt æstimatio tanta debeatur quantam actor in litem iurauerit, sufficit promissorem fuisse in mora licet nec in dolo fuerit, nec in culpa: vt vero augeatur condemnatio accessione fructuum in die mortis in diem vsq; rei iudicandæ computandorum, necesse est dolo vel culpa possessoris hominem periisse vt docuimus lib. 2.
14 6. † In quoque errat egregiè Bal. hic, & quotquot Baldũ sequuntur, existimantes speciei debitæ æstimationem nunquam crescere ex quo die desiit extare: idq; probari ex Vlpiano *in d. l. penult.* Nam imò verò crescit æstimatio in diem vsque præstiti iurisiurandi, aut quod idem est in diem vsque condemnationis, quoniã condemnationis quantitas ex iureiurando modum & legem accipit. Alioqui nihil caussæ esset cur contra iuris regulas deferri iusiurandum deberet stipulatori agenti ex contractu stricto, præsertim contra non dolosum ad æstimandam rem inspectꝰ eo tempore quo aliquando extitisset, Sicuti nec iuratur in actione legis Aquiliæ, in qua scilicet æstimatur homo quanti plurimi fuit eo anno quo occisus aut vulneratus est anno retrorsum computato *l. aut lex. 21. D. ad legem A-*
15 *quiliam. l. 2. §. quæsitum. D. de priuat. delict.* † Debuit Baldus dicere & ex hoc Vlpiani loco probare, ita demũ hominis mortui precium non crescere, si decesserit post condemnationem in quo tamen illud mirari quis possit; Cur non tantæ potestatis & efficaciæ sit condemnatiò quantæ est mora quæ cõdemnationem præcedit, ad augendam rei peremptæ æstimationem. Sed respondendum est id fieri, quia si post mortem crescere posset, cresceret in infinitum, nullo scilicet alio extremo existente quo huiusmodi incrementi fines coerceantur. Iam enim diximus, post rem semel iudicatam non posse perueniri ad aliam condemnationem, sed tantùm iudicati executionem faciendam esse. At post moram, quæ præcedit condemnationem sequi potest & debet condemnatio impeditura ne æ-
16 stimatio exinde crescat. † Itaque nihil absurdi aut incommodi est si dicamus non eo minùs crescere preciũ serui quòd decesserit, cùm post moram decessit. Imò crescere necesse est, nec vllam mortis rationem haberi quia vt sępius dictum est habetur pro viuo qui post moram mortuus est. Hoc ipsum autem ideo (vt more nostro omnia ad principia sua referamus) quia non aliter perueniri posset ad condemnationem. Neque enim homo mortuus deberi potest, nec rursus aut ad hominem aut ad hominis æstimationem condemnari is qui nihil debet. At nec illud æquum est interitu speciei debitę liberari debitorem qui moram contraxit, cùm si mora contracta non esset potuisset creditor acceptum hominem vendere, sibique precium, etiam mortuo apud emptorem seruo, retinere *l. item si cum. 14. §. quod si homo in fin. D. quod met. cau. l. item si verberatum. 15. §. vlt. de re vendic. l. cum res. 47. §. vltim. de legat.* Necessaria igitur fuit iuris ciuilis constitutio vt homo post moram mortuus adhuc extare crederetur, & peti posset, licet nec præstari nec in condemnationem deduci *l. si seruum. 91 § sequitur & §. vlt. de verborum oblig. iunct. l. si ex legati. 23. eod. l. promissor 21. l. 23. D. de cõstit. pecun.* Alioqui fuisset inutilis creditori obligatio per moram perpetuata, si ex ea sequi non potuisset
17 condemnatio. † Quorum omnium nihil est quod similiter tractari possit homine mortuo post condemnationem. Cur enim adhuc eum viuere fingamus? An fortè ad perpetuandam obligationem? Atqui iam perpetuata est per moram quæ præcessit rem iudicatam, semel enim moram interuenisse sufficit vt obligatio perpetuetur *l. Titia Seio. 87. §. vsuras de legat. 2.* Aut vt verius dicã, iam sublata obligatio est per sententiam quæ pristinam & obligationem & actionem nouat, facitque vt nihil amplius nisi ex iudicato debeatur *l. si fundus. 16. §. si pluris. D. de pignor.* An igitur ad perpetuandam ipsam condemnationem? Atqui condemnatio quælibet ex seipsa est perpetua, nec verendum est ne liberetur interitu speciei is qui iam ad speciem præstandam condemnatus fuit, sicut nec perpetuandæ obligationis caussa illa amplius subest quæ antea suberat, vt sequi possit condemnatio quæ iam secuta est, nec magis sequi potest. Ergo cessante caussa inducendæ illius fictionis, quę faciat vt homo mortuus viuere existimetur, consequens fit vt ex rei veritate omnia diiudicari oporteat, id ęst vt homo mortuus post condemnationem habendus sit pro mortuo, nec proinde æstimatio eius crescere possit ex die mortis: Mortui siquidem hominis nulla æstimatio est, tantum abest vt possit vnquam crescere. † Sed illud ma- 18
gis mirum est, cur non hoc quoque casu quo debitus homo & adiudicatus perit post condemnationem, spectetur tempus condemnationis, id est cur post cõdemnationem augeatur æstimatio mortui hominis quæ non augeretur, si homo ille extaret. Quod enim mortuus est post sententiam facere potiùs deberet vt condemnationis tempus spectari oporteret, quàm vt ex eo die cresceret æstimatio. Quare non dubito quin id quod Vlpianus ait mortui post condemnationem hominis precium ex tempore mortis constituendum esse sic accipiendum sit, si alia caussa nulla sit propter quam præstari debeat æstimatio quàm quia homo mortuus est, id est si ea conditio hominis fuit vt si hodie extaret, is ipse dari non eius æstimatio deberet. Nam si talis fuit qui etiamsi viueret dari non posset, fortasse alienus, aut, vt diximus, iam per creditorem hypothecarium euictus: ratio sanè non patitur vt alia eius mortui quàm viui æstimatio ineatur. Nemo enim pluris videri potest ob hoc solùm quòd sit mortuus. Sed si hoc vnum, habendi eius facultatem victori praripuerit, quod in eo post condemnationem præstando debitor condemnatus moram fecit, atque intereà seruus decessit, æquum sanè est, nec tantùm æquitati, sed etiam iuris rationi consentaneum vt non fiat deterius ius victoris ex mora condemnati: Fieret autem deterius, si victor ea æstimatione contentus esse cogeretur, quę iudicati tempore fuisset, aucto precio serui ex postfacto: cum si non decessisset, reddi in specie qualis quantúsque tum fuisset, debuisset, nec suffecisset offerri æstimationem quę fuisset tempore condẽnationis, quia nec de æstimatione vllo modo eo casu quæri oportuisset. Redditus autem, tanti precij commodum potuisset adferre victori, quanti verè tunc valuisset, non quanti tempore rei iudicatę.

CAPVT VI.

De differentia moræ, quæ per lapsum diei & eius, quæ per interpellationem siue iudicialem, siue extraiudicialem contrahitur, in ineunda rei debitæ æstimatione.

SVMMARIA.

1 *Differentia ab Interpretibus constituta inter per am & in diem conceptam obligationem, quum de ineunda rei debita æstimatione agitur.*

2 *Ex eorundem sententia, debitorem condemnari quanti plurimi res vnquam fuit à die moræ, siue ea per iudicialem, siue per extraiudicialem interpellationem; vel diei lapsum, tam in strictis quam b.f. iudiciis contracta sit.*
3 *Varia eius sententiæ fundamenta & munimina.*
4 *Obligatione in diem concepta, eius diei æstimationem tam in strictis quàm in b. f. iudiciis spectandam esse.*
5 *Si nulla die adiecta debitor interpellatus moram contraxerit, aliter in bonæ fidei, aliter in strictis æstimationem ineundam esse.*
6 *Diem obligationi adiectam in ineunda æstimatione ita præcisè inspiciendam esse, vt postea condemnatio augeri non possit.*
7 *Remouetur difficultas quæ contrarium in bonæ fidei iudiciis suadere videbatur.*
8 *Contrahentium, qui obligationi diem adiiciunt, eam videri voluntatem, vt res ad diem non soluta tanti æstimetur quanti ea die fuisse reperietur.*
9 *Non ideo minus id locum habere, quod de rei æstimatione ad dictam diem referenda nihil expressè conuenerit.*
10 *Cur nummis ea lege depositis, vt ad certam diem reddantur, si redditi non sint actori in litem iurare permittatur quanti sua interfuit nummos sua die redditos fuisse?*
11 *Res certa die debita & non soluta æstimationem non augeri post diei lapsum, licet postea eius pretium creuerit.*
12 *Furti actionem ad duplum vel quadruplum eius æstimationis quæ furti facti tempore fuit, non eius quæ postea creuit, concedi.*
13 *Pithœi emendatio ad* l.6.ff.de furt.*reprobatur.*
14 *Speciale esse in fure vt nouam moram in singula momenta contrahere videatur.*
15 *Maiorem aliàs obligationem non fieri, quod tardiùs creditor agat.*
16 *Aliud esse obligationem crescere, aliud æstimationem: vbi respondetur* ad §.cùm per venditorem l.si sterilis.ff.de act.emt.
17 *Aestimationem in d. §. ex bona fide, non obligationis iure augeri.*
18 *Pauli sententiam in* d.*§. ad eum duntaxat venditorem pertinere qui in mora fuit tradendæ rei venditæ, quã sine die dare debuit.*
19 *Meliorem ea parte conditionem esse morosi venditoris qui ad diem tradere mercem debuit, quàm eius qui non ex diei lapsu, sed ex interpellatione congrua moram contraxit.*
20 *An ideo plus possit mora quæ per diei lapsum, quàm quæ per interpellationem contrahitur?*
21 *In bonæ fidei iudiciis præter diem moræ tempus condemnationis spectari.*
22 *In quo differat is qui per diei lapsum moram commisit, ab eo qui congruo loco & tempore interpellatus solutionem distulit?*
23 *De vera lectione* l.quoties.59.de verb.oblig.
24 *Quis in* d.l.quoties.*sensus sit horum verborum*, alioqui rei captio erit?
25 *Creditorem in damno non morari, si debitore, pro quo diei solutioni adiecta est, moram faciente, in æstimanda re debita diei mora spectetur.*
26 *Die solutioni adiectâ, & morâ per diei lapsum contractâ, promissori potius, quàm stipulatori fauendum esse.*
27 *Reiicitur Hotomanni emendatio ad illa verba* d.l.quo-*ties.* alioqui rei captio erit.
28 *Sententia* l.si Calendis.ff.de rè iud.
29 *Diem obligationi adiectum præcisè inspiciendum esse, non solùm si de æstimatione agatur, sed & de eo quod interest, licet postea creditoris interesse desinat.*
30 *In rei debitæ æstimatione non facilè fieri posse vt post moram deberi, aut actoris interesse desinat, si æstimatio post moram decreuerit: vbi species à merce separatur.*
31 *An si debita species propter aucta rerum pretia pretiosior facta sit, dies obligationi inserta inspici debeat?*
32 *Mora ex solo diei lapsu commissa in quo creditori vtilis esse possit?*

HVcusque diximus de ineunda rei debitæ æstimatione, cùm purè dari res debuit, non in diem certam. Videamus nunc, si in diem concepta obligatio fuit eadémne dicenda sint, aut in quo diuersum ius constituendum. † Interpretes nostri hactenus tantùm 1
interesse arbitrantur, quod si dies adiecta sit contrahitur mora per solũ diei lapsum, nulla alia secuta interpellatione: quæ alioqui requireretur ad debitorẽ in mora constituendum, siue extraiudicialis esset interpellatio siue iudicialis, qualis illa est quæ fit per libelli oblati denunciationẽ aut per contestationẽ. † Enim- 2
uerò siue per extraiudicialem interpellationẽ, siue per iudicialem, siue per lapsum diei mora cõtracta sit, nihil putant interesse, sed omnibus his casibus debitorẽ condemnari volunt quanti plurimi vnquam res fuit à die moræ, nec minùs si strictum, quàm si bonæ fidei iudicium fuisse proponatur. † Moti ex *l.3.§.vlt.de act.* 3
emp. quæ de bonæ fidei iudicio tractans, non minùs moræ quàm condemnationis tempus spectari vult, si moræ tempore pluris res fuit, & ex *l.hominem.37. D. mandati.* vbi Africanus posteaquã dixit in stipulatione, quæ stricti iuris est id tempus spectari quo agitur, id est quo litis contestatio fit, subiicit exceptionẽ *nisi fortè aut per promissorẽ steterit quominus sua die solueret, aut per creditorem quominus acciperet.* Adiecta etiam ratione *neutri enim frustratio sua prodesse debet.* Prodesset autem maximè, si moræ tempus in quo pluris res fuisset, minimè spectaretur. Adducũt illi Vlpianum in *l.3.de condict.tritic.* vbi ad id quod primùm dixerat inspiciendũ tempus condemnationis aut mortis, subiungit exceptionem *nisi post moram res deterior facta sit*, Deteriorem factam interpretantes eam, quæ post moram facta sit vilioris quàm antea æstimationis. Nituntur denique omnibus iis iuris nostri locis, quibus traditum est, cùm res in diem certã debita fuit, si quæratur quãti condemnari debitorem oporteat, tanti litem æstimandam quanti res tunc fuit cùm dari debuit *l.vinũ. 22. D.de reb.cred.l.vlt.de condict.tritic. d.l.hominem.37. mand.d.l.3.§.vlt.de act.emp.l.quoties.59.de verb.obl.* Sic enim ratiocinantur, adiectæ diei non aliam esse vim quàm vt debitorem tacitè pro homine interpellet, nõ igitur plus eam posse ad debitorẽ in mora constituẽdum aut ad moræ effectus inducendos, quàm expressam interpellationem. Taciti enim tanta quidem vis interdũ esse solet quanta expressi: sed maior esse nunquam potest. Speciosa sanè ratio, & de qua quin vera esset, nemo fortasse ex interpretibus vnquam dubitauit. † At ego longè aliter statuo, concepta quidem obligatione in diem certam nihil hac parte differre bo- 4
næ fidei iudicia ab iis quæ sunt stricti iuris, in omnibus autem spectari præcisè æstimationem quæ ea ipsa die fuit siue pluris siue minoris tũ res fuerit: quò pertinent leges omnes supradictæ: † sed si nulla dies ad- 5
iecta sit, quantumuis interpellatus debitor morã contraxerit,

traxerit, nego habendam vllo modo esse rationē moræ
in iudiciis strictis licèt ab eo tempore valor decreue-
rit, in iudiciis verò bonæ fidei hactenus moræ tem-
pus spectandū esse arbitror vt inspiciamus non quan-
ti plurimi res fuerit à tempore moræ, sed vt Vlpianus
loquitur in *d.l.3.§.vlt.de act.emp. vtro tempore pluris res
fuit* aut moræ aut condemnationis. De quo quia iam
multa scripsimus in superioribus, eam tantùm sentē-
tiæ nostræ partem hîc confirmabimus, quę est de obli-
gatione in diem concepta, & in quo mora quæ ex so-
lo diei lapsu contingit differat ab ea quæ per interpel-
lationem aut iudicialem, aut extraiudicialem contra-
6 hitur, exponemus. † Illud autem primùm constitui-
mus, adiectam diem inspici debere, neque est qui du-
bitet: sed quod dicimus eius diei æstimationem inspi-
ci præcisè, ita vt non augeatur condemnatio etiamsi
condemnationis aut rei iudicandæ tempore pluris es-
se res cœperit, hoc verò est quod ab interpretibus nū-
quam impetrabo. si non fortissimis rationibus proba-
uero, & euicero. Illa verò me imprimis mouet, quòd
prudentes quibus locis agunt de æstimanda re debi-
ta in diem, adeò referunt æstimationem ad id tempus
quod obligatione comprehēsum est, vt nullum aliud
vnquam demonstrent. Et sanè cùm in stipulationibus
cæterisque contractibus sequamur semper id quod a-
ctum dictúmque est, absurdum videtur quærere cu-
ius temporis ratio habenda sit, obligatione ipsa in diē
concepta. Indéque nimirum infero nullam hac in re
differentiam esse inter iudicia bonæ fidei & stricta,
quia omnibus commune illud est, vt ad id quod actū
dictúmque fuit accommodentur *l.semper in stipulatio-
nibus.35.de reg.iur.* Et quidem quod ad stricta iudicia
pertinet, faciliùs admitti potest quod volumus spe-
ctari in iis tempus quo dari rem cōuenit præcisè, quo-
niam & nulla die adiecta spectaretur præcisè tempus
litis contestatæ vt probauimus in præcedentibus. Cur
enim augeatur æstimatio à die moræ, vt ita dicam cō-
uentionalis, si nec à die contestationis augeri potest?
7 † At in iudiciis bonæ fidei difficilius certè videtur vt
non crescat æstimatio ab elapso die, cùm si mora per
interpellationem siue iudicialem siue extraiudicialē
contracta esset, vtique æstimatio cresceret in diem vs-
que condemnationis, non vt quāti plurimi medio tē-
pore fuisset præstaretur, sed vt quāti alterutro die aut
moræ aut condemnationis. Inconueniens enim vide-
tur, vt minùs vtilis creditori sit ea mora quæ per lap-
sum diei quàm quæ per interpellationem contrahitur
cùm tantæ potestatis sit adiectio diei vt faciat ne in-
8 terpellatio vlla necessaria videri possit. † Sed respon-
deri commodè potest, Quoties in obligatione dies
adiicitur, eam videri contrahentium voluntatem, non
solùm vt si ad eum diem non soluetur, mora ipso iure
contracta intelligatur, sed etiam vt si contracta erit,
tanti res æstimetur quanti tunc & ea ipsa die fuisse
reperietur. Quænam enim alia caussa esse potest pro-
pter quam diem adiecerint? Aut quibus verbis potuis-
sent apertiùs idipsum significare? Proinde non potest
absurdum dici quod eius diei æstimatio præcisè attē-
datur, non magis quàm si designata & expressim de-
monstrata fuisset æstimatio temporis præsentis per
hæc verba *quanti nunc res est*, quo casu nemo dubitarēt
eam æstimationem deberi quę contractus tempore
fuisset, nec ob id solùm auctam iri, quòd post debito-
ris moram res pluris esse cœpisset. Sic namque Papi-
nianus respondit *in d.l fundum Cornelianum.18. D.de
nouat.* Cùm enim lex iubet spectari tempus litis con-
testatæ, vt in strictis iudiciis, aut etiam rei iudicandæ,
vt in iis quæ sunt bonę fidei [nō dico *res iudicata* quo-
niam id diuersum est vt mox dicemus] non aliā habeē
rationē quàm quòd ita constituendū videatur ex taci-
ta contrahentiū volūtate, aliter tamen atq; aliter, pro
negotiorū & iudiciorū qualitate, interpretanda. † At- 9
qui non est quod ad tacitā illam voluntatē exquiren-
dam recurramus quoties ipsis verbis conuentionis tā
expressa illa est vt nullus dubitationi locus relinqua-
tur. Nec ad rem pertinet, si quis dicat, ea conuentione
quæ certā diem dūtaxat habuerit nihil expressum esse
de rei æstimatione vt ad eā ipsam diem referretur, id-
eoq; nihil impedire quominùs aucta post morā æsti-
matione pluris quoq; condemnari reus debeat, ne a-
lioqui fiat vt moroso debitori sua frustratio prodesse
videatur. Nā respondeo imò verò vi ipsa hoc ipsum
obligatione cōtineri propter solam diei adiectionem.
Inde namq; illud etiā fit, vt quāuis ex iudiciis strictis
debitor non cōdemnetur ad fructus aut ad vsuras aut
ad id quod interest creditoris ex die moræ ante iudi-
cium contractæ, quin nec à die litis contestatæ nisi ad
fructus quorū accessio naturalis est, cōdemnari tamen
debeat si dies stipulationi inserta fuit *l.si fundum certo
die.114.de verb.oblig.d.l.si Calendis.21.D.de re iudic.* tam-
etsi nihil de fructib. aut vsuris aut de eo quod credi-
toris interesit expressum proponatur, quia sufficit vt
ipsa expressum id fuisse verbis stipulationis *l.4. D.de
vsur.* *aunt d.quicquid astringendæ.99.de verb.obl.* Ea igi-
tur vis est adiectionis diei, vt ex voluntate contrahen-
tium aliud nullum tempus inspici debeat, siue quęra-
tur an mora per debitorem contracta sit, siue post cō-
missam morā dubitetur, cuius temporis ęstimationem
iniri oporteat. † Quæ etiā ratio est propter quam dici- 10
mus Nummis sic depositis vt ad certam diem redderen-
tur, si redditi nō sint, permittendum esse actori vt iu-
ret in litem quanti sua interfuit eo die sibi redditos
fuisse *l.3.D.de in lit.iur.* quia quamuis ratione nummo-
rum ex quocunque contractu purè dubitorum num-
quā iuretur, nec si dolus manifestissimus interuenerit
eius qui cōuenitur, ne scilicet in infinitū crescat æsti-
matio [cùm vtilitas quæ ex pecuniæ vsu & negotiatio-
ne percipi potest non sicut ea quæ ex cæteris reb. per-
cipitur certa sit & finita] tamen cùm dies adiecta est,
vereri non debemus ne taxatio eius quod interest in-
certa sit & infinita, quippe quæ ad eam ipsam diem re-
stringenda sit in qua dari debuit pecunia: quod vtique
non similiter dici posset si diei adiectio non faceret
quominus sequentis totius temporis ratio nulla ha-
beri deberet. Alioqui non magis permittendum esset
iusiurandum in litem pro pecunia certo die dari aut
reddi debita, quàm si diea nulla adiecta fuisset, cùm i-
dem iurandi in immensam & infinitam quantitatem
periculū subesset. † Ergone, inquies, impunita erit mo- 11
ra debitoris qui sua die nō soluit rem cuius æstimatio
posteà creuerit? Respond. nō idcirco impunitam fore,
quādo iā diximus teneri debitorem etiam pecuniæ, ac
multo magis debitorem mercis, vt creditori præstet
quāti eius interfuit sua die factā esse solutionē. in quo
tamen nō cōtinebitur preciū quod posteà creuit, quia
nō hodie intersit actoris ob nō factā sua die solutionē
inspiciendum est, sed quid interfuerit eo ipso die quo
dari res debuit vt loquuntur Iurecōsulti in *d.l.3 de in
lit.iur.d.l si Calē.11 de re iud.* † Nō potest autem videri
quicquam eo die interfuisse ratione æstimationis quæ 12
posteà maior superuenit: vt ex eo colligi pōt qđ in actio
ne furti obtinet, quę licèt nō detur ad id qđ interest a-
ctoris, sed ad duplū vel quadruplū veri precij, nō tamē
datur ad duplū ei' æstimationis q̄ posteà creuit, sed e-
ius dūtaxat quæ furti facti tēpore fuit, si Pōponio cre-
dimus in *l.et qui furti.9.de furt.* & Iauol. in *l.cum fur re,*

9. de in lit. iur. Quamquam alia sententia fuisse vide-
tur Celsi in *l. infitiando. 67. §. infans de furt.* & Vlpian:
in *l. in furti actione. 50. eod.* & Pauli *in l. ex argento. 13. de
cond. furt.* De quo separatim nobis alio capite tractan-
dum erit. Habet enim furtum rationem separatam ab
aliis delictis, quia assidua contrectatio rei furtiuæ fa-
cit vt singula momenta fur non solùm moram sed et-
iam furtum facere intelligatur *l. in re furtiua. 8. §. 1. eod.
d. l. in furti:* † quæ Pauli etiam sententia est in *l. quam-
uis. 6. eo. tit.* cùm ait *sæpe furtum fieri contrectando.* Quod
non obseruâs vir alioquin pereruditus; & de iure no-
stro optimè meritus Petrus Pithæus scripsit locum es-
se corruptum, & pro *sæpe* legendum *semper* quod nũ-
quam furtum fiat sine contrectatione. Id verò Paulus
non negat, sed ait sæpius furtum fieri cùm sæpiùs rés
furtiua contrectatur, licèt vna tantùm sit furti actio,
vt & Celsus fatetur in *d. §. infans.* Sed extra caussam
furti, id est in cæteris delictis siue priuatis; siue publi-
cis quæ non habent doli continuationem, certa est &
generalis regula iuris nunquam crescere ex postfacto
præteriti delicti æstimationem *l. omnis hereditas. 138. §
nunquam de regul. iur.* Quanto minus igitur crescet
præteritæ moræ æstimatio, si nihil nisi moram specte-
14 mus? Mora enim multo minus quàm delictum est. Et-
si namque moram semel interuenisse sufficit vt per-
petuò duret quousque purgetur, non ideo tamẽ quod
diu durat, sæpius interuenire dicitur; vt constat ex Pa-
piniano in *l. Titia Seio. 87. §. vsuras de legat. 1.* & in fu-
re speciale est vt nouam moram in singula momenta
facere videatur, non alia ratione quàm quia & fur-
tum in singula momenta facere, vt dixi, intelligitur.
15 † Denique nunquam maior fit obligatio ob id solùm
quòd tardiùs agatur, vt Paulus ait in *l. si sterilis. 21. §. cũ
per venditorem De action. empt.* Fieret autem maior si
ob id cresceret æstimatio rei debitæ, quòd ad dictam
diem creditor non egisset. debitámque rem exegisset:
cùm si statim actum fuisset, quæri hodie de maiori æ-
16 stimatione quæ nunc sit, non oporteret. † Dices non
esse rectam consecutionem, quia Paulus in *dict. §. cum
per venditorem*, postcaquam dixit *nec maior fit obligatio
quod tardius agitur* statim subiicit *quamuis crescat si v-
num hodie pluris sit.* Et addit rationem *merito: quia siue
datum esset, haberet emptor. siue non, saltem hodie dandum
est quod iam olim dari oportuit.* Ita innuens, vt vide-
tur rei æstimationem crescere, tum etiam cùm obliga-
tio crescere non potest, quoniam æstimatio nihil aliud
est, quàm res ipsa, quæ tandiu debetur quandiu solu-
ta non est. Sed respondeo, multùm referre an obliga-
tionem, an æstimationem crescere quis dicat. Obliga-
tio enim nunquam crescit ex mora sed tantùm quæ
anteà fuit perpetuatur, idéóque dicimus non augeri
obligationem fideiussoris ex mora rei *l. centum. 8. D. de
eo quod cert. loco* quamuis fideiussor in omnem caussam
se obligauerit vt in specie *l. quæro. 54. D. locat.* etiã nec
ipsius rei qui moram contrahit obligatio augetur. †
17 Crescit tamen & augetur æstimatio, sicut & cæteræ
præstationes non iure obligationis sed ex bona fide,
quoties iudicium quod exercetur tale est vt bonæ fi-
dei interpretationem admittat, quale est iudiciũ em-
pti & venditi de quo in *d §. cum per venditorem:* vnde
fit vt ad huiusmodi præstationes fideiussor quoque
teneatur qui se in omnem obligationis caussam ob-
strinxit acsi ita fideiussisset *in quantum illum condemna-
ri ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes.* Inquit
idem Paulus in *d. l. quæro.* Bonæ fidei autem ratio illa
est quæ ponitur in *d. § cum per venditorem*, vt probetur
venditorem per quem mora facta est condemnandũ,
esse ad eam mercis æstimationem quæ hodie maior
est. Non enim ex eo mouetur Paulus quòd præsens
æstimatio sit in obligatione, [ipsa namque merx est
quæ sicut fuit vendita ita venditi obligatione conti-
netur, æstimatio autem tantùm in præstatione est] sed
quia si mora contracta non fuisset, haberet nunc em-
ptor mercem: quæ saltem hodie danda est, cùm iam
olim dari debuerit. Fit igitur hoc ex fide bona, non o-
bligationis iure. Atqui cùm dies obligationi inserta
est, obligatio ipsa demonstrat quanti æstimanda sit res
debita, quæ data non est sua die. Tanti scilicet quan- 18
ti ea die fuit. † Frustra ergo quæramus quid bona fi-
des dari suadeat. Tunc enim ad bonæ fidei rationem,
& interpretationem recurrendum est, cùm deficit aut
manca est potestas obligationis, quia nec bona fides
vnquam pati potest, vt contra quam conuentione ex-
pressa cautum sit aliquid statuatur, ex quo intelligi-
mus, Pauli sententiam in *dict. §. cum per venditorem*, ad
eum duntaxat venditorem pertinere qui fuit in mo-
ra tradendæ rei venditæ, quam sine die dare debuit:
non etiam ad eum qui mercem certa die tradere fuit
obligatus, quia diei adiectio sicuti pars est obligatio-
nis, ita deducit in obligationem, quicquid ob non fa-
ctam sua die solutionem præstandum est, in quo sanè
ipsa rei æstimatio continetur, quoties locus fit quæ-
stioni de æstimatione præstanda. † Ita igitur fit vt 19
hac parte melior condicio sit morosi venditoris qui
ad diem tradere mercem debuit, quàm eius qui non
ex solo lapsu diei sed ex interpellatione congrua mo-
ram contraxit. Hic enim præstaret vtro tempore plu-
ris res fuisset, aut moræ aut condemnationis, *leg. 4. § si
per venditorem. D. eodem.* Ille autem non ad aliud te-
netur quàm ad æstimationem quæ tùm fuit cùm ex
verbis conuentionis dari rem oportuit. Nec verò mi-
rum id videri debet quia quoties in conuentione ali-
qua dies adiicitur, pro debitore esse intelligitur, non
pro creditore: pro reo non pro stipulatore *leg. cum qui
Ca[illegible]us. 41. § penultim de verborum obligation. leg. cum
tempus. 17. de regulis iuris.* Proinde neque iuris neque
æquitatis ratio patitur, vt in eius odium retorqueatur:
quod fieret si ob adiectionem diei cõdemnandus es-
set, quanti ex eo die res fuisset. † Neque tamen fa- 20
tebor plus posse moram quæ per lapsum diei, quàm
quæ per interpellationem contrahitur. Nam nec illa
quæ fit per interpellationem prodest creditori, vt ma-
ior æstimatio præstetur si fortè post contractam morã
creuerit, sed ad id tantùm vt ea ipsa æstimatio quæ tẽ-
pore moræ fuit maior, præstari debeat, cuius alioqui
ratio nulla haberetur, sed eius solius quæ litis conte-
statæ tempore fuisset, aut cõdemnationis. † Quod au- 21
tem præter diẽ moræ, spectamus etiã tempus cõdem-
nationis in bonæ fidei iudiciis, non fit propter moram
sed ex æquitate iudicij, & potestate formulæ quæ quã-
titatẽ deducendã in cõdẽnationẽ, refert ad tẽpus sen-
tentiæ & rei iudicandæ, vt diximus in superiorib. Id-
que ita esse ex eo apparet, quòd etiãsi mora nulla præ-
cessisset, nõ eo minùs tamẽ cõdẽnationis tẽpus atten-
deretur. Itẽ ex eo quòd in iudiciis strictis, in quib. nul-
lã moræ rationẽ haberi certum est, perinde inspicitur
tẽpus litis cõtestatæ, nõ etiã tẽpus cõdẽnationis, licèt
mora præcesserit. In eo itaq; potissimũ errãt interpre-
tes, quòd moræ, quomodocũq; cõtracta sit, eã vim tri-
buũt, vt ab eo die quo cõtracta est præstari vel tot, quã-
ti plurimi vnquã res fuit: quo nihil dici potest aut fal-
sius, aut ineptius. † In quo igitur differt is qui per diei 22
lapsum morã cõtraxit ab eo, qui cõgruo loco & tẽpore
interpellatus distulit solutionem? In hoc vno, quòd
adiecta die dico eam præcisè deberi æstimationem
quæ tum fuit, non quæ posteà litis contestatæ aut rei

indicandæ

iudicandæ tempore creuit: cùm tamen si dies adiecta
non fuisset inspiceretur tempus, in iudiciis quidem
bonæ fidei, condemnationis irrogandæ, aut moræ v-
tro tẽpore pluris res valuisset. in strictis verò litis con-
23 testatæ. †Eaque mihi videtur esse Iuliani sententia in
d.l.quoties.59.de verborum obliga. in illis verbis *alioquin*
res captio erit. Sic enim legendum est sublata dictione
alias quę ideò lineis interclusa est ne dubitemus esse
irreptitiam ex glossa interpretis valde ociosi, qui præ-
cedentem illam dictionem *alioquin* hac interpretatio-
24 ne egere existimabat. † Sensus autem est, ideò in-
spiciendam esse pręcisè æstimationem eius diei quæ
stipulationi inserta est, quòd alioquin eueniret vt ex
diei adiectione promissor deciperetur: quę sicut cre-
dendum est non aliter consensurum fuisse quàm vt
in eam diem obligatio conciperetur. ita dubitandum
non est respexisse ad æstimationem quæ eo die futura
esset. Quid autem ei prodesset diem illam adiecisse, si
aliam æstimationem deberet, quæ ex postfacto maior
superuenisset? Ita fieret, vt quę ratio eum mouisset ad
diem obligationi adiiciendam, ratus futurum vt ad
eam rei debitę æstimationem teneretur, quæ eo die
futura esset si rem ipsam non daret, eadem ipsa eum
obligaret ad pręstandam maiorem, in quo sanè ipsius
25 captio versatur. † Nec similiter possis dicere quod
obiicit Hotomanus illust. quæst. 16. æquè stipulatoris
damnum fore si imminuta post diem æstimatione a-
liud quàm adiectę diei tempus spectetur. Nam cùm
non possit promissor negare ad illud saltem precium
se teneri quod tunc fuit cùm dies obligationis venit,
quantumlibet maius fuerit quam illud quod nunc
est, apparet ita cõstituto iure vt eum ipsum diem spe-
ctari oporteat, non posse creditorem in damno mora-
ri Et quæstioni huius quam tractamus, An obliga
tionis tempus pręcisè inspiciendum sit, non alium es-
se sensum quàm hunc, an debitor qui ad diem nõ sol-
uit condemnandus sit præcisè quanti tunc res fuit, li-
cet fuerit minoris, an verò vtro tempore pluris res
fuit, an tunc cùm dies obligationis venit, an cùm res
26 petita fuit, an cùm iudicandum est. † Quæstio igitur
tota in eo est, an promissori fauendum sit an stipula-
tori. Interpretes stipulatori fauent odio morę quę per
lapsum diei contracta est, nos verò promissori, non vt
moræ faueamus, sed quoniam mora illa non nisi ex
lapsu diei inducitur, dies autem pro debitore adiecta
fuerat non pro creditore, nec ob id solùm ne ante
diem peti posset, sed ob id etiam vt si ad diem non sol-
ueretur, eam æstimationem quæ tunc futura esset,
præstari oporteret, quanta aut quantulacunque esset,
nec in arbitrio creditoris esset, eámne, an aliam maio-
rem petere vellet. Nam si arbitrium illud esset in cre-
ditoris potestate, sequeretur diei adiectionem multo
commodiorem fore & vtiliorem creditori, quàm de-
bitori. †Quod cùm ita sit, ridiculè & suo more inseli-
27 cissimè Hotomanus Iulianum emendat, vt pro elegã-
ti rectáque ratione reponat ineptam. Sic enim legit
alioquin alius res pacto erit. Quasi sentiat Iulianus ideo
spectandum tempus quo dies obligationis venit, quòd
aliter posito iure, id est, inquit, si eius temporis quo
stipulatio facta est, ęstimatio sequenda esset, pactio
interposita videretur de re alia soluenda quam quæ
debita esset. Fateor stipulatione in diem concepta nõ
esse spectandum tempus stipulationis, quia nihil dum
eo tempore debetur, sed dico, quod lex ait, spectan-
dum esse tempus quo dies obligationis venit, habere
generaliorem sententiam, vt cæterorum omnium
temporum æstimatio excludatur, siue præcedentium
siue sequentium, & siue pluris res ante aut post eam
diem fuerit, siue minoris. †Et id apparet euidentius 28
ex *d.l. si Calendis. 11. D. de re iudic.* vbi aliam rationem
Celsus reddit his verbis *ex eo enim tempore quodq; æsti-*
matur quo nouissimè solui poterit. Hoc enim sibi vult cer-
ta die adiecta non posse tanti litem æstimari quanti
ante eam diem fuit, quia totum medium tempus ad-
huc liberum est promissori ad soluendum *d.l. cum qui.*
41. §.1. & l. seq. de verb. oblig. [quis verò de hoc dubi-
tet, cùm etiamsi pura esset obligatio, tamen illud tẽ-
pus non inspiceretur?] nec rursus quanti post eam diẽ
fuit. quia ex quo cœpisset interesse non posset debitor
post diem soluere quod anteà dare debuisset *leg. si ita*
quis. 35. §. Seia. De verb. oblig. Quamquam videtur mihi
ea ratio facere potiùs pro stipulatore in eo ne mino-
rem æstimationem post moram promissoris accipere
cogatur, quàm in eo vt possit etiam si volet petere ma-
iorem, immutato & aucto precio post moram. †Tem- 29
pus igitur quod in conuẽtionem deductum fuit, præ-
cisè inspiciendum est, nec minùs si de rei æstimatio-
ne quàm si de eo quod interest agatur: Adeò vt non
dubitem quin si desinat creditoris interesse nihilo-
minus actio duret, quia semel interfuit eo tempore
quo an interesset quærendum erat, vt euenit aliis om-
nibus casibus, in quibus id quod actoris interest vt
certo tempore æstimatur, *leg. vbi exigitur. 8. §.1. D. de e-*
dend. l. qui autem 12. §.1. D. si quis caution. † Etsi in æsti- 30
matione rei debitæ non æquè facilè potest accidere,
vt post moram desinat deberi, aut vt desinat interesse
actoris si æstimatio post moram decreuerit. Nisi fortè
velit quis hac in re separare speciem debitam à mer-
ce. Nam si merx debeatur, fatuus sanè iudex fuerit si
post diem condemnet debitorem ad solutionem mer-
cis simpliciter nulla æstimationis mentione facta, quã
& referre debet ad tempus in quod concepta fuit o-
bligatio: scilicet cùm alia ast æstimatio tunc cùm iu-
dicatur, quam fuerit cùm dari debuit. Merx enim
cùm in genere & quantitate consistat æstimatur ex
precio, potius quàm precium ex merce, mutatóq; pre-
cio siue pluris siue minoris esse cœperit, alia res esse
videtur. At quoties debetur species quæ deterior fa-
cta non est, quamuis vilior effecta sit à tempore moræ,
non eo minus tamen species ipsa & in condemnatio-
nem deducenda, & præstanda est, quia immutatio æ-
stimationis non facit quin eadẽ species & maneat, &
manere intelligatur. Sed cùm hoc ipso intersit actoris
qui si speciẽ ad suã diẽ habuisset, eã tunc vendere ma-
iúsq; precium ex ea redigere potuisset, quàm quanti
nunc est, hactenus diei adiectæ rationem haberi con-
uenit vt quanto minoris tunc seruus est aut fundus
debitus, præstare teneatur debitor, at nõ iure æstima-
tionis (neque enim ad æstimationem teneri potest qui
eam ipsam rem præstat quam debet, & qualem quan-
támq; debet) sed iure eius quod interest, cuius petitio-
nem iam diximus nasci ex adiectione diei tametsi ex
contractu quoque stricto debeatur. †E contrario autẽ 31
si debita species facta sit non melior sed propter au-
cta rerum precia preciosior (ad quem vnum casum vt
dictũ est tota hæc disputatio pertinet, id est, An dies
obligationi inserta inspici debeat, an vero tempore
pluris res fuit, aut quo dari debuit, aut quo posteà
pluris esse cœpit) non relinquitur locus dubitationi,
quia si non eo minus eadem species manet quòd facta
sit preciosior consequens fit vt perinde præstanda sit
ea ipsa ac si preciosior facta non esset: nemo enim pu-
tauerit debitorem speciei ob id liberatum intelligi
debere, quòd post eius moram res debita preciosior
facta fuerit. Cùm verò species ipsa præstatur, an non
hoc ipso habet creditor vtilitatem auctæ æstimatio-

nis? Vtique. Non ergo de æstimatione quæstio vlla superesse potest, nec consequenter de tempore quod inspiciendum sit ad æstimationem ineundam. † Nec in alio potest mora commissa ex solo diei lapsu vtilis esse creditori, nisi in eo vt obligationem perpetuet, si fortè post eam diem species perierit, aut deterior facta sit, *d.l.fundum Cornelianum.28.de nouat.*

Capvt VII.

Ad l.hominem.37.D.mandat. Continuata tractatio.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter stipulationem & mandatum in specie* d. l. hominem. *ad res debitæ æstimationem pertinens.*
2 *Quis sit in* d.l. *sensus versiculi,* nisi fortè?
3 *Debitorem morosum si, quum ex stipulatu agitur, seruum viuum quidem sed deteriorem factum præstet, non magis liberari quam si mortuum offerret.*
4 *Debitorem si speciem non deteriorem sed vilioris æstimationis factam post moram præstet, non ad æstimationem sed ad indemnitatem cum specie debita præstandam teneri.*
5 *Africanum in* d.l.hominem. *eum casum tractare quo æstimatio petenda aut præstanda sit.*
6 *Non eandem esse potestatem moræ per diei lapsum contractæ, & eius quæ per interpellationem committitur.*
7 *Vera & commodissima Africani in* d.l. *sententia.*
8 *Reiicitur exceptio ab Interpretibus ad Africani exceptionem posita.*
9 *Legem illam de sola mora per diei lapsum contracta accipiendam esse.*
10 *Ipsi non obstare quod ratio in fine dictæ legis posita generatis sit.*
11 *Moræ in strictis iudiciis ante litis contestationem contractæ rationem nullam haberi nisi ad perpetuandam obligationem.*
12 *Casum illum in* d.l. *tractari, quo res vilioris duntaxat æstimationis facta sit.*
13 *Litis contestatæ tempus spectandum, quum de præstanda æstimatione rei debitæ ex contractu stricti iuris agitur.*
14 *Moram eo casu debitori non prodesse, sed tantùm non nocere.*
25 *Casus quo apud Africanum in* d.l. *debitori moroso frustratio prodesse posset*
16 *In posteriore eiusdem legis parte ex stipulatu agi post hominem mortuum.*
17 *Superior ad Africanum interpretatio confirmatur.*
18 *Merce debita, cuius æstimatio post diem in obligatione adiectum creuerit, eam æstimationem præstandam esse quæ moræ tempore fuit.*
19 *Quam æstimationem morosus debitæ præstare debeat, qui quum mercem ad diem deberet eam amplissimo pretio vendidit, ac postea mercem vilioris pretij factam dare vult?*
20 *An ea mercis debitæ æstimatio debeatur quæ die stipulationis veniente maior fuit, si causa aliqua non dandæ illius mercis interuenerit, quæ debitorem excusare possit?*
21 *Creditori iniuriam non fieri, si æstimatione mercis crescente ex quo dies obligationis venit, ea æstimatione contentus esse cogatur quæ fuit quum dies venit.*
22 *Nullum lucrum hoc casu debitori ob id accedere, quod debitam mercem sua die non soluerit.*
23 *Legem penult.* de condict. tritic. *ad propositam disputationem non pertinere.*
24 *Seruo deteriori facto non pretiosiorem, sed meliorem opponi.*
25 *Alia obseruatio ad* d.l.pen.

ET † hæc sine dubio Africani sententia est in *dicta l.hominem.37. mandat.* vbi ait in eo differre stipula- 1
tionem à mandato, quòd si fideiussor qui hominem certum pro te fideiussit & soluit, mandati agat, æstimatio eius hominis ad id tempus quo solutus sit non quo agatur referri debet, *& ideo*, inquit, *etiamsi mortuus fuerit nihilominus vtilis ea actio est.* At in stipulatione aliter seruatur, nam tunc id tempus spectatur quo agitur. Vt inferamus si interea homo ex stipulatione debitus decesserit inutilem esse eam ex stipulatu a-
ctionem. † Ergo quod subiicit *nisi fortè aut per promissorem steterit quominus sua die solueret, aut per creditorem quominus acciperet, etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet*, sic accipiendum est, vt si homo ille ex stipu- 2
latu debitus decesserit post moram promissoris, licèt priusquam ex stipulatu ageretur; perinde tamen obligatus maneat promissor qui moram contraxit, vtilisque sit ex stipulatu actio, ne alioqui eueniat vt debitori frustratio sua prosit si speciei interitu qui post
moram contigit liberetur. † Nam si ponas eum hominem tum viuere cùm agitur ex stipulatu, sed factum 3
esse deteriorem, idem iuris est, quia non magis liberatur morosus debitor dando seruum debitum factum
deteriorem quàm si mortuum offerret *d.l. fundum & l.pen.de condict.tritic.* † At pone nec mortuum esse nec 4
deteriorem factum, sed tantùm vilioris æstimationis. Nego casum hunc tractari ab Africano, quia vt iam sæpiùs inculcaui, sicuti mutatio & imminutio æstimationis non facit quin ea ipsa species maneat quæ debebatur, ita nec mora facere potest, quin promissor eam ipsam speciem dando liberetur, nec proinde quærendum est de æstimatione, cuius petitioni aut præstationi non aliter locus relinquitur quam si res ipsa præstari nequeat. Aliud enim est preciũ rei, aliud res ipsa *d.l.fundum l.si aliȷ 42.§.1.de vsufr.l.qui vas.48.§.vl-
tim.de furt.* † Africanus autem euidenter eum casum 5
tractat quo æstimatio petenda aut saltem præstanda sit, etsi iam dixi eo casu quo eadem quæ debita fuit species præstatur vilioris precij post moram, præstandum esse stipulatori quanto pluris res fuit eo die quo dare debuit, tanti enim tùm interfuit. Sed aliud est tractare de indemnitate, aliud de æstimatione actori præstanda, nos de æstimatione tantùm agimus & hoc contendimus non augeri eam ob id solùm, quòd species quæ ad certam diem debebatur, sua die non sit soluta, siue hodie extet æquè bona licèt nõ æquè preciosa, siue perempta aut deterior hodie sit quam tunc
esset. † Sed etsi is Africani sensus admitteretur, vt de- 6
bitor in diem non liberaretur dando promissum hominem qui vilioris precij, quamuis non deterior factus fuisset, non erit tamen bona consecutio si ex eo inferas cum interpretibus, eandem igitur potestatem esse debere moræ per interpellationem contractæ. Nã si nullam hac parte velis agnoscere differentiam, quæ tamen iudicio meo necessariò agnoscenda est inter speciem debitam & mercem, dicam de specie idipsum quod iã dixi de merce, non tantæ potestatis esse morã quæ per interpellationẽ inducitur, quantæ illa est quę per lapsum diei, quod ad augendã æstimationis condemnationẽ: nec quod lapsus diei inducit morã, ex eo fieri quia censeatur iure tacitæ cuiusdam interpellationis

tienis

tionis, sed quoniam ex contrahentium expressa conuentio partique obligationis esse videatur hoc ipso
7 quod obligationem in diem concipi voluerunt. † Sed & commodissimè sic intelligi Africanus & potest & debet, vt si species debita pluris fuerit eo die quo dari debuit, nec data est, referatur æstimatio ad id tempus, nec spectetur illud quo agitur, id est litis cōtestatæ & quo res minoris est, quod alioqui spectandum esset, quamuis mora præcessisset contra interpellationē iudicialem, aut extraiudicialem: non etiam ex diuerso vt si post diem res pluris esse cœperit, præstari debeat augmentum illud propter moram ex lapsu diei commissam: neque enim necesse est tractari de mora vt ea debeatur æstimatio quæ maior est tempore litis contestatæ: cùm ex ipsius iudicij quantumuis stricti natura fiat vt ea æstimatio debeatur nulla quoq; mora præcedēte, porrò medij temporis quod inter moram siue conuentionalem, siue iudicialem aut extraiudicialem intercedit, rationem prorsus nullam in ineundā æstimatione haberi oportere iā satis superque docuimus in superioribus. Non igitur potest Africanus aliud sibi velle, nisi vt cùm dies adiecta est & eo tēpore pluris res fuit quàm sit litis contestatæ tempore, referēda sit æstimatio ad aliud tēpus, quod nos vtique non negamus, quin potius tempus illud vsque adeò inspici volumus quoties rei in diem debitæ æstimatio ineūda est, vt si ab eo tēpore æstimatio creuerit maiórque sit cùm lis aut contestatur aut iudicatur, non idcirco æstimationis condemnationē crescere patiamur. Denique quantum hîc discrepent interpretes nostri ab Africano, ex eo intelligi potest, quod Africanus inspici vult tempus quo agitur, id est litis contestatæ cùm agitur ex stipulatione, nisi, inquit, mora per debitorem facta sit quominùs sua die solueret. Tunc enim spectandum esse tempus moræ, id est æstimatio-
8 nē quæ fuit ea die in qua tradi res debuit. † Interpretes verò ad id quod Africanus exceptionis loco ponit spectandum tempus positum in obligatione, aliā exceptionem adstruunt, nisi res pluris sit cùm litis contestatio vel condēnatio fit, tunc enim spectari debere quanti plurimi vnquam posteà res fuerit, aut, vt paullò meliùs Cuiacius loquitur, tempus rei iudicatæ vel mortis. Hanc verò exceptionem quam de suo comminiscuntur, necesse est vt fateantur probari ex Africano nullo modo posse. Africanus enim exceptionem suam ad eum proculdubio casum refert quo res pluris fuerit moræ tempore: Nam cùm minoris fuit equidē perinde dicimus eandem æstimationem deberi, sed non ea ratione quæ Africanum mouet ne debitori sua prosit frustratio quæ minùs bene intellecta contrac-
9 tium potiùs suadere videretur. † Abutuntur quoque interpretes eodem Africani loco, cum quod ille ait de mora ex solo diei lapsu contracta, protrahunt ipsi ad aliā moram quamlibet, id est, ad eam etiā quę contracta fuerit per interpellationē. Illa n. Africani verba *quo minùs sua die solueret* ostendunt manifestè tractare cū de mora quæ per lapsum diei cōtracta sit: cuius diuersum ius & potentius in eo est quod, vt diximus, pars obligationis dies est, & mora quæ ex diei lapsu inducitur, adeóq; effectus omnes quos ea mora pro-
10 ducit, ex cōuētione ipsa proficisci intelliguntur. † At, inquies, ratio illa, quæ apud Africanū sequitur generalis est, *etenim neutri eorū frustratio sua prodesse debet*. Iā enim admisimus, etiā ex cōtractu stricto perinde atq; ex eo qui bonæ fidei sit, moram contrahi posse ante litem contestatam & per simplicem interpellationem. Et hoc nimirum est sane quod interpretes omnes fefellit. Quibus tamen facilè satisfaciemus, si dicamus,

toties æquum esse vt moroso debitori sua mora noceat, non quoties mora cōtracta est, sed quoties moræ contractæ ratio aliqua haberi potest. Prius enim est vt contractæ moræ rationem haberi oporteat, quā vt ex ea mora condemnationem augeri debere quis dicat.
† Iam autem probauimus in præcedentibus, iudiciorum strictorum naturam non pati vt moræ quæ præcedit contestationem, ratio vlla habeatur, nisi ad perpetuandam obligationem, id est ad hoc vt si fortè species debita perierit post moram, aut deterior facta sit nihilominùs debeatur qualis quantáque fuerat ante moram, propriúmque ius illud esse iudiciorum bonæ fidei, vt ex die moræ non expectata litis contestatione vberiores admittant præstationes. † Atqui nos non 11 12
de perpetuanda obligatione agimus, id est non eum casum tractamus, quo res debita perierit aut deterior facta sit, sed illum quo facta sit duntaxat vilioris æstimationis, quod re ipsa salua adeóque meliore effecta fieri interdum potest, diminuta rerum omnium eius speciei quæ debetur æstimatione. Nam in genere debito, id est in merce quæ in genere semper consistit non similiter tractari hoc potest, nec moræ quæ fit ante contestationem vllus esse effectus, cùm neque perire neque deterior fieri possit. † Nulla igitur moræ 13
extraiudicialis ratio haberi queat, ac ne iudicialis quidem, id est contractæ per denunciationem libelli oblati iudici, quandiu secuta non est contestatio, cùm agitur de præstanda rei debitæ æstimatione ex stipulatu, alióve quolibet contractu stricti iuris. † Neque ta- 14
men sit consequens, vt moroso debitori sua mora prosit, sed tantùm ne noceat, quod longè diuersum est. † 15
Apud Africanum, qui tractat de specie debita prodesse posset, sit fortè is qui hominem certa die soluendū stipulanti promisisset eum ad diem vendidisset preciúmque quod tunc fuit redegisset. Nam si posteà cōuentus ex stipulatione, liberaretur præstando minorem æstimationem quæ contestationis tempore reperiretur, vtique sentiret lucrum ex mora sua, qui quanto pluris homo tum fuisset cùm dari debuerat, sibi retineret. † Ideò autē ponimus agi ex stipulatu post ho- 16
minem mortuum, quia si homo adhuc viueret iudicij accepti tempore, posset videri debitor ex mora sua lucrum sentire qui seruum qualis quantúsque tunc esset dum ne deteriorem factum daret aut si alienus esset præsentem illius æstimationem, tametsi moræ cōtractæ tempore multo pluris fuisset, nisi fortassis ad ea respicias quæ medio tempore promissori per eū hominem acquiri potuerunt, sed nihil habet illa commune cum æstimatione de quā sola tractamus, † ex quo 17
clariùs apparet quā vera sit superior nostra ad Africanum interpretatio. Itémque quod diximus, non debere nocere promissori qui debitū hominem ad diē non soluit, quòd is homo post morā vilior factus sit, si modò præstet eum non factum deteriorem. Nō enim absurdum Africano videtur quòd moroso debitori sua mora non noceat, dum ne etiam prosit. Quanquam illud etiam verū est quod docuimus, quanto pluris homo tunc fuit cùm dari debuit, præstari debere stipulatori, cui nunc vilior licèt non deterior factus homo datur, non propter moram aut iure æstimationis, sed quasi debitum iure eius quod interfuit tunc dari, propter diem solutioni dictam. Non enim de mora debitoris quærendum est, aut an eius moræ rationem aliquam haberi oporteat, aut an debitori mora sua prodesse vel nocere debeat, cùm ex stipulationis aut alterius cuiuslibet contractus verbis appareat, quid creditori omnimodo debeatur. † Huicque rei argumento 18
illud est, quod si non species debita proponeretur sed

merx, cuius æstimatio post diem in obligatione posi-
tam decreuisset, constat non eo minùs præstandam
fore creditori æstimationem quæ moræ tẽpore fuis-
set: & tamen non posset illo casu eadem Africani ra-
tio locum habere *ne debitori sua prosit frustratio*. At e-
nim ponimus debitorem habuisse mercem quam ad
eã diem daret, aut non habuisse. Si non habuit, nihil
ei profuit quod non dedit, nec potest videri ob eam
morã factus locupletior, sed tantùm non pauperior:
quomodo haud dubiè factus pauperior esset si vt cre-
ditori satisfaceret, eam mercẽ quanti tunc fuisset cõ-
19 parasset. † Si verò habuit, nec vendidit, nec proinde
ampliorem illam æstimationem cõsecutus est, quàm
ex venditione redigere potuisset, similiter dicare nõ
possis in quo factus sit locupletior ob hoc quod ad
diẽ non soluit. Quod si habuit, & amplissimo precio
quod tunc fuit vendidit, ac posteà mercem vilioris
iam factã precij dare velit, hic equidem casus est qui
maiorẽ videtur habere dubitationem. Sed tamen si
subtiliùs inspicias, ne tùm quidem possit dici, futurũ
vt prosit ei sua frustratio si non ad eam æstimationẽ
teneatur, quæ ad dictam diẽ dari debuit scilicet quia
merx illa quam habuit & pluris vendidit, non fuit ea
ipsa res quem debuit: mercem namque in genere de-
buit non hanc aut illam puta centũ modios frumenti
in genere, non centum illos frumenti modios qui
fuerunt in hoc aut in illo horreo: nec quod hos cen-
tum frumenti modios in horreo suo habuit, facere
debet vt hos ipsos debuisse videatur, ideóque totidẽ
alios præstando liberationem proculdubio consecu-
tus fuisset. Proinde non aliud iuris hoc casu esse de-
bet, quàm si frumentum nullum debitor eo tempore
habuisset quod daret: aut si quod habebat nec credi-
tori soluisset nec alij vendidisset. Quid ergo? Condẽ-
namus eum creditori ad æstimationem illam quæ
tùm fuit, cùm dari merx debuit, quia tale creditoris
ius est ex ipsis cõtractus verbis, nec curat ille an mo-
ram debitor contraxerit necne, aut quis moræ effe-
ctus esse debeat, aut an ex ea mora debitor lucrum
senserit aut sentire potuerit, sed hoc tantùm conten-
dit deberi sibi ex stipulatione mercem qualis quan-
20 táque tum fuit cùm ex stipulatione dari debuit. †
Quare tametsi ponas caussam aliquam interuenisse
non dandæ mercis debitæ, propter quam caussam vi-
deri possit debitor excusatione dignus, ne morã con-
traxisse videatur, vt puta si debitor ante diem deces-
serit, necdum fuerit hereditas illius tunc adita cùm
dies venit [non enim sola cessatio in solutione sta-
tim moram inducit *l. sciendum. 21. si quis solutioni. 24. de
vsur.* quia nec videtur cessasse qui impeditus fuit sol-
uere *l. si cui. 5. §. cessatum D. vt in possess. legat.*] nihilo-
minus tamen dicemus eam deberi æstimationẽ quæ
die stipulationis veniente maior fuit *l. ad diem. 77. D.
de verb. oblig. l. vltim. D. de nautic. fœnor.* vbi quod ma-
gis est, placet prudentibus cõmitti hoc casu pœnam
quę promissa fuerat sub ea condicione si ad diem pe-
cunia non solueretur Nam si pœna quæ ipsa per se o-
diosior est cõmittitur, quanto magis æstimatio debe-
bitur? An verò quia vt vulgo putãt, mora hęc ex ipso
contractu cõmittitur? Minimè. Neq; enim mora vlla
esse aut intellectu percipi potest vbi nulla est petitio
l. si pupillus. 127. de verb. obl. l. intra. 88. de reg. iur. nulla
autem petitio esse potest iacente hereditate debitoris
nullo curatore bonis dato: cùm nõ sit à quo petatur.
Sed quia etiã citra morã debetur quicquid in stipula-
tionẽ deductum est, sufficitque condicionem stipula-
tionis extitisse, id est ad dictam diem solutũ nõ fuis-
se, siue id contigerit quòd eo tempore iacuerit here-
ditas siue quã alia ratione, nõ secus acsi pœna aut am-
plior æstimatio deberetur sub ea conditione *Si nauis
ex Asia venerit*, nauiã autem iacente hereditate venis-
set. † At ex contrario, inquies, si mercis æstimatio cre- 21
uerit à quo tempore dies obligationis venit, iniuria
fiet creditori, si cogatur contentus esse ea æstimatio-
ne, quæ fuit cùm dies venit, suáque debitori frustra-
tio proderit qui liberabitur dando centum pro fru-
mento, ex cuius venditione nunc ducenta sit conse-
cuturus. Nam quemadmodũ debitori prodesset mora,
cùm species debetur si eã pluris venditã eo tempore
quo dari debuit & pluris fuit, liberaretur ille dando
minorem æstimationem quæ tùm esset cùm ageretur
d. l. hominem [nõ etiam si extantem speciem daret, quia
hoc ipso auctam quoque æstimationem dare intelli-
geretur.] Sic ex diuerso mora debitoris ipsi esset pro-
futura, si mercem quæ tẽpore moræ fuit minoris, præ-
stare posset in ea æstimatione quæ tùm fuisset. Cùm
si mora nulla interuenisset, neque dies adiecta esset,
eam æstimationem deberet, quæ litis contestatæ, aut
si bonæ fidei iudicium proponeretur rei iudicandæ
tempore foret. Respondendum est, futurum quidem
commodius debitori eam præstare æstimationem quæ
tum minor fuit cùm dies obligationis venit quam si
maiorem præstaret quæ superuenit: sed non moræ eũ
suæ acceptum illud commodum ferre, at iuri obliga-
tionis quæ sic contracta est vt dies adiecta sit, cuius
rationem vterque contrahentium, voluerit haberi. Si
enim æquum est eam diei adiectionem prodesse cre-
ditori, ad consequendam æstimationem quæ tũc ma-
ior fuit, licèt mora nulla interuenerit, vt probauimus,
multo æquius esse vt mora debitoris sua die non sol-
uentis facere non possit, quin eadem diei adiectio de-
bitori ipsi prodesse debeat, ne ad aliud preciũ tenea-
tur, quã quod in obligationẽ deductum intelligitur,
non secus acsi ipsis conuentionis verbis iam taxatum
esset, quandoquidem, vt diximus illa diei adiectio sit
pro reo magis quàm pro stipulatore. † At neque verũ 22
est, quicquam lucri hoc casu accedere debitori ob id
quod debitam mercem sua die non soluerit. Quid e-
nim lucratur, qui id quod debet non soluit eo tempo-
re quo sit minimi? Dices, hoc ipsum lucratur quod eã
rem posteà cariùs vendit, & consequitur liberationẽ
soluendo partem eius æstimationis quã ipse percipit
maiorem. At respondeo posse hìc vsurpari illud ipsum
quod iam disputauimus, cùm mercis æstimatio post
moram decreuit, scilicet, cùm postea venditur merx
pluris facta, non vendi eam ipsam rem in specie quæ
debebatur, quia non per modum speciei, sed generis
debebatur merx: nec si soluta esset, futurũ ob id fuisse
vt quæ pluris vendita est, non fuisset tanti vẽdita Ni-
hil enim vetabat & illam quæ debebatur solui, & hãc
vendi, cùm ea quæ in genere consistunt recipiant in-
uicem functionem. Et hæc ad Africanũ tractasse suffi-
ciat. De reliquis enim quæ ad actionem mandati per-
tinent dicemus cap. 9. vt & breuiùs hîc & distinctius
agamus. † Restat vt moneamus quod iam satis ex su- 23
perioribus colligitur Vlpianum in *l. pen. de condict. tri-
tic.* licèt de mora loquatur & de æstimatione ad tẽpus
moræ reducenda, nihil tamen facere ad propositã di-
sputationem quæ est de æstimanda re in diem debita
& quæ post morã non deterior, sed vilior tantum fa-
cta sit. Ita demum enim vult Vlpianus rem debitam
æstimari ex tempore moræ si post moram facta sit de-
terior, non etiam si vilior. Quæ sunt longè differentia:
cũ fieri possit vt seruus debitus factus sit deterior, &
tamen preciosior, id est maioris precij quàm fuerit an-
teà propter aucta pro tẽpore precia seruorum. † In eò- 24
que

que lapſum etiam Cuiacium miror qui deteriori facto ſeruo paſſim opponit ſeruum factum precioſiorem, cum opponere debuiſſet meliorem: Nō animaduertens, quod tamen non ignorauit, rerum precia nō ex ipſarum qualitate duntaxat, ſed etiam ex tempore æſtimanda eſſe. Cæteris quidem paribus & habita eiuſdem temporis ratione fieri nequit vt precioſior ſit qui eſt deterior. Sed alio & alio tempore inſpecto facillimè hoc contingat vt ſeruus qui antequam claudus eſſet aut eluſcatus non niſi centum vendi potuit in magna ſeruorum vilitate, poſteà factus claudus vel eluſcatus dignus tamen ſit ducentis ſuperueniente
25 penuria ſeruorū, & ex penuria, caritate. † Illud quoque obſeruari volumus Vlpianum in *d.l.pen.* ſicuti nō diſtinguit an mora aliqua præceſſerit necne, aut an pluris homo fuerit tempore litis conteſtatæ, quia tractat de æſtimatione præſtanda poſt condemnationē, vt ſuo loco probauimus, ita neque diſtinguere an ſpecies deberetur in diem, aut ſine die: quia nec ea diſtinctio neceſſaria eſt cùm agitur de æſtimenda re poſt rem iudicatam: ſed vtroque caſu æſtimamus rem ex tempore condemnationis irrogatæ, quia poſteaquàm iudicatum eſt, incipit res exinde deberi, id eſt ex iudicato non ex priſtina obligatione: quippe quæ per ſententiam extincta & ſublata eſt, quod non eſt prætermittēdum pro interpretationis noſtræ ad eam legem confirmatione. Nam ſi ea Vlpiani ſententia eſſet quæ vulgo creditur, vt in ſpecie æſtimanda aut merce, inſpiciendum eſſet tempus rei iudicandæ, non erit prætermittenda illa diſtinctio, An in diem concepta obligatio fuiſſet necne, quam nec Vlpian. prætermiſit in *l.vinum 22. de reb.cred.* nec Caius in *l.vlt.de cond. tritic.* nec Africanus in *d.l.hominem. D.mandat.*

Capvt VIII.

Emendatio l.quoties 59. De verb.oblig. & de differentia diei & condicionis.

SVMMARIA.

1 *In ineunda rei debitæ æſtimatione tunc demum diem obligationi adiectam inſpici, quum certa dies adiecta fuit.*
2 *Certa dies quænam dicitur?*
3 *Aliud ſtatuendum eſſe ſi in diem incertam debeatur.*
4 *In quo differat is qui in certam diem debet ab eo qui in incertam?*
5 *Debitorem ſub condicione ab eo qui in certam debet diſtinguendum eſſe.*
6 *Cuiacium ad* l.quoties 59. de V.O. *hanc diſtinctionem negligere.*
7 *Bartolo hanc ſententiam probari vt debitor condicionalis eam æſtimationem præſtet quæ ſuo tempore mora contracta per interpellationem factam poſt condicionis euentum.*
8 *Varia eius ſententiæ fundamenta.*
9 *Reprehenduntur nonnulla in Bartoli ratiocinatione.*
10 *Ex eo quidque æſtimandum eſſe quo nouiſſimè ſolui potuit.*
11 *Die certa obligationi adiecta aliquod inſtans dari, poſt quod non poteſt ſalua conuentione ſolui.*
12 *Quid ſignificet vulgatum illud, ex eo tempore quidque eſſe æſtimandum quo nouiſſimè ſolui potuit.*
13 *Ex obligatione magis, quam ex mora pendere ius illud quod de ineunda rei debitæ æſtimatione conſtitutum eſt.*
14 *Solam moram per lapſum diei contractam facere vt aliud quam litis conteſtatæ tempus in ſtricto iudicio inſpiciatur.*
15 *Obſeruatio ad* dict. l. hominem. ff. mandat. *& alias ſimiles.*
16 *Verba illa d.l.quoties.* vel ſub condicione. *expungenda eſſe.*
17 *Bartoli interpretatio ad illa verba reijcitur.*
18 *Quid Interpretem mouerit vt ea verba contra Iuriſconſulti mentem adderet?*
19 *Cur in ſtrictis iudicijs litis conteſtatæ tempus inſpici oporteat?*
20 *Ratio propter quam tempus condemnationis in ſtrictis iudicijs inſpicitur ſi tunc res pluris ſit.*
21 *Cur in* d.l. quoties, *Iulianus de oleo, aliiſque rebus quæ mercis appellatione continentur, diſputet?*
22 *Senſus horum verborum,* alioqui rei captio erit.

QVod † toties diximus, die obligationi adiecta ſi quæratur de ineunda rei debitæ æſtimatione ſiue merx ſpecies debita fuit, at ſiue ex iudicio bonæ fidei, ſiue ex ſtricto, inſpici debere quanti tunc res fuit cùm dari debuit, eo demum caſu verum eſt, quo dies certa fuit, vt Caius loquitur in *l.vltim. D.de condict. tritic.* nec diſſimiliter Vlpianus in *leg. vinum. 22. de rebus credit.* his verbis, *ſi dictum eſſet quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet.* † Certam verò diem accipere debemus non eam duntaxat quæ ipſis contractus verbis expreſſa & demonſtrata eſt, vtputa *in Calendas Martias proximas*, ſed illam etiam quæ nullo modo expreſſa, tamen ex contractus verbis adeò neceſſariè colligitur, vt vi ipſa contractui ineſſe exiſtimetur: qualis illa eſt quæ inducitur ex adiectione loci. Nam ſi centum Capuæ aut Lugduni te ſoluturum promiſeris, licèt diem nullam adieceris, conſtat tamen tacitam diem ineſſe ſtipulationi, & quidem certam, eam ſcilicet intra quam ad eum locum in quo deſtinata ſolutio eſt perueniri poſſit *leg. 2. §. qui ita. D. de eo quod cert. loco. l. eum qui Calend. 41. §. 1. leg. interdum. 73. l. continuus. 137. §. cùm ita de verborum obligat.* Proinde nihil cauſſæ eſt cur æſtimatio quæ eo tempore fuerit, perinde ſpectari non debeat, acſi dies expreſſa fuiſſet. Nam cùm ius illud æſtimandæ rei debitæ ex eo tempore quo rem dari conuenit, non aliam rationem habeat quàm quòd ea contrahentium voluntas fuiſſe videatur, quid obſecro intereſſe poteſt, an certa dies expreſſa ſit, an tacitè ex contrahentium voluntate ſubintellecta? Idque eſt quod ex Vlpiano proponitur *in l. idem erit. 60. D. eodem* Cùm enim ex Iuliano ſcriptum eſſet in *l. praeced.* quoties in diem oleum quis ſtipulatur, eius æſtimationem eo tempore ſpectari oportere quo dies obligationis venit: tunc enim peti poſſe, Alioquin rei captionem fore, ſubiungitur ex Vlpiano idem eſſe etſi Capuæ certum olei pondo dari quis ſtipulatus ſit. Nam eius temporis fieri æſtimationem quo peti poteſt. Peti autem poteſt cùm primùm in locum peruenire potuit. † Quid ergo ſi in diem incertam debitum fuit? Multa ſunt ex quibus probatur non idem dicendum eſſe, illud primùm quòd fruſtra prudentes de certa die adiecta tractaſſent vt eius temporis rationem in æſtimanda re haberi debere dicerent, ſi in die incerta, idem quoque admittendum eſſe exiſtimaſſent. Deinde quia diſputauimus de certa æſtimatione ineunda, & quidem ex voluntate contrahentium. Fieri autem nequit vt de certa æſtimatione cogitauerint contrahentes, qui in diem incertam obligationis nonmodò vim & poteſtatem, ſed etiam natiuitatem contulerunt. Poſtremò, quia multo magis imputari poteſt ei qui in diem certam debuit quàm ei qui in incertam, cur ad diem non ſoluerit, ideóq; durius cum eo agi æquum eſt. † Nam qui in certam

diem debet toto medio tempore potest soluere: &
quamuis ad solutionem vrgeri nequeat, quia vt lex ait
totum illud tempus liberum habet, tamen ad hoc o-
mnimodo tenetur ex obligationis vinculo, vt soluat,
aliqua saltem vltima parte eius temporis quod in o-
bligatione positum est *l. qui hoc anno. 42. de verbor. obli-
gat.* Qui verò in diem incertam dare obligatus est, a-
deò non tenetur vllo interim tempore soluere vt et-
iamsi soluat, non liberetur *leg. stipulatio ista 38. §. inter
incertam eod.* Cur ergo condemnemus debitorem ad
eam æstimationem quæ tum fuit cùm dies illa incer-
ta extitit, si non fuit in eius potestate vt citiùs soluen-
do atque ita plus præstando quàm deberet, se exone-
5 raret.† Quod si incertam diem à certa hac parte sepa-
ramus, illud etiam consequens est vt debitorem sub
condicione ab eo, qui in diem certam debet, distin-
guamus. Nihil enim dies incerta discrepat à condicio-
ne *d. §. inter, l. dies incertus. 102. & l. 1. de condit. & de-
monst.* nec igitur debitor io diem incertam à debitore
sub condicione: & cùm debitor in diem separatur ab
eo qui sub condicione debet, de eo intelligere pro-
culdubio conuenit qui in diem certam debet. non de
6 eo qui in incertam.† Quod quamquam ita est, tamen
quasi nihil intersit prorsus inter eum qui in diem cer-
tam, & eum qui sub condicione dare rem debuit, scri-
ptum est in *dict. leg. quoties 59. de verbor. obligat.* quo-
ties in diem vel sub condicione oleum quis stipula-
tur, perinde æstimationem olei eo tempore spectari
oportere quo dies obligationis venit: id est spectari
tempus existentis condicionis, sicut & diei quæ certa
adiecta est in obligatione. Neque verò Cuiacius du-
bitat quin ita ius sit, quamuis ad eas rationes quas in
contrarium adferimus nihil respondeat, quasi nec vi-
derit, cùm tamen ex certissimis & cuique obuiis iu-
ris principiis sint depromptæ.† Bartolus autem, licèt
multo robustiore nec tamen delicato solitus vti sto-
macho, tam duram sententiam concoquere facilè non
potest, magisque probat vt qui sub condicione debuit
non eam æstimationem præstare teneatur, quæ fuit
tempore existentis condicionis, sed illam quæ sit tem-
pore moræ contractæ per interpellationem, factam
8 vtique posteaquàm obligationis condicio extitit.†
Mouetur verò ex eo, quòd vt huius vel illius tempo-
ris æstimatio præstetur non ex alio fieri potest quàm
ex mora præcedente: cùm enim non æstimatio, sed res
ipsa in obligatione sit, putat ille moram præcedere ne-
cessariò debere vt ad æstimationis condemnationem
& præstationem perueniri possit. Arqui certum est
moram non videri commissam ob id solùm quòd sti-
pulationis condicio extiterit: siquidem condicionis
existentia nihil aliud facit nisi vt ex eo tempore obli-
gatio purè contracta esse videatur: quod ipsum tamen
non sufficeret ad inducendam moram nisi subsecuta
interpellatione. Nam quod obligatio pura est, efficit
duntaxat vt ex ea statim conueniri & vrgeri debitor
possit, non etiam vt ipso iure in moram constitutus,
quasi hoc ipso interpellatus fuisse existimetur. Absur-
dum namque & inconueniens esset eodem temporis
instanti & obligationem & moram ex obligatione cõ-
trahi, priùsque necessariò est vt obligatio sit & subsi-
stat quàm vt obligationi satis fieri oporteat, ac proin-
de quàm mora ex obligatione contrahatur, vt nõ in-
subtiliter idẽ Bartolus disputat ex *l. quod dicimus. 105.
de solut. leg. promissor Stichi. 21. § 1. de constit. pecun. § vlt.
Inst. de inut. stip.* Atqui certũ quoque illud est antequã
cõdicio extiterit nihil prorsus deberi nec obligationis
diem cessisse intelligi *l. cedere diem. 213. de verbor. signifi-
cat.* Quod in debito in diem diuersũ est, quia cùm ex-
ploratum sit omnimodo debitum aliquando iri, [tra-
ctamus enim de eo quod in diem certam debetur, vt
diximus] statim atque stipulatio interposita est placet
obligationis diem cedere, nec aliud amplius expecta-
ri nisi vt veniat, ad hoc vt ex obligatione iam nata a-
gi debitúmque exigi possit.† In qua Bartoli ratiocina- 9
tione vera sunt omnia, nisi quod ait de æstimatione
præstanda ex moræ tempore: Neque enim quicquam
vetat in ineunda æstimatione illud quoque tempus
spectari quod moram præcessit, licèt quandiu mora
contracta non est, de præstanda æstimatione quæri nõ
possit. Eiúsque rei manifestissimum argumentum &
exemplum est in eo qui ad certam diem dare debuit.
Hic enim non priùs moram contraxisse videri potest,
quàm dies prætererit in quam collata obligatio fuit,
quia nec antè peti quicquam ab eo potest: vbi autem
nulla petitio, ibi nec mora vlla est *leg. si pupillus. 127. de
verborum obligat. l. mora. 88. de regul. iur.* At obligatione
in diem concepta, dicimus ineundam æstimationem
habita ratione eius diei in quam dilata fuit exactio,
non diei sequentis. Tempus igitur cuius ratio haben-
da est in ineunda æstimatione, præcedit necessariò
tempus moræ, & consequenter non est bona ratioci-
natio Bartoli, cùm debitorem condicionalem negat
teneri ad eam æstimationem quæ fit tempore condi-
cionis existentis, ob hoc solùm quod nulla dum eo
tempore mora contracta esse possit. † Debuit potius 10
dicere cum Celso *in l. si Calend. 11. D. de re iudic.* ex eo
quidque æstimãdum esse quo nouissimè solui potuit:
Potuisse autem id quod sub cõdicione debitum fuit
solui post existentem condicionem citra moram: quia
condicio ex se non habet inclusam diem certam ne-
que tacitam neque expressam. tandiu autem solui im-
punè & citra moram potest, quandiu soluendi tem-
pus elapsum non est. quod porro nec priùs elabi po-
test quàm fuerit constitutum. † Quoties autem dies 11
certa siue expressa, siue tacita obligationi inest, datur
instans, post quod fieri nequit vt salua conuentione
soluatur: illud nimirum quod nouissimum instans est
diei adiectæ in obligatione. Nam etsi post eam diem
debetur quod antè debebatur, quoniam cessatio in
solutione non est legitimos modos tollendæ obliga-
tionis, verum tamen est non satisfacere conuentioni
eùm qui post diem soluit quod intra diẽ soluere de-
buit: ideóque ex voluntate contrahentium æstiman-
dum est id quod debetur ex vltimo illo instanti, vt o-
bligationi satisfactum videatur: quamuis mora nõ ni-
si post instans illud præteritum contrahatur. Quæ ra-
tio si bene inspicias non eò pertinet, vt intelligamus
totius præcedentis temporis rationem nullam haberi
oportere. Nam etsi dies nulla obligationi adiecta es-
set, neque condicio, sed pura obligatio proponeretur,
nemo tamen diceret, certè nemo adhuc dixit æstimã-
dam esse rem ex die interpositæ stipulationis, nisi cùm
id faciunt expressa verba stipulationis vt in *l. fundum
Cornelianum. 28. D. de nouat.* Absurdissimum autem
fuerit in obligatione quæ in diem certam concepta
est aut sub conditione, potiùs quàm in pura id existi-
mare.† Ergo cùm dicimus ex eo tempore quidque es- 12
se æstimandum quo nouissimè solui potuit, hoc ma-
gis significamus, sequentis temporis rationem habe-
ri non posse. Non enim aut iuris ratio aut contrahen-
tium voluntas patitur, vt res debita æstimetur ex eo
tempore quo solui amplius ex conuentione non po-
test.† Ex eóque apparet esse verissimum quod nos di- 13
sputauimus in superioribus, ex obligatione magis
quàm ex mora pendere ius illud quod cõstitutum est
à prudentibus de ineunda rei debitę æstimatione, nec
proin-

proinde ob id quod mora commissa est etiam per in-
terpellationem, statim cõsequens fieri vt quanti plu-
rimi res fuit ab eo tempore præstari debeat, nisi quã-
tum iuris ratio patitur, & natura iudicij quod exer-
14 cetur. † Vnde illud est quod Africanus in *dict. l. homi-
nem*, de qua proximè diximus, subiiciens exceptionem
ad id quod dixerat in actione ex stipulatu quæ stricti
iuris est spectandum esse tempus quo agitur, non scri-
psit *nisi per debitorem mora facta sit ex creditoris inter-
pellatione*: sed adiecit *quominus sua die solueret*, vt intelli-
gamus, non omnem moram facere vt aliud quam li-
tis contestatæ tempus in iudicio stricto inspici opor-
teat, sed eam demum quæ per lapsum diei contracta
sit, eam, inquam, non quatenus mora est, sed quate-
nus eo casu inducitur, quo fieri nequeat vt aliter obli-
gationi satisfactum videri possit, quàm si eius tempo-
ris intra quod dari res debuit æstimatio ineatur. Ad-
eò vt quamuis ab eo tempore æstimatio creuerit, ni-
15 hilominus idem tempus spectandum sit. † Obseruan-
dum verò est quod ad propositam disputationem per-
tinet, non ita scripsisse Africanum *quominus sua die
aut existente condicione solueret*, sed solius diei non e-
tiam condicionis meminisse, sicut & cæteros Iure-
consultos in *dict. leg. vinum de reb. cred. & dict. leg. vl-
tim. de condict. tritic.* quia nec dubitarunt quin ea-
dem certæ diei & condicionis ratio esse non deberet.
16 † Quæ omnia cùm ita sint nec verius quicquam in
iure disputari possit, non video quis dubitationi lo-
cus relinquatur, quin verba illa legis quoties 59. *de
verb. oblig. at.* quæ eandem hac parte rationem faciunt
diei certæ & condicionis, expungi debeant, & inepto
17 interpreti adscribi potius quàm Iuliano. † Nam quod
Bartolus ea sic interpretatur vt existente condicione
æstimatio facienda sit ex tempore moræ quæ per sub-
secutam interpellationem contracta sit, nihil minùs
quàm Iuliani verbis conuenit quibus disertè expres-
sum est, æstimationem eo tempore spectari oportere
quo dies obligationis venit, & quo peti potest: vt &
in *leg. seq.* Vlpianus ait. Porrò constat ex quo extitit
condicio stipulationis & cedere & venire diem obli-
gationis statimque ex ea agi posse, nec necessarium
esse vt præcedat interpellatio, quæ nec fieri vlla po-
test nisi postquàm cœpit agi posse, & peti quod de-
18 beretur. † Interpretem fefellit quod existimauit ni-
hil aliud hîc intuendum esse nisi an dies venerit quo
agi possit: Perinde. n. venit cùm extitit cõdicio stipu-
lationis, atque si in diem certam concepta obligatio
fuisset, eáque dies iam venisset. Quod si ita accipien-
dum esset, sequeretur obligatione nec in diem nec
sub condicione, sed purè contracta, tẽpus ipsum con-
tractæ obligationis spectandum fore, quoniam ex ea
protinus agi potest: Quod tamen iam suprà negaui-
mus, quin ad inducendã certi temporis æstimationẽ,
non sufficit, quod eo tempore agi posse cœperit, nisi
dandæ actioni caussam illud dederit quòd ex eo tem-
pore desierit promissor posse conuentioni satisfacere.
d. l. si Calendis, quod tùm accidit cùm in diem certam
concepta fuit obligatio, non cùm purè, aut sub condi-
19 cione quantumuis posteà condicio extiterit. † Eáque
etiam ratio reddi potest propter quam in iudiciis stri-
ctis inspici oporteat tempus litis cõtestatæ, quia cùm
in iis nulla moræ ratio habeatur, nisi ad perpetuan-
dam obligationem si fortè species debeatur quæ post
moram perire aut deterior fieri potest, non etiam si
mera sit in obligatione, apparet posse debitorem tã-
diu satisfacere quãdiu lis contestata nõ est: ab eo au-
tem tempore quo litem secũ contestari passus est non
posse satisfacere, quia per contestationem accedit no-
ua quædam veluti obligatio, cùm in iudicio quasi cõ-
trahatur: quam obligationem nouam dissolui quo-
que necesse est vt priori satisfactum videatur, quan-
do ex eo nata sit quòd prior non fuerit prius disso-
luta. Porrò non aliter posterior hæc dissolui potest,
quàm si ea æstimatio præstetur quæ fuit tempore litis
contestatæ. † Nec eo minùs tamen spectamus tem- 20
pus condemnationis in iudiciis bonæ fidei si tunc res
pluris sit, quoniam licet stricta iuris ratio repugnet
quæ semper contestationis tempus spectandum esse
suaderet, tamen bona fides cuius præcipua in his ra-
tio habetur, cogit iudicem vt tam præcedentis quàm
sequentis temporis, id est aut moræ aut cõdemnatio-
nis vtro tempore res pluris fuit ineat æstimationem:
quia nec post moram integrum est promissori satisfa-
cere conuentioni, cùm in iudiciis bonæ fidei mora
spectanda & expianda sit, hoc ipsum quoque non tam
iuris quàm bonæ fidei ratione *l. mora. 32. §. vlt. l. vide-
mus. 38. §. pen. & vlt. de vsur.* † Ideo autem Iulianus in 21
d. l. quoties, de oleo loquitur & aliis rebus oleo simili-
bus, id est quæ mercis appellatione continentur, quia
cùm species debetur in diem non similiter cõtingit,
vt post diem species præstari nequeat: licèt enim mu-
tata sit eius æstimatio, eadem tamen species manet, si-
ue creuerit precium siue decreuerit, nec proinde est
quod quæratur de æstimatione rei quæ ipsa præstari
potest, sed alia ratione indemnitati stipulatoris aut al-
terius cuiuslibet creditoris consulimus, quia siue pre-
ciosior species facta est, hoc ipsum quod pluris nunc
est consequitur creditor, speciem accipiendo: siue de-
terior facta est, tenetur debitor in diem vt præstet cre-
ditori quanti eius interfuit, sua die solui: Tanti verò
saltem interfuit quanti tunc res fuit. † Denique in 22
hac lege illud obscurum videri potest quod Iulianus
ita scribit *alioquin res captio erit*. Quæ verba Hotoma-
nus emendat vt legat, *alioquin aliter res pactio erit*. Sed
quam insulsa sit emendatio, & quis Iuliani sensus sit
tam apertè docuimus cap. 6. vt non alio Iulianus nũc
indigeat assertore. Rectéque Accursius *captionem* in-
terpretatur *damnum*, vt & in *l. vlt. de pact. dotal.* & aliis
plerisque iuris locis.

CAPVT IX.

De differentia mandati, & aliorum bonæ fi-dei contractuum in debita re æstimanda, Ad primam partem l. hominem. 73. D. mandat.

SVMMARIA.

1 *Mandati actionem ab aliis bonæ fidei iudiciis differre quum de ineunda rei debitæ æstimatione agitur.*
2 *Dissimilitudinis ratio redditur ex* dicta leg. hominem.
3 *Inspiciendum esse in specie* dict. l. hominem. *non quid nunc fideiussori, sed quid tunc ei abfuerit quum ex mandato soluit.*
4 *In strictis iudiciis non præstari quanti plurimi res fuerit à die moræ vsque ad diem condemnationis.*
5 *In b. f. iudiciis certam quidem æstimationem ex die mora fuisse, sub hac tamen exceptione, si non pluris res foret quum iudicaretur.*
6 *In quo conueniat, in quo item differat mandati actio à contraria negotiorum gestorum actione?*
7 *Cuiacij illatio ex illis Africani verbis in* d. l. hominem, aliter in stipulatione seruatur.

8 *Ex illo loco optimè probari, in strictis iudiciis litis contestatæ tempus spectari.*

9 *Reprobatur ratio à Cuiacio reddita, propter quam* in d. l. *in stipulatione non etiam in actione mandati tempus litis contestatæ spectatur.*

10 *Reijciuntur quæ ad enarrandam actionis mandati, & actionis ex stipulatu differentiam à Cuiacio adiectæ sunt.*

11 *Mancam esse superiorem Cuiacij rationem.*

12 *Eiusdem interpretatio ad illa Africani verba,* aliter io stipulatione seruatur, *ex ipsis Africani verbis refellitur.*

13 *In actione ex stipulatu, & omnibus b. f. iudiciis illud obseruari vt contra debitorem speciei ante moram peremtæ actio exerceri non possit.*

14 *Ad hoc vt species debita interitu debitor liberetur, sufficere si nulla mora præcesserit.*

15 *Iureconsultos, quoties de ineunda rei debitæ æstimatione tractant, ad propriam cuiusque actionis naturam & conuentionis potestatem, non ad moram respicere.*

16 *Nihil* in d. l. hominem *interesse an certus, an verò incertus homo promissus sit.*

1 DIfferre † mandatum à cæteris bonæ fidei contra-
ctibus, & consequenter actionem mandati ab a-
liis bonæ fidei iudiciis cùm agitur de ineunda rei de-
bitæ æstimatione, constat satis ex iis quę à nobis in su-
perioribus disputata sunt, si coniungas id quod Afri-
canus scribit in *l. hominem. 37. D. mandat.* Docuimus e-
nim, & vt nobis videmur, abunde probauimus ita
ferre naturam iudiciorum bonæ fidei, vt si quando rei
æstimatio præstanda sit, inspici oporteat vtro tempo-
re res pluris fuit aut moræ, aut litis contestatæ si mo-
ra nulla contestationem præcesserit, aut rei iudican-
dæ. Africanus verò in *d. l. hominem*, scribit, cùm man-
dati agit is qui pro te hominem dari fideiussit & sol-
uit, æstimationem eius hominis ad id potiùs tempus
quo solutus sit non quo agatur referri debere, ex quo
infert, etiamsi mortuus interim homo fuerit, nihilo-
2 minus vtilem eam actionem esse. † Nec sanè obscura
dissimilitudinis ratio est in qua etiam tradenda video
interpretes omnes conuenire. Non enim mandati o-
bligatio competit fideiussori ob id solùm quòd fide-
iubendi mandatum susceperit, aut fideiusserit, sed
quia soluit, competit autem ex fide bona quòd æ-
quum sit indemnem eum seruari, nec damnum sentire
ex amici officio quod pro te impleuerit. Porrò quan-
tum ei debeatur indemnitatis nomine, non ex alio
sciri potest quàm ex comparatione eius quod ipsi ab-
est ex caussa mandati. *l. inter. 26. §. abesse. D. mandat.*
Quid verò ei abest? Nimirum quanti seruus fuit
tempore solutionis. Ergo illud ipsum pretium inspi-
ciendum præstandúmque erit, siue eo tempore quo
agitur, seruus ille decesserit, siue pluris tūc sit aut mi-
noris. Quia sicuti damnum ex mandato sentire fide-
iussor aliúsve mandatarius non debet, ita neque lu-
3 crum captare. † Dices abesse fideiussori non eam ho-
minis æstimationem quæ fuit solutionis tempore, sed
hominem ipsum, qui solutus fuit, ac proinde quanti
homo ille est tùm cùm agitur, quia si hominem ex
caussa mandati non soluisset, tantundem hodie con-
sequi ex hominis venditione posset. Respondeo, non
quid nunc fideiussori absit inspiciendum esse, sed
quid tunc ei abfuerit cùm soluit. Ex quo enim facta
solutio est, cœpit certum esse quid abesset, ac proinde
quid actione mandati præstari oporteret, semel au-
tem constituta obligatione quæ certam legem cer-
támque quantitatem habuit, non ob id augeri potest
ex postfacto quod tardius agatur *leg. si sterilis. 21. §.*
cùm per venditorem. D. de act. emp. Nam si statim post
factam pro te solutionem fideiussori præstitisses quā-
ti tum homo fuisset, nihil à te suprà eam quantitatem
petere ille potuisset: Alioqui cùm mandatario præsta-
ri debeat non tantùm quod ei abest propter manda-
tum, sed etiam quod abfuturum est, cresceret in infi-
nitum soluti hominis æstimatio: nec plenè vnquā li-
beratus videreris ne tum quidem cùm auctā ex post-
facto præsentémque æstimationem præstitisses: quo-
niam post eam satisfactionem adhuc hodie pluris esse
seruus posset. † Quod si in mandati actióne quæ ple- 4
nissimas recipit præstationes adeò districtè hoc obser-
uatur, vt à quo tempore certa deberi cœpit æstima-
tio non possit ea crescere ex postfacto, quis ferat quod
nostri volunt, etiam ex contractibus strictis præstan-
dum esse, quanti plurimi vnquam res fuerit à tempo-
re moræ ad diem vsque condemnationis? Aut quis
nobiscum non sentiat, in iis quoque iudiciis quæ sunt
bonæ fidei, si moræ tempore pluris res fuit, non posse
crescere æstimationem? † At, inquies, non accipit æsti- 5
matio certam legem ex tempore moræ, ne in bonæ
quidem fidei iudiciis, cùm si pluris res sit tēpore con-
demnationis, vtique tempus illud non moræ inspici
oporteat *l. 3. §. in hac. ff. commod. leg. 3. §. vlt. de act. empt.*
Ego verò admitto equidem nesciri posse ante condē-
nationem quænam & cuius temporis habita ratione
æstimatio iniri debeat, sed si condemnationis tempore
appareat pluris rem fuisse tunc cùm mora contracta
est, dico iam inde ab eo die certam æstimationem de-
bitam fuisse intelligi, nec quod potuit res pluris esse
tempore iudicati, consequens fieri, vt auctæ interim
æstimationis ratio aliqua sit habenda. Dicerem po-
tiùs certam fuisse æstimationem ex quo mora facta
est, sub hac tamen exceptione, si non pluris res foret
cùm iudicaretur. † Cæterum actioni mandati hac 6
parte simillima est contraria negotiorum gestorum
actio: vtriusque enim actionis eadem natura, idém-
que fauor est: nec alia vlla differentia, nisi quod man-
dati actio contraria non competit nisi mandato præ-
cedente, negotiorum verò gestorum vbi mandatum
nullum intercessit *l. ex mandato. 20. D. mandat.* At non
eo minus æquum est vt indemnem præstes eum qui
pro te absente & ignorante fideiussit, imò tanto ma-
gis quanto promptior fuit ille ad negotium tuum bo-
na fide, & vtiliter gerendum, non expectato manda-
to. Et in vtraque actione spectandum igitur est tem-
pus quo alius pro te soluit, non quanti posteà res so-
luta esse cœperit, siue pluris, siue minoris, siue moræ,
siue litis contestatæ tempore, siue condemnationis. † 7
Aliter, inquit Africanus in *d. l. hominem, in stipulatione
seruatur.* Vbi notat Cuiacius eos qui nullam inter iu-
dicia bonę fidei & stricta differentiam agnoscunt fa-
cilè ex illo Africani loco refelli posse, cùm supradictis
verbis apertissima differentia cōstituatur inter actio-
nem mandati quæ bonę fidei est, & actionem ex sti-
pulatu, quę stricti iuris, idémque mihi aliquando vi-
debatur. Sed omnino, vt nunc video malè, & imperi-
tè. Nec enim hac in re magis differt actio mandati ab
actione ex stipulatu, quàm à cæteris actionibus bonæ
fidei, in quibus vt diximus non nascentis actionis
tempus inspicitur, sed vtro tempore pluris res fuit
aut moræ siue iudicialis siue extraiudicialis, aut con-
demnationis: excepta contraria negotiorum gesto-
rum actione. † Illud sanè locus hic Africani rectè pro- 8
bat, in actionibus stricti iuris qualis ea est quæ com-
petit ex stipulatione, spectandum esse tempus quo a-
gitur, id est, litis contestatæ. Cur enim in actione ex
stipulatu sic constitutum putemus nisi quia stricta a-

actio

ctio est? *l. 3. §. in hac D. commod. l. vinum 22. de reb. credit.*
9 *l. vlt. de condict. tritic.* † Parùmque subtiliter videtur
mihi facere Cuiacius, qui interrogatus cur in stipula-
tione spectetur tempus litis contestatæ non etiam in
actione mandati, respondet nullum aliud tempus es-
se quod in actione ex stipulatu inspici possit, nec e-
nim, inquit, vnquam occurret quicquam de spectan-
do tempore stipulationis in quæstionibus huiusmodi,
nisi in specie *l. cum quis. 23. de oblig. & action.* Quasi ve-
rò, inquam, nullum aliud quàm interpositæ stipula-
tionis tempus sit, de quo dubitari queat in hac quæ-
stione, an eius ratio aliqua habenda sit necne. Cur er-
go putat ille cum cæteris interpretibus, si mora con-
tracta sit spectandum esse tempus moræ quæ præces-
serit contestationem? Cur spectari tempus condem-
nationis aut etiam mortis si tunc pluris res esse pro-
ponatur? Cur denique quanti plurimi vnquam res
medio tempore fuit, vt veteres omnes interpretes sō-
niant? Ratio igitur alia melior quærenda est propter
quam litis contestatæ nec aliud vllum tempus specta-
10 ri Africanus velit, nisi cum dies adiecta est. † Quod
autem vir idem doctissimus vt latiùs enarret differen-
tiam quæ est inter actionem mandati, & actionem ex
stipulatu, subiicit, stipulatorem neque mihi rem gessis-
se stipulando, neque ei quicquam propter me abesse,
non esse igitur cur agat ex stipulatu si interim homo
promissus interierit sine culpa mea, multo imperti-
nentius est. Quid enim prohibet stipulatorem nego-
tium promissoris gessisse? Finge hunc ipsum fideiusso-
rem de quo Africanus tractat in *dict. l. hominem*, à te
stipulatum esse, & malle ex stipulatu quàm actione
mandati contra te experiri. Nam & ad hunc casum
accommodari Africanus potest, cùm stipulationes o-
mnes conuentionales pendeant ex negotio cōtracto,
vt Pomponius ait in *l. 5. de verbor. obligat.* Et verba illa
Africani *aliter in stipulatione seruatur* possunt hanc in-
terpretationem commodè admittere vt aliud sit si fi-
deiussor tuus qui pro te soluit, obstrictum te habeat
ex stipulatu, malitque ex stipulatione agere quàm
mandati. † Sed & ratio hæc Cuiacij non alij satisfa-
11 cit quàm ei qui quærat, cur aliter in stipulatione
quàm in mandato seruetur: at manca est, si quis illud
sciscitetur de quo nos disputamus, cur aliter seruetur
in actione ex stipulatu quàm in iis quæ bonæ fidei
sunt, quas non indemnitas actoris parit, vt actiones
contrarias mandati & negotiorum gestorum, sed alia
quælibet iusta caussa contrahendæ obligationis: in
quibus tamen non tempus litis cōtestatæ vt in actio-
ne ex stipulatu, sed vel moræ, vel condemnationis vt
diximus inspiciendum est. † Illud verò longè impro-
12 babilius est, quod idem Cuiacius verba illa *aliter in sti-
pulatione seruatur* sic interpretatur quasi hoc tantùm
velit Africanus, vt si homo ex stipulatu debitus an-
te moram decesserit, nulla supersit actio contra de-
bitorem. Etsi enim hoc verissimum est promissorem
liberari interitu speciei ante moram contingente
leg. si ex legati. 23. de verbor. obligat. non tamen id agit
Africanus vt hoc doceat, sed seipsum longè aliter &
euidentissimè interpretatur cùm statim subiicit *nam
tunc id tempus spectatur quo agitur*. Priùs siquidem
cùm de mandati actione ageret, dixerat è contrario
non tempus quo agatur spectandum esse, sed quo
solutus fuit homo ex caussa fideiussionis. Quod au-
tem subiunxerat, si interim seruus solutus decessis-
set, nihilominùs vtilem mandati actionem fore, non
nisi per quandam veluti consequentiam dictum vi-
deri debet. Semel enim nata mandati actio ob id
quod cœperit abesse fideiussori non potest ideò pe-
rite, quod seruus solutus perierit, quia nec ob id de-
finit ei abesse. † Cæterùm quod in actione ex stipu- 13
latu obtinet, vt non possit exerceri contra debitorem
speciei ante moram peremptæ, idem proculdubio
locum habet in aliis omnibus etiam bonæ fidei con-
tractibus, vt puta si homo venditus necdum tradi-
tus decesserit ante moram. Venditor enim liberatur;
nec eo minùs pretium petere potest vt contra Cuia-
cium disputauimus libr. 2. cap. 4. Idem est si seruus le-
gatus proponatur; *dict. leg. si ex legati. 23. de verbor. o-
bligat.* licèt actio ex testamento soleat sequi & imita-
ri naturam bonæ fidei actionum *leg. vsura 34. de vsur.*
† Non igitur quemadmodum ex eo quod in actio- 14
ne mandati spectatur tempus solutionis factæ per fi-
deiussorem, inferri meritò potest superesse obligatio-
nem & actionem quamuis homo à fideiussore so-
lutus perierit, ita possis inferre hominis promissi
interitu liberari promissorem, ex eo quòd in stipu-
latione tempus illud inspiciatur, quo agitur: nihil
enim hoc cum illo commune habet, speciémque de-
bitam esse sufficit, & nulla mora præcedente per-
emptam, vt debitor liberatus intelligatur, siue ex
contractu bonæ fidei, siue ex stricto debitor fuit: Id-
que apparet etiam manifestiùs ex illa exceptione
quam subiicit Africanus *nisi fortè per promissorem ste-
terit quominus sua die solueret, aut per creditorem quo-
minus acciperet.* Non enim potest exceptio illa accom-
modari ad id quod Cuiacius ab Africano traditum
putat liberari debitorem speciei ea perempta, scilicet
ex qua parte Africanus tractat de mora creditoris
Nam cùm per creditorem stetit quominus sua die ac-
ciperet, tanto faciliùs admittenda est liberatio debi-
toris, qui etiam si nulla ex parte mora interuenisset,
liberaretur. † Apparet etiam ex superioribus, Iure- 15
consultos cùm tractant de ineunda rei debitæ æsti-
matione ad propriam cuiusque actionis naturam, &
conuentionis potestatem respicere, non, vt interpre-
tes putant, ad moram. Neque enim is qui fideiusso-
rem dedit, in mora constituitur ob hoc solùm, quod
fideiussorem de suo soluere patiatur, nempe quod ad
obligationem, & actionem mandati pertinet, quæ
nec nascitur in fideiussoris commodum priusquàm
soluerit pro debitore: & tamen condemnamus eum
ad æstimationem quæ fuit illo ipso instanti quo sol-
uit fideiussor hominem qui debebatur. † Illud postre- 16
mò pessimè Cuiacius ad Africanum, quod Accursium
reprehendit qui scripserit idem iuris esse si incertum
atque si certum hominem dari quis fideiusserit. Etsi
enim Africanus de certo homine loquitur, non alia
tamen ratione id facit quàm quia tractat de homine
non solùm promisso, sed etiam soluto & post solutio-
nem mortuo, incertus autem & in genere nec solui
nec mori potest. Et hoc ipsum est quod mouere nos
debet vt nihil interesse debeamus credere, an certus
homo, an incertus promissus sit, cùm non possit locus
esse quæstioni, nisi post solutionem, nec rursus solui
homo nisi qui sit certus.

CAPVT V.

De emendatione & sententia l. cùm quis. 23. D. de oblig & act.

SVMMARIA.

1 *Obiectio petita ex* l. cum quis 23. de oblig. & act. *ad-
uersus ea quæ de ineunda rei debitæ æstimatione supe-
rius dicta sunt.*

2 *Distinctio inter fideiussorem & alias personas quæ ex
stipulatione conueniuntur, ad soluendam obiectionem
ab interpretibus adhibita, reiicitur.*

3 *Quænam æstimatio inspiciatur quoties fideiussor ipse ex stipulatione agit?*
4 *Fideiussore ex stipulatu conuento eandem in ipso ineundæ æstimationis rationem inspiciendam, quæ in principali debitore spectatur.*
5 *Hoc ipsum in debito mercis præcipuè obtinere.*
6 *Merce ad diem dictam non soluta, non ipsam mercem sed mercis æstimationem in condemnationem à iudice deduci debere.*
7 *Fideiussorem in* d. l. cùm quis. de V. O. *in eandem æstimationem condemnandum esse, in quam reus principalis mercis debitor condemnaretur.*
8 *Alia Accursij interpretatio ad* d. l. *tanquam diuinatoria reijcitur.*
9 *Noua coniectura ad verba illa* d. l. quo satis acceperit.
10 *Verbis illis negationem præponendam esse.*

1 HIs † quæ hucusque diximus de ineunda rei debitæ æstimatione, siue pura, siue in diem concepta fuit obligatio, maximè illud obstare videtur quod idẽ Africanus noster in *l. cùm quis. 23. de oblig. & action.* respondit, Cùm quis mercem in diem stipulatus fideiussorem accepit, eius temporis ineundam esse æstimationem quo satis acceperit. Nam si adiectæ diei ratio habenda est, & quidem præcisè vt docuimus, cur non fideiussorem ad eam æstimationem condemnamus, quæ mercis fuit eo ipso die quo dari merx debuit? Sin diuersum hoc casu obtinet ex iure aliquo singulari ob personam, aut potiùs in persona fideiussoris, qui sicut non nisi ex stipulationis vinculo teneri, ita neque alia quàm ex stipulatu actione conueniri potest *l. blandimus. 5. C. de fideiuss.* Cur non litis saltem contestatæ tempus spectamus, vt in aliis omnibus casibus in quibus agitur ex stipulatione *d. l. hominem. 37. D. mand.* Nusquã enim reperias referri æstimationem ad tempus initi contractus, nisi vno illo casu quo idipsum à contrahentibus factum sit, & conuentus verbis expressum, cùm quis fundum Cornelianum stipulatus, posteà quanti is fundus est stipulatur *l. fundum Cornelianum*
2 *28. De nouat.* † Sunt qui post Accursium distinguant inter fideiussorem & alios, sed ita tamen vt nullam adferant distinguendi rationem: quæ nec certè vlla est, cùm fideiussor ipse ex stipulatu conuenitur, sicut nec vlla esset si ageret ille ex stipulatione: quem sensum esse suprà diximus eorum Africani verborum in *d. l. hominem, aliter in stipulatione seruatur.* Non enim differentiã constituit inter fideiussorem & alias personas, sed inter contrariam actionẽ mandati & actionem ex stipulatu tùm etiã cùm hæc aut illa actio per
3 fideiussorem exercetur. † Quamquam casus ille dubitabilior est quo fideiussor ipse agit ex stipulatione, quàm quo conuenitur: nam cùm agit, sicuti agit tanquam fideiussor ita videretur eadem ratio & æquitas suadere vt inspiceretur æstimatio quæ solutionis tempore fuisset, si actio ex stipulatu interpretationem ali-
4 quam recipere posset ex æquitate & bona fide. † At cùm fideiussor ex stipulatu conuenitur, cur obsecro aliam ipsius caussam constituamus quàm sit cæterorum omnium ex stipulatione obligatorum, præsertim verò ipsius debitoris, ex cuius obligatione metienda vtique est fideiussoris obligatio: alioqui facilè eueniet, vt fideiussor aut in aliam aut in duriorem caussam acceptus videatur quod à vulgatibus notissimisque iuris regulis abhorret: sed in aliam sanè potiùs quàm in duriorem. Neque enim fieri potest vt alia in debitore principali, alia in fideiussore spectetur ratio ineundæ æstimationis, siue maior, siue minor sit æstimatio quæ à fideiussore debeatur, quin dicendus sit fideiussor in aliam caussam acceptus esse, siquidem quantulumcumque illud sit quod addas precio, aliud pretium esse, ideóque si de emptione tractetur alia quoque emptio fieri intelligitur *l. pacta conuenta. 72. D. de contr. emp.* † Hoc verò tanto magis in debito 5
mercis obtinet, quæ sicut in genere & quantitate non in specie consistit, mutatúrque in singula ferè temporum momenta, non aliter videri potest eadẽ merx esse; eadémque res quæ debetur à pluribus, quàm si in omnibus personis eiusdẽ temporis æstimatio inspiciatur.
† Nã & inde est, quod post diem solutioni dictam si 6
merx soluta non sit, necessariò in condemnationẽ deducere iudex debet non mercẽ ipsam sed mercis æstimationẽ, siue bonæ fidei siue stricti iuris iudiciũ proponatur, quod in specie debita diuersum est, quæ siue pluris siue minoris facta sit etiam post morã dummodo non deterior, eadem semper species eadémque res & est, & esse intelligitur, vt latius à nobis in superioribus disputatum est. † Atqui in proposita quæstione 7
cùm quis in diem stipulatus est in mercem, nemo dubitat quin quod ad reum & principalem debitorem attinet, ea mercis æstimatio constituenda sit quæ eo ipso die fuit quo dari merx debuit. Sic enim scriptum est in *l. vinum. 22. de reb. credit. l. vlt. de condic. tritic. l. quoties. 59. de verb. oblig.* & ab Africano ipso in *dict. l. hominem.* Ergo nec aliud in huius debitoris fideiussore dicendum est. † Quare nec Accursius ipse perstat in 8
ea differentia, quam inter debitorem & fideiussorem primùm constituerat, sed ad aliam confugit diuinationem: & ait Africanum intelligendum esse de fideiussore accepto post diem dictam solutioni, vt quod Africanus vult id tempus spectari debere quod stipulator satis acceperit: non aliud sit quàm si diceret idẽ tempus & in fideiussore & in debitore spectandum esse. Quam sententiam & interpretationem Cuiacius quoque & Hotomanus aliique recentiores nonnulli probarunt, Parum acutè sanè vt mihi videtur, ne dicã prorsus ineptè. Nam præter id quod vix est vt fideiussor accipiatur eo tempore quo iam nata est actio ad extorquendam solutionem, tùm etiam cùm id fit, dico eam æstimationem à fideiussore deberi quæ fit non eo die quo fideiussor accipitur, sed quo dari merx debuit. Alioqui eueniet proculdubio absurdum illud quod iam diximus cauendum esse, vt in aliam rẽ planeque diuersam caussam acceptus videatur. Siquidem fieri vix potest vt eandem eiusdem mercis æstimatio sit diuersis diebus, iam autem probauimus, adiecto die eam ipsam æstimationem præcisè deberi quæ tum fuit, non eam quæ sequenti die siue creuerit illa, siue decreuerit. Etsi autem posset absurdum hoc euitari si verum esset quod contrà putant interpretes omnes & veteres, & recentiores, etiam adiecta die crescere æstimationis cõdemnationem si posteà pluris res fiat, quia æquè fideiussor & debitor auctam æstimationem præstarent, pone tamen pluris rem fuisse eo die, quo ex verbis stipulationis debuit dari, non poteris, assequi vt fideiussor non in aliam caussam acceptus videri debeat, qui non obligatur ad eandem æstimationem sed ad minorem. At secundum id quod verius putamus, vt eius præcisè temporis quod obligatione comprehensum est rationem haberi oporteat, finge minoris rem fuisse eo die, sequenti verò & exinde magis ac magis creuisse æstimationem. Eueniet vtique vt fideiussor accipiatur non in aliam solum, sed etiam quod absurdius est in duriorem caussam, id est ad mercis æstimationem maiorem, quàm quæ à reo debeatur. Ita fit vt posterior hæc interpretatio, præ-

ter

tet id quod diuinatoria est, vt nemo non videt, nulla
9 tatione probabilis videri possit.† Illud longè probabilius fuerit si quis dicat verba illa Africani *quo satis acceperit* sic accipienda esse, acsi scriptum esset *in quod satis acceperit.* Nam quemadmodum contraxisse vnusquisque in eo loco intelligitur, in quo vt solueret, se obligauit, sicuti scriptum est in *lege contraxisse prox. praecu.* Ita dici potest eo tempore videri contractam obligationem, in quod collata solutio est. Sed tamen durior mihi videtur haec interpretatio, quàm vt faciè admitti possit. Quibus enim verbis potest apertiùs demonstrari, & exprimi tempus accepti fideiussoris, ad exclusionem temporis politi in obligatione, quàm illis *quo satis acceperit.* Nec nisi valdè improprie possis dicere contractum qui hodie factus sit de pecunia Calendis Martiis proximis soluenda Calendis illis factum esse Ideóque Iulianus in *dict. l. contraxisse*, vtitur verbo illo *intelligitur* quod solet denotare, vt nostri loquontur, impropriietatem. At illa quae sequentur *quo satis acceperit* id tempus demonstrant quo verè stipulator satis acceperit, non quo satis accepisse intelligatur. Nullus ergo fictioni, nullus im-
10 proprietati locus relinquitur.† Igitur, vt tandem dicam quod sentio, fatendum est, ni fallor corruptum esse Africani responsum & addita negatione legendum *non quo satis acceperit*, quae lectio facit vt legis sententia non solum vera sit sed aperta, illa videlicet, vt cùm quis mercem stipulatus fideiussorem accepit, eius temporis aestimationē spectari oporteat, in quod stipulatus fuit, non eius quo satis acceperit. Nam & similiter idem Africanus in *dict. l. hominem*, tractans eandem quaestionem cuius temporis habenda ratio sit in aestimatione ineunda, ita scribit *aestimatio eius ad id tempus potius quo solutus sit, non quo agatur referri debet.* Sustulit verò negationem imperitus interpres, existimans fortasse imperfectam fore legis sententiā si sic legamus *non quo satis acceperit* quasi demonstrato iis verbis tempore quod spectari non oportet, non etiam illo quod inspiciendum est. At obseruare debuerat, imò dictionem illam *eius* quae est in praecedentibus satis exprimere tempus illud de quo iam Africanus locutus fuerat, id est diem in quem creditor mercem stipulatus est: quod vnum tempus est cuius hac in re rationem haberi necesse sit. Denique cùm sua Africano sententia constet, etiam sublata illa clausula quam nos emendamus *quo satis acceperit* tollendam potiùs eam putarem, quàm mihi persuadere vnquam possem id scripsisse aut sensisse Africanum quod à vera rectáque iuris ratione tam euidenter abhorreat, nobis tamen prior illa nostra emendatio magis placet.

CAPVT XI.

De aestimatione rerum furtiuarum & amotarum.

SVMMARIA.

1 *Non bene ab Interpretibus hactenus intellectum fuisse.* §. 1. l. 8. ff. de condict. furt.

2 *In condictione furtiua non pluris aestimari rem furtiuam quam quanti plurimi fuit a die litis contestatae, in diem quo restituatur.*

3 *Quid* in l. 2. §. quaesitum ff. de priuat. delict. per iudicij accipiendi tempus, *Accursius intelligat?*

4 *Quid intersit inter accepti & accipiendi iudicij tempus?*

5 *In condemnationem ex causa condictionis furtiuae non posse venire quanti plurimi res fuit a die commissi furti in diem vsque contestationis.*

6 *Morae in strictis iudicijs ante litis contestationem commissae quatenus ratio habeatur?*

7 *Verba illa* d. §. 1. l. 8. semper moram fur facere videtur *quò referenda sint?*

8 *Cur debitor qui speciem deteriorem factam post moram reddidit non liberetur?*

9 *Solo furtum non satis factum esse, vt quanti plurimi res subrepta vnquam fuit a die litis contestatae in diem vsque condemnationis praestetur.*

10 *Pleraque alia absque vlla ratione solo furum odio constituta esse.*

11 *Illud furis odium efficere non posse vt res furtiuae aestimatio iudicij accipiendi tempus retrorsum egrediatur.*

12 *Stephani interpretatio ad* § quaesitum. l. 2. ff. de priuat. delict. *reijcitur.*

13 *In quo Cuiacius furis condictionem deteriorem vel meliorem faciat?*

14 *In condictione furtiua furem à die litis contestatae teneri quanti plurimi res erit vel minimo instanti vsque ad tempus rei iudicatae.*

15 *Respondetur ad* l. 9. ff. de in lit. iurand. *& differentia indicatur inter actionem furti & condictionem furtiuam.*

16 *In actione furti rem subreptam ex actionis iureiurando aestimari, in condictione furtiua rei aestimationem ex postfacto crescere.*

17 *Cur rerum amotarum aestimatio ad id tempus quo amotae sunt referatur?*

18 *Actionem rerum amotarum in locum actionis furti & condictionis furtiuae substitutam fuisse.*

19 *Ei cui furtum factum est iniuriam non fieri, si furti actione agens praeterii dumtaxat temporis aestimationem qua fortè minor fuit consequatur.*

20 *Re furtiua valoris pretij facta extante, non aestimationem quanti plurimi res vnquam fuit, sed corpus ipsum condicendum esse.*

21 *Extante specie debita non ob increscere condemnationem quod aestimatio eius post moram decreuerit, nisi quum post moram deterior facta est.*

22 *Cur in condictione furtiua in litem non iuretur si res post litem contestatam extare desierit?*

23 *Condictionem furtiuam hac parte à caeteris actionibus strictis differre.*

24 *Differentia inter actionem rerum amotarum, & condictionem furtiuam.*

25 *Vltima verba* l. pen. rerum amot. *quomodo sint accipienda?*

26 *Cur in actione furti iuretur tanti rem fuisse quum furtum factum est?*

VEreor † ne interpretes omnes & nosmetipsos in hunc vsque diem deceperit, quod Vlpianus scribit in *lege in re furtiua.* 8. §. 1. *Dig. de condict. furt.* Si ex caussa furtiua res condicatur, & quaeratur cuius temporis aestimatio fieri debeat, id tempus spectandum esse quo res vnquam plurimi fuit. Sic enim id & à veteribus, & à recentioribus interpretibus acceptum est vt quanti plurimi res fuit à die furti contracti, tanti condemnatio fiat ex caussa furtiuae condictionis.† Quod tamen non ita est. Nam vt idem Vlpianus in *l. 2. §. quaesitum de priuat. delict.* condictio ex caussa furtiua non egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus, id est non pluris aestimatur res furtiua quàm quanti plurimi fuerit à die litis cōtestatae in diem vsque quo restituatur: siquidé iudicij accipiendi tempus aliud non est apud iuris nostri autores

quàm tempus litis contestatæ, cùm ita ius esset vt
non nisi lite apud prætorem contestata iudices ab
eo dari, & consequenter à litigatoribus accipi sole-
3 rent. † Et ridiculus est Accursius qui ad eum locum
notat iudicij accipiendi tempus aliud non esse quàm
tempus ipsum quo furtum factum sit, quòd inquit,
ab eo die liceat domino cui res subtracta fuit condi-
ctionem furtiuam exercere, déque ea iudicium acci-
pere. Imò verò, fieri nullo modo potest, vt eodem
tempore quo furtum fit, iudicium accipiatur, quia
necesse est præcedere contestationem, quam ipsam
præcedit vocatio in ius, & alia eiusmodi quæ sunt
4 præparatoria iudiciorum. † Nec quicquam interest
inter accipiendi & accepti iudicij tempus, nisi quòd
cùm accipiendi iudicij tempus dicimus, illud magis
propriè significamus quod tunc est cùm litis conte-
statio fit, cùm verò iudicij accepti, illud tempus po-
tius exprimimus quod statim & immediatè sequitur
5 contestationem. † Ac quoniam illud perpetuò verũ
est, in iudiciis strictis æstimari rem ex tempore litis
contestatæ præcisè, id est ita vt neque præcedentis,
neque sequentis temporis ratio vlla habeatur, condi-
ctio autem furtiua stricti iuris est vt & cæteræ omnes
condictiones, consequens est vt quanti plurimi res
fuit à die commissi furti, in diem vsque contestatio-
6 nis, non possit venire in condemnationem. † Nec
quod fur moram semper facere intelligatur, ad rem
facit. Nam & ex contractibus strictis perinde atque
ex iis qui bonæ fidei sunt, potest mora contrahi ante
contestationem, si debitor congruo loco & tempore
interpellatus non dederit *leg. si ex legat. 23. de verbo-
rum obligation.* Sed non potest ea mora facere vt cre-
scat rei æstimatio, quia iudicij stricti quod ex contra-
ctu stricto exercetur natura non patitur, vt præce-
dentis moræ ratio vlla habeatur, nisi hactenus vt spe-
cie debita post moram perempta vel deteriore facta
subsistat eadem obligatio, quæ alioqui si mora nulla
contracta esset, penitus sublata, aut saltem diminu-
ta intelligeretur *leg. si seruum. 91. §. sequitur. & § vltim.*
7 *eod.* † Et quod Vlpianus in *dict. leg. in re. §. 1.* rationis
loco ponit *Semper enim moram fur facere videtur*, non
ad id referendum est quod præcedit de præstanda æ-
stimatione quanti plurimi vnquam res fuit (nihil e-
nim commune habet mora cum iure æstimationis in-
eundæ nisi quatenus condemnatio fieri potest ex bo-
na fide, vt in omnibus bonæ fidei iudiciis) sed ad
proximam illam clausulam *maximè cùm deteriorem
8 rem factam fur dando non liberatur.* † Vera enim ratio
propter quam non liberatur debitor speciei qui rem
factam deteriorem reddit post moram, illa vna esse
potest, quòd moræ effectus præcipuus & perpetuus
ille est, vt obligationem perpetuet, qualis quentáque
fuit ante moram. Itaque cùm fur semper & quolibet
temporis instanti moram adeóque furtum facere in-
telligatur, vt sequenti capite dicemus, rationi con-
guit vt rem factam deteriorem dando non libere-
tur, siue ante, siue post acceptum iudicium deterior
facta sit, dummodo post admissum furtum. † Cur er-
9 go, inquies, spectamus eam æstimationem in condi-
ctione furtiua, vt quanti plurimi res vnquam fuit à
die litis contestatæ præstetur in diem vsque condem-
nationis? Alia enim hic ratio est condictionis furti-
uæ, alia cæterarum actionum quas stricti iuris appel-
lamus. Respondeo non ratione aliqua iuris id consti-
tutum esse, sed solo odio furis contra iuris rationem.
Sicut & illud, vt condictio furtiua soli domino de-
tur, quæ ex iuris ratione numquam domino datur *l.
1. eadem l. vltim. Digest. vsufruct. quemadm. caueat. l. 1. §.
vltim. de condict. trit. §. itaque Institut. de action.* † Et 10
quemadmodum non possis rationem reddere, cur in
actione legis Aquiliæ spectetur quanti plurimi fuit
homo occisus eo anno quo occisus est, & quidem an-
no illo retrorsum computato *lege ait lex. 21. Digest. ad
leg. Aquil.* ac non potius quanti plurimi res fuit pro-
ximo semestri aut biennio præterito, (sunt enim ista
iuris vt vocãt positiui, ad quæ maximè pertinet quod
in *lege non omnium D. de legib.* non omnium quæ à
maioribus nostris constituta sunt rationem reddi
posse) ita nec dici potest, cur domino demus condi-
ctionem rei suæ aduersus furem, aut cur furem con-
demnemus quanti plurimi vnquam res fuit, ex die
litis contestatæ, vtrumque contra iuris regulas, nisi
quia sic constitui placuit odio furis, vt & pluribus a-
ctionibus, & duriùs obstringatur. † Cæterùm non 11
potest odium furis efficere vt rei furtiuæ æstimatio
egredi debeat retrorsum iudicij accipiendi tempus
quia totum illud tempus, quod inter admissum fur-
tum & litem ex condictione furtiua contestatam in-
tercedit, domini potiùs quàm furis moræ adscriben-
dum est nec oportet domini condicionem ob id fieri
meliorẽ quòd agat tardiùs ad augendam furis obli-
gationem *arg. l. si sterilis. 21. §. cùm per vendit. de action.
emp.* † Nec subtilior fuit Stephanus interpres Græ- 12
cus, quem Cuiacius refert & probat ad *leg. quemer. 59.
de verborum obligat.* existimans quod Vlpianus ait in
dict. l. 2. § quæsitum de priuat. delict. ita accipiendum es-
se, si à die furti admissi in diem vsque litis contestatæ,
& iudicij accipiendi æstimatio rei furtiuæ non creue-
rit. Hoc enim sensu perinde potuisset Vlpianus di-
cere æstimationem quanti plurimi in condictione
furtiua non egredi retrorsum rei iudicatæ tempus, si
poneres eandem semper fuisse æstimationẽ rei furti-
uæ ab eo tempore quo furtum factum est, in diem eũ
vsque quo condemnatio subsecuta sit: quod tamen
vix est vt fieri possit, cùm rerum omnium precia, non
tantùm pro locorum sed etiam pro temporum va-
rietate mutentur. † Sicut autem Cuiacius alios inter- 13
pretes secutus duriorem facit condicionẽ furis quàm
esse debeat, in eo quod vult teneri eum quanti plu-
rimi vnquam res fuit ex quo delictum admissum est.
Ita facit ex contrario meliorem in eo, quod in æsti-
manda re furtiua non singula momenta spectari
vult, vt quanti plurimi hoc aut illo momento fuerit
inspiciatur, sed tantùm vtro tempore pluris res fuit,
aut quo furtum admissum est, aut quo lis contestata,
aut quo res iudicata, vel res furtiua perempta est. † 14
Nam imò verò ex quo litis contestatio facta est, inci-
pit fur teneri quanti plurimi res erit vel minimo, si
dicere liceat, instanti: quare non ob id melior erit
condicionis quod rei iudicatæ tempore idem sit rei
valor, qui fuit contestationis tempore, aut etiam for-
tassis minor, si modò inter ea tempora pluris res fuit,
quemadmodum & in actione legis Aquiliæ contin-
git, vt quamuis non plus sit seruus occisus, eo tempo-
re quo occiditur, quàm fuerit primo die anni illius
retrorsum computati, non tamen idcirco liberetur
occisor, quin æstimationem illam quæ medio tempo-
re longè maior extitit præstare teneatur: alioquin
non erat cur lex ea verba *quanti plurimi* vsurparet si
hoc, aut illud tempus precisè spectari voluisset. †
Non est contrarium superioribus quod Iauolenus 15
scribit in *l. cùm furis. 9. De in lit. iurand.* Cùm furti agi-
tur, iurare oportere tanti rem fuisse cùm furtum fa-
ctum est. Differt enim hac parte actio furti à condi-
ctione furtiua, quia licèt vtraque competat aduersus
furem æquè omni casu odiosum, tamen actio furti
compo-

competit ad vindictam delicti, condictio autem ad
solam rei persecutionem. Proinde delicti tempus ne-
cessariò spectandum est cùm agitur de vindicando
delicto, vt pœna delicto respondeat: tametsi in du-
plo illo, vel quadruplò quod pro furti pœna debetur
simplum quoque id est rei ipsius precium contineа-
tur *l. in furti actione. 50. D. de furt. §. in duplum Instit. de
action.* Cùm autem agitur de re persequenda, id est
cùm res furtiua cōdicitur, non ad tempus delicti, sed
ad actionis ius & naturam respiciendum est, nisi qua-
tenus odium furis singulare aliquod ius inducit: ata-
que ab eo duntaxat tempore quo agi incipitur ineū-
16 dæ æstimationis ratio sumi debet. † Inde illa etiam
differentia, quòd in actione furti æstimatur res ex a-
ctoris iureiurādo *d. l. cum furti,* nimirum si furti actio
iure dominij deferatur vt Papinianus loquitur in *l. si
vendidero.* 80. §. 1. *de furt.* & res ipsa non restituatur,
quia non est cogendus dominus rem suam iusto pre-
cio vendere *l. non enim. 9. D. rer. amot.* Nam si res ipsa
extet ac restituatur, non quanti rem fuisse, actor in
litem iurauerit, sed verum rei precium duplatur, aut
quadruplatur. *d. l. in furti actione,* vbi quod sequitur
*sed etsi res in rebus humanis esse desierit cùm iudicatur, ni-
hilominus condemnatio facienda est, idemque etsi nunc de-
terior sit æstimatione relata in id tempus quo furtum fa-
ctum est:* Ostendit satis in omni casu idem iuris esse
vt inspecto solo furti tempore æstimationem iniri
17 oporteat. † Nam & in actione rerum amotarum si-
militer obtinere dicimus, vt earum æstimatio ad id
tempus quo amotæ sunt referri debeat *l. penult. D.
rer. amot.* non alia ratione quàm quia, vt lex statim
subiicit, *veritate furtum fit, etsi lenius coercetur mulier,*
vt intelligamus nullam hac parte differentiam esse
inter actiones furti, & rerum amotarum. Etsi non i-
gnoro placuisse quibusdam ex prudētibus, Si rei fur-
tiuæ æstimatio penes furem creuerit, condemnationē
quoque in actione furti crescere debere vt sequenti
capite dicemus. At in condictione furtiua crescit æ-
stimatio ex post facto, nec ob id tamen iuratur in li-
tem, sed rei vindicatione, aut ad exhibendum neces-
sariò agendum est vt iurari possit. Eleganter autem
Tryphoninus in *dict. l. penultim.* differentiam hanc
quam inter actionem furti, & condictionem furti-
uam esse dicimus, probat cùm subiungit *sed si pluris
facta res non restituuntur quæ amota sunt, crescit æstima-
tio vt in condictione furtiua rei.* Non scripsit *vt in actione
furti,* sed *vt in condictione furtiua rei,* quia in actione
furti verius est nō crescere æstimationē. † Ex quo ap-
18 paret actionē rerū amotarū substitutā esse in locū du-
plicis illius actionis quæ aduersus alios fures datur,
scilicet actionis furti, & cōdictionis rei furtiuæ: ideò-
que ex vtraque aliquid sumere quod imitetur. Sumit
ex actione furti, vt si pluris fuerunt res amotæ cùm
amotæ sunt, quàm nunc sint, ad id tempus amotionis
referenda sit æstimatio. Ex furtiua autē condictione,
vt si pluris nūc res sint cùm agitur, præsens æstimatio
debeatur: ne alioqui quod odio mulieris quæ res a-
mouit constitutum est de reuocanda æstimatione ad
tēpus delicti, eidē prosit si auctæ æstimationis nulla
prorsus ratio habēda sit: idque ita statui necesse fuit,
cùm placuerit nullā aliā ob res amotas præterquàm
rerū amotarū actionē dandā esse. † At cùm ei furtum
19 factum est qui & furti agere & condictionē furtiuā
exercere potest, verendum non est, ne fiat domino in-
iuria si furti actione præteriti duntaxat temporis æ-
stimationem quæ fortè minor fuit consequatur, cùm
indemnitati suæ possit consulere proposita condi-
ctione furtiuæ, per quam consecuturus sit rem ipsam
& corpus ipsum, ac proinde quanti nunc est si extat,
sin extare aut apparere desiit, ipsius æstimationem
quæ tunc est cùm agitur, aut quæ ab eo tempore cre-
scet in tempus vsque condemnationis. † Quæ Vlpia- 20
ni sententia est in *d. l. in re, in princip. & §. 1. de condi-
ction. furt.* ex quo loco illud etiam notandum est, si res
furtiua extet quæ non deterior quidem sed tamen
vilioris precij facta sit, non idcirco condicendam æ-
stimationem quanti plurimi vnquam res fuit, sed
corpus ipsum condicendum esse, nec aliter admitti
condictionem aut præstationem æstimationis, quàm
si corpus ipsum præstari non possit, licèt verum sit fu-
rem perpetuò moram facere videri. † Quod cùm ita 21
sit, negari non potest quin verissimum sit quod nos
contra interpretes disputauimus in superioribus, ex-
tante specie quæ debetur non ob id crescere con-
demnationem quòd æstimatio eius post moram de-
creuerit, sed ipsam speciem nihilominùs, & in con-
demnationem deducendam, & præstandam esse, nisi
cùm post moram deterior facta est: alioqui cùm fur
moram perpetuò facere videatur, vtique non magis
liberaretur reddendo speciem subreptam viliorem
factam, quàm reddendo deteriorem: quod si ita esset
non species ei condicenda esset, sed æstimatio, quæ
aut furti, aut contestationis tempore fuisset. Neque
tamen ideo melior furis condicio fit, quia quanto
pluris res fuit ipso furti tempore, per actionem furti
vt diximus, adeóque duplum aut quadruplum eius
pretij consequi dominus potest. † Sicut & dicimus 22
in condictione furtiua non iurari in litem si res ex-
tare desierit post litem contestatam, aut si extet qui-
dem, sed dolo malo furis non restituatur, quia nec
necesse est cùm is qui agit condictione furtiua pos-
sit etiam agere furti, in qua actione censeat iurari in
litem *dict. leg. cum furti:* sicut & in rei vindicatione, &
in actione ad exhibendum *l. in actionibus. 6. de in lit.
iur.* quæ omnes actiones competunt domino aduer-
sus furem cum condictione furtiua. † Atqui dicat a- 23
liquis, etiam in actionibus strictis iuratur in litem
quoties post moram res perempta est ante contesta-
tionem *dict. l. in actionibus §. plane.* Cur non ergo idem
in furtiua condictione seruatur? Respondeo non dif-
ferre condictionem furtiuā à cæteris actionibus stri-
cti iuris, quoniam & in ea iuratur si seruus furtiuus
decesserit ante contestationem, propter moram. Post
contestationem verò eam esse differentiam, quòd in
condictione furtiua speciali iure receptum est odio
furis, sicuti iam diximus, vt quanti plurimi vnquam
res fuit à tempore litis contestatæ, præstare fur de-
beat: in cæteris actionibus strictis, non item, ex qui-
bus scilicet ea æstimatio debetur quæ fuit tempore
litis contestatæ. Secundum quam distinctionem ac-
cipi debet quod Paulus scribit in *l. eum qui. 30. §. 1. de
iureiur.* de æstimatione serui mortui præstanda in cō-
dictione furtiua aut post moram † In eóque rursum 24
differt actio rerum amotarum à condictione furtiua:
nam in illa iuratur in litem si mulier res, quas amouit,
& quæ extant nolit restituere *l. si cùm dos. 8. §. 1 & l. se-
quent. rer. amot.* quia vt dixi actio rerum amotarum
non tantùm condictionis furtiuæ loco est, sed etiam
pro actione furti, in qua si competeret, iurari posset.
† Ergo quod scriptum est in *dict. l. penult. eodem.* Si res 25
amotę pluris factę non restituuntur, crescere æstima-
tionem vt in condictione rei furtiuæ, non ita acci-
piendum est vt in actione rerum amotarum perinde
ac in furtiua condictione æstimentur res quanti plu-
rimi vnquā fuerunt, quomodo putat Bartolus, sed vt
præsens earum æstimatio quæ nunc maior est de-

beatur, quæ tamen non deberetur si ad exemplum actionis furti, magis quàm condictionis furtiuæ a-ctio illa accommodaretur. Rursus id ita accipiendum videtur, si maritus cuius res amotæ sunt velit res suas precio suo vendere, nec malit in litem iurare, ductus fortaßis ea superstitione quæ plerosque tenet, vt etiam de ea re quam exploratißimam habeant, iurare nolint, vt in *l. quod si possessor. 71. de rei vindicat.* Nam si maritus petat deferri sibi iusiurandum in litem, non est ei denegandum, nec cogendus ille vt suo precio rem suam vendat. *l. non enim. 9. D. eod. l. si filiusfamilias. 25. §. 1. D. solut. matrim.* vbi eandem ferè rationem Paulus reddit, his verbis *quia muneris nobis res nostras alius retinere non debeat*: quæ tamen ratio ostendit, non aliter in litem iurari quàm si mulier restituendæ rei amotæ facultatem habeat, nec restituat. Si enim non possit nunc restituere, nec dolo malo fecerit quominùs posset, licèt ab initio dolum admiserit in rebus ipsis amouendis, non potest contra eam iurari in litem, quia iusiurandum hoc non ad præteritum sed ad præsentem dolum vindicandum deferri debet: ideóque prodesse hoc casu potest quod dicimus in actione rerum amotarum crescere æstimationem: cuius sententiæ nullus alioquin effectus est, cum iuratur in litem: quid enim referret an hoc an illud tempus spectandum diceres, eo casu quo non ex veritate aut communi hominum existimatione, sed ex pro-
26 prio actoris arbitrio & iureiurando res æstimatur? † Excipio casum illum quo furti agitur. Tunc enim iurandum est tanti rem fuisse cùm furtum factum est *dict. l. cùm furti*, quia in actione furti non agitur de consequenda rei subtractæ æstimatione, sed de consequendo duplo aut quadruplo pro pœna furti quãuis in eo duplo aut quadruplo etiam simplum vt diximus contineatur: neque potest iniri ratio dupli aut quadrupli, quin certa primùm simpli quantitas fuerit constituta: cumque duplum æstimetur ex simpli computatione nec possit aut debeatur furti pœna ex postfacto crescere. Omnino consequens est vt tum etiam cùm iuratur in litem ab eo qui agit furti, æstimatio referenda necessariò sit ad id tempus, quo furtum admissum fuit, in necessarium antecedens æstimandi dupli, quod nisi eo tempore inspecto quale quantúmque sit sciri potest.

CAPVT XII.

Defensio Iureconsultorum in quæstione l. ei qui 9. D. de furt. & obseruata in ea lege Triboniani manus, & in l. iusiurandum 34. §. non semper. D. de iureiur.

SVMMARIA.

1 *An vsque adeò furtum perpetuò facere fur existimetur, vt si rei furtiuæ æstimatio creuerit, furti quoque pœna & condemnatio ex ea causa crescere debeat.*
2 *Ex Celsi & Vlpiani sententia rei furtiuæ æstimationem crescere si ea melior, aut citra vllam immutationem penes furem preciosior facta sit.*
3 *Pomponio & Iauoleno contra visum fuisse, non ideò magis crescere condemnationem quod rei furtiuæ æstimatio penes furem creuerit.*
4 *Legem* 9. ff. de in lit. iurand. *quæ Iauoleni est, de actione furti non de condictione furtiua intelligendam esse.*
5 *In duplo vel quadruplo, quod pro furti pœna exigitur, simpli quoque id est rei furtiuæ æstimationẽ cõtineri.*
6 *Tryphonini sententia in* l. pen. ff. rer. amot.
7 *In quo rerum amotarum actio condictioni furtiuæ, in quo item actioni furti similior sit?*
8 *Superior Celsi sententia magis probatur.*
9 *Respondetur ad rationem quæ pro Iauoleni, Pomponij & Tryphonini sententia vrgere videbatur?*
10 *Paulum cum Celso in proposita quæstione idem sentire.*
11 *Obscurum esse quod Accursius ad* l. in furti. ff. de furt. *annotauit.*
12 *Emendatur & explicatur* l. ei qui 9. ff. de furt.
13 *Re furtiuá per alterutram actionem, siue condictio siue vindicatio illa sit recepta, alteram ipso iure sublatam esse.*
14 *Tribonianum in* d. l. ei qui. *multa de suo addidisse.*
15 *Quando actor qui furti primum agens dupli aut quadrupli pœnam consecutus est, vindicationem aut condictionem saluam habeat?*
16 *Tribonianum non Vlpianum esse integrum* §. non semper l. iusiurandum. 34. ff. de iureiur.
17 *Ea quæ hoc & superiori capite de re furtiua æstimanda dicta sunt, ad eum casum pertinere quo furti actio iure domini deferatur.*

QVæstio † nec inelegans est, nec indigna sanè, 1
quæ dissentientes habuerit ipsos prudentes nostriquæ iuris doctores, an assidua rei furtiuæ contrectatione vsque adeò furtum perpetuò facere fur existimetur, vt si rei furtiuæ æstimatio creuerit, crescere quoque debeat furti & pœna & condemnatio irroganda ex ea caussa. Sæpiùs enim furtum fieri constat *leg. quamuis. 6. De furt.* non vt plura furta esse existimentur (vnum namque duntaxat furtum est *l. infitiando. 67. §. infans eod.* vnáque actio furti aut manifesti aut nec manifesti, quale illud ab initio fuerit *l. fiue agetur. 5. initi. d. l. quamuis eod.*) sed vt quemadmodum moram in re furtiua restituenda semper facere fur creditur *l. in re furtiua. 8. §. 1. De condict. furt.* & ita semper furtum facere videatur, id est furtum iam factum cõtinuare, vt Celsus loquitur in *d. § infans*, nec valde dissimiliter. Vlpianus in *leg. in furti actione. 50. eod.* in illis verbis *quia & tunc furtum eius factum esse verius est.* † Fuerunt qui putarent æstimationem rei 2
furtiuæ crescere si res furtiua aut melior, aut citra immutationem vllam preciosior facta sit penes furem, ideóque duplari debere quanti vnquam apud eum plurimi res fuit. Qua in sententia fuit Celsus in *d. § infans.* vbi tractat de infante subrepto qui apud furem adoleuerit: & ait, tam adolescentis furtum factum esse quàm infantis, licèt vnum duntaxat furtum sit: nec dubitare se quin adolescentis potiùs quàm infantis æstimationem fieri oporteat. Quid enim, inquit, tam ridiculum est quàm meliorem furis condicionem constituere propter continuationem furti? Eandémque sententiam secutus videtur Vlpianus in *d. l. in furti. 50. eod. titu.* Nam licèt eo casu quo res furtiua in humanis esse desierit cùm iudicatur, aut quo deterior esse cœperit, velit ille referri æstimationem ad id tempus quo furtum factum est, si tamen è contrario preciosior facta sit, eius duplum quanti tunc cùm preciosior facta est fuerit, æstimandum esse vult, quia inquit & tunc furtum eius factum esse verius est. † Aliis contra probabilius visum 3
est, ei qui furti actionem habet, assidua contrectatione furis non magis furti actionem nasci posse, ne in id quidem in quod creuisset posteà res subrepta: quæ Pomponij verba sunt in *l. ei qui. 9. eod. tit.* Nec aliud fuit iudicium Iauoleni in *l. cùm furti. 9. De in lit. iur.*

vbi

vbi scribit, cùm furti agitur iurare ita oportere, tanti
rem fuisse cùm furtum factum sit, relata scilicet æsti-
timatione ad tēpus furti, nec adhibita ea distinctio-
ne quam Accursius de suo capite adhibet pluris ne
4 tunc res fuerit, an minoris. † Nam quod idem Accur-
sius post Azonem probat intelligendam esse eam le-
gem de condictione furtiua non de actione furti ri-
diculum est: cùm disertis verbis Iauolenus exprimat
de furti actione se tractare non de furtiua condictio-
ne quam passim Iurecensulti separant ab actione fur-
ti, vtpotè cùm vna rei altera pœnæ persecutionem
contineat *l. si pro fure 7. §. 1. D. de condict. furt.* ob idque
nec condictio tollatur per actionem furti, nec con-
trà, furti actio per condictionem, quia numquam pœ-
nalis tollit eam quæ rei persecutoria est aut ex diuer-
5 so *l. si pignore 54. §. cùm furti. D. de furt.* † Neque tamen
ob id recta est Azonis ratiocinatio, cùm de furti actio-
ne Iauolenum intelligi posse idcirco negat, quòd a-
ctio furti ad pœnam detur non ad rem aut ad rei ęsti-
mationem. Quamquam enim ita est, tamen in duplo
illo aut quadruplo quod pro furti pœna exigitur, sim-
plum vtique continetur, id est rei furtiuæ æstimatio,
vt omnes & prudentes & interpretes consentiunt.
Proinde non aliter sciri potest quid & quantum pœ-
næ nomine debeatur, quàm si priùs constet quid sit
in simplo, id est quanti sit res æstimanda Quod ipsum
in actione furti fit per iusiurandum in litem, si fur rē
subtractam non restituat; quia non est cogendus do-
minus rem suam iusto precio vendere: quam tamen
vendere intelligitur cùm eius accipit æstimationem:
litis enim æstimatio pro emptione & venditione est.
Sed si res extet & restituatur, non quanti dominus in
litem iurare paratus sit, sed verum rei precium du-
plandum aut quadruplandum est *d. l. an furti.* precium,
inquam, verum quod fuit tempore admissi furti non
quod nunc est si Iauoleno credimus in *d. l. cùm furti.*
Nam quod æstimanda res sit per iusiurandum in li-
tem, aut extra iusiurandum non potest inducere di-
uersitatem iuris ad constituendum tempus quod in-
6 spici debet in rei æstimatione ineunda. † Idemque
Tryphonini iudicium fuisse apparet non obscure *ex
l. pen. D. de rer. amot.* quo loco ait rerum amotarum æ-
stimationem ad tempus quo amotæ sunt, referri debe-
re, tum rationem subiicit *nam veritate furtum fit, etsi
lenius coercetur mulier* Quæ ratio prorsus inepta est, ni-
si subintelligas in actione furti similiter referri æsti-
mationem ad id tempus quo furtum factum fuit, non
ad præsens id est quod tunc est cùm agitur, aut cùm
res iudicatur Nec contrarium est quod in ea ipsa lege
sequitur, si pluris factæ res quæ amotæ sunt non re-
7 stituantur, crescere æstimationem. † Subiungit enim
vt in condictione furtiua rei, non autē quod notandum
est *vt in actione furti*, quoniam hac parte actio rerum
amotarum condictioni furtiuæ similior est quàm a-
ctioni pœnali furti, quamuis è contrario similior sit
actioni furti in eo, quod numquam æstimantur res a-
motæ quanti plurimi fuerint vt fit in condictione
furtiua, sed aut quāti tunc fuerunt cùm amotæ sunt,
aut quanti nunc sunt, quemadmodum superiore ca-
pite interpretati sumus, indéque est quod actionem
rerum amotarum actioni furti similem dicimus non
condictioni furtiuæ in referenda ęstimatione ad tem-
pus admissi delicti, cùm in furtiua condictione æsti-
matio non egrediatur retrorsum iudicij accipiendi
tempus, id est litis contestatæ *l. 2. §. quæsitum D. de pri-
uat. delict.* Et hæc posterior sententia magis conuenire
videtur rationi iuris propter regulam quæ habet
nunquam crescere ex postfacto præteriti delicti æsti-
mationem *l. omnis hereditas 134. §. 1. de reg. iur.* † Mihi 8
tamen si iudicium interponere liceat, magis placet
contraria. Ratione illa quā Celsus affert in *d. §. infans*,
q̄ ridiculū sit existimare meliorem furis condicionem
esse debere ob ipsam furti continuationem. Nam &
hinc eleganter ad supradictam iuris regulam respon-
deri potest, crescere scilicet furti æstimationem quia
non præteritum sed præsens delictum est quod conti-
nuatur. † Illa potiùs ratio pro Iauoleno, Pomponio & 9
Tryphonino vrgere videtur quod vna duntaxat furti
actio est. Neque enim id Celsus ipse negat, & ad id
maximè Pomponius respicit in *d. l. et qui*, illis verbis
non magis furti actio nasci potest. Sed tamen respondet
Celsus subtiliter, alienum id esse à proposita disputa-
tione, probátque optimè hoc argumento quòd si in-
fans hic furtiuus furi subreptus foret, ac rursus is à
fure altero eum recuperasset, etiamsi duo furta fecis-
set, non ampliùs tamen quàm semel cum eo agi pos-
set furti: nec ob id minùs secundi furti tempus spe-
ctandum esset, etiam secundum eorum sententiam
qui solum furti tempus præcisè spectari volunt. Hoc
enim necessariò subintelligendum est vt recta sit ra-
tiocinatio: & verissimè dicuntur, quia fieri nequit vt
non sint duo furta, cùm duæ sunt ex interuallo di-
stinctæ contrectationes: neque rursus vt cùm duo
sunt furta, posterioris non ęquè ac prioris tempus in-
spici oporteat si tunc pluris quàm antea res fuit. † Vi- 10
detúrque hæc sententia tandem receptior fuisse: quā
& Paulus probat in *l. ex argento 13. de condict. furt.* vbi
ait ex argento subrepto facta pocula sic condici pos-
se, vt etiam cœlaturæ æstimatio fiat, quæ impensa furis
facta est, quemadmodum inquit, si infans subreptus
adoleuerit æstimatio fit adolescentis: quamuis cura
& sumptibus furis creuerit. Non est igitur quod in
Iurisconsultis hic conciliandis, qui tam probabiles
dissentiendi caussas habuerunt diutiùs laboremus. † 11
Neque verò bene intelligo quid sibi Accursius velit
in *d. l. furti*, cùm ait aucta rei furtiuæ æstimatione pœ-
nam quidem augeri, sed non geminari. Non enim fie-
ri potest, quin aucto simplo duplum quoque vel qua-
druplum augeatur, quod scilicet ex comparatione &
proportione simpli necessariò constituēdum est. † Et 12
malè vulgata lectio *in dict. l. et qui.* habet, *an quod decre-
uisset* cùm legendum sit vt Florent. *is quod decreuisset.*
Sequitur in *d. l. et qui*, si rem furtiuam à fure vindica-
uero, condictionem mihi manere: quod sanè sic acci-
piendum est si rem ita vindicauero, vt tamen eam nō
receperim. † Nam recepta re, nemo dubitat quin con- 13
dictio salua esse non possit, sicuti nec vindicatio su-
peresset, si ex condictione furtiua dominus rem suam
à fure recuperasset, cùm vtraque sit rei persecutoria,
nec fieri queat vt persequatur quis eam rem quam sit
iam consecutus *d. l. si pignore §. cùm furti.* Plus enim est
consequi rem ex vindicatione quàm vindicare. Vin-
dicat enim qui in iure dicit rem suam esse: licèt non
statim dominus pronuncietur, aut ei res ipsa restitua-
tur: neque semper tam citò aut tam facilè restitutio
fit. Denique hoc Pomponius vult sola electione vin-
dicationis non tolli condictionem, aut contrà, sed ita
demùm perimi alteram, si ex altera effectus subsecu-
tus sit rei restitutę. † Et tamen non intelligens Tribo- 14
nianus hanc Pomponij tam apertam sententiam, sub-
iecit de suo totam illam clausulam quæ sequitur ad
finem vsque legis *sed potest dici*, inquit, *officio iudicis qui
de proprietate cognoscet contineri vt non aliter iubeat resti-
tui quam si condictionem petitor remiserit, quod si ex con-
dictione ante damnatus reus litis æstimationem sustinerit,
aut omnimodo absolutus remansit, quod magis placet, si pa-*

ratus esset petitor æstimationem restituere, nec restituerit rei homo, quanti in litem iurasset damnaretur is possessor: Scilicet existimauit Tribonianus hanc Pomponij sententiam fuisse vt dominus qui ex vindicatione rem suam esset consecutus, posset nihilominus adhuc condicere. Nam si admittas quod verum est, recepta re furtiua per alterutram actionem siue vindicatio siue condictio illa sit, alteram ipso iure sublatam esse, quid necesse est vt iudex vindicanti rem adiudicans iubeat remitti condictionem? Quid rursum absurdius quàm si is qui ex condictione litis æstimationem assecutus est, rem adhuc quasi suam vindicare velit? Iam enim diximus eam litis æstimationem pro emptione & venditione esse. Quid denique stultius quàm illud probare quod Triboniano magis placet, vt qui iam condictionem exercuit, adeóque rei suæ æstimationem ex ea consecutus est, audiendus sit si paratus sit eam æstimationem restituere vt exerceat vindicationem,
15 iurétque in litem? † Nec simile est quòd si actor furti ptimum egerit, & dupli aut quadrupli pœnam consecutus fuerit, saluam nihilominùs habet vindicationem, & condictionem *d. §. cum furti.* Id enim ita accipi debet si per actionem furti meram pœnam duntaxat exegerit, id est eam quantitatem quæ excedit simplum, non etiam si simplum quoque perceperit, quandoquidem simplum illud nihil aliud quàm ipsa res est, quam porro bis consequi actor non potest. Meminit autem Tribonianus vt solet officij iudicis, ad temperãdam iuris nimiam asperitatem, quasi hîc pugna-
26 ret illa cum æquitate, quod falsum est. † Non valdè dissimile est quod idem ni fallor, Tribonianus in *l. iusiurandum & ad pecunias 34. De iureiuran.* Vlpianũ corrupit addito integro illo *§. non semper*, vbi ita scriptum est *non semper autem consonans est per omnia referri iusiurandum quale defertur: forsitan ex diuersitate rerum vel personarum quibusdam emergentibus quæ varietatem inducunt, ideoque si quid tale inciderit, officio iudicis conceptio huiuscemodi iurisiurandi terminetur.* Quis enim ea verba non videt Tribonianum sapere magis quàm Vlpianum? Præsertim quod ait *terminetur*. Imperantis enim verbum illud est, non hominis de iure aut scribentis aut respondentis. Vlpiani autem non fuit, sed
17 Triboniani agere Imperatorem. † Cæterùm quæ toto hoc capite itémque superiore diximus de æstimanda re furtiua, ad eum casum petinent, quo furti actio iure dominij deferatur, id est quo is qui furti agit agat, quia dominus & tanquam dominus. Nam si sola vtilitas æstimationem faciat, id est si quis ob id agat furti non quod sit dominus, sed quod sua intersit ad æstimationem corporis furti actio referri non potest vt Papinianus tractat in *l. si vendidero 80. §. 1. De furt.*

CAPVT XIII.

De iureiurando, quod interpretes appellant veritatis.

SVMMARIA.

1 *Duo à Bartolo requiri vt hoc iusiurandum veritatis deferri possit.*
2 *Nullum iusiurandum in litem esse quod non sit affectionis.*
3 *Iusiurandum quod Bartolus* veritatis *appellat* necessitatis *potius dici debere.*
4 *Huic iuramento non dolum præcedentem non probationum difficultatem sed impossibilitatem locum facere.*
5 *Exemplo confirmatur dolum præcedentem ad hoc iusiurandum non requiri.*
6 *Cur ad eiusmodi iusiurandum mora exigatur?*
7 *Re post moram peremptâ eius æstimationem præstandam esse, ac si res ipsa extaret.*
8 *Eam æstimationem per iusiurandum necessitatis ineundam ad præsens non ad præteritum tempus referri.*
9 *Cur in specie* l. penult. ff. de condict. tritic. *res perempta iureiurando non æstimetur?*
10 *In æstimanda specie quæ post diem quo dari debuit perempta est, superiori iureiurando locum non esse.*
11 *Marcianum in* §. planè l. in actionibus ff. de in lit. iurand. *ad deferendum iusiurandum veritatis sola probationum impossibilitate moueri.*
12 *Homine ex contractu stricti iuris post litis contestationem perempto iusiurandum illud actori deferendum non esse.*
13 *Potentius aliquando esse ius contestationis, quàm moræ præcedentis per interpellationem contractæ.*
14 *An in bonæ fidei iudicijs re debita post moram peremptâ huic iureiurando locus sit?*
15 *An si homo ex b. f. iudicio debitus & petitus, post litem contestatam decesserit, iusiurandum illud in litem deferri actori oporteat?*
16 *Condemnationis tempus in b. f. iudicijs non adeò spectari vt litis contestatæ dies negligatur.*
17 *Non bene a Bartolo exemplum iurisiurandi quod vocant* veritatis *petitum esse ex* l. nummis 3. ff. de in lit. iur.
18 *Ratio propter quam in illa lege iurare in litem liceat.*
19 *Tria in specie eius legis concurrere necesse esse vt iurari possit.*
20 *Versiculum*, nisi fortè. *in* d. l. 3. *Triboniani potius quàm Vlpiani esse.*
21 *In* l. si quando. C. vnde vi. *nouum genus iurisiurandi proponi.*
22 *Rerum subreptarum quantitatem per iusiurandum ex illa lege probari posse, & probata quantitate æstimationem per iusiurandum probari.*
23 *Duplex tamen iusiurandum interponendum non esse.*
24 *Iusiurandum illud nec veritatis, nec necessitatis, sed potius* affectionis *dicendum esse.*

ETsi iam satis multa in superioribus præsertim cap. 1. disputauimus de iureiurãdo illo quod interpretes veritatis appellant, & probauimus tale nullum esse, attamen paulo diligentiùs id nobis nunc tractandum est, quia video totam hãc rem non solùm ab antiquioribus interpretibus, sed etiam à recentioribus malè explicatam. † Bartolus quem cæteri hac in re, 1
vt in aliis ferè omnibus Ducem sequuntur, ad *l. in actionibus 5. De in lit. iur.* duo necessaria esse scribit ad hoc vt huiusmodi iusiurandum in litem deferri possit, dolum eius contra quem iuratur, & difficultatem probationis. Dolum inquam, non præsentem vt in iureiurando quod ille vocat adfectionis sed præteritum ideóque nec iurari hoc casu quanti fuit, æstimatione ad præteritum tempus relata: huiúsque iurisiurandi exempla petit ex *d. l. in actionibus §. planè, & l. nummis 3. eodem & l. si quando C. vnde vi.* Omnia malè, & si quid vnquam Bartolus, pessimè. † Nullum enim ius- 2
iurandum in litem est quod non sit adfectionis, siue certa res quæ debetur æstimanda sit, vt in *d. §. planè*, siue id quod interest actoris, vt in *d. l. numm.* Quamquã non vsque adeò adfectioni iurantis indulgere debet iudex, qui iusiurandum defert, quin aut ab initio taxare possit quantitatem ad quam vsque iurandum est, aut post iusiurandum præstitum si in infinitum aut immensum iuratum sit, immodicam iurantis adfectionem refrænare *l. videamus 4. §. iurare eo.* † Ergo 3
quod Bartolus veritatis iusiurandum appellat, necessitatis potiùs dici debet, quia iis demum casibus defertur,

fertur, non quibus ratio iuris velit iurari, in pœnam
& odium contumaciæ, sed quibus inuita etiam iuris-
prudentia necessitas eò adigat iudicem vt iusiuran-
4 dum deferre compellatur. † Proinde non difficultas
probationum, vt Bartolus loquitur, locum facit huic
iureiurando, sed mera & absoluta impossibilitas: quo-
niam si qua ratione fieri posset vt sine dilatione iuris-
iurandi res æstimaretur, iudex deferre in eam sé ius-
iurandum nec posset nec deberet. † Indéque illud e-
tiam apparet non esse necesse quod Bartolus exigit
vt dolus præcesserit eius contra quem iuratur: cùm
non ob dolum iuretur, sed ob impossibilitatem pro-
bationum quæ eadem est siue dolus aliquis intercesse-
5 serit, siue nullus. † Exemplum vnicum est in *d. §. planè*,
vbi ait Marcianus, si ex stipulatu debitus homo post
moram perierit, deferendum esse hoc iusiurandum,
quia sine delatione iusiurandi non potest iudex æsti-
mare rem, quæ non extat. Non scribit *si homo debitus
perierit debito malo debitoris*, aut *post dolum ab eo admis-
sum*, sed hoc vnum requirit vt debitoris mora inter-
uenerit, & post eam moram perempta sit res quæ de-
bebatur: Moram porrò certum est contrahi posse ci-
tra dolum, adeóque citra culpam aliquando, licèt ra-
6 rissimè id contingat, cùm species debetur. † Ideò au-
tem exigimus moram, non quòd moræ per se ratio a-
liqua habenda sit magis quàm doli, sed quia si mora
nulla præcessisset, debitor speciei interitu liberaretur
l. si ex legati 23. de verb. oblig. nec proinde quærendum
esset de æstimatione. Mora præcedens facit vt res
post moram perempta adhuc debeatur, & per fictio-
nem iuris extare videatur: sed non vt præstari perin-
de possit quia debitum iuris est, præstatio facti, in iis
verò quæ facti sunt non potest fictio iuris locum ha-
7 bere, sed in iis tantùm quæ sunt iuris. † Itaque licèt
homo post morã mortuus petendus sit, quia idipsum
petendum est quod debetur, necesse tamen est præsta-
ri æstimationem, haud aliter quàm si deberetur *l. si
seruum 91. §. sequitur & §. vlt. de verb. obli. l. promissor Sti-
chi 21. l. promissor 23. de const. pecu.* Æstimationem, in-
quam, præsentem & quæ tunc est cùm agitur, non eã
quæ fuit tempore moræ aut mortis, quia res petitur
non tanquam antè debita, sed tanquam ea, quæ etiã-
num debeatur, quasi adhuc extet. Si autem res exta-
ret, talis dari deberet qualis esset eo tempore quo iu-
dicium acciperetur *l. 2. D. de vsur.* Cur non igitur per-
inde teneatur debitor ad eam æstimationem? Aut cur
tempus moræ vel mortis inspiciamus fauore debito-
ris qui propter moram obligatus remanet etiam post
8 rem peremptam? † In eoque rursum egregiè errat Bar-
tolus, qui æstimationem hanc per iusiurandum in-
eundam referri vult ad tempus præteritum, non ad
præsens. Id n. si ita esset, quis iusiurandum necessariũ
putaret? aut quæ difficultas esset probandæ æstima-
tionis rei quantumlibet peremptæ, si ad id tempus re-
9 ferri posset æstimatio quo res extitisset? † Quare nec
in specie illa de qua Vlpianus tractat in *l. pen. de cond.
tritic.* id est cùm ex stricta actione qualis est tritica-
ria condictio, præstari debet æstimatio rei petitæ, iam
adiudicatæ, etsi spectandum est tempus irrogatæ con-
demnationis aut mortis secutæ condemnationem, iu-
reiurando tamen æstimari rem Vlpianus vult, sicut
nec si post moram res deterior facta sit, quia cùm hoc
casu reuocanda sit æstimatio ad tempus moræ, sicut &
in superioribus casibus inspicimus tempus condem-
nationis, aut mortis id est quo res extitit, nihil neces-
se est recurri ad iusiurandum, quando tam facilè sit
dicere quanti, quam qualis eo tempore fuerit res quæ
nunc aut nullo modo extat aut deterior vel vilior fa-
cta est. † Sic &, si ponas debuisse speciem dari ad cer- 10
tam diem, nec tamen datã fuisse, sed posteà peremptã
esse, negabo locum fore iureiurando in æstimanda re
illa debita, quia necessariò referenda est æstimatio ad
diem illam, in quam dari res debuit, vt suprà probaui-
mus cap. 6. Non minùs autem commodè sciri potest
quanti res illa tunc fuerit licèt extare desierit, quàm
si hodie extaret. Nemo enim non videt ex eo quod e-
tiamnum res extat, non posse faciliorem fieri præteri-
ti temporis æstimationem. Itaque si difficultas sola
probationum hoc iurisiurãdi genus induceret, dicen-
dum esset aut neutro casu aut vtroque deferendum
esse iusiurandum: quod tamen qui dixerit nemo vn-
quam fuit. † Neque verò Marcianus in *d. §. planè.* mo- 11
ueri se ait ex difficultate probationum vt agenti ex
stipulatu iusiurandum in litem accommodet, sed po-
tiùs ex impossibilitate cùm illam adferat rationem
*quia non potest iudex æstimare sine delatione iurisiurandi
rem quæ non extat*. Impossibilitas verò, vt ita dicam, v-
no tãtùm illo casu locum habet quo præsens æstima-
tio debeatur, & res quæ in obligationẽ deducta fue-
rat, extare desierit, nam neque bonus vir vllus, neque
iudex qui in omnibus boni viri officio fungitur, æsti-
mare vllo modo possit, quanti nunc, cùm agitur, sit ea
res quæ nõ extat. Proinde mirum non est deferri hoc
casu iusiurandum etiamsi mora sola non etiam dolus
præcesserit quia nec moram exigeremus si fieri posset,
vt citra moram perempta res debita adhuc debere-
tur. Sed quia fieri nequit, vt ne speciei interitu debi-
tor liberetur qui moram non contraxit, cùm impossi-
bilium nulla sit obligatio, impossibile autem sit vt ea
res debeatur aut præstetur, quæ in rerum natura exta-
re desiit, nisi fictione iuris inducas ad retinendam o-
bligationem vt adhuc extare existimetur, exigimus
moram præcedentem vt quæstioni de præstanda æsti-
matione locus relinquatur. † Indéque apparet, si ho- 12
mo ex stipulatu debitus non modò post moram, sed
etiam post litem contestatam decesserit, non esse ius-
iurandum actori deferẽdum quia facilè æstimare hoc
casu iudex potest citra delationem iurisiurãdi eã quo-
que rem, quæ non extat, inspecto scilicet tempore li-
tis contestatæ, quod æquè spectandum esset etiamsi
res extaret. Neque enim difficilius est reuocare ad
tempus contestationis æstimationem rei quæ extare
desiit, quàm si extare non desiisset. † In eóque poten- 13
tius est ius contestationis, quàm moræ præcedentis
siue per iudicialem, siue per extraiudicialem interpel-
lationem contractæ: quia in iudiciis strictis æstimatio
sicut non augetur ex mora, quæ sequitur contestatio-
nem, ita nec egreditur retrorsum iudicij accipiendi
tempus: nec moræ quæ contestationem præcedit ra-
tio vlla habetur. † Quid ergo si bonæ fidei iudicio a- 14
gatur? Nam in hoc iudiciorum genere constat haberi
moræ rationem, nec minùs illius quæ præcedit quàm
eius quæ sequitur contestationem in tempus vsque
rei iudicandæ *l. 3. §. in hac D. commod. vel. l. 3. §. vlt. de
act. empt.* An igitur si homo debitus ex vendito, aut ex
commodato, vel deposito, decesserit post moram, defe-
remus actori iusiurandum ad ineundam æstimatio-
nem vt in iudiciis strictis, an potiùs non deferemus
quia necessitas deferẽdi nulla subest cùm inspici pos-
sit tempus moræ? Verius est delationi locum esse de-
bere, quia licèt in iudiciis bonæ fidei inspiciendum sit
tempus moræ, & quidem vsque adeò præcisè vt nul-
lam sequentis temporis rationem haberi oporteat si
posteà res pluris fuit tempore litis contestatæ, præter-
quàm si pluris sit tempore condemnationis: sicut &
in iudiciis strictis contestatæ litis tempus ita præcisè

inspicitur,vt siue pluris,siue minoris aut antè aut post
res fuerit non ideò vel augeatur ęstimatio vel minua-
tur. Tamen non est bona consecutio si quis dicat rem
ex bonæ fidei iudicio debitam æstimari posse ex tem-
pore moræ, ergo si post morã perempta sit nihil caus-
sæ esse,cur iusiurandum actori deferendum sit. Fateor
enim posse tempus moræ spectari in bonæ fidei iudi-
ciis si eo tempore pluris res fuit. Sed nego spectari de-
bere si tunc fuit minoris: ideóque cùm potuerit æsti-
matio crescere, in tempus vsque rei iudicandæ & per
morosum debitorem factum ne creuerit, non debet
eius mora ipsi prodesse. quominùs præsentem debeat
æstimationem, acsi res extaret, quæ propter morã ex-
tare adhuc creditur, nec ob id melior ipsius condicio
fieri debet, quòd ex bonæ fidei iudicio conueniatur.
Atqui qualis quantáque sit præsens illa rei post morã
peremptæ æstimatio non magis scire iudex potest si-
ne delatione iurisiurandi cũ ex iudicio bonę fidei agi-
tur, quàm si ex stricto ageretur: perinde igitur neces-
saria & consequenter iusta iurisiurandi delatio est.
15 † De illo potius dubitari potest, si homo ex bonę fidei
iudicio debitus & petitus post litem contestatam de-
cesserit, an similiter dicendum sit iusiurandum actori
deferri oportere. Eadem enim videtur vrgere ratio vt
deferri debeat, quæ vrgeret si ante contestationem
dummodò post moram decessisset: scilicet, quia in bo-
næ fidei iudiciis cùm de ineunda rei æstimatione agi-
tur, non magis litis contestatæ quàm moræ præceden-
tis ratio habetur. sed ita demum si tunc pluris res fue-
rit: alioqui præstanda æstimatio est quæ rei iudican-
dæ tempore maior reperitur *d.l.3.§ in hac D. commod.*
d l.3.§.vlt. De act.empt. Sed non ita est. Nam litis con-
testatæ tempus eodem iure spectatur in bonæ fidei
iudiciis quo in strictis, id est ex vera rectáque iuris ra-
tione [scilicet cùm mora nulla præcessit contestatio-
nem] quia quale quid est cum petitur, tale dari debet
l.2.D.de vsur. nec differentia hac parte vlla esset inter
actiones bonæ fidei & strictas, nisi bona fides quæ in
illis non etiam in his exuberat, suaderet vt in illis mo-
ræ quoque ratio habeatur aut condemnationis irro-
gandæ. cuius tamen temporis in iudiciis strictis ratio
nulla haberi potest. Atqui bona fides non potest face-
re vt eius temporis æstimatio spectanda sit quo res
ampliùs non extat: ideò nec eius quo res extare desiit
nisi condemnatio præcessit vt in *d l.pen. de cond.tritic.*
Non .n. quanti plurimi vnquam res fuerit æstimanda
est, sed vtro tempore pluris fuit aut moræ, aut si mora
nulla præcesserit, litis contestatæ aut rei iudicandæ:
proinde re ante condemnationem perempta sicuti
non potest dici pluris esse tempore condemnationis
rem, quæ ampliùs nulla est, ita neque ratio eius tẽpo-
ris in æstimanda re haberi potest, nec magis necesse
est iusiurandum deferri vt res æstimetur, quàm si ex
contractu stricto ageretur, cùm aliud tẽpus sit quod
non solùm spectari commodè potest, sed etiam ex iu-
ris ratione & regulis spectandum est Nimirum, vt di-
16 ximus, litis contestatæ. † Non enim sicut in iudiciis
strictis litis contestatæ tempus ita inspicimus vt eius
temporis quo mora contracta est nulla prorsus ratio
habeatur, sic in iudiciis bonæ fidei condemnationis
tempus adeò spectari volumus vt litis contestatæ diẽ
negligamus. Est enim ex ratione iuris vt tempus litis
contestatæ spectari oporteat non etiam vt illud in
quo mora contracta fuit, aut illud etiam quod de-
ducitur in condemnationem. Idque est quod sæpiùs
repetij in superiorib. Marciani locum illum de strictis
quidem iudiciis loqui, sed tamen ad alia quoque iu-
dicia siue bonæ fidei siue arbitraria sint protrahi de-

bere, si homo debitus & post moram, & ante litẽ con-
testatam decesserit. † Ille verò longè fœdior Bartoli 17
error est, quòd aliud exemplum iurisiurandi vt vocat
veritatis, sumit ex *d.l.nummis 3.de in lit.iur.* vbi Iurecõ-
sultus scribit numis depositis si non reddantur, iura-
ri quidem in litem non posse, quia numorum certa
est æstimatio, sed tamen si certa die reddi debuerint,
permittendum actori vt iuret quanti sua inte fuit ea
die redditos fuisse. Quis enim Bartolum docuit, iusiu-
randum hoc non esse adfectionis? An quia in numos
non cadat adfectio? Atqui non de numorum valore
iuratur, hoc casu, sed de eo quod interest: in quo æsti-
mando maximè adfectioni locus est, ob idque nec ra-
tione numorum permittitur vnquam extra illum ca-
sum vt in litem iuretur, ne immodicę adfectionis fe-
nestra aperiatur, quę coercenda potiùs est quàm adiu-
uanda. Die autem adiecta reddendis numis depositis
si non reddantur, iurare licet, aut cogente necessitate
vt iusiurandum quod veritatis dici posse negamus, sit
saltem necessitatis? Minimè verò. Alioqui numis cre-
ditis aut in stipulatum deductis si certa dies solutioni
dicta esset æquè iurari oporteret: quod falsũ est: quã-
uis non minùs debeatur hoc casu id quod interest sti-
pulatoris sua die solutos numos fuisse quàm si depositi
fuisse proponerentur. Quid ergo? Probare stipulator
debet quanti sua interfuit reuera: quæ tamen proba-
tio difficillima est, & plerumque probationum ino-
piâ id quod maximè interest ad exiguam summã de-
ducitur *l.vlt. D. de prætor. stipul.* quia quatenus cuius-
que intersit in facto non in iure consistit *l.quatenus 24.*
de reg.iur. Vnde tanto magis apparet solum probatio-
num difficultatem non posse facere vt in iudicio stri-
cto iurari debeat, sed meram & absolutam impossibi-
litatem, quæ porro nulla est, in eo quod interest æsti-
mando. † Alia igitur ratio non est propter quam iura- 18
re liceat in *d. l. numis*, quàm quia numi repetebantur
actione depositi, id est bonæ fidei iudicio: quoniam
in bonæ fidei actionibus iuratur: sed hoc ipsum tamẽ
ita si actor suos numos deposuerat, vt vulgo fieri so-
let, non etiam si alienos: Numquam.n. ei qui alienam
rem reposcit iurare conceditur cùm in eo non habeat
locum ratio quæ sola iuriiurando locum facit, quod
æquum non sit cogi dominum re sua carere eámque
iusto precio vendere *l. maritum 25. §.1. D.solu.matr.l.*
non enim.D.rer.amot. † Itaque in specie *d. l. numis* tria 19
concurrere necesse est vt iurari possit, primum illud,
vt numi depositi sint aut ex alio bonæ fidei contractu
debiti, vt puta commodati, non etiam crediti vel per
stipulationem promissi: deinde vt à domino ipso de-
positi fuerint, non ab alio. Postremò vt certa die red-
di debuerint. Dies enim efficit vt intersit actoris, cu-
ius alioqui nihil interesse videretur, saltem quod in
condemnationem deduci posset. ideóque licet numo-
rum certa sit æstimatio de qua proinde iurandi caus-
sa vel necessitas per se nulla est, ex quo tamen incipit
actoris interesse ob id quod inuito eo debitor velit ea
corpora numorum quę ipsa actoris sunt retinere, inci-
pit etiam locus fieri iuriiurando, non tam iuris quàm
ęquitatis & bonę fidei ratione. † Quanquam si dicere 20
mihi liceat quod sentio, videtur ea lex ab illis verbis
nisi fortè, Triboniani esse potiùs quàm Vlpiani. Nam
in exemplis illis quæ lex ponit, Si is qui pecùniam
deposuit eiusdem quantitatis debitor fuit sub pœna,
aut sub pignore quod ob factam in solutione cessatio-
tionem distractum sit, inferri quidem ex eo potest in-
teresse actoris, sed non statim consequens sit vt ob eã
caussam iurari in litem oporteat. Alioqui deferendum
esset iusiurandum, quotiescumque actoris interesset,
quod

quod euidenter falsum est. Præsertim cùm in proposi-
to æstimari facilè potest id quod interest sine delatio-
ne iurisiurandi. Quid enim facilius quàm æstimare
quanti intersit actoris ob pœnam commissam, scilicet
ex comparatione pœnæ quæ semper certam habet
quantitatem, aut ex comparatione precij redacti ex
distractione pignoris, aut quod ex commodiore di-
21 stractione amplius redigi potuisset. † Denique quod
idem Bartolus adducit ex *l. si quando C. vnde vi* adhuc
insulsius est. Non enim tractat ea lex de iureiurando
quod interponatur ad æstimandam rem debitam, sed
ad probandam quantitatem rerum per vim subtra-
ctarum: quod aliud iurisiurandi genus est veteribus
Iureconsultis incognitum & ea primùm constitutio-
ne introductum. Anteà enim probandum erat per te-
stes quid quantumque subtractum fuisset, quamuis
eo probato, quanti res furtiua tempore furti valuisset
ex ipsius actoris iureiurando æstimaretur *l. cum furis*
22 *9. D. de in lit. iur.* † Hodie verò ipsa etiam rerum sub-
tractarum & amissarum quantitas per iusiurandum
probari potest: hoc tamen ex iure veteri retento vt
probatione quantitatis sic facta, possit æstimatio pro-
bari per iusiurandum, quemadmodum & si species
debita post moram perempta proponeretur. Vis enim
cùm sine dolo esse non possit, plus quàm mora est, ra-
ptórque violentus quem leges appellant furem im-
probiorem, non minùs quàm alius fur quilibet mo-
ram in re furtiua semper facere intelligitur *l. in re fur-*
23 *tiua 8. §. 1. De condict. furt.* † Nec tamen duplex iusiu-
randum hoc casu interponendum est, vnum ad probá-
dam quantitatem & qualitatem rerum subtractarũ,
alterum ad probandam earum æstimationem: sed pla-
cet vnum sufficere, adeóque temperandum & refræ-
nandum per iudicem ab initio taxata quantitate ad
quam vsque iurare concedatur: quia facilè alioqui res
abiret in infinitum si actori pro arbitrio & ex adfe-
ctione permitteretur iurare, non solùm de rerum de-
bitarum æstimatione, sed etiam de ipsarum quantita-
24 te. † Cæterùm nec veritatis iusiurandum id dici de-
bet, sed necessitatis, quia fieri nequit vt res omnes a-
missas probare possit is qui tantam vim passus est:
quamquam nec propriè necessitatis iusiurandum est,
quando fieri possit vt eadem subsit necessitas deferé-
di iurisiurandi propter meram probationum impossi-
bilitatem, nec tamen deferatur, vt puta si furtum sim-
plex factum sit, nec vis vlla interuenerit. Nam ad vim
potissimùm coercendam ea lex & constitutio lata est.
Itaque adfectionis potiùs quàm aut veritatis aut ne-
cessitatis iusiurandum illud dici debet, quamuis ab
initio certa quantitate coangustetur, quia non adfe-
ctionis prohibendæ gratia adhibetur, sed eius duntaxat
quæ immodica sit coercendæ caussa, & ne tam facilè
periurium committatur, de quo nec quæri solet po-
steaquàm ex iuris necessitate in litem iuratum est *l.
vlt. D. de in lit. iur.*

CAPVT XIV.

De nouatione quæ fit ex iudicato.

SVMMARIA.

1 *An iudicati actione prior contractus ita nouetur vt vetus actio ex contractu competens perimatur?*
2 *Locus qui Interpretes mouit vt crederent per iudicatum nouam actionem acquiri non etiam veterem perimi.*
3 *Dubitandi ratio in* leg. grege. §. etiam ff. de pignor. *quam Interpretes pro sententiæ suæ fundamento attulerunt.*
4 *Differentia inter nouationem quæ per sententiam, & eam quæ per litis contestationem fit.*
5 *Post sententiam, prioris actionis ex qua secuta fuit condemnatio vestigia nulla superesse.*
6 *Vera sententia* §. creditor. l. si fundus 16. ff. de pignorib.
7 *Bartoli, Accursij & aliorum ad locum illum interpretationes reijciuntur.*
8 *Cur in specie* d. §. creditor. *aduersus eum qui hypothecaria iam conuentus & condemnatus est, rursum in executione iudicati hypothecaria agi necesse sit.*
9 *Idem obtinere in ea vindicatione quæ iure dominij datur.*
10 *Marcianum in* d. §. *non tractare de illo casu, quo sententia contra vnum reddita executio aduersus alium petatur.*
11 *Accursij ad* d. §. *coniectura reprobatur & corrigitur.*
12 *Duo esse actionis hypothecariæ capita.*
13 *An adhuc hypothecaria supersit, si debitor neque pecuniam soluere neque rem obligatam restituere volens, tamen condemnatus sit quantum debetur?*
14 *An idem in directa dominij vindicatione quod in hypothecaria statuendum sit?*
15 *Ratio propter quam Accursius* in d. §. creditor, *rei iudicatæ exceptionem vtilem esse putat.*
16 *Probatur ex* §. si pluris d. l. si fundus, *per iudicatum actionis nouationem fieri.*
17 *Versiculum,* sed humanius est d. §. si pluris, *à Triboniano additum fuisse.*
18 *An iniquum sit creditorem prætextu rei iudicatæ plus exigere à debitore quàm reuera debeatur?*
19 *Alia Accursij obiectio contra sententiam initio capitis propositam.*
20 *Nouationem quæ per litis contestationem fit veterem actionem non perimi.*
21 *Etsi nouatio per contestationem facta præcedentem obligationem perimeret, non eo minus naturalem & ciuilem obligationem subesse cuius nomine fideiussor accipi possit.*
22 *Quo sensu dicatur nouationem fieri ex iudicato?*
23 *Respondetur ad* §. 1. l. argentarium 45. ff. de iudic. *ab Accursio obiectum.*
24 *Cur ex dispositione* l. vlt. C. de vsur. rei. iudic. *alterius modi vsuræ post sententiam, quàm antea & ex pristino contractu debeantur?*
25 *In æstimanda re debita post rem iudicatam, condemnationis tantùm, aut re debitâ post condemnationem perempta, mortis tempus, tam in bonæ fidei quàm stricti iudicijs spectandum esse.*

IVdicati † actione nouari priorem contractum scri- 1
bit Iustinianus in *l. vlt. C. de vsur. rei iudicat.* tam a-
pertis verbis vt nihil dici possit apertius. Nec tamen
possunt interpretes sibi persuadere adeò id verum es-
se, quin priorem pristinámque actionem ex contractu
competentem etiam post iudicatum manere existi-
ment: nouationem hanc, quæ per iudicatum fit, sic in-
terpretantes, vt noua actio per iudicatum acquiratur,
non etiam vetus perimatur. Sic enim ad eum locum
Accursius, quem Bartolus & alij passim sequuntur. † 2
Mouentur ex *l. grege 13. §. etiam. D. de pignor.* vbi scri-
ptum est, etiamsi creditor iudicatum debitorem fece-
rit, hypothecam tamen manere obligatam. Sed facilis
responsio est, non ea ratione id fieri quòd per iudica-
tum nulla fiat nouatio, sed quia, vt lex ait, suas condi-
ciones id est exceptiones habet actio hypothecaria,
id est, si soluta pecunia, aut satisfactum est: quibus
cessantibus tenet: idcóque inquit, & si cum debitore
egero in personam, isque mihi satisdederit, & dam-

natis sit æquè hypotheca manet obligata: ac multo
magis si in personam actum sit, siue cum reo, siue cum
fideiussore, siue cum vtrisque pro parte, licet damnati
proponantur *nec per hoc, ait, videtur satisfactum credi-*
tori quod habet iudicati actionem. † Quibus verbis non
3 obscurè innuit Iurisconsultus, dubitandi rationem in
ea specie non aliam fuisse, quam quod ex iudicato fa-
cta nouatio fuisset, nec alia quam iudicati actio am-
pliùs superesset. Alioqui prima actione subsistente, &
consequenter obligatione illa cui hypotheca acces-
serat, quis tam stultus esset vt in animum posset indu-
cere, sublatam idcirco hypothecam quòd præterea
iudicati actio accessisset? At quia nouatione facta li-
berantur hypothecæ & pignora *l. nouat. 18. D. de no-*
uat. consentaneum videbatur vt post rem iudicatam
hypotheca sublata intelligeretur. Nec mala esset con-
secutio si non alia voluntariæ, alia necessariæ noua-
tionis ratio constitui deberet. *l. aliam 29. D. eod. tit. de*
nouat. qui locus etsi de ea nouatione loquitur, quæ
per contestationem fit non de ea quę per sententiam,
eadem tamen hac parte vtriusque caussa est, quoniam
vtraque nouatio necessaria, neutra voluntaria est, &
sicut dici solet neminem facere caussam suam dete-
riorem exercendo actionem, sed meliorem *l. non solet*
86. cum l. seq. De reg. iur. ita dicimus euidenter iniquis-
simum esse rei iudicatę exceptionem ei proficere con-
tra quem iudicatum est *l. euidenter 16. D. de except. rei*
iudic. † Quamquam inter nouationem quæ per sen-
4 tentiam, & eam quæ per contestationem fit hoc in-
terest, quòd per contestationem non perimitur vetus
actio, quam è contrario superesse necesse est, vt agi
possit tandémque sequi condemnatio: cùm neque si-
ne actione possit quis experiri *l. si pupilli 9. §. vltim. de*
negot. gest. neque ex contestatione actio vlla nascatur,
quæ in locum prioris substitui, & exerceri queat: nam
quod vulgo iactatur in iudicio quasi contrahi non
hunc sensum habet vt ex eo quasi contractu noua a-
ctio detur, sed ex iudicato demum secuta condemna-
tione *lege tertia §. idem scribit. D. de pecul.* At nouatio
quæ per sententiam, nouat & perimit priorem obli-
gationem, quia inducit nouam. quam sufficit compe-
tere ex iudicato, cùm alia nulla opus sit condemna-
ne. Idque probatur non malè ex eo quod Vlpianus ex
5 Papiniano & Marcello tradit in *d. §. idem scribit*, con-
demnati quoque patrem de peculio actione teneri,
etiam eius actionis nomine ex qua non potuit pater
de peculio cōueniri, nam sicut in stipulatione contra-
hitur cum filio, ita & in iudicio quasi contrahi, pro-
inde non originem iudicij spectandam, sed ipsam ve-
lut iudicati obligationem? quod vtique falsum esset,
si post sententiam prioris actionis ex qua fuit secuta
6 condemnatio, vestigia aliqua superessent. † Indéque
nimirum illud etiam fit, vt si casus talis contingat, in
quo nulla ex iudicato nasci possit noua actio, sed ea
ipsa necessariò exercenda sit quæ anteà competebat,
obstet actori exceptio rei iudicatæ, sitque illi necessa-
ria replicatio illa *si secundum me iudicatum non est.* E-
xemplo esto si creditori persequenti adiudicata sit
hypotheca eámque ex iudicato habere velit. Neque
enim dominium eius vindicare potest, cùm non ma-
gis adiudicatio quàm conuentio pignoris & hypo-
thecæ dominium rei transferat in creditorem. Quid
ergo? Necesse est vt eam ipsam actionem quam iam
exercuerat, rursum exerceat id est hypothecariam:
quod summo iure facere potest, quia nulla alia actio
nascitur ex huiusmodi iudicato quæ hypothecariam
illam perimere possit. Sed occurri exceptio rei iudi-
catæ quæ rem iam iudicatam ex integro in iudicium
deduci non patitur. Replicatione igitur vtendum e-
rit, ne res iudicata ei noceat pro quo iudicatum est,
prosit verò ei qui fuit condemnatus. Quæ elegans
Marciani sententia est in *leg. si fundus 16. §. creditor. D.*
de pign. † Quam si Accursius, Bartolus cæterique in- 7
terpretes percepissent, numquam eo loco abusi fuis-
sent ad probandum nullam ex iudicato fieri nouatio-
nem, neque rursum tot ineptias in eius interpreta-
tione effudissent. Quid enim ipsorum commentis, ne
dicam commentariis fœdius? Aiunt tractare Marcia-
num de condemnato, qui aut sententiæ tempore non
possideat, aut post sententiam possidere desierat: quo-
niam, inquiunt, si & eo tempore quo sententia lata
est, & quo iudicati executio fit, possideret debitor,
qui esset condemnatus, agere posteà ex iudicato cre-
ditor deberet, non autem partam ex iudicati caussa
persecutionem ad inuitum alterius petitionis redige-
re, vt Papinianus loquitur in *l. minor. 40. de minor.* Ego
verò etsi non ignoro posse agi hypothecaria contra a-
lium, quàm debitorem ipsum, scilicet si alius quàm
debitor rem obligatam possideat, hoc tamen conten-
do, Fieri non posse vt alius hypothecaria conueniatur
& condemnetur quàm qui vel possidet, vel dolo ma-
lo desiit possidere: *d. §. in vindicatione:* † neque dubito 8
quin Marciani sensus ille sit, vt aduersus eum ipsum
qui hypothecaria iam conuentus, & condemnatus
est, rursum agi hypothecaria necesse sit in executione
iudicati, nec alia victori actio vlla competat, siue de-
bitor, siue tertius possessor sit is, qui condemnatus
fuit. Ratione illa, quòd hypothecæ adiudicatio nec
condemnatio sit, nec ad instar condemnationis, sed
quædam potiùs dispositio, &, vt ita dicam, præparatio
ad condemnationem, ita demum secuturam si neque
pecunia soluetur, neque res obligata restituetur. *d. §.*
in vindicatione. Actio porrò nulla nasci potest ex sen-
tentia quæ non irrogat condemnationem, nec conse-
quenter nouatio vlla fieri per sententiam, quæ nullā
parit actionem. Non tam enim sententia ipsa, quàm
actio quæ ex sententia oritur, nouat obligationem &
actionem præcedentem, vt Iustinianus loquitur *in d.*
l. vlt. C. de vsur. rei iudic. † Nec aliud est in ea vindica- 9
tione quæ iure dominij datur. Nam qui per senten-
tiam iudicis pronunciatus est dominus, non idcirco
actionem vllam habet ex iudicato: neque enim ea
pronunciatio irrogat condemnationem. Sed si res pe-
titori adiudicata non restituatur iudice ita arbitran-
te & præcipiente, tum verò condemnatio fit *l. qui re-*
stituere 63. D. de rei vind. Itaque iterum vindicare cogi-
tur post adiudicationem, quousque arbitrium iudicis
extorserit de re restituenda, vt si arbitrio non parebi-
tur, sequi condemnatio possit, quoniam nulla ei actio
alia prodita est, siue ciuili, siue prætorio iure per quā
possit ille aliam vrgere condemnationem. Proinde
obstaret ei exceptio rei iudicatæ si non adiuuaretur
replicatione De re secundum se iudicata. † Inepta igi- 10
tur & ridicula est illa Bartoli ad *d. §. creditor* adnota-
tio, sententiam contra vnum latam executioni aduer-
sus alium mandari non posse, quod vtique tam aper-
tum est, vt non fuerit cur de eo Marcianus aut dubi-
taret aut scriberet. At neque in toto eo §. quicquam
est ex quo possit colligi tractare Marcianum de illo
casu quo sententiæ contra vnum redditę executio ad-
uersus alium petatur, ac nō potiùs contra eum ipsum
qui condemnatus est. Nam nec alius haberet exce-
ptionem rei iudicatę quam tamen Marcianus dat cō-
uento possessori. † Neque minùs imperitum est quod
Accursius comminiscitur exceptionem illam rei iu-
dicatæ, accommodari ei hoc colore, quasi nouatio
facta

facta sit actionis hypothecariæ per sententiam latam
pro creditore. Nam imò verò si nouatio facta propo-
neretur, non posset locum habere exceptio rei iudi-
catæ, quia nec hypothecaria rursum agi posset, quæ
per nouationem iam perempta, & sublata esset. Ita-
que dicere ex contrario debuit, ideo competere exce-
ptionem rei iudicatæ, quòd ea ipsa actio exerceatur
super qua iam pronunciatum fuit, id est hypotheca-
ria: Idcirco autem hypothecariam superesse quòd
nulla sit facta nouatio: nullam porrò factam esse no-
uationem quia per sententiam hypotheca duntaxat
adiudicata fuerat, id est pronunciatum rem obliga-
tam esse: nec præterea condemnatus reus fuerat ad
rem restituendam, ad quod neque actionis hypothe-
12 riæ potestas extenditur. † Habet enim actio hypo-
thecaria duo tantùm capita: quorum vnum illud est
vt prononcietur rem obligatam esse, alterum vt si ne-
qoe pecunia soluetur, neque res obligata restituetur,
possessor condemnetur. Itaque quamuis iudex hypo-
thècam adiudicauerit, tamen superest hypothecaria,
non ad persequeodam rei restitutionem, quæ non
magis peti per hypothecariam potest, quàm pecunia
ipsa quæ debetur. [Neutra enim est in petitione, licèt
vtraque sit in præstatione] sed ad hoc vt nisi debitum
soluatur, aut rei obligatæ restitutio fiat, possessor
tanti condemnetur qoantum debetur. † An verò post
13 eam quoque condemnationem adhuc hypothecaria
supererit? Equidem quandiu pecunia soluta non erit,
sed dico id fieri speciali illo iure actionis hypotheca-
riæ, de quo iam diximos, quia suas & perpetuas con-
diciones habet hypothecaria si solota pecunia aut a-
liter satisfactum est, nemo autem dixerit per hoc vi-
deri satisfactum creditori, quod habeat iudicati a-
14 ctionem. † Itaque non idem erit in directa dominij
vindicatione. Nam si rei meæ possessor iussus rem re-
stituere nõ paruerit ideòque condemnatus sit, quan-
ti mea interesse in litem iurauero, vtique non potero
iterum rem meam vindicare. Sublata enim vindica-
tio est, totàque litis æstimatio deducta & translata in
condemnationem. Proinde necessariò me ex iudicato
agere oportebit vt consequar quanti mea interesse iã
in litem iuraui. † Illud verò quàm absurdum est quod
15 idem Accursius negat vtile esse exceptionem rei iudi-
catæ, propterea quòd, inquit, non fiat talis nouatio vt
prima actio perimatur. Hæc enim ratio si vera esset,
probaret potius non competere illam exceptionem:
quam tamen & competere & vtilem esse ex hoc ap-
paret, quod ad eam elidendam opus est replicatione.
16 † Mouetur etiam Accursius ex §. *si pluris* qui sequitur
in eadem lege apud Marcianum. Quæritur eo loco, *si
pluris* condẽnatus sit debitor non restituendo pignus,
quàm cõputatio sortis & vsurarum faciebat, An si tã-
tum soluerit quãtum debebat exoneretur hypothe-
ca? Et responderetur quantũ ad subtilitatem legis, &
auctoritatem sentẽtiæ nõ exonerari quia semel caus-
sa videtur trãsire in condemnationẽ & inde pecunia
deberi, sed humanius esse non amplius eũ quã qood
re vera debet dando hypothecã liberare Ego verò cõ-
tendo, vel ex eo maximè loco apparere nouationẽ fie-
ri per iudicatum. Quid.n aliud obsecro sibi volũt ver-
ba illa *semel.n. caussa transire videtur in condemnationem
& inde pecunia deberi.* Nã si nouatio nõ fieret, quænam
rogo ad eũ locũ dubitandi ratio excogitari posset? At
quidni liberaretur hypotheca solutione debitæ quã-
titatis? Planè de iudicati actione dubitari posset, sed
de hypothecaria nullo modo. At dubitatio ex eo pro-
ficiscitur, quòd lata sententia & in maiorẽ quantita-
tẽ condẽnato debitore non iam quærendum est, quid
anteà debitum fuerit. sed quid iudicatũ sit, ac proinde
quid hodie ex iudicato debeatur. Sententia n. non so-
lùm ius facit, sed etiã pro veritate habetur: quæ ge-
neralis ratio est propter quam fateri cogimur noua-
tionem induci iudicato, neq; sane iuris necessitas aut
rerum iudicatarum autoritas contrariam sententiam
admittit. † Quare nec dubito quin locus ille corru- 17
ptus sit, & à Triboniano interpolatus, addito integro
versiculo illo *sed humanius est non amplius eũ quam quod
re vera debet dando hypothecam liberare*. Itémq; interie-
ctis verbis illis *quantum ad subtilitatem legis, & autori-
tatem sententia.* Non enim *subtilitatem legis* dixisset
Marcianus, sed *iuris* aut *legum*, neq; contra tam aper-
tas iuris regulas respõdisset, à quibus nec interpretes
ipsi se possunt eooluere. Quærunt enim post Accur-
sium An in proposita specie creditor soluendo id dũ-
taxat quod debet, atq; ita minus quam deductum sit
in cõdemnationẽ liberetur ab actione iudicati Et co-
guntur dicere Marciani sententiã illam esse vt libe-
retur. Et verò quis effectus esset eius liberationis quã
Tribonianus inducit inuita iurisprudentia si liberata
iã hypotheca nihilominùs iudicati obligatio & actio
adhuc superesset? Atqui nullo modo fieri potest vt
stante sentẽtia liberetur dando decẽ is qui in vinginti
cõdemnatus est, nec sic omniom quotquot vnquam
fuerũt Imperatorũ constitutiones in eam rem conspi-
rent, puto autem ad propositam quæstionẽ ita simpli-
citer Marcianum respoodisse quod ego propter auto-
ritatẽ sententię non probo. Semel enim caussa transiit
in condemnationem indéque pecunia debetur. Cæ-
tera verò omnia esse Triboniani, suas æquitates &
humanitates vt vocare solet nobis sub Marciani no-
mine obtruẽdis, nisi malis totum §. ei tribuere. quod
mihi sanè probabilius videtur, & ex iis quæ in sequẽ-
tibus dicemus. probabilius fiet. † Nam quod quidam 18
putant iniquum esse creditorem prætextu rei iudica-
tæ plus exigere à debitore quàm re vera debeatur,
quia si & ab extraneo plus debito exegisset, cogeren-
tur superfluum debitori ipsi reddere pignoratitia a-
ctione *l. si inter. 2 [illegible]. vltimo cod.* id nos iam refutauimus
libro septimo capite decimosexto, etsi facinus Tribo-
niani quod iam tum nobis aliquo modo suspectum
erat, non indicauimus. Reddit enim creditor debito-
ri quod plus debito exigit ab extraneo per hypothe-
cariam, non etiam quod autoritate rei iudicatæ & ex
stultitia iudicis potiùs quàm ex re debitoris: nec quẽ-
admodum manet hypotheca post sententiam quia
verum est solutam pecuniam non fuisse, ita ex cõtra-
rio possis dicere soluto omni eo quod debebatur li-
beratam esse hypothecam si plus sit in cõdemnatione
quàm fuerit in debito. Nam in debito illud hodie es-
se intelligitur quod in condemnationem deductum
est, non quòd anteà ex conuentione debitũ fuit. Post-
quam enim iudicatũ est, authoritas rerum iudicatarũ
non patitur vt de alio quæratur quàm quid iudicatum
sit. † Alia Accursij obiectio est ex *l. græce 8. §. 3. D. de* 19
fideiuss. vbi scriptum est Post litem contestatam fide-
iussorem accipi posse, quia & ciuilis & naturalis sub-
est obligatio. Ergo, inquit, nouatio quæ fit per conte-
stationem non perimit præcedentem obligationem. † 20
At nos iam suprà hoc vltro admisimus differre hac
parte nouationem illam quæ fit per contestationem
ab ea, quæ inducitur ex cõdemnatione: quia cùm per
contestationem nulla producatur noua actio, pror-
sus consequens est vt vel veterem saluam manere ne-
cessit sit vel nullam superesse ex qua & condemnatio
sequi possit. † Deinde possim si velim negare consecu- 21
tionem. Nam etsi nouatio quæ per contestationem fit

præcedentem obligationem perimeret, non eo minus tamen verum esset subesse & naturalem & eiusdem obligationem, cuius nomine accipi fideiussor posset. Siquidem naturalis obligatio quæ toto ex re ipsa & facto æstimatur, etiam post rem iudicatam manet, si fortè verus debitor per iniuriam iudicis sit absolutus *leg. Iulianus verum debitorem 59. D. de condictio. indeb.* Multò minus ergo perimi potest per contestationem, ex ratione illa quæ non patitur obligationem naturaliter contractam aliter quàm naturaliter dissolui *leg. prout 80 de solutionib.* Ciuilis autem obligatio noua contrahitur per contestationem quia in iudicio quasi contrahitur. *dict. leg 3. § idem scribit de pecul.* Vnde fit vt litis exercitationis fideiussor accipi possit etiam ab eo cui reuera nihil debeatur: quia nec constare potest an quicquam debeatur, priusquam perueniatur ad sententiam.

22 † Quod verò ibidem Vlpianus subiicit condemnato reo posse fideiussorem vti exceptione si non actionis iudicati, sed litis tantùm exercitationis nomine acceptus sit, secus verò si totius caussa, ad rem nullo modo pertinet. Nam quod dicimus nouationem fieri ex iudicato, hunc sensum habet vt postquam iudicatum est agi amplius ex pristina actione non possit, sed ex iudicato agi necessariò debeat, non autem vt vel pignora vel fideiussores liberentur quousque facta solutio sit, præsertim post Iustiniani constitutionem *l. vltim. C. de fideiuss.* de qua scripsimus libro vndecimo, capite vltimo. Maximè verò cū de eo fideiussore agitur, qui aut iudicati actionis, aut totius caussæ nomine acceptus est. Cur enim aut qua ratione hic per sententiā liberaretur, qui non aliam ob caussam adeptus est, quàm vt secuta quandocunque sententia cōueniri posset?

23 † Vnum illud diluendum superest quod idem Accursius erroris sui tuēdi gratia obiicit ex *l. argentarium 45. §. 1. D. de iudic.* vbi Papinianus scribit nomine puellæ tutoribus in prouincia condemnatis, curatores puellæ iudicatum Romæ facere cogendos, vbi mutuam pecuniam mater acceperat, cui filia heres extitisset. Nemo autem nō statim videt futilem & inanem esse obiectionem. Etsi enim nouatio fit per sententiam, iudicati tamen actio prioris actionis naturam in eo imitatur, vt quod ex priore contractu certo loco solui debuit, eo ipso loco soluatur ex iudicato, nisi aliter à iudice constitutum & pronunciatum sit. Quoties enim iusta actio & petitio est, idipsum deduci debet in cōdemnationem quod in actionem deductum fuit: quod si per incuriā aut imperitiā iudicis factum non sit, ex iure ipso supplendum est, dummodò id sententiæ verba patiātur: recipit enim sententia interpretationem probabilem ex conuentione quæ & actioni & condemnationi caussam dedit.

24 † Maneat igitur certissimum & inconcussum iudicati actione nouari priorem contractum & actionem quæ ex contractu illo competebat, indéque fieri quod Iustinianus constituit in *d. l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* vt alterius modi vsuræ debeantur post sententiā quàm anteà & ex pristino contractu deberentur.

25 † Item quod nos in superioribus diximus in interpretatione *l. pen. De cond. tritic.* Cùm quæritur de ineunda rei debitæ æstimatione post rem iudicatam non moræ aut litis contestatæ tempus spectandum esse, sed condemnationis tantùm, aut mortis si post condemnationē res debita in humanis esse desierit, nulla hac in re constituenda differentia inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris, quia in omnibus commune illud est, vt nouatio prioris actionis per iudicatum fiat, id est vt quod antea ex contractu siue bonæ fidei, siue stricto debeatur, peti nunc debeat ex iudicato, nec aliud quicquam deberi, aut vnquam debitum fuisse intelligatur nisi quod deductum est in condemnationem: quæ cùm multo magis extinguat potestatem contestationis, sicut & appellatio extinguit iudicatum *l. 1. in fin. D. ad S.C. Turpil.* absurdum sanè fuerit si quis dicat etiam post rem iudicatam deberi eam æstimationem quæ fuisset tempore litis contestatæ, tametsi ea ipsa præcisè alioqui deberetur, si res nondum iudicata sed iudicanda esset: hoc ita si non post moram res deterior facta sit. Nam qui ad rem ipsam reddendam condemnatus fuit, ad hoc condemnatus intelligi debet vt eam reddat non factam deteriorem, quia nec reddi videtur, quæ deterior redditur *l. 3. §. 1. D. commod.* Ideóque ad tempus moræ etiam post condemnationem reducenda hoc casu æstimatio est. *d. l. pen. D. de condict. tritic.*

CAPVT XV.

In actione hypothecaria numquam iurari in litem.

SVMMARIA.

1 *Ex recepta tam veterum quam neotericorum Interpretum sententia in hypothecaria actione in litem iurari si is qui conuenitur dolo malo possidere desierit.*

2 *Iusiurandum in litem aut manifesta æquitate, aut mera necessitate induci.*

3 *Quo casu necessitas iusiurandum in litem inducat?*

4 *In actione hypothecaria neque ex æquitate, neque ex necessitate iusiurandum in litem induci posse.*

5 *Contumaciam possessoris per iusiurandum in litem non esse æstimandam.*

6 *Quid in hac quæstione seruandum sit?*

7 *Cur in hac actione quum contra debitorem agitur iurari non possit, contra alium quemlibet possessorem iurare liceat?*

8 *Re pignorata dolo malo tertij alicuius possessoris perempta, creditori iusiurandum in litem deferendum non esse.*

9 *Quomodo lis hoc casu citra iusiurandum æstimetur?*

10 *An, si post moram possessoris res pignorata citra dolum extare desierit, iusiurandum in litem actori deferatur?*

11 *Eum qui hypothecaria conuentus est nec possideat, nec dolo possidere desierit, absoluendum esse.*

12 *Possessorem si aut pecuniam soluat aut rem restituat æquè absoluendum venire.*

13 *Quænam condemnatio sequatur si neutrum horum fecerit? vbi de libello actionis hypothecariæ formando agitur.*

14 *Dominij siue hypothecæ adiudicationem à restitutione multum differre.*

15 *Rei restitutionem & pecuniæ solutionem neque in petitione neque in condemnatione, sed in iudicis arbitrio alternatiuè esse.*

16 *Pignoris restitutionem in præstatione esse desinere post condemnationem.*

17 *Cur in condemnatione quanti interest creditoris, iusiurandum in litem ei deferri necesse non sit?*

18 *Reuocatur in dubium veritas versiculi* sin verò d. §. *in vindicatione.*

19 *Totum illum versiculum Triboniano potius quam Marciano adscribendum esse.*

20 *Multum inter vindicationem siue directam siue vtilem & actionem hypothecariam interesse quum de re dolo possessoris perempta æstimanda agitur.*

21 *Quando in actione ad exhibendum is qui obtinuit si res*

si res non exhibeatur, in litem iurare possit?
22 *Iusiurandum in litem nunquam ad id tantùm quod interest astimationem dari, nisi praeterea res aliqua & praestanda & aestimanda sit.*
23 *Actionem hypothecariam illi actioni ad exhibendum similem esse in qua non iuratur.*
24 *Cum distinctione accipiendum esse quod dicitur, in actionibus in rem in litem iurari.*
25 *Respondetur ad* l. qui restituere. ff. de rei vindic.
26 *Refutatur ratio à Treboniano reddita in fin.* d. §. in vindicatione.
27 *In quo pignorum vtilitas potissimùm eluceat?*
28 *Debitorem pignus non restituentem in plus condemnari non debere, quàm si pignus nullum dedisset.*

1 MIrum † est quàm audacter & intrepidè iura tra-
ctare iis liceat, quos certa cognitio principio-
rum iuris vix errare patiatur. In actione hypotheca-
ria iurari in litem si dolo malo desieri possidere is qui
conuenitur, adeò clarè scriptum est in *leg. si fundum*
16. §. *in vindicatione D. de pign.* vt non fuerit ex inter-
pretibus in hunc vsque diem, qui de eo dubitauerit:
& tamen si ratio iuris spectetur quæ proculdubio
semper spectanda est, nihil dici potest falsius, nihil
2 ineptius. † Iusiurandum enim in litem prorsus nul-
lum est nisi quod aut manifesta æquitas cum ratione
coniuncta, aut mera necessitas inducit. Manifesta æ-
quitas eo demum casu facit, vt actori iusiurandũ de-
ferri debeat, quo quis alienæ rei restitutionem dolo
malo recusat. Non.n. æquum est dolo possessoris cogi
dominum vt re sua carere, eámque iusto precio ven-
dere teneatur *l. tutor* 8. *D. de in lit. iur. l. si filiofam.* 25. §.
maritum. ff. solut. matr. l. non enim 9. *D. rer. amot.* Itaque
non solũ res quæ petitur æstimanda est, sed etiã con-
tumacia possessoris quod non aliter fit quàm per ius-
iurandũ in litem, cuius ea vis est vt augeat nõ rei peti-
tæ æstimationẽ, sed condemnationem *d. l. tutor. l. 1. eo.*
tit. De in lit. iur. Id verò contingit in directa in vindi-
catione quæ non nisi domino datur *l. qui restituere* 63.
iunct. l. in rem 23. *D. de rei vind.* itémque in publiciana
quæ data ad instar directæ vindicationis, & eo colore
quasi iam vsuceperit is qui nondum vsucepit *l. sed et si*
res 7. §. *publiciana actio* & §. *in publiciana D. de public. in*
rem act. Idem etiam iuris est in bonæ fidei iudiciis *l. in*
actionibus 5. *De in lit. iur. l.* 3. §. *in hac D. commod.* At non
in omnibus, sed in iis duntaxat in quibus agitur de fi-
de rupta, & ita demum si de re agatur, quæ iam acto-
ris propria sit, non quæ actori nunc primùm dari ex
contractu tradive debet. Inde est quod neque in con-
trariis iudicis iuratur *l. et apud quem* 5. *D. depos.* neque
in actione empti si res vendita dolo & procacia ven-
ditoris nõ tradatur *l. si traditio* 4. *C. de act. empt.* vt plu-
3 ribus à nobis comprobatũ est lib. 6. ca. 17. † Necessitas
autem inducit iusiurandũ in litem vno illo casu quo
res debita perierit post morã ante litem contestatam,
quia præsens æstimatio quæ tunc deberetur sciri nul-
lo modo potest sine delatione iurisiurandi cùm res
non extat *d. l. in actionibus* §. *planè.* idque siue ex bonæ
fidei iudicio, siue stricto agatur, siue dolus interuene-
rit, siue non, vt contra Accursium & Bartolũ disputa-
4 uimus cap. 13. † Atqui in actione hypothecaria nihil
tale est quod aut ex æquitate aut ex necessitate iusiu-
randum possit inducere. Nam qui hypothecariam e-
xercet, neque dicit se dominum, neque fieri potest vt
dominus sit, cùm ea nihil aliud sit, quàm pignoris
persecutio, pignus autem rei propriæ non consistat *l.*
neque pignus 35. *De reg. iur.* E contrario actor conten-
dit & probare debet rem illam in quam agit fuisse in
dominio debitoris iã tum cùm pignus cõtrahebatur,
nisi obligata sint bona omnia tantùm præsentia sed
etiã futura *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur D. de pi-*
gnor. & euanescit obligatio pignoris si rei obligatæ
dominiũ creditori acquiratur *l. pen. in fin. D. except. rei*
iudic. Non igitur æquitas illa facere potest vt credito-
ri iusiurandum deferri debeat, ne cogatur inuitus re
sua carere creditor, qui alienam rem persequitur non
suam: adeóque cui non res ipsa debetur, sed tantùm
pecunia, quâ solutâ & pignus extinguitur, & conse-
quenter hypothecaria, quæ non competit nisi de pi-
gnore & hypotheca. Ex necessitate autem iusiuran-
dum ei deferendum esse multo minus dici potest. De-
ferendi enim iusiurandi necessitas tunc subest, cùm
æstimanda est res quæ non extat, quia sine delatione
iurisiurandi non potest iudex æstimare rem quæ non
amplius extat. At in hypothecaria, vt modò dixi non
res ipsa debetur sed pecunia, quæ sui natura certam
semper habet æstimationem *leg. minus* 3. *De in lit. iur.*
Cur ergo ad rem æstimandam iusiurandum defera-
mus? † Nam si dicas non equidem æstimandam rem 5
quæ non debetur, sed contumaciam possessoris, Re-
spondebo contumaciam tametsi adnexum dolum ha-
beat, numquã tamen solam æstimari, id est sine re in
qua restituenda cõtumax ille est contra quem ob do-
lum & contumaciã iuratur: rem autem quę æstimatur
cum dolo & cõtumacia, vel actoris propriam, vel sal-
tem actori debitam esse oportere: quorum neutrum
est in hypothecaria. † Quid ergo? Id omnino seruan- 6
dum est quod Vlpianus in hanc rẽ scribit in *l. si inter*
21. *D. de pign.* Si res pignorata, inquit, non restituatur,
lis aduersus possessorem erit æstimanda: sed vtique a-
liter aduersus debitorem ipsum, aliter verò aduersus
quemuis possessorẽ. Nam aduersus debitorẽ non plu-
ris quàm debet quia nõ pluris interest: Aduersus cæ-
teros possessores etiam pluris, & quod plus debito
consecutus creditor fuerit, debet restituere debitori
pignoratitia actione. † Ex quo loco apparet nõ solùm 7
quid in hac quæstione iuris sit, sed etiam quæ ratio sit
huius iuris. Nam cùm agitur contra debitorem, ideo
iurari non potest quod nihil interest actoris supra eã
quantitatem quæ debetur: ad eam verò vsq; quanti-
tatem certissima debiti æstimatio est. Cur ergo ei iu-
rare permittamus, cuius nihil omnino interest? Cùm
autem agitur contra alium quemlibet possessorem,
pluris litem æstimamus quàm re vera debeatur, quia
pluris interest creditoris propter actionem pignora-
titiam qua tenetur debitori, vt quanto pluris fuit res
obligata ei restituat, quoties eam rem ita vindidit, vt
non videatur carere dolo vel culpa, qui minore precio
vendidit, quàm quanto vendere diligens paterfami-
lias potuisset *l. si pignore* 22. §. *vlt. De pign. act.* Atqui li-
tis æstimatio similis est emptioni *leg.* 3. *D. pro emptor.*
Perinde igitur curare debet creditor, vt cùm res pi-
gnorata non restituitur à tertio possessore, tanti lis æ-
stimetur, quanti re vera est, atque si eam venderet ne
pignoratitia teneatur. † Nimirum si res extet quæ æ- 8
stimari commodè possit citra iusiurãdũ. Nam si desie-
rit extare, licèt dolo malo possessoris, non idcirco ius-
iurandum actori deferendum est, quia nec eius quic-
quã interest supra eam quãtitatem quæ debetur, quæ
sufficiat nihil ei posse imputari de re perdita aut de
lite minoris æstimata, ne pignoratitia conueniri pos-
sit: Præsertim cùm debitor idémq; pignoris dominus
actionem ad exhibendum habiturus sit contra hunc
qui dolo possidere desiit: in qua actione si res non ex-
hibebitur vt vindicari possit, tùm verò iurare in litem
domino permittetur, quia in actione ad exhibendum

quoties ratione dominij datur iurari in litem potest
d.l.in actionibus l.3.§.2. D.ad exhib. † Igitur hoc casu
9 qoo res pignorata nec restituitur nec æstimari potest
ob eam caussam quòd possessoris dolo extare desiit,
tanti lis æstimanda erit quantum actori debetur, non
pluris: eadem ratione quæ locum habet cùm agitur
aduersus debitorem, quia nec pluris interest credito-
ris. † Quemadmodum eueniret si post moram posses-
10 soris citra dolum res extare desiisset. Quo casu nemo
vnquam dixit permittendum esse creditori vt iuret,
cùm nihil ipsius intersit nisi quatenus ei debetur, nec
res ipsa quæ extare desiit, sed pecunia tantùm ei de-
beatur. Non enim quod sine iurisiurandi delatione
non possit iudex æstimare rem quæ non extat, indu-
cere posset iurandi ius, & necessitatem, si non illud e-
tiam concurreret, quod æstimanda necessariò est res
quæ licet ampliùs non extet, tamen adhuc debetur:
sicut ex diuerso non sufficeret rem deberi, & perem-
ptam esse si alia ineundæ æstimationis ratio compe-
teret, id est si post litem contestatam res periisset, quia
tunc litis contestatæ tempus spectari posset. † Quæ
11 cùm ita sint, videamus iam quid aliud sit quod in
contrarium proponitur ex Marciano *in d. §. vindica-
tione. In vindicatione pignoris*, inquit, *quæritur an rem de
qua actum est possideat is cum quo actum est. Nam si non
possideat nec dolo fecerit quominus possideat absolui debet.*
Hoc rectè. Nam cùm pignoris persecutio sit in rem,
fieri non potest vt ex ea rectè conueniatur & con-
demnetur is qui rem non tenet, nec proinde habet i-
psius restituendæ facultatem. Idémque iuris est in di-
recta rei vindicatione quæ iure dominij datur *l. offi-
cium 9. D. de rei vind.* vbi Vlpianus scribit officium iu-
dicis in ea actione esse vt iudex inspiciat an reus pos-
sideat necne, id est vt sequentia explicant an rem quæ
petitur ita teneat vt eius restituendæ habeat faculta-
tem. Cui & ille comparatur qui dolo malo desiit pos-
sidere, quia ex vulgari iuris regula dolus pro posses-
12 sione est. † Sequitor *si verò possideat & aut pecuniam
soluat aut rem restituat, æquè absoluendus est.* Hoc etiam
rectè, quia desinit creditoris interesse siue debitor i-
pse aut alius quilibet rei obligatæ possessor eam rem
restituat, siue inferat litis æstimationem, iuxta eam
distinctionem quæ traditur *in d. §. vlt. l. si inter 21. co-
tit.* Hypothecaria autem actio non potest tenere ex
quo desiit interesse creditoris, id est vbi soluta pecu-
nia vel aliter satisfactum est *l. grege 13. §. etiam eo. l. de-*
13 *bitur 57. D. ad S.C. Trebell.* † *Si verò* inquit lex, *neu-
trum horum faciat condemnatio sequitur.* Et hoc quoque
rectè. Sed quænam condemnatio? An vt possessor rem
restituat quæ à creditore posteà pignoris iure retinea-
tur? Ita vulgò creditum est, indéque natus error prag-
maticorum, existimantium sic formandam esse libel-
lum in huiusmodi actione vt rei obligatæ restitutio
petatur, ita formandam quoque sententiam vt ea re-
stitutio adiudicetur, Quod sanè abhorret euidenter à
principiis iuris. Nam cùm actio hypothecaria sit arbi-
traria sicut & dominij vindicatio directa, nihil aliud
petere & intendere potest creditor nisi vt pronuncie-
tur rem esse obligatam, quæ dicitur adiudicatio hypo-
thecæ *in d. l. fundus. §. creditor*, quemadmodum & qui
rem vindicat tanquam dominus nihil aliud petere a-
pud iudicem potest, nisi vt sibi res adiudicetur, id est
vt rei litigiosæ dominus pronuncietur. † Quæ adiudi-
14 catio siue dominij siue hypothecæ quantum differat
à restitutione ex eo apparet, quod post eiusmodi ad-
iudicationem necesse est sequi arbitrium iudicis, ex
mero eius officio non ex actoris iure aut petitione æ-
stimandum, quod porrò non tale esse debet vt res ipsa
præcisè restituatur, sed sub alternatione, vt vel pecu-
nia debita soluatur vel res obligata reddatur. Vtrum-
que enim in præstatione est: nec magis arbitrari potest
iudex vt possessor rem restituat, quàm vt pecuniam
debitam soluat: quod tamen nisi ineptè & iniuriosè
facere non possit, non solùm si tertius possideat quem
constat nihil debere, sed etsi debitor ipse tanquam
possessor conueniatur, quia per hypothecariam non
quasi debitor conuenitur, sed quasi possessor, quippe
qui ea actione conueniri nullo modo posset si nō pos-
sideret. † Planè si arbitrio iudicis iubentis rem restitui 15
aut pecuniam solui non pareatur, tùm verò sequitur
condemnatio, non ad hoc vt alternatiuè res præstetur
vel pecunia soluatur, sed ad præstandam litis æstima-
tionem præcisè, id est quanti interest creditoris, quod
ipsum aliter atque aliter in persona debitoris, & al-
terius cuiuslibet possessoris æstimatur *d. §. vlt. l. si in-
ter.* Itaque rei restitutio neque in petitione, neque in
condemnatione est, non magis quàm pecuniæ solu-
tio, sed tantum in arbitrio iudicis, & quidem alterna-
tiuè, in quo hypothecaria differt à directa dominij
vindicatione. Ibi enim iubetur præcisè reus actori rē
reddere, quæ est actoris. † Post condemnationem ve- 16
rò desinit pignoris restitutio esse in præstatione, si o-
mnimodo lis æstimanda, eáque æstimatio præstanda
est, adeò vt oblata restitutione non possit liberari cō-
demnatus nisi creditor offerat aut agnoscat condicio-
nem. † Cùm verò condemnatio facienda sit quanti 17
interest creditoris, apparet nihil caussæ esse cur ei iu-
siurandum deferri oporteat: quia certa est litis æstima-
tio, certúmque, quid & quantum creditori debeatur,
aut quanto pluris sit res pignorata cùm extat, ne cre-
ditori possit imputari, quod minore quàm debuerit
precio litem æstimauerit. Æstimatione scilicet ineun-
da inspecto illo tempore condemnationis non litis
contestatæ aut moræ præcedentis, ex quo de præstan-
dā illa æstimatione non quæritur nisi tempore con-
demnationis, antequam poterat possessor offerens
debitum effugere condemnationem præstandæque
æstimationis necessitatem: quanquam hoc ipsum quod
dicimus de præstanda illa æstimatione quæ sententiæ
tempore fuerit, ita accipiendum est si non post moram
res deterior facta sit, ex iis quæ diximus in interpreta-
tione *l. pen. D. de condict. tritic.* Seqoitur apud Marcia-
num *Sed si velit restituere nec possit, fortè quod res absit
& lōgè est vel in prouinciis, solis cautionibus res explicari.
Nam si caueret se restituturum absoluitur.* Nec hoc e-
tiā malè. Nam & ad id iudicis officium pertinet *§. si
in rem instit. de offic. iudic. l. nisi si malit 11. De rei vind.* v-
bi scriptum est huiusmodi cautionem cum fideiussore
esse debere, id est non nuda cautione, sed satisdatione
victori consulendum. † *Sin verò*, inquit lex, *dolo quidem 18
desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam
restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iu-
rauerit.* Hoc verò est quod ego falsū puto, neque du-
bito quin iure falsissimū affirmare possim. Cur. n. hoc
casu quo is qui dolo desiit possidere, fecit quantum in
se fuit vt rē obligatam restitueret, iurabitur contra eū
in litē, nō etiam contra eum qui rem adhuc possidens
nec eā restituere vult nec pecuniā soluere? De illo. n.
paulo ante tractans Marcian. illis verbis *si verò neu-
trum horum fecerit* nihil aliud scribit, nisi condēnatio-
nē sequi oportere nulla iurisiurādi facta mētione. At
iam diximus in superioribus iureiurādo in litem non
tā præteritum quàm præsentem dolum vindicari: hoc
est non tā ob id quod reus aliquādo in dolo fuerit ad-
uersus eam iurari, quàm quia nūc in dolo sit qui rem
alienam inuito domino retinere velit. Neque verò
contra

contra eum qui dolo malo desiit possidere iurari posset, cùm non possit restituere, nisi dolus præsens ex præterito induceretur, id est nisi adhuc pro possessore haberetur. Etsi autem quod nunc nititur quantum potest rem restituere, non impedit quominus propter dolum præteritum adhuc habendus sit pro possessore, & consequenter pro contumace, nemo tamen dixerit eius caussam deteriorem esse debere, quàm si rem ipsam reuera possideret, nec restituere vellet: nec minus illo quàm isto casu locum habent omnes eę rationes ob quas diximus in actione hypothecaria iu-
19 rari in litem numquam posse. † Quare fatendũ est totum illũ versiculũ Triboniani inscitiæ potiùs quàm Marciani elegantiæ adscribendum esse: quod probabunt euidentius quæ sequuntur: *Sicuti in cæteris*, inquit ille, *in rem actionibus*. Quasi verò hypothecaria actio cæteris in rem actionib. similis videri possit. Quę nam autem sunt cæterę illæ in rem actiones. Rei vindicatio directa aut vtilis, & Publiciana, & Ad exhi-
20 bendum. † Atqui quod ad rei vindicationem siue directam siue vtilem attinet longè alia eius ratio est. Cùm .n. competat iure dominij æquitas cum iuris ratione coniuncta facit vt ei qui obtinuit si res non restituatur permittendum sit in litem iurare, ne alioqui re sua inuitus careat, & eam iusto precio vendere cogatur quod nequaquam ferẽdum est. At in actione hypothecaria nec de dominio agitur, nec ab eo, qui sit dominus, sed à non domino contra possessorẽ ad auocandam nudam possessionem *l. si cùm venditor 66. D. de euict.* nisi reus malit expectare condemnationẽ, quæ si sequatur non de possessione fieri debet, sed de litis æstimatione præstanda vt diximus, quod Bartolus in interpretatione *d. §. in vindicationem* non intellexit. Quid ergo attinet deferri iusiurandum creditori ad æstimandam proprietatem? In publiciana non aliud iuris est quàm in directa dominij vindicatione. Etsi enim publicianam is exercet qui dominus non est, quia tamen exercet quasi dominus, & eo colore quasi iam vsuceperit, non minus hac parte iuris habet, quàm si directa dominij vindicatione experiretur. † In actio-
21 ne ad exhibendum non ita indistinctè idem obtinet. Nam sicuti competit ex diuersis caussis, nec ei tantùm qui sit dominus, & iure dominij rem exhibitam postea vindicaturus, sed omnibus etiam illis quorum interest rem exhiberi licet dominium non habeat *l. 3. §. sciendum cum seq. & pass. D. ad exhib.* Ita puto distinguendum esse cùm quæritur, An in hac actione in litem iuretur, an competat ratione dominij an ex alia caussa. Nam si ratione dominij, fateor iusiurandũ eo casu locũ habere, quia vindicationis loco est, eædémque rationes in vtraque actione locum habent. Sed si alius quàm dominus ad exhibendum agat, licèt possessor dolo malo deneget exhibitionem, cogit me iuris ratio vt negẽ iuriiurando locum esse. Tunc enim sola vtilitas æstimationem facit cùm cessante dominio actio nascitur, ideóque ad æstimationem corporis actio referri non potest vt de furti actione dicebat Papinianus in *l. si vendidero 80 §. 1. D. de furt.* † Iusiurã-
22 dum verò in litem nunquã datur ad id tantum quod interest æstimandũ, si non prætereà res aliqua & præstanda & æstimanda sit. Sunt enim ista prorsus cõtraria Æstimari rem quanti actor in litem iurauerit, & æstimari quanti actoris interfuit *d. l. qui restituere & l. semper 15. § hoc interdicto. D. quod vi aut clam.* Nec me mouet quod generaliter & indistinctè proditum est, in actione ad exhibendum iurari in litem *d. l. 3. § prætereà. D. ad exhib. d. l. in actionib. 5. D. de in lit. iur.* Id .n. ob eam caussam factum videri potest, quod hæc actio maximè propter vindicationes introducta est, vt Vl-
pianus scribit in *l. 1. illo tit. ad exhib.* † Similiter igitur 23
dicendum est in actione hypothecaria iurari non debere, quia non est similis actioni ad exhibendum in qua iuratur, id est quæ iure dominij competit, sed illi potiùs in qua nõ iuratur, id est quæ ob id datur, quòd ex alia quàm dominij caussa interest, cùm neque domino neque pro domino, sed creditori duntaxat pro
pignore hypothecaria accõmodetur. † Nec illud rur- 24
sus mouere nos debet quod in *d. l. in actio.* generaliter & indistinctè scriptum est in actionib. in rem iurari: id .n. non eo minus recipit distinctionem, si talis actio sit quæ ob id in rem proponatur, ne dominus re sua careat aut ea quam quasi suam possit dicere, vt contingit in vindicatione & publiciana, non etiam in hypothecaria. Sic idem noster Marcianus in *d. l. in actionib.* ait, in bonæ fidei iudiciis in litem iurari, quod & Vlp. scribit in *l. 3. §. in hac. D. commod.* Et tamen nemo dixerit in omnibus bonæ fidei iudiciis idcirco iurari posse. Nam vt suprà monuimus, neque in contrariis iudiciis, neque in actione empti quæ omnium maximè bonæ fidei est, iuratur in litem: sed in iis tantùm ex quibus petit actor restitutionem rei suæ, licèt non tanquam suæ sed potiùs tanquam sibi debi-
tæ. † Magis sententiæ nostræ illud obstat quod in *d.* 25
leg. qui restituere, postquam tractatum est de iureiurando in litem contra eum dando qui rem petitori adiudicatam dolo possidere desiit ne eam restituere cõgeretur, sic Vlpianus subiicit, *Hæc sententia generalis est & ad omnia siue interdicta siue actiones in rem, siue in personam sint, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.* Nam si ita est, ergo in hypothecaria quoque actione quæ haud dubiè arbitraria est in litem iurabitur. Sed iam indicaui superiore libro cap. 5. mihi suspectam esse illam clausulam, adeòque legem integram, & Triboniano ni fallor potius quàm Vlpiano tribuendam. De quo dicemus paullo latiùs
capit. 17. † Expediendum enim nunc nobis est, vt reli- 26
quam Triboniani inscitiam *in d. § in vindicatione* prodamus & explodamus. Sequitur enim *nam si tàis condemnatus esset quantum deberetur, quod proderat in rem actio, cùm & in personam agendo idem consequeretur?* Egregia verò ratio & digna planè Triboniano, vt euincat permittendum esse creditori hypothecariam exercenti, vt in litem iuret. Nihilne igitur, Triboniane, prodesse tibi videtur hypothecaria, tametsi per eam non plus creditor consequatur quàm sibi debetur? Quid si exerceatur contra tertium possessorem, qui neque debitor sit, neque debitoris heres? An tibi nullum esse videtur creditoris commodum si quod ab vno sibi debetur fortassis nunc inope, & non soluẽdo, ab alio qui nihil debet cõsequatur? Sed & cùm agitur aduersus ipsum debitorem, eundémq; rei obligatæ possessorem, quis non videt expeditius esse vt in rem agatur quàm in personã? Finge alios esse creditores posteriores quidem, sed tamen qui si personali actione experiendum esset, non modò concurrerent, sed etiam ob fauorabiliorem debiti caussam præferrentur. Constat .n. personalium actionum priuilegia non ex tẽpore ęstimanda esse, sed ex caussa *l. priuilegia 32. D. de reb. auctor. iudic. possid. vel vendend.* An non erit magnum creditoris commodũ agentis hypothecaria etiam contra debitorem, quod cæteris omnibus posterioribus præfertur? † In eo siquidem potissimum e-
lucere solet vtilitas pignorum, vt vel acquirant credi- 27
tori ius prælationis contra cæteros creditores si qui sint posteriores tempore, siue debitor ipse, siue alius possideat, vel pariat in rem actionem aduersus tertios

possessores qui alioquin conueniri nullo modo pos-
18 sent. † Cæterùm non idcirco deterioris condicionis
debitorē esse oportet, quòd pignus dederit: nec quòd
pignus illud non restituat, in plus condemnari debet
quàm si pignus nullum dedisset. Sufficit enim id cre-
ditorem consequi propter quod putauit sibi consu-
lendum acceptione pignoris, id est indemnitatem,
quam porro ei præstari facillimum est citra iusiuran-
dum. Neque verò pignus idcirco datur, vt grauior &
seuerior cōtra debitorem quandoque sequi possit cō-
demnatio, sed tantùm vt melius cautum sit creditori.
Non est igitur absurdum quod Tribonianus absur-
dum putauit, Non plus cōsequi creditorem agentem
hypothecaria contra debitorem, aut alium quēlibet
possessorem quàm si in personam egisset. Illud sanè
absurdum esset nō plus cautionis habere creditorem
qui pignus aliquod accepisset, quam si nullum: sed ni-
hil ea res commune habet cum iureiurando in litem,
quia iusiurandum ad augendam condemnationem,
non ad maiorem indemnitatis cautionem inducen-
dam pertinet.

Capvt XVI.

Ad l. si inter 21. §. vlt. D. de pignor & l. 2. quib. mod. pign. vel hypot. soluitur.

S V M M A R I A.

1 *Quomodo Accursius & cæteri Interpretes concilient* d. §. in vindicatione, *cum* § vlt. l. si inter. ff. de pign?
2 *Quid commodi afferat actio hypothecaria creditori aduersus tertium possessorem agenti.*
3 *Creditori aliquando vtilius esse hypothecaria quam personali actione aduersus debitorem experiri.*
4 *Vlpianum in* d §. vlt. l. si inter *iusiurandum non requirere quum de lite aduersus tertium res pignorata possessorem æstimandâ agitur.*
5 *Cur creditor aduersus tertium possessorem hypothecaria agens in litem iurare non possit?*
6 *Multum interesse an debitum a possessore ad excludendam hypothecariam offeratur, an verò a iudice ad litem æstimandam in condemnationem deducatur.*
7 *Possessore debitam quantitatem offerente, eam oblationem neque litis æstimationem neque venditionem dici, & debitori licere reddito debito pignus a possessore vindicare.*
8 *Lite contra tertium possessorem à iudice æstimata, non licere debitori iure dominij rem suam ab illo possessore vindicare.*
9 *Quid debitor eo casu pro re sua amissâ à possessore consequatur?*
10 *Possessorem, siue sponte siue post arbitrium iudicis debitam quantitatem soluat, emptoris loco non haberi.*
11 *Casus quo Bartolus credidit aduersus ipsum debitorem pignus possidentem in litem iurari in actione hypothecaria.*
12 *Quid Bartolum in hanc sententiam impulerit?*
13 *Aliud esse dicere*, æstimandam esse litem supra id quod debetur, *aliud vero*, æstimandam esse litem super quam reuera interfit.
14 *Totum illum* §. in vindicatione, *Triboniani potius quam Marciani esse.*
15 *Officium iudicis de hypothecaria cognoscentis in quo potissimum versetur?*

1 INntelligi autem ex superioribus potest, quàm egre-
giè Bartolus post Accursium cæterique interpretes
decipiantur, qui in actione hypothecaria ita demum
iurari posse volunt, si exerceatur contra tertium pos-
sessorem non etiam si contra debitorem, vt Marcia-
num concilient cum Vlpiano *in dict. leg. si inter. §. vlt.*
D. de pignor. Nam si recta esset illa Triboniani ratio,
quam nos improbamus: an non multo magis locum
haberet, in hypothecaria quæ cōtra debitorem quàm
in ea quæ contra tertium possessorem institueretur? † 2
Siquidem cùm aduersus tertium possessorem agitur
non potest dici inutilem esse hypothecariam credito-
ri, qui & in personam agendo tantumdem consequi
potuisset: cum neque in personam agere potuerit
contra tertium nullo modo obligatum, neque par-
uum illud commodum sit quod ei per hypothecariam
præstatur vt possessorem si nudam possessionem nol-
let restituere, habeat etiam de pecunia obligatum. † 3
At cùm aduersus debitorem agitur, parum sanè inter-
est creditoris an personali actione experiatur, an hy-
pothecaria, nisi cùm aut debitor soluendo non est aut
alij creditores adsunt, qui si nulla esset hypotheca, vel
concurrerent, vel præferrentur. Taceo, quod cætera
omnia quæ sunt in *d. §. vindicatione* generalia sunt, &
accomodata ad actionem quamlibet hypothecariam
siue contra tertium possessorem siue contra debito-
rem ipsum proponatur. † Sicut & Vlpianus in *d. §.* 4
vlt. l. si inter, tractat de lite vtroque casu æstimanda,
sed ita tamen vt neutro casu in litem iurari patiatur.
Nam quod ait aduersus tertium possessorem pluris
litem æstimari quàm illud sit quod debetur, non fa-
cit vt iusiurandum eo magis necessarium esse putare
debeamus. Pluris enim lis æstimatur quia tanti æsti-
matur quanti res obligata est non quantum debe-
tur: at quanti res ipsa sit facilè sciri potest sine delatio-
ne iurisiurandi, siue res extet, de quo nemo dubitat,
siue extare desierit dolo malo possessoris, quia in eo
quod excedit debitam quantitatem nihil interest
creditoris nisi hactenus vti ne quid dolo malo in re
debitoris sui fecisse existimetur, qua de re, ipsius e-
tiam religioni standum esse voluit Iustinianus in *l.*
vlt. ad fin. C. de iur. domin. impetr. † Denique iuris regu- 5
la est alium in litem non debere iurare quam domi-
num litis, id est qui litem suo nomine contestatus est
l. vulgo præsumitur 7 D. de in lit. iur. Atqui creditor qui
hypothecariam exercet contra tertium possessorem
non potest videri litem exercere suo nomine nisi ad
eam vsque quantitatem quæ sibi debetur, quia in su-
perfluo non est creditor, sed procurator debitoris cui
& actione pignoratitia idipsū reddere cogitur vt lex
ait. Ergo quamuis lis æstimetur pluris ob id quod plu-
ris res est, non tamen consequens est vt ea æstimatio
fieri debeat per iusiurandum. † Nec minùs ridiculum 6
est, quod idem Bart. ad *d. §. vlt. l. si inter*, scribit eo de-
mum casu pluris litem æstimari contra tertium pos-
sessorem quo pignoris possessio amissa fuerit culpa
creditoris, quoniam, inquit, alioqui sola debiti obla-
tio hypothecariam summoueret *d. §. in vindicatione*.
Nam obseruare debuit multum interesse, an debitum
offeratur à possessore ad excludendā hypothecariam,
an deducatur in condemnationem à iudice ad litem
æstimandam. Priore casu sufficit oblatio debiti licèt
pluris res sit quam debeatur: quia soluitur pignus so-
luta summa quæ debetur, soluto autem pignore sum-
mouetur ius creditoris *d. l. si cùm creditor 68. de euict. l.*
Paulus 12. § vlt. quib. mod. pign. vel hypot. soluit. Posterio-
re verò casu deducitur in condemnationem quanti
res est, siue creditoris culpa pignus amissum fuerit, vt
Bartolus loquitur, siue nulla eius culpa interuenerit,
quia tanti creditoris interesse intelligitur hoc ipsum
verò quoniam in tantum tenetur debitori pignora-
titia actione, siquidem vt suprà iam attigi, ea litis
æstimatio

æstimatio venditio quædam est, *d.l.5. pro emptor.* cùm
creditori liceat suo iure pignus vendere, nisi in con-
trarium conuenerit ne possit *l. 4. D. de pign. act.* At-
qui pignorare vendito quod ex venditione supra de-
bitam quantitatem redactum est debitori restitui de-
bet *l. eleganter. 24. §. si vendiderit. D. de pignor. action.*
Imò & quod ex venditione redigi potuit si minùs
diligenter creditor in vendendo versatus sit *dict. l. si*
pignore. 22. §. vltim. eod. Mirum igitur non est pluris
litem æstimari, cùm agitur aduersus tertium posses-
7 sorem. † At cùm possessor pignoris offert debitam
quantitatem, vt summoueat creditorem, nihil tale in-
teruenit, quia perceptio illa debiti neque litis plena
æstimatio, neque venditio est, nec proinde impedit
debitorem quominùs reddito debito quod possessor
dedit, rem suam vendicet à possessore *l. 2. D. quib. mod.*
pign. vel hypoth. solut. quod vtique facere non posset si
non ex oblatione possessoris, sed ex iudicato creditor
litis æstimationem consecutus fuisset, non magis quã
si creditor pignus suo iure distraxisset. Dicitur quidẽ
possessor offerre litis æstimationem, qui offert credi-
tori debitam quantitatem *d. l. 2. & l. sicut. 8. §. vlt. eod.*
quia nihil aliud est quod petere creditor possit, & cu-
ius consequendi gratia exerceat hypothecariam, sed
ea litis æstimatio non censetur iure venditionis, quia
non fit à creditore, sed ex sola voluntate & oblatio-
ne possessoris, inuito etiam creditore *d. l. Paulus. 12. §.*
vlt. eod. & ad excludendum potius quàm ad compa-
8 randum ius creditoris. † Cùm verò lis æstimatur per
iudicem contra possessorem arbitrio non parentem,
id est neque pignus restituere, neque pecuniam debi-
tam soluere volentem, factum iudicis habetur pro fa-
cto creditoris vt *l. si ob caus. am. 18. C. de euict.* & inuicem
iustæ conuentionis succedit autoritas iubentis vt ait
l. 1. C. si in causs. iudic. pign. capt. sit Et quamuis iudicium
reddatur in inuitum *l. inter stipulationem. 83. §. 1. de verb.*
oblig. nec magis possit fieri venditio sine consensu em-
ptoris quam inuito venditore, attamen non eo minùs
emptoris loco & iure habendus est possessor, qui ex
iudicato litis æstimationem intulit, quia hoc maluisse
videtur *arg. l. si parte cogente. 22. ff. de rit. nupt.* cùm in e-
ius arbitrio & potestate fuerit impedire condemna-
tionem, summota per solius debiti obligationem hy-
pothecaria actione. Proinde licet vtraque litis æstima-
tio sit, tam quæ offertur à volente possessore, quàm
quæ ab inuito eo authoritate iudicati extorquetur, a-
lia tamen atque alia est. & hæc longè plenior quàm
illa, ob idque etiam potentior ad excludendum debi-
torem si tanquam dominus rem suam pergat vindica-
re à possessore, qui & condemnatus fuit & satisfecit.
9 † Itaque ex eo quod interest debitoris, qui rei suę do-
minium amittit per eam litis æstimationem, nascitur
in ipsius commodum ius pignoratitiæ actionis, vt
hoc saltem à possessore consequatur quo pluris res
fuit quàm deberetur, quam actionem pignoratitiam
vtique nullam habet contra creditorem qui instituta
hypothecaria nihil nisi debitum consecutus est à pos-
sessore ante condemnationem, nec si debitum conse-
cutus sit post arbitrium iudicis prolatum, de pignore
restituendo aut pecunia soluenda, quandoquidem ar-
bitrium illud multum distat à condemnatione, quæ
ipsa nec priùs, nec aliter sequatur quàm si arbitrio nõ
pareatur. Non enim sicuti condemnatio, ita arbitrium
irrogat parendi necessitatem, sed tantùm declinandæ
condemnationis facultatem † Quare nec quicquam
10 hac parte refert an possessor ante vel post arbitrium
iudicis offerat id quod debet, dummodo non expectet
condemnationem. Vtroque enim casu sponte offerre
intelligitur, & pro suo iure, ideóque nec emptoris lo-
co haberi potest, qui nihil aliud agit, nisi vt pignus
tollat & hypothecariam excludat: quam excludere
sanè is ampliùs non potest qui iam per eam actionem
non solùm conuentus fuit, sed etiam condemnatus
ad litis æstimationem omnino præstandam. Frustrà e-
nim tractes de excludenda actione quæ effectum ha-
buit, & ex qua iam sit secuta condemnatio. † Alius 11
longè ineptior ne dicam stolidior Bartoli error in eo
est quod ad Vlpianum in *dict. §. vltim. l. si vnter*, notat
posse fieri vt etiam contra debitorem ipsum pignus
possidentem iuretur in litem in actione hypotheca-
ria, scilicet, inquit, si creditoris agentis intersit pluris
quam illud sit quod debetur, vt puta, si eidem credito-
ri chirographaria pecunia debeatur propter quam re-
tinere posset pignus, si eius possessionem nactus esset,
nimirum quod anteà possedisset, ac cuius possessio si-
ne ipsius facto posteà ad debitorem rediisset. Alioqui
fatetur Bartol. non posse videri quicquam interesse
creditoris, quia ius pignoris ob chirographariam pe-
cuniam retinendi non alij competit quàm ei qui pos-
sidet *l. 1. C. etiam ob chirograph. pecun. pign. retin. poss.*
† Errandi occasionem Bartolo illud præbuit quòd 12
eam Vlpiani sententiam esse putauit, vt in hypothe-
caria quæ contra tertium possessorem exercetur, iura-
ri possit in litem, ob id solùm quod Vlpianus scribat
litem eo casu pluris æstimandam quàm quantum de-
betur, inferens eadem igitur ratione dicendum esse si
contingat aliquo casu in hypothecaria contra debi-
torem ipsum instituta pluris litem æstimari oportere
quam sit in debito, iusiurandum quoque in litem cre-
ditori deferri debere, quasi verò paria aut potius ea-
dem hæc sint, quæ nec sunt consequentia, æstimari li-
tem pluris quàm debeatur, & in litem iurari, omninò
certè insubtiliter & imperitè: fateor æstimari posse li-
tem etiam aduersus debitorem ipsum multo pluris
quam sit debitum, si modò quicquam amplius intersit
creditoris siue ex ea caussa quam ponit Bartolus, siue
ex alia qualibet: nihil enim moror. Sed nego æstima-
tionem illam fieri debere per iusiurandum in litem:
quia non debet egredi id quod re vera interest, quo-
modo egrederetur, si creditori in litem iurare liceret.
Nisi rursus cum Bartolo confugiás ad commentitiam
illam distinctionem duplicis iurisiurandi, adfectionis
vt ille vocat & veritatis quam nos refutauimus in su- 13
perioribus. † Denique longè aliud est dicere æstiman-
dam esse litem supra id quod debetur, quod fieri faci-
lè potest sine iureiurando, aliis scilicet probationibus
exquisitis quòd ex alia caussa pluris intersit. Aliud ve-
rò dicere æstimandam esse litem supra quàm re verè
intersit, quod sicut aliter quàm per iusiurandum in
litem fieri nequit, ita nec fit vnquam in actione hy-
pothecaria siue contra debitorem, siue contra tertium
possessorem exerceatur. † Commentum igitur est 14
Triboniani ius illud quo hodie vtimur, vt in actione
hypothecaria iuretur in litem, parúmque abest vt pu-
tem quicquid scriptũ est *in d. §. in vindicatione* à prin-
cip. ad finem vsque Triboniani esse potiùs quàm
Marciani. Solent enim Iureconsulti si quando distin-
guendum arbitrantur multo breuiùs. & elegantiùs
distinctiones suas proponere quàm Tribonianus. cui
numquam satis est innumera *si vero, sin autem, quòd si*
& alia huiusmodi coogessisset. Ac in ipso statim ini io
§. illud mihi suspectum est quod ita lex loquitur *an*
rem de qua actum est possideat is cum quo actum est. Scri-
bi enim debuit *an rem de qua agitur possideat is cum*
quo agitur. † In eo namque potissimum versatur offi-
cium iudicis de hypothecaria cognoscentis vt stat. in 15

inspiciat an qui conuenitur possideat necne, quia pati non debet vt actione in rem vrgeatur & inanibus litis sumptibus vexetur is, qui cùm nullo modo sit obligatus, neque ex contractu vel quasi, neque ex delicto vel quasi, alia nulla ratione conueniri potest quàm quia possideat, quíque etiamsi per iniuriam esset condemnatus, tamen restituendæ rei facultatem non haberet, vt in *d.l.officium.9.De rei vindicat*. Itaque non sententiæ ferendæ tempus in eo expectandum est, sed ab initio accepti iudicij & cùm agi incipitur officio iudicis id inspiciendum & perpendendum est. Idque est quod dici solet neminem cogi posse vt in rem actionem patiatur quia licet cuilibet dicere se non possidere *l.vlt.D.de rei vindicat.*

CAPVT XVII.

Obseruata Triboniani manus in l. qui restituere.68.ff.de rei vindicat.& in l.4. §.iurare & in l. 5. D. de in lit. iurand.

SVMMARIA.

1 *Totam illam legem,* qui restituere, *contextu verborum & iuris ratione inspecta, Triboniano, non Vlpiano adscribendam esse.*

2 *Iuris rationi contrarium esse, quod eius legis initio dicitur,* Eum qui restituere iussus iudici non paret *&c.* manu militari cogendum esse vt restituat.

3 *Præceptum iudicis rem restitui iubentis non condemnationem, sed arbitrium esse.*

4 *Reprehenditur sententia Accursij & aliorum existimantium in actionibus arbitrariis duas sententias ferri.*

5 *In rei vindicatione primò adiudicationem, deinde restituendi præceptum, tandem condemnationem a iudice procedere.*

6 *Ex ipso legis textu probatur arbitrium illud iudicis de re restituenda sententiam non esse.*

7 *Examinantur verba illa eiusdem legis,* & fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit.

8 *Quomodo ea verba ab Accursio accepta sint.*

9 *Illa verba de fructibus pendente lite perceptis accipi debere.*

10 *Possessorem, si dolo fecerit quominus restituere possit, in tantum condemnandum esse quantum aduersarius in litem sine vlla taxatione iurauerit.*

11 *An verba illa* sine taxatione, in d.l. *de taxatione facta à iudice sint accipienda?*

12 *Iudicem, lege in infinitum iurare permittente, iusiurandum siue deferendum siue delatum & præstitum taxatione reprimere non posse.*

13 *Triboniano adscribatur quod in* d. §. *iurare scriptum est ab iis verbis,* sed an iudex. *vsque ad* §. ex culpa.

14 *Iudicem in omnibus illis actionibus, in quibus iurari in litem potest, cogi iusiurandum deferre.*

15 *Nullum iusiurandum in litem esse quod non sit affectionis. Et ad* l. vlt. ff. de in lit. iur.

16 *De differentia inter iusiurandum de quo in* §. vlt. l. in actionib. *Marcianus, & illud de quo in* d. l. vlt. de in lit. iurand. *Paulus tractat.*

17 *Non ideo quod in arbitrariis actionibus arbitrio iudicis condemnatio permittitur, in arbitrio quoque iudicis esse an iusiurandum deferre velit, nec ne.*

18 *Arbitrariæ actiones cur dicantur.*

19 *Cur præceptum quod in arbitrariis actionibus condemnationem præcedit,* arbitrium *dicatur?*

20 *Perperam in* d. §. iurare. *à Triboniano quæri, an qui iusiurandum deferre potest iurisiurando taxationem adiicere possit.*

21 *Reiicitur eiusdem Triboniani responsio ad quæstionem, an iudex qui iusiurandum detulit, possit illud non sequi, sed reum vel absoluere vel minoris condemnare.*

22 *An vera & magna huius rei causa sint instrumenta & probationes de nouo reperta.*

23 *Ad iusiurandum in litem non pertinere quod dicitur, sententiam ex iureiurando redditam ob instrumenta de nouo reperta aliquando retractari.*

24 *Iusiurandum in litem præstitum, ob instrumenta de nouo reperta cur retractari non possit?*

25 *Totum* §. 1. & l. in actionib. ff. de in lit. iurand. *qui est de taxatione iurisiurandi in litem, Triboniani additamentum esse.*

26 *Quid Tribonianum ad istam iurisiurandi taxationem inducendam impulerit?*

27 *Aliam esse rationem iurisiurandi in litem, de quo locis supra citatis tractatur, aliam eius de quo in* l. si quãdo C. vnde vi. *disputatur.*

28 *Iusiurandum hoc Zenonianum in quo differat à iureiurando quod ad rem petitam & actoris arbitrio æstimandam præstari necesse est.*

29 *Versiculum illum* l. qui restituere. Si verò nec potest nec dolo desiit &c. *cum iuris ratione congruere.*

30 *Postremam eius legis clausulam Tribonianum maximè sapere.*

31 *Quod de manu militari* in d. l. *traditur non bene defendi ex* l. dominus. 36. ff. de liberal. caus.

32 *Abductionem serui, de qua in* d l. dominus, *non manu militari, sed propria domini auctoritate faciendam esse.*

33 *Probatur, ab eo qui rem alienam quam habet restituere iussus est, possessionem manu militari auferri non posse.*

34 *An dicta* l. qui restituere. *è libris iuris delenda sit?*

IAmpridem † mihi tota hæc lex suspecta visa est, & 1
Triboniano dignior quàm Vlpiano. Sed tamen
cùm nondum satis liqueret quid omnino sentiendum
videretur, nolui ante hunc diem meam de ea re
coniecturam aperire: nunc verò audacter affirmo, ne
vnum quidem verbum in tota lege esse quod Vlpiano
adscribi debeat, omnia esse Triboniani: idémque
mecum vt spero sentient qui & contextum verborum,
& iuris rationem magis quàm legis inscriptionem
intuebuntur. Tota lege nihil continetur præter
distinctiones Triboniano quidem familiares, sed inepte
præterea verbis conceptas quæ eidem Triboniano
familiarissima esse iam diximus, *siquidem habet rem, si
verò non potest restituere.* Et rursum *siquidem dolo fecit, si
verò nec potest.* Item in fine legis *ad omnia siue interdicta
siue actiones.* Rursum *actiones in rem siue in personam
sint.* Postremò *ad omnia locum habet* pro *in omnibus.*
Mala vbique grammatica, quam Vlpianus non solùm
bonam sed etiam elegantem proculdubio dedisset. † 2
Omissa autem verborum obseruatione, si rem ipsam
& legis sensum inspiciamus, illud primùm non puto
verum & rationi iuris consentaneum quod lex ait,
eum qui restituere iussus iudici non paret, contendés
non posse restituere, si rem habeat cogendum esse manu
militari vt rem restituat, aut potius vt Triboniani
verbis vtar ab eo transferendam possessionem officio
iudicis & manu militari: non ob id solùm quòd fieri
id nequeat citra vim & impressionem quam semper
exosam habet legislator, hoc quoque expressim prohibito,

hibito, ne vnquam omnino in negotiis priuatorũ, vel
tuitio militaris vel executio tribuatur *l. 1. C. de offic.*
milit. iudic. Sed etiam quia iuris ratio non patitur vt
incipiatur ab executione id est vt executio præcedat
3 condemnationem *l. 1. C. de execut. rei iudic.* † Atqui
præceptum illud iudicis rem restitui iubentis, non
condemnatio est, sed arbitrium. quod in actionibus
omnibus arbitrariis, cuiusmodi est vindicatio, præce-
dere necesse est, vt si non pareatur condemnatio sequi
possit *l. item si tam. 14. §. hac autem actio de eo quod met.*
caus. In eóque perpetuus Accursij, Bartoli & aliorum
4 error est quod putant in actionibus arbitrariis duas
ferri sententias. arbitrium iudicis pro sententia acci-
pientes, contrà quàm à Iustiniano scriptum sit in *§.*
præterea Instit. de action. Neque enim sententia dici de-
bet vox qualibet iudicis, sed ea demum quæ aut ab-
solutionem continet aut condemnationem. Præsertim
cùm de sententia diffinitiua tractamus, quæ & sola
sententiæ nomen meretur, qualem hanc esse vult Ac-
cursius. cùm possessor rei vindicatione conuentus
rem restituere iubetur. Quod si verum esset sequere-
tur in hoc vindicationis iudicio tres ferendas esse sen-
tentias, vnum per quam pronuncietur petitoris rem
esse. Hanc enim necessario præcedere necesse est an-
tequàm possessor petitori rem restituere iubeatur: *§.*
& si in rem Instit. de offic. iudic. Secundam per quam
iubeatur possessor restituere petitori rem iam adiudi-
catam. Tertiam qua possessor si non pareat condem-
netur, non quidem ad hoc vt manum militarem pati
cogatur (esset enim ea sententiæ executio dicenda
potiùs quàm sententia, vt & Accursius ait) sed vt præ-
stet quanti actor in litem iurauerit. Nam & eo casu
quo possessor rem habeat posse contra ipsum iurari in
litem non secus ac si dolo desiisset possidere, nec Ac-
cursius ipse aut Bartolus nec alij diffitentur: & tamen
nemo vnquam dixit siue in arbitrario iudicio, siue in
alio vllo tres ferri sententias: vna tantùm est per quã
reus aut absoluitur, si arbitrio pareat, aut si non pareat
condemnatur. † Prima enim illa adiudicatio dici de-
5 bet non sententia cùm per eam reus neque absolua-
tur, neque condemnetur: Indéque nimirum fit vt cùm
iudex posteaquàm sententiam dixit officio suo fun-
ctus sit *l. iudex posteaquam, 55. D. de re iudic.* non tamen
desinat esse iudex is qui rem petitori adiudicauit, sed
sed ex officio iubere posteà debeat eam rem restitui
quam adiudicauit *d. §. et si in rem*: sicut nec post arbi-
trium illud de restituenda re redditum, iudicis offi-
cium conquiescit: at prosilire ad condemnationem iu-
dex debet, vt non parentis contumacia coerceatur Er-
go fieri nequit vt ab eo qui restituere tantùm iussus
necdum condẽnatus est possessio manu militari trans-
6 feratur, quin & possessori & legibus ipsis vis fiat. † Et
verò arbitrium illud iudicis de re restituenda nec cõ-
demnationem esse nec consequenter sententiam ex
eo apparet quod Tribonianus fatetur aliam condem-
nationem sequi debere: subiicit enim *& fructuum*
duntaxat omnisque caussæ nomine condemnatio fit, vt si-
gnificet, futurum quoque vt de re ipsa petita & ad-
iudicata condemnationem sequi necesse esset, si non
manu militari possessio ei aufferretur qui restituere
7 iussus noluit parêre. † Quis verò vnquam audiit, post
sententiam diffinitiuam adeóque iam executioni mã-
datam posse iudicem qui semel officio functus sit de
fructibus & caussa rursum pronunciare? *l. terminato 3.*
cum seq. C. de fruct. & lit. expens. Et hæc quoque non
leuis ratio est quæ Triboniani inscitiam detegere mi-
hi videatur. † Quin & Accurs. præsensit, qui vt se ex-
8 pediat, *condemnationem* interpretatur *condemnationis e-*
xecutionem, aut quod lex de fructibus ait de iis acci-
piendum esse qui post sententiam sint percepti: vtrũ-
que ridiculè. Condemnationis enim executio nulla
esse potest, vbi condemnatio nulla præcessit, nec rur-
sus condemnationis iure censeri præceptum illud iu-
dicis de re restituenda: quandoquidem fieri potest vt
is etiam qui restituere iussus est nec restituit absolui
debeat, si fortè sine dolo aut culpa desierit habere re-
stituendæ rei facultatem. De fructibus verò post sen-
tentiam perceptis certum est sententiam ferri nõ pos-
se antequã percepti sint *l. 1. §. 1. D. de vsur.* posteà verò
multo minùs nisi nouo in eam rem iudicio instituto.
† Neque proinde dubitandum est quin de fructibus 9
pendente lite perceptis accipi debeant verba illa *&*
fructuum duntaxat omnisque caussæ nomine condemnatio
fit. In quibus tamen quid sibi velit dictio *duntaxat*
valde laborat Accursius, & abs re, cùm sit apertissimũ
id Tribonianum agere vt doceat nullam fieri debere
condemnationem rei ipsius quæ petita est, cùm manu
militari aufferenda sit non iureiurando in litem aut
aliter æstimanda. † Sanè quod sequitur verissimum 10
est, si possessor dolo fecerit quominus possit restitue-
re, eum condemnandum esse quantum aduersarius in
litem sine vlla taxatione in infinitum iurauerit ratio-
ne illa quòd non sit cogendus dominus vt re sua in-
uitus careat, aut eam iusto precio vendat, sicut euenit
quoties dominus non solùm per vindicationem aut
actionem ad exhibendum petit rem suam *l. 1. l. in a-*
ctionibus 5. De in lit. iur. l. vlt. §. iussus D. de appellat. sed
etiam cùm repetit eam ex iudicio bonæ fidei, vtputa
ex caussa depositi, vel commodati, vel alia eiusmodi
d. l. in actionibus l. 3. §. in hac D. commod. † Quamquam 11
difficile est vt domino rem suam petenti vel repeten-
ti hactenus indulgeamus, vt ei licere debeat iurare in
infinitum sine vlla taxatione. Etsi enim verũ est posse
in infinitum iurari, solet tamen iudex & debet certam
quantitatem ab initio taxare ad quam vsque iurare
liceat, ne arrepta occasione in immensum iuretur *l. vi-*
deamus. 4. § iurare De in lit. iur. adeóque postquàm iu-
ratum est, potest minoris cõdemnare *d. l. in actionibus*,
quia immodicæ adfectioni nunquam indulgendum
est. Quam ob causam interpretes, quod ait lex qui re-
stituere *sine vlla taxatione* intelligunt de taxatione
quæ fiat per legem, non de ea, quæ fieri debeat per iu-
dicem, quod tamen non video qua ratione probabile
esse possit, nusquam enim reperias iusiurandum in li-
tem taxari à lege, sed semper à iudice vt in *l. si quando*
9. Cod. vnde vi. In proposito autem excludi taxationem
quæ ab ipso iudice alioqui fieri posset, & deberet, ex
eo apparet quod non solum lex ait, permittendum es-
se actori vt in infinitum sine vlla taxatione iuret, sed
etiam condemnandum esse eum qui dolo desiit possi-
dere in quantum actor sine vlla taxatione in infinitũ
iurauerit. Quibus enim verbis apertiùs possis expri-
mere nullam è iudice in condemnando possessore tá-
xationem fieri debere? Igitur si quod scriptum est in
d. l. qui restituere accipere velis pro imperatoria con-
stitutione in cuius interpretatione quærendum sit nõ
quid ratio iuris suggerat, sed quid legislatoris volun-
tas constituat, non puto dubitandum, quin ita ius cõ-
stitutum videri debeat vt nullus taxationi locus relin-
quatur, quoties contra eum iuratur qui rem petitori
adiudicatam dolo desiit possidere: † nec sanè mihi vn- 12
quam probabile visum est quod scriptum video in *d.*
l. 4. §. iurare & d. l. in actionibus de taxando per iudicem
iureiurando siue antequàm deferatur, siue postquàm
delatum & præstitum est: cùm lex patiatur iurari in
infinitum. Quid enim aliud est iudicem facere pote-

ſtatem iurandi in infinitum, niſi hoc ipſum quod nos
contendimus ſine vlla præfinitione & taxatione vel
adhibita, vel adhibenda: vtique enim nemo fuerit
tam inſanus & improbus qui decem millibus aureo-
rum æſtimare velit rem quæ quinquaginta tantùm
aureis digna ſit, quandoquidem fieri id non poteſt
citra periurium, de quo etſi non facilè quæri ſolet *l.*
vltim. eod. quæri tamen proculdubio poſſet ſi tam eui-
dens proponeretur, vt vix vlla egeret probatione.
13 † Itaque fit mihi probabilius quod in *d. §. iurare* ſcri-
ptùm eſt ab iis verbis *ſed an iudex* vſque ad *§. ex cul-*
pa. Triboniani eſſe non Marciani. Nam cùm Marcia-
nus ſcripſiſſet, iurare in infinitum licere: idque durum
Triboniano videretur, quaſi ſenſus eſſet, permitten-
dum actori iurare in immenſum, ſubinde quærit ille
an iudex modum iuriiurando ſtatuere poſſit vt intra
certam quantitatem iuretur, ne inquit arrepta occaſio-
ne iuretur in immenſum ridiculè. Neque enim iudex
qui poteſtatem facit iurandi in infinitum, id eſt nulla
in eam rem definita quantitate, facit etiam poteſtatē
peierandi, id eſt in immenſum iurandi: metúſque per-
iurij poteſt ſufficere ne quis eam ſibi in immenſum
14 iurandi licentiam arroget. † Reſpondet verò Tribo-
nianus *& quidem in arbitrio iudicis eſſe iuſiurandum de-*
ferre necne conſtat. Falsò. Nam imò verò cogitur iudex
in actionibus illis omnibus in quibus iurari in litem
poteſt iuſiurandum deferre, quia nec vnquam niſi ex
neceſſitate iuris deferri poteſt, vt Paulus loquitur in
dict. l. 2. li tem. id eſt iis demum caſibus quibus aliter ſa-
tisfieri non poſſet ſtrictæ rationi iuris, aut æquitati,
quæ & ipſa iuris noſtri pars & quidem potiſſima eſt,
vt tunc maximè contingit cùm quis rem alienam in-
uito domino retinet, nec vult reſtituere cùm poſſit,
aut dolo malo fecit quominùs poſſit reſtituere. An
non enim apertè iniuriam faciat iudex ſi dominum
cogere velit ad rem ſuam iuſto precio vendendam,
nec illum pro arbitrio rei ſuæ precium dicere patia-
tur? Quodnam verò in eam rem remedium aliud,
quàm iuriſiurandi eſſe poteſt? Non igitur iudicis po-
teſtati & arbitrio acceptum ferri debet quod ſubiici-
tur iuris neceſſitati *arg. à contrar. ſenſ. l. non quicquid.*
15 *40. Digeſt. de iudic.* † Nec eſt quod quis dicat Paulum
in *dict. l. vlt.* cùm loquitur de iureiurando ex neceſſi-
tate iuris præſtito, de eo intelligere quod in actioni-
bus quoque ſtricti iuris locum habet, cùm homo ex
ſtipulatu debitus petiit poſt moram & ante litem
conteſtatam, de quo Marcianus tractat in *dict. l. in a-*
ctionibus §. vlt. Non etiam de illo quod vulgo vocant
adfectionis. Iam enim ſæpiùs inculcauimus iuſiuran-
dum in litem nullum eſſe quod non ſit adfectionis, id
eſt per quod non aliqualiter adfectioni iurantis in-
dulgeatur, & quidem ex iuris neceſſitate quod alió-
qui fieri nequeat vt ſuum cuique tribuatur, qui præ-
cipuus iuris noſtri, & iuſtitiæ finis eſt, proinde poteſt
etiam dici iuſiurandum neceſſitatis ſi de neceſſitate
16 iuris intelligas. † Nam quod maioris diſtinctionis
gratia diximus in ſuperioribus, iuſiurandum illud de
quo Marcianus tractat in *d. §. vlt. l. in actionibus.* magis
ſpecialiter dici poſſe iuſiurandum neceſſitatis, ad ne-
ceſſitatem facti potius quàm iuris referri debet: cuius
ſcilicet deferendi cauſſa non illa eſt quæ aliis caſibus
eſſe ſolet, quòd deferri æquum ſit ad coercendam cō-
tumaciam eius qui alienam rem inuito domino reti-
net, ſed quia, vt Marcianus ait, non poteſt iudex ſine
delatione iuriſiurandi æſtimare rem quæ non extat,
quam ſi per ſe aut per viros probos æſtimare poſſet,
vtique iuſiurandum non deferret. Paulum verò in *d.*
l. vlt. non loqui de hoc genere iuriſiurandi ex eo con-
ſtat, quod nec ſi iudex vellet periurium tamen iuran-
tis hoc caſu detegere, & coercere poſſet, cùm de ea re
æſtimanda agatur, quæ ſine delatione iuriſiurandi æ-
ſtimari nullo modo poteſt, niſi proponas iuratum eſſe
in quantitatem adeò immenſam vt & legibus & iu-
dici illuſum fuiſſe dubitari non poſſit, ex compara-
tione ſcilicet aliarum ſpecierum eiuſdem generis, quę
extant. † Tribonianum illud decepit, quod credidit 17
in actionibus arbitrariis cuiuſmodi ſunt vindicatio,
& ad exhibendum quæ vindicationis præparatoria
eſt, in quibus potiſſimum iurari in litem ſolet, arbitrio
iudicis permittit condemnationem, indéque conſe-
quens fieri vt in iudicis arbitrio ſit an iuſiurandum
deferre velit necne. In eo autem errat ſanè manifeſta
ignoratione principiorum iuris. † Non enim arbitra- 18
riæ actiones dicuntur ob id quod ex iis condemnatio
fiat arbitrio iudicis, ſed quod arbitrium præcedere ne-
ceſſe ſit, cui ſi paritum non fuerit, tum demùm ſequa-
tur condemnatio: nec alia ferendæ condemnationis
ratio ſit quam quòd arbitrio non pareatur. Itaque cō-
demnatio non eſt poſita in arbitrio iudicis, ſed ſtatim
atque contumax reus fuit in parendo, habet iudex
quod ex neceſſitate iuris omnimodo ſtatuere debeat,
& deducere in condemnationem: quale inter cætera
illud eſt vt iuſiurandum deferre cogatur, ſi id admittat
natura propoſitæ actionis. † At nec arbitrium ipſum 19
quod præcedere debet condemnationem idcirco arbi-
trium dicitur quod ſit in poteſtate & electione iudi-
cis vt hoc vel illud pro arbitrio iubeat, ſed quia viri
boni officio fungens arbitrari cogitur vt hoc aut il-
lud fiat, vt puta in actione ad exhibendum aut in vin-
dicatione vt res quam petitoris eſſe pronunciauit ei
exhibeatur vel reſtituatur, nec ſi velit poteſt citra in-
iuriam id non arbitrari *§. 1. Inſtit. de offic. iudic.* Multo
minùs ergo facere poterit, ſi poſt arbitrium ita reddi-
tum poſſeſſor parêre nolit per contumaciam aut dolo
etiam fecerit ne poſſit, quominus cogatur inuitus
quoque deferre petitori iuſiurādum in litem, & qui-
dem in infinitum, id eſt ſine vlla taxatione, quæ vel
præcedat, vel ſequatur condemnationem. Falſum igi-
tur eſt, atque ita Triboniano non Marciano imputan-
dum, quod in *dict. §. iurare* ſcriptum eſt in arbitrio iu-
dicis eſſe vt iuſiurandum deferat necne. † Sequitur 20
an igitur qui poſſit iuſiurandum deferre, idem poſſit iureiu-
rando taxationem adducere quæritur. Scilicet apud impe-
ritos. Nam ſi verum eſſet quod Tribonianus habet
pro explorato, in arbitrio & electione iudicis eſſe an
iuſiurandum deferendum ſit necne, quis tam ſupinus
eſſet, qui dubitaret quin multo magis iudici liceret
iuriiurando adiicere taxationem: nec tamen audet
Tribonianus apertè reſpondere: ſed vt inſcitiam ſuam
magis detegat quam nos indicauimus conflatam ex
ambigua dictionis huius *arbitrium* ſignificatione re-
ſpondet *arbitrio tamen bonæ fidei iudicis etiam hoc con-*
gruit. Ego verò quid bonæ fidei iudiciū ſit non igno-
ro, ſed *bonæ fidei iudicem* vt hic ſcriptum eſt alibi dici
nuſquam inuenio: nec ſanè meliùs poſſis dicere *bonæ*
fidei iudicem quàm *ſtricti iuris.* † Subiicit Tribonianus 21
aliam quæſtionem, *item videndum*, inquit, *an poſſit iu-*
dex qui detulit iuſiurandum non ſequi id, ſed vel prorſus
abſoluere vel etiam minoris condemnare quam iuratum eſt.
Quaſi verò iuſiurandum in litem ſoleat aut poſſit præ-
cedere condemnationem, ac non potiùs ipſa condem-
natio ſit, adeóque condemnationis executio quædam
& taxatio vt loquitur *l. ſi traditio 4. C. de act. emp.* Sic
.n. concipienda ſententia eſt vt tanti reus condemne-
tur quanti ſua intereſſe actor in litem iurabit. Iura-
mento ergo præſtito quærere an reum poſſit abſolue-

re aut

se aut minoris condemnare nihil aliud est quàm quæ-
rere An iudex eum quem iam condemnauit possit
absoluere aut minoria condemnare: quod certè tam
alienum est à principiis iuris, vt non possit cadere in
dubitationem. Quod si quæstio ipsa ridicula est, quis
probabit responsionem? *Et magis est*, inquit. *vt ex ma-*
22 *gnis causis & postea repertis probationibus possit.*† Ita in-
nuens magnam illam caussam propter quam possit
iudex absoluere aut minoris condemnare eum contra
quem iuratum est, hanc vnam esse posse, si aliæ proba-
tiones postea emerserint. Atqui constat sub prætextu
instrumenti posteà reperti transactionem bona fide
initam rescindi non posse *l. sub prætextu instrumenti. 19.*
Cod. de transact. sicut nec rem iudicatam *l. sub specie. 4.*
Cod. de re iudic. l. Imperatores. 35. D. eod. l. cum de hoc. 27.
D. de except. rei iudic. iusiurandum verò & transactio-
nis & rei iudicatæ vim habere *l. 2. ff. de iureiur.* tum et-
iam cùm ab aduersario defertur, multò igitur magis
si à iudice deferatur: Vtroque enim casu non potest
recedi à iureiurando, quin reus periurij arguatur.†
23 Scio posse aliquando licèt perrarò retractari senten-
tiam ex iureiurando redditam ob instrumenta de no-
uo reperta vt in specie *l. vlt. C. de reb. credit. & iureiur. l.*
admonendi. 31. D. de iureiur. Sed nego posse id pertine-
re ad iusiurandum in litem, cuius in hoc dispar à cæ-
teris ratio est, quod in cæteris condemnatio fit ob iu-
siurandum ab vno ex litigatoribus præstitum, in hoc
verò iuratur ob condemnationem & in executionem
ad taxationem condemnationis potiùs quàm vt con-
demnatio sequatur: Prius enim est vt iudici constet
condemnari quem debere, & quidem ob proprium
dolum quàm vt aduersus eum in litem iurari patia-
tur.† Itaque fieri non potest vt à iureiurando in litẽ
24 præstito recedatur, quin sententiam & condemnatio-
nem ipsam quæ iurare permisit, retractari oporteat:
quod tamen sub prętextu instrumentorum posteà re-
pertorum fieri non posse iam diximus ob rerum iudi-
catarum authoritatem. Et verò quomodo fieri obse-
cro potest, vt qui passus est contra se iurari in litem
ob eam caussam quod dolo malo alienam rem inuito
domino retinere vellet, absoluatur ob instrumenta
posteà reperta, quin rescindatur adiudicatio, quam
præcedere necesse est vt arbitrium iudicis sequi pos-
sit, quod locum facere queat condemnationi? Aut
quomodo possunt facere instrumenta posteà reperta
vt non fuerit in dolo is de cuius dolo constitit ante-
quàm iusiurandum deferretur?† Est igitur proculdu-
25 bio Triboniani tota illa sententia, & consequenter
quod in *d. l. in actionibus* scriptum est *sed iudex potest*
præfinire certam summam vsque ad quam iuretur: licuit
enim & à principio nec deferre, item et si iuratum fuerit, li-
cet iudici vel absoluere vel minoris condemnare, sicut illud
ipsum est quod in lege præcedenti Tribonianus ad
Vlpianum de suo addiderat contra iuris rationem: ita
non ab alio quàm à Triboniano scriptum videri de-
26 bet.† Cui in mentẽ vt veniret taxationem istã iuris-
iurandi inducere quam vetus mediáque iurisprudẽ-
tia numquam certè agnouit, caussam dedisse videtur
constitutio Imperatoris Zenonis in *l. si quando. 9. C. vn-*
de vi, qua primum factũ est vt liceat iudici pro perso-
narum & negotij qualitate taxare quantitatem vsque
ad quam iurare liceat ei cuius res inuasæ & per vim
abreptæ sunt.† Sed alia ratio est illius iurisiurandi, a-
27 lia verò eius de quo disputamus, licèt vtrũque fit in li-
tem. Illud enim non ob id duntaxat interponitur vt
æstimatio rerũ subtractarũ probetur, sed etiã vt earũ
quantitas aliòqui certa & incognita manifestetur
quam probationis speciem iuris nostri autores num-
quam admisissent. Ea verò admissa cùm maximè verẽ-
dum esset ne in immensum iuraretur, & quidem ita
vt nullo modo detegi periurium posset, actore tantò
audaciùs & impudentiùs mentiente, optimum sanè
fuit ita ius constitui, vt iudex certam quantitatem ta-
xaret quam egredi iurans non posset, ne alioqui im-
punè peierandi occasio actori per iudicem oblata vi-
deretur. Est enim multo periculosius arbitrio & reli-
gioni actoris committere probationem quantitatis
rerum amissarũ, quàm probandæ æstimationis facul-
tatem: quanto scilicet facilius est periuriũ detegi eius
qui concessa in infinitum iurandi potestate, in immẽ-
sum iurando abuteretur.† Ex qua differentia, illa etiã 28
nascitur quod iusiurandum, vt ita dicam, Zenonianũ
præstari necesse est ante cõdemnationem vt verba le-
gis probant, quia fieri non potest vt perueniatur ad
sententiam quin sciatur quid illud sit de quo dispu-
tatur. At iusiurandum quod ad rem petitam ex acto-
ris arbitrio & adfectione æstimandã præstari necesse
est, non præcedit condemnationem, sed sequitur po-
tius, quia vt diximus, sententiam sic concipi oportet
vt condemnetur reus quanti actor in litem iurabit,
non quanti iurauit, cùm nec iurare possit nisi iudice
deferente, nec iudex deferre quin condemnet Itaque
secuta iurisiurandi præstatio nihil nisi condemnatio-
nis executio & veluti taxatio est. Valeant igitur Ac-
cursius & Bartolus cum suis sectatoribus, qui quod
scriptum est in *d. l. qui restituere* de condemnando reo
qui rem petitori adiudicatam dolo desiit possidere,
quanti actor in litem iurauerit sine vlla taxatione &
in infinitum sic interpretantur, vt tamen taxatio à iu-
dice fieri debeat ne in immensum iuretur.† Quod se- 29
quitur in *d. l. qui restituere, si verò nec potest restituere nec*
dolo fecit quominus possit, non pluris quam quanti res est, id
est quanti aduersarij interfuit condemnandus est, sanè cõ-
gruit cum ratione iuris, nec vllam habet dubitationẽ.
† Sed postrema illa legis clausula *Hac sententia gene-* 30
ralis est, & ad omnia siue interdicta siue actiones in rem, si-
ue in personam sint, ex quibus arbitratu iudicis quid resti-
tuitur locum habet, ea verò est quæ apertè Tribonianũ
sapit, siue ineptum contextum siue sensum verborum
intueare. Est enim falsum in omnibus actionib9 arbi-
trariis & in interdictis manu militari auferendam es-
se possessionem quæ sit penes reum restituere nolen-
tem. Falsius verò iurari in litem in omnibus arbitra-
riis actionibus, falsissimum denique in interdictis re-
stitutoriis iusiurandum hoc locum habere posse: vt in
sequentibus separatim dicemus. Iam enim videmur
nobis ipsis longiores quàm par sit.† Sed tamen face- 31
re non possumus quin subiiciamus, malè interpretes
vt defendant quod in hac lege Tribonianus tradit de
manu militari, solere tanquam simile quidpiam ad-
ducere quod Papinianus scribit in *leg. dominus. 36. De*
liber. causs. dominum qui obtinuit in iudicio liberali si
velit seruum abducere, litis æstimationem pro eo ac-
cipere cogendum non esse.† Nec enim abductionem 32
illam manu militari faciendam esse, vult Papinianus,
sed propria authoritate domini, qui non solùm ab-
ductionis sed etiam vitæ & necis potestatem habet
in seruum suum: nam cùm seruus caput nullum in
ciuitate habeat, plenéque ignotus sit iure ciuili, aut
hactenus saltem cognitus vt quadrupedibus com-
paretur *l. 2. Digest. ad leg. Aquil.* non curat ciuilis le-
gislator an ei vis fiat & impressio, quam non nisi in-
ter ciuiles suos prohibendam & coercendam habet,
proinde solius domini ius & personam intuetur, fa-
citque illi potestatem abducendi propria authoritate
serui dummodò post sententiam & rem pro se contra

libertatem, iudicatam: nec seruum quem præsentem ahducere potest, vendere cogitur, quomodo cogeretur si eum ab alio ciue vindicasset, contra quem aut propria victoris authoritate aut manu militari executionem aliquam fieri ciuilis legislator nunquam pa-
33 teretur.† Et sanè si ita ius esset, vt ab eo qui rem alienam restituere iussus quam haberet, possessio manu militari auferri posset, numquam eo casu permittendum esset iusiurandum in litem, quia nec foret necesse cùm alia & multo certiore ratione victori posset satisfieri adhibita manu militari. Iusiurandum namque in litem numquam defertur nisi ex necessitare iuris *d.l.vlt. De in lit.iur.* & ob eam potissimum rationem vt toties diximus ne liceat ei qui conuenitur alienam rem inuito domino retinere: at non retineret is à quo per manum militarem aufferretur, essétque præterea remedium illud consu'tius, non solùm possessori qui nihil ex victoris adfectione præstaret supra rem ipsá, sed etiam victori ne ancipitis periurij periculum subiret, quod ex lubrico immodicæ adfectionis non parũ verẽdum est, nisi omnem vsum manus militaris à priuatorum negotiis & magistratuum tribunalibus, honestas publica legúmque aotoritas penitus arceret. *l. 1. §. 2. ff. si ventr. nomin. mulier in possess. miss.* Isque nostrorum interpretum error intolerabilis est, qood electionẽ dant victori ao rei possessionem manu militari à possessore in se transferri velit, an potius iusiuran-
34 dum in litem sibi deferri, contra quàm lex statuat.† An ergo, inquies, legem hanc è libris nostris delebimus cùm non sit Vlpiani? Imò verò pro Imperatoria constitutione babebimus, sed ad eam interpretandam in perquirenda iuris ratione quam apertè labefactat, operam, si mihi credis, non impendemus. Potiúsque fatebimur arbitrarias actiones bodie nullas esse, posteaquam placuit Triboniano, manu militari faciendum esse vt omnimodo arbitrio pareatur.

Capvt XVIII.

In actionibus arbitrariis De eo quod metus causa, & De dolo in litem nunquam iurari.

SVMMARIA.

1 *Eum qui rem vi & metu aut dolo extortam iussus restituere non vult, in quadruplum vel quanti res est damnari.*

2 *Verba hec.* quanti ea res erit, *vel* quanti eam rem esse paret *ad veram rei æstimationem referri.*

3 *In sola* l. arbitrio ff. de dol. mal. *iusiurandum in litem in actione de eo quod metus causa, & de dolo admitti.*

4 *Vu verum sit quod in* d. l. *scribitur in actione quod metus causa certam quantitatem verbis edicti non comprehendi.*

5 *Simplum quod in ea actione quadruplatur ex iureiurando in litem non æstimari.*

6 *Aliud esse* condemnare ex eo quod interest, *aliud verò* ex eo quod in litem iuratur.

7 *Cur ijs etiam casibus quibus de re ipsa necessariò iurandum est causæ & fructuum nomine in litem iurari non possit?*

8 *Non esse in electione eius qui vim aut metum passus est, vtrum vel quadruplum, vel quanti in litem iurare paratus est, petat.*

9 *Non esse in hac actione distinguendum an quis rem suã, an verò alienam reposcat.*

10 *In actione de dolo, sicut & in ea quod metus causa, actorẽ non rem suam, sed alienam semper reposcere.*

11 *In quo differat actio quod metus, causa ab actione de dolo?*

12 *Cur in actione de dolo certa quantitas nec adijciatur, nec adijci possit?*

13 *Refellitur quod de iureiurando per taxationem in vtraque actione refrænando Tribonianus* in d. l. arbitrio. *adiecit.*

14 *Quod in rei vindicatione de iureiurando in infinitum & absque taxatione præstando cautũ est, multo magis in actione quod metus causa & de dolo locum habere.*

15 *Reijcitur Accursij interpretatio ad postremam clausulam legis* qui restituere.

16 *Qua ratione motus Tribonianus iuris locos qui de iureiurando in litem præstando tractant interpolauerit?*

17 *Quomodo accipiendum sit quod in* l. in actionib. ff. de in lit. iurand. *scriptum est*, in actionibus in rem iurari in litem solere.

18 *Illis verbis actiones in personam excludi.*

19 *Cur in* d. l. *Marcianus actionis ad exhibendum specialiter meminerit?*

20 *Contra Tribonianum contenditur in actione de dolo in litem non iurari.*

21 *Refutatur ratio propter quam Bartolus* in §. 1. d. l. arbitrio *in litem iurari non posse putat.*

22 *Homine quem reus dolo malo extorsit, vel sine vel cum rei dolo pereunte arbitrium nullum à iudice reddi posse, sed ad condemnationem statim deueniendum esse.*

23 *Condemnatione illa id quod actoris interest contineri.*

24 *Eandem quoque condemnationem esse debere, si homo ille extet, ac si restitui iussus non restituatur.*

TEmerarij fortasse videbimur iis, qui putabunt institoi à nobis disputationem contra ipsos iuris authores, quam nos ex proposito instituimus contra Tribonianum: qoo magis æquum erit iogenij nostri tenuitati illos succurrere, quibus idem stodium erit quod oobis, vt iurisprudentiæ nostræ dignitas non solùm ab interpretum barbarie & inscitia, sed etiam à Triboniani audacia ne dicam impudentia vindicetur. † In tot iuris nostri locis qui extant De actione, 2
quæ competit ex capite edicti De eo quod metus causa, vel de dolo, nullibi reperias iurari in litem aduersus eum qui arbitrio iudicis nnn paret, id est qui rem per vim & metum, aut per dolum extortam restituere iussus non vult restituere, sed siquidem de eo quod vi metúsve causa gestum est agatur, pœna quadrupli edicto ipso prætoris constituta est aduersus contumacem, & restituere nolentem *l. si cum exceptione. 14. §. 1. ff. de eo quod met. caus.* si verò de dolo, condemnatur reus quanti res est, i.e. quanti re vera interest actoris *leg. arbitrio. 18. ff. de dolo.* † Nam hæc verba, 2
quanti ea res erit, vel *quanti eam rem esse paret*, oihil .n. interest, nonc referuntur ad veram rei æstimationem, *l. inter hæc verba. 179 ff. de V. S. l. hæc verba. 193. eod.* nunc etiam ad id qood interest *vt in l. 1. §. hæc verba. ff. ne vis fiat ei qui in possess. miss. est l. 3. §. vlt. ff. vti possid.* † Vnus tantùm iuris locus est qui admittit in vtra- 3
que hac actione in litem iurari posse. Is est in *l. arbitrio in princ.* vbi posteaquàm Paulus scripsit, in ea actione de dolo arbitrio iudicis restitutionem comprehendi, & nisi restitutio fiat sequi condemnationem, *Quanti ea res est*, subocitur in hæc verba, *ideo autem hic & in metus causa actione certa quantitas non adijcitur, vt possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit, sed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iusiurandum refrænari.* † In quo illud primùm falsum est, quod di- 4
citur in actione quod metus causa certam quantitatem non comprehendi verbis edicti. Nam è contra-

rio

rio certa quantitas & certa pœna constituta est, scili-
cet quadrupli vt diximus ex *d. l. 14. §. 1. de eo quod metus
caus.* Nec potuit certior pœna esse constituta: quæ
proinde efficiat vt in litem iurari in eo actionis gene-
re nunquam possit, si verum est quod in præcedenti-
bus diximus & probauimus, numquam deferri iusiu-
randum in litem nisi ex necessitate iuris, *l. vlt. ff. de in
lit. iur. ag.* id est cùm aliter indemnitati actoris consul-
5 tum esse non potest. † Nam quod Iacobus Cuiacius
tentat post Accursium quadrupli quidem pœnam cer-
tam esse & constitutam, sed simplum quod quadru-
platur ex iureiurando in litem æstimari debere, atque
ita vtrumque verum esse & in litem iurari, & qua-
druplom præstari, hoc iam olim Bartolus refutauit, &
meo iudicio non malè. Vlpianus enim *in dict. l. item si
cum §. quadruplatur*, disertè scribit quadruplari quanti
res est cùm fructibus & omni causa, quibus verbis et-
si non verum precium, sed id quod interest hac edicti
parte continetur, vt idem quoque Vlpianus ex Iulia-
no explicat *in § pen. eiusdem legis*, non tamen quod in-
teresse actor ex adfectione iuret, sed id tantùm quod
re vera interesse constet significatur, cùm sint isti ex
diametro contraria *quanti res est*, & *quanti actor in li-
tem iurauerit. l. qui restituere. 68. ff. de rei vindic. l. tutor 8.
ff. de in lit. iurand. l. semper. 15. § hoc interdicto. ff. quod vi aut
6 clam.* † Quam in rem apertissimus omnium elegan-
tissimus textus est *in l. non a iudice. 64. de iudic.* vbi Vl-
pianus scribit doli æstimationem à iudice faciendam
esse non ex eo quod interest, sed ex eo quod in litem
iuratur. Ideóque & prædoni competere ob eam
causam actionem depositi, & commodati, licèt re vera
nihil eius intersit. Sed & *in § 1. d. l. 14.* disertè scri-
ptum est id demum quadruplari quod restitui opor-
tuit. Atqui nemo dixerit restitui debere quanti a-
ctor in litem iurauerit. Omnes enim fatentur nec
posse quem admitti ad iurandum in litem nisi eo de-
mum casu quo non restituatur, id quod ex arbitrio
iudicis restitui debuit, priusque est vt quid restitui de-
beat quàm vt ob id non restitutum in litem iuretur.
Non igitur fieri potest vt iureiurando in litem æsti-
7 metur simplum illud quod quadruplandum est. † Cui
etiam illud conuenit, quod *in d. § quadruplatur*, tradi-
tum est quadruplari rem cum fructibus & omni cau-
sa, quoniam hæc quoque restitui debuerunt: at causæ
& fructuum nomine in litem iurari non posse certum
est iis etiam casibus quibus de reipsa iurandum ne-
cessariò est, quia fructus qui ex re nostra vel percepti
sunt vel percipi potuerunt numquam petimus quasi
nostrus, sed quasi nobis debitos & restituendos, item
quia ex comparatione ipsius rei debitæ aut eius æsti-
mationis quomodocumque initæ, fructuum quoque
ratio citra iusiurandum poni facilè potest. † Quod ve-
8 rò idem Bartolus aliam eiusdem Accursij interpreta-
tionem secutus putat esse in electione eius qui vim
aut metum passus est vt vel quadruplom petat, vel
quanti in litẽ iurare paratus est, multò minùs defendi
potest. Cùm enim verbis ipsis edicti certa pœna eá-
que grauissima, id est quadrupli constituta sit (nullam
namque grauiorem pœnam ius ciuile agnoscit quæ
quadruplum egrediatur *§. omnes autem Instit. de actio.*)
cur iudici permittamus de actione quæ ex prætoris e-
dicto competit cognoscenti vt aliam pœnam pro ar-
bitrio irroget, adeóque eam quæ nunquam irrogari
soleat aut possit, nisi vrgente aut potius omnino co-
gente iuris necessitate? nec sanè probabile est iuris
nostri autores qui non solùm in *tit. De eo quod met. cau.*
sed tot aliis etiam locis tractant de actione quod me-
tus caussa, prætermissuros fuisse pœnam illam iurisiu-
randi in litem ex ea caussa deferendi si locum ei ali-
quem dandum esse existimassent. † Dicat aliquis for- 9
tasse actionem hanc de eo quod metus caussa compe-
tere quoties quis vim vel metum passus est siue in re
propria alienanda, siue in aliena promittenda, ideóq;
posse hac distinctione rem temperari vt qui rem suam
reposcit per hanc actionem admittendus sit ad iuran-
dum, qui alienã non nisi quadruplum petere debeat.
Sed non ita est Nunquam enim fieri queat vt per hu-
iusmodi actionem quis repetat rem suam, cùm vendi-
tio traditióque etiam per vim aut metum extorta do-
minium trãsferat, ex quo fieri necesse fuit vt alia quã
iurisiurandi pœna in eum qui metum intulisset con-
stitueretur, quia iurisiurandi in litem deferendi caus-
sa illa esse sola potest, si quis alienam rem inuito do-
mino retinere velit, non si eam, quæ iam facta sit sua *l.
si filiofamilias. 25. § 1 D. solut. matr. l. non ex. m. 9. D. rer. a-
mot. d. l. tutor. 8. D. de in lit. iur.* † Quæ ratio enim facit, 10
vt intelligamus in actione de dolo non magis in litẽ
iurari posse: quia perinde transfertur dominium ex
traditione dolo malo extorta, atque si vis illata esset,
quando nec vis aut metus inferri potest sine dolo *l. 1.
D. de eo quod met. causs.* Nec proinde fieri potest vt iudi-
cio de dolo suam rem quis reposcat, sed alienam sem-
per. † In eo sanè differt actio quod metus caussa ab a- 11
ctione de dolo, quod per actionem quod metus cau-
sa petitur certa quantitas, id est pœna quadrupli si
res non restituatur, in actione verò de dolo certa quã-
titas non adiicitur, sed si restitutio non fiat, reus quan-
ti res est, id est quanti actoris interest condemnatur;
quia mitius agendum esse visum est cum eo qui do-
lum duntaxat admisit, quàm cum eo qui præter do-
lum vim quoque aut metum intulit. Igitur falsum est
quod ait *d. l. arbitrio*, in actione quod metus caussa
nullam adiici certam quantitatem non magis, quàm
in actione de dolo, illud autem falsius quod sequitur
ideò factum hoc esse vt possit reus per contumaciam
suam tanti condemnari quanti actor in litem iurauе-
rit. † Vera enim ratio propter quam certa quantitas in 12
actione de dolo non adiicitur nec adiici potest, alia
non est, quàm quia eius quod interest quantitas sem-
per est incerta. Quatenus enim cuiusque intersit,
in facto non iure consistit *l. quatenus. 24. De regul. iuris.*
In eámque rem necessariæ sunt probationes quarum
difficultate & inopia plerumque fit, vt quamuis mul-
tum intersit, tamen condemnatio ad exiguam sum-
mam deducatur *l. vltim. D. de prætor. stipulat.* Neque
verò nullo alio iuris loco reperias in actione de dolo
iurari vllo casu in litem, cùm tamen in libris nostris
nihil sit frequentius mentione actionis huius & con-
demnationis ex causa doli irrogandæ, quam semper
iuris autores referunt ad id quod interest actoris, non
valentes apertius excludere iusiurandum in litem cui
tum demum locus est, cùm ratio iuris & æquitatis
non patitur vt is qui conuenitur, præstatione eius
quod re vera actionis intersit liberetur. † Quod
autem sequitur *in dicta leg. arbitrio sed officio iudicis de- 13
bet in vtraque actione taxatione iusiurandum refrænari*,
adhuc ineptius est, & alienius à iuris ratione quæ quo-
ties in litem iurari permittit, in infinitum iurari pa-
titur *l. 4. §. iurare de in lit. iurand.* id est non in im-
mensum [metus enim periurij frænos adfectioni ad-
hibet, ne si euidentissimum periurium sit, non solùm
Deus Optimus Maximus, sed iudex quoque quem
multi magis quàm Deum verentur vindex sit & vl-
tor *dict. l. vltim. de in lit. iurand.*] sed sine vlla præfini-
tione & taxatione, quemadmodum superiore capite
interpretati sumus vno illo casu excepto de quo Ze-

nonis constitutio lata est *in dict. l. si quando. y. Cod. vnde vi*, id est cùm non tantùm de subtractis rebus æstimandis agitur, sed etiam de probanda earum quantitate:

14 † suique immemor hîc videtur fuisse Tribonianus, qui *in l. qui restituere. 68. De rei vindicat.* sub Vlpiani nomine scripsit reo non restituente rem vindicatam, condemnationem faciendam esse quanti actor sine vlla taxatione in infinitum iurauerit si modò interuenerit dolus, eámque sententiam non tantùm ad vindicationes pertinere, sed etiam ad cæteras omnes actiones arbitrarias, adeoque ad interdicta & ad actiones in personam ex quibus non restituitur id, quod restitui iubetur. Cur enim taxatione refrænabit iudex iusiurandum in litem in actione quod metus causa aut de dolo si in his actionibus iurare liceat potiùs quàm in rei vindicatione? Eritne hac parte odiosior caussa eius qui rem alienam possidere desiit dolo malo, vt restituendi facultatem sibi præripe-ret, quàm illius qui rem alienam & dolo extorsit adeóque per vim aut metum, & eandem dolo malo retinet etiam posteaquàm arbitrio iudicis illam restituere iussus est? Aut quidni hoc etiam casu, si rem qua de agitur reus habeat, possessio manu militari ei auferetur, & in actorem transferetur? An ob id magis permittemus possessori, vt alienam rem inuito domino sibi comparet precio quantumcunque iniusto & immodico, quòd eam consecutus sit per rapinam? Absit, *l. nec quasi Publicianam 70. De rei vindicat.*

15 † Atqui consequens id esset ei quod *in dict. l. qui restituere*, proditum est sententiam illius legis generalem esse ad arbitrarias omnes actiones: nisi confugias ad commentitiam illam & improbabilem interpretationem Accursij existimantis, ita intelligendum illud esse, vt quod in vindicatione constitutum est in alijs quoque arbitrariis actionibus perinde obtineat, quod ad quædam, non quod ad omnia, in his verò & in illis aliter atque aliter: id est, inquit, in quibusdam ratione possessionis per manum militarem transferendæ, in alijs ratione iurisiurandi in litem indulgendi, in alijs quod ad præstandum quanti re vera interest actoris. Quo tamen ineptius dicere nihil possis. An enim potuit apertiùs exprimi omnia quæcunque in eo loco de rei vindicatione scripta & constituta sunt ad alias omnes actiones siue in rem siue in personam sint adeóque ad interdicta ex quibus quid non restituitur, pertinere? *Hæc sententia*, inquit lex *generalis est*. Neque verò illius legis multiplex sententia est, sed vna tantùm, licèt per aliquot distinctionis partes explicata. Itaque aut ad totius legis sententiam integram verba illa referenda sunt, aut ad nullam. Sed quis non Accursij & Bartoli & aliorum quotquot sunt omnium interpretum misereatur potiùs quàm vt iis succenseat quos tam miserè & impudenter Tribonianus decepit? Et verò quis vnquam se ex tot difficultatibus possit euoluere si Triboniani somnia pro recta iuris ratione accipere velit?

16 Quod si quid vnquam à Triboniano in prudentum responsis corruptum est, ausim ego affirmare eos præcipuè locos corruptos fuisse in quibus tractari legimus de iureiurando in litem deferendo: motum autem fuisse Tribonianum ex eo quod vti iam indicauimus, putauit delationem iurisiurandi positam esse in arbitrio iudicis, ob id quod in vindicatione & actione ad exhibendum quæ maximè arbitrariæ sunt, iuratur in litem: sed iam documus actiones arbitrarias non ideò arbitrarias dici, quod ex iis condemnatio fiat arbitrio iudicis, sed quia arbitrium iudicis præcedere necesse est, vt si ei non parebitur, sequatur condemnatio. Cæterùm condemnatio ipsa necessaria est, quam iudex non possit aut imminuere aut commutare, id est qualis, quantáque pro cuiusque actionis natura & conditione legibus constituta est. 17

† Nec est cõtrarium quod *in d. l. in actionibus*, generaliter scriptum est in actionibus in rem iurari in litem solere. Id enim ad eas actiones pertinet quæ ratione dominij competunt & ad rem vindicandam, cuiusmodi est vindicatio ciuili iure comparata: itémque publiciana ex prætoris edicto & iurisdictione ad exemplum ciuilis actionis introducta: sed sicuti non pertinet id ad actionem hypothecariam, tametsi merè illa in rem sit quia per eam non de dominio agitur, sed tantùm de iure pignoris vt disputauimus cap. 15. Ita nec potest pertinere ad actionem quod metus causa, quæ licèt in rem scripta sit, tamen in personam directa actio est *§. præterea Instit. de act.* Multò minus ad actionem de dolo, quæ tota in personam & directa & scripta est. Frustra enim Marcianus *in d. l. in actionibus*, scripsisset in actionibus in rem iurari posse in litem si in iis etiã quæ in personam sunt iurare liceret. 28

† Cúmque eo loco Marcianus casum quoque illum vnicum persequatur quo in actionib⁹ stricti iuris cõtra regulas iurare permittitur, apparet non alia de causa tractare eum de actionibus in rem quàm vt excludat actiones in personam, præterquam si quæ sint bonæ fidei. Nam in his quoque iurari posse non prætermisit, quamquam nec id generaliter verum est, sed ita demum si bonæ fidei iudicio agatur de fide rupta *l. es apud quem. 5. ff. depos.* adeóque de re quæ sit in dominio actoris, & quam ei reddi non tantùm tradi aut dari oporteat. 19

† Sed & actionis ad exhibendum Marcianus meminit specialiter, quia licèt in rem scripta sit, tamen in personam proponitur, ob idque nec actionum in rem appellatione venisset. At de actione quod metus causa verbum nullum est apud Marcianũ, nec rursus de actione de dolo, quas certè non fuerat ille prætermissurus si in his quoque iurari posse existimasset. Nec possum satis mirari Tribonianum qui alios hac de re iuris locos, adeóque hunc ipsum corruperit in eo quod sequitur posse iudicem etiam post iusiurandum præstitum absoluere reum aut minoris condemnare aut à principio non deferre, hac tamẽ parte incorruptum reliquisse Marcianum. 20

† Planè quàm falsum sit, quod scriptum est *in d. l. arbitrio*, in actione quoque de dolo iurari in litem, ex eo apparet quod ibidem sequitur, non semper in eo iudicio arbitrium iudicis dandum esse. Quid enim, si manifestum sit restitui non posse? Veluti si seruus dolo malo traditus defunctus sit, ideóque protinus, inquit Paulus, condemnari debet in id quod interest actoris. Non igitur in id quod sua interesse actor iurauerit. Sunt enim ista, vt toties diximus non modò diuersa, sed etiam pugnantia, præstari quod interest actoris, & præstari quanti actor in litem iurauerit. 21

† Neque id Bartolus negat, sed ait non posse hoc casu iurari in litem, quia nec arbitrio locus vllus sit, sola autem rei contumacia non parentis arbitrio locum faciat iuriiurando. Omnino malè, nam & cum arbitrium nullum reddi potest, non eo minùs sequitur condemnatio quæ præcedente arbitrio sequeretur, nec mors serui dolo malo extorti liberat reum à pœna, non magis quam ab ipsius serui æstimatione præstanda, imò ne tum quidem cùm serui interitu reus ab eo præstando liberatur, vt in actione quod metus causa contingit *d. l. item si cum 14. §. quatenus. ff. de eo quod met. caus.* † Sed & finge seruum illum dolo malo extortum de quo agimus, non tantùm post moram dolúmque admissum, sed & dolo ipso

lo ipso malo rei periisse. Non negabis videri reum dolo malo desiisse possidere qui fortè hominem restituendum occiderit priùs etiam quàm de eo restituendo arbitrium datum esset, ac proinde easdem pati debere pœnas, quas pateretur si adhuc possideret, quia dolus pro possessione est, adeo vt non minùs iurari hoc casu in litem deberet, si ita ius esset vt homine extante iurari posset: alioqui melior fiet conditio rei ob id quod hominem occiderit, atque ita fecerit ne arbitrio de homine restituendo locus esse queat, quod tamen rectè dicere nemo possit. Atqui non eo magis poterit locus fieri arbitrio iudicis de homine illo restituendo, cùm manifestum sit restitui non posse hominem qui ampliùs in rerum natura non est. Perinde igitur locum habebit hoc casu quod Paulus ait, omisso arbitrio protinus deueniendum ad condemnationem.

23 † Ad quam verò condemnationem? In id scilicet, quod interest actoris vt lex ait, neque enim tam ad id Paulus respicit an facto suo an facto eius qui conuenitur homo perierit, quàm vtrum restitui hodie possit néc-ne. Neutro igitur casu ex Pauli sententia iurabitur in

24 litem, sed præstabitur, quod re vera interest actoris. † Ergo nec si homo ille extet ac restitui iussus non restituatur. Quid enim potest referre quod ad pœnam, vtrum præcesserit arbitrium de eo restituendo & sequatur contumacia, an verò dolo malo rei factum sit ne arbitrium ferri vllum possit, homine ipso, iam antequam ad arbitrium perueniretur, occiso?

Capvt XIX.

Triboniani esse totum §. quatenus l. item si cùm 14. ff. quod met. caus. & de illius sententia ac emendatione.

SVMMARIA.

1 *Non esse ex Bartoli sententia locum vllum in toto vetere Digesto hoc § difficiliorem.*

2 *Ex verborum contextu & locutionis genere probatur totum illum §. vel Imperatoris vel Interpretis qui Imperatorem agat, non Vlpiani esse.*

3 *Quem sensum habeat quod Prætoris Edicto constitutum est vt in actione quod metus causa quadrupli condemnatio fiat?*

4 *Per* simplum *quod in illo quadruplo continetur non rem ipsam, sed eius æstimationem in eo Edicto intelligi.*

5 *Actorem nullum damnum sentire, licèt non rem suam metu extortam, sed eius æstimationem consequatur.*

6 *Quid in d* §. quatenus *Tribonianum mouerit, vt præter triplum rem quoque ipsam metu extortam actori à reo restitui voluerit?*

7 *Aliud esse, cogi quem manu militari restituere, aliud verò manu militari auferri possessionem.*

8 *Disputatur aduersus superiorem Triboniani sententiam eiusque ratio euertitur.*

9 *An si homo sine dolo & culpa eius qui vim aut metum intulit & condemnatus est, perierit, eius hominis æstimationem præter triplum reus præstare teneatur?*

10 *Triboniani in hac quæstione distinctio refutatur.*

11 *Ei qui ad rem præcisè restituendam condemnatur, dilationem eandem non concedi quæ iudicatis ad satisfaciendum iudicato dari solet.*

12 *Refutatur alia Bartoli distinctio.*

13 *Restitutionem ex causa fideicommissi faciendam multum ab ea differre, quæ ex actione quod metus causa petitur.*

14 *Iure ita constituto, vt reus condemnatus rem ipsam metu extortam restituere cogatur, nullam ei dilationem dandam fore vt rem restituat.*

15 *Dilationem quæ iudicatis in arbitrariis actionibus conceditur, non post arbitrium, sed post condemnationem dandam esse.*

16 *In actionibus arbitrariis condemnato dandam non esse facultatem restituendi rem pro qua nō restituta iam condemnatus est.*

17 *Verba illa d. §. quatenus*, intra tempora iudicati a-*ctionis, Triboniani manum maximè prodere.*

18 *Cur is qui metum intulit, si res intra tempus iudicati actionis sine eius culpa decesserit, æquè quadruplum præstare teneatur?*

19 *Triplum illud quod ex edicto de metu præstatur, non ob vim illatam sed propter contumaciam præstari.*

20 *Rei contumaciā in actione de eo quod metus causa accedente nunquam triplum sed semper quadruplum præstari.*

21 *Qua ratione moti Interpretes existimauerint mortuo intra iudicati tempora homine per vim extorto reum à simplo præstando liberari.*

22 *Moram præcedentem neque nouatione quæ fit per iudicatum, neque eā quæ fit per litis contestationem purgari.*

23 *Respondetur ad rationem à Cuiacio allatam.*

24 *Tentatur in arbitrariis actionibus nec actionem, nec contractum per iudicatum nouari.*

25 *Duæ aliæ rationes pro superiore Triboniani sententia allatæ refutantur.*

26 *Ad verba illa eiusdem §.* pro eo autem qui in fugam est, &c.

27 *Duriorem à Triboniano dicto loco fieri causam condemnati, si intra iudicati tempora seruus per vim extortus aufugerit, quam si perierit.*

28 *Refutatur eiusdem sententia cautionem exigentis de seruo illo qui in fuga est persequendo & omnimodò restituendo.*

29 *Respondetur ad rationem pro Triboniani sententia ab Accursio & Bartolo allatam.*

30 *Cautionem ab eo qui vim intulit præstitam, domino rei suæ quauis actione persequendæ facultatem non adimere.*

31 *Probantur quæ in* vers. hæc si. *de homine ante sententiam sine dolo & culpa mortuo tractantur.*

32 *Perempta re vi extorta, antequàm iudex ei restitui iusserit, fieri non posse vt vllum iudicis arbitrium de re restituenda sequatur.*

33 *Hoc casu ad condemnationem statim decurrendū esse.*

34 *Eum qui hoc casu conuenitur, si ante vel post iudicis arbitrium rei peremptæ æstimationem præstare paratus sit, tripli pœnam euitare posse.*

35 *Actionem de eo quod metus causa ab actione de dolo hac parte differre.*

36 *In actione de eo quod metus causa arbitrium præcedere necesse esse vt quadrupli condemnatio sequatur.*

37 *In quo melioris sit conditionis is qui vim intulit, quàm qui dolum admisit, in quo item deterioris?*

38 *Quum de pœna quadrupli ob metum irroganda tractatur multum referre, an dolo malo eius qui vim intulit, an verò sine dolo & culpa decesserit homo per vim extortus.*

39 *Casus quo in actione quod metus causa nullo præcedente arbitrio rectà ad condemnationem deuenitur.*

40 *Ratio ex his Edicti verbis,* neque ea res arbitrio iudicis restituetur. *à Triboniano desumpta impugnatur.*

41 *An reus qui vim intulit, re per vim extorta, siue ante*

siue post arbitrium perempta interitu, tripli condemnationem euitare possit?

41 *Imperfectum & mancum esse versic.* ergo etsi in fuga *d.§ quatenus.*

43 *Refutatur distinctio proposita in vers.* sed etsi non culpa, *eiusdem §.*

44 *Eum qui rem metu extorsit, ad perempta æstimationem semper teneri, licet culpâ eius non perierit, nec quæri an res æquè penes actorem peritura fuerit necne.*

45 *Nullum hac parte dissensionis inter veteres Iuris authores vestigium extare.*

46 *Corruptum a Triboniano fuisse §.* siue autem. *l. si plures 14. ff. deposit.*

47 *Indicantur quædam in §.* vlt. l. item si verberatum. ff. de R. V. *à Triboniano interpolata.*

48 *Minimè fauorabiliora esse debere in* d. §. siue autem. *morosi & perfidi depositarij causam.*

49 *Alia coniectura ad* d. §. siue autem.

50 *Superiorem distinctionem, an res vi extorta æquè penes actorem peritura fuerit necne, ad eum casum non pertinere quo res illa intra iudicatis tempora perierit.*

51 *Restituitur negatio è dicto vers.* sed etsi *a Cuiacio detracta.*

52 *Ratio pro superiore distinctione ab Interpretibus allata refutatur.*

53 *In interdicto vnde vi, quod cum actione quod metus causa concurrit, illi distinctioni locum non esse.*

54 *Difficile explicatu esse quod in dict. vers. Tribonianus adiecit,* idem in interdicto vnde vi obseruari, *quod in actione quod metus causa obseruari dixerat.*

55 *Multo difficilius esse quod ibidem in interdicto quod vi aut clam idem seruandum esse adiecit.*

56 *Casus ab Accursio allatus in quo tractatur an qui vi aut clam opus fecerit de re citra culpa suam perempta teneatur.*

57 *Aliud eiusdem rei exemplum.*

58 *Triboniani sententia de interdicto quod vi aut clam reijcitur.*

59 *Eiusdem Triboniani conclusionem in* d. §. quatenus, *vitio laborare.*

1 NON† abs re præfatur Bartolus, non esse in tota illa Pandectarum parte quam Digesti veteris nomine interpretes donarunt, locum alium difficiliorem. Quid enim potest esse difficilius, quàm vt iuris ratio aliqua constet ei sententiæ, quam Tribonianus per inscitiam, & merá iuris ignorationem pro arbitrio corruperit? si quid vero in toto Pandectarum corpore tale est non dubito quin potissimum & nobilissimum ex hoc §. exemplum sumi possit.
2 † Occurrit autem statim prima ipsa dictio *quatenus* quam hoc sensu, id est pro *quod* accipi apud Iureconsultos nunquam reperias, apud Tribonianum verò quàm sæpissimè, sicut & pro *vt* vsurpat ille in sequentibus *cautio ab eo extorquenda est quatenus & persequatur.* Solent enim Iureconsulti elegantissimè hac dictione *quatenus* vti tunc cùm respondet præcedenti illi *eatenus* siue expressa illa sit siue subintellecta. vt cum scribunt, quatenus cuiusque interfuit in facto consistere non in iure *l. quatenus 24. De R. I. & alibi pass.* Sequitur verò *hoc ita disponendum est,* ne dubitari possit quin verba sint disponentis & constituentis potius quàm interpretantis. Ergo Imperatoris aut eius qui Imperatorem agat, non Vlpiani qui interpretari tantùm non etiam disponere aut constituere quicquam potuit. Reliquus cõtextus verborum æquè inelegans, & ineptus est, & insolētibus locutionibus refertus, quales illæ sunt, *pœna autē vsque ad triplū stetur.* Et paulò post *quia tripli pœna propter facinus satisfacere cogitur.* Et rursum *cautio ab eo extorquenda est quatenus persequatur.* Item *cauendū est per iudicē vt eum persecutus reddat.* Itē illa, *si ab eo quo cū agitur aberit,* pro eo quod dicendū fuit, *si mortuus fuerit.* Taceo inculcatas illas dictiones, *omnimodo, quomodo, si autem.* quæ Triboniano longè magis q̃ Vlpiano sunt familiares. Sed pergamus quæso ad sententiā loci discutiendā. *Quatenus autē,* inquit lex, *diximus quadruplo simplum inesse, sic hoc disponendum est vt in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur, & eius restitutio fiat pœna autem vsque ad triplum stetur.* † Hic verò primus & omniū 3
grauissimus error est, ex quo cæteri profluxerūt. Nam quod edicto prætoris cōstitutū est vt in actione quod metus causa, quadrupli condemnationē fieri oporteat, hūc omnino sensum habet vt posteaquā reus arbitrio parêre recusauit, id est rem quam restituere iussus est per dolū & contumaciā restituere noluit non amplius ad rem restituendā condēnari debeat, sed ad quadruplū, ita tamen vt in eo quadruplo simplū contineatur, id est æstimatio ipsius rei quæ restitui debuit, nec fuit restituta. Secum enim pugnaret iudex si eam ipsam rē quā restitui iam iussisset deduceret in condēnationē: quā nec si vellet deducere tamen posset: cùm si id faciēdi ius haberet, iam inde ab initio cōdemnationem nō arbitrium ferre debuisset. Cur enim arbitrarias actiones appellamus nisi quia nulla subsistente obligatione, quę actionē producere possit sua sponte nedum condemnationē, necesse est arbitriū iudicis præcedere ex quo postmodum sequatur condemnatio, si arbitrio non pareatur? Sed & cū nō aliter pœna infligatur quā si res nō restituatur, apparet fieri nō posse vt eadē condemnatione & rei restitutio & pœna irrogetur. quādiu enim res ipsa restitui potest, tādiu in potestate & electione est eius qui conuenitur, vt pœnam euitet, adeò clemēter cū eo prætor egit, vt Vlpian. ait *in d. l. itē si. §. 1.* † Ergo quāuis in quadruplo illo simplū cōtinea- 4
tur, nec totū quadruplum in pœna sit, vt est in actione furti manifesti, simpli tamē appellatione, non rem ipsam quæ restitui debuit intelligimus, sed eius æstimationē, nec rei tantū, sed etiam fructuū & accessionū omniū, ac præterea si quicquā interfuit, simplū enim illud est ex cuius comparatione quadruplū æstimatur. Quadruplari autē cōstat, vt proximo capite diximus, id omne quod restitui oportuit *d. §. 1. & §. quadruplatur ead. leg.* Et verò cū necessariò deueniendum sit ad æstimationē vt quadrupli ratio ineatur [, nec enim res ipsa potest quadruplari] nemo non videt ex quo secuta est condemnatio quadrupli, non posse amplius de rei restitutione tractari, sed pro re precium & æstimationem præstari: idque dictio ipsa *simpli* demonstrat. Qui enim *simplum* dicit, precium semper rei non rem ipsam intelligit. Alioqui non quadrupli pœna constituenda erat, sed tripli, nec condemnatio in quadruplum fieri deberet, sed in triplum, adiecta rei restitutione. Atqui non ita est. Vna enim pœna est quadrupli, vna condemnatio quadrupli, licèt in eo quadruplo simplum contineatur. Et quemadmodum quod excedit simplum non potest in æstimatione & in pecunia numerata non consistere, ita nec alia ratio potest constitui simpli quod inest in quadruplo, cùm sit pars & quidem integralis, vt vocant, quadrupli, quod vtique aliter interpretantibus, diuerso iure cēseretur.
† Nec video sanè quid videri possit interesse actoris. 5
Nam si dicas imò vero quàm maximè interesse, vt rem suam habeat si haberi possit, potiùs quàm rei æstimationem, nec cogendum eum rem suam vendere, respōdebo hoc incommodum potiùs quàm damnum abūdè sarciri, adiecta ad simplum tripli condemnatione: & quemadmodum nemo absurdum putat dominum

qui-

qui in iudicio vindicationis aduersus possessorem nolentem restituere iurauerit in litem carere re sua, quia in pœnam contumaciæ longè plus cnosequitur, quàm quanti re vera res sit, nec fieri potest, vt & rem suam præcisè consequatur, & prætereà in pœnam doli & contumaciæ possessoris quanto pluris sua interesse iurauerit, ita nec absurdum videri debet cogi dominum, si dominus adhuc dicendus est, qui rem suam per vim & metum in alium transtulit per traditioné, carere re sua pro qua nun modo iustam & veram æstimationem, sed triplo amplius sit consecutus, aut consecuturus. Nam quæ pœna est iurisiurandi in litem in vindicatinne & aliis similibus, ea est quadrupli in actione de eo quod met. caus. & sicuti in ea quantitate quam actor sibi deberi iurat in litem, comprehenditur res ipsa quæ petebatur, sed tamen quod ad precium & æstimationem non quòd ad rei corpus, ita & in quadruplo simplum continetur, & quidem ita vt non res ipsa quæ per vim extorta est sit simplum, sed
6 illius rei æstimatio. † Mouit Tribonianum quod iam ille constituerat in vindicatione & aliis similibus iudiciis, in quibus non parente possessore & nolente restituere condemnatio fieri olim solebat quanti actor in litem iurasset, vt si restituendæ rei facultatem possessor haberet, possessio per manum militarem ab eo transferatur. Idem enim Tribonianum constitutum voluisse in actione quod metus causa ex eo apparet quod in fine *legis qui restituere. 68. ff. de rei vindicat.* quæ unum illud præclarúmque si diis placet, ius contiret, subiicit sententiam illius legis generalem esse & ad omnes actiones siue in rem siue in personam sint ex quibus aliquid restitui oporteat, pertinere. Neque verò si quis quærat qua ratione possis cogere eum qui vim aut metum intulit & iam ad quadruplum condemnatus est, vt rem ipsam restituat non rei æstimationem, aliud quicquam respondere possis, nisi quod per manum militarem ea coactio fa-
7 cienda est. † Quamquam nec hoc quidem absolutè verum est. Aliud enim est cogi quem manu militari restituere, aliud vero manu militari auferri possessionem. Prius nunquam fit, quia nemo cogi potest ad faciendum præcisè, quoniam ea coactio fieri nequit sine vi & impressione. Posterius licet inciuile sit tamen tolerabilius est, quia eo modo cogitur quis
8 non vt faciat, sed tantùm vt patiatur. † Sed tamen debuit Tribonianus animaduertere, ita posito iure futurum, vt longè aliud ius sit in actione quod metus causa, aliud verò in vindicatione in quibus tamen idem iuris esse voluit. Nam in vindicatione tametsi omnium maximè in dolo ille sit, qui rem quam & restituere iussus est & adhuc possidet, non vult restituere, cum tamen manu militari possessio ab eo translata est, nihil prætereà in pœnam contumaciæ ab eo præstatur neque aduersus eum in litem iuratur [in quo sanè ridiculus fuit Tribonianus qui clementius egit cum possessore doloso & contumace, quàm cum eo qui dolo malo desiit possidere] at in actione quod metus caussa vult Tribonianus præter ipsius rei restitutionem quam præcisè, & vt ipse loquitur, omnimodo fieri præcipit, tripli quoque adiici condemnationem, illud igitur pro fixo & indubitato concludendum est, prætoris constituentis in quadruplo simplum inesse non eam fuisse sententiam quæ Triboniani fuit vt rem ipsam quæ extaret & restitui posset omnino restitui oporteret, sed vt vera iustaque ipsius æstimatio initetur eáque æstimatio quadruplatetur, ne quicquam dici posset interesse eius qui vim passus fuisset, quòd rem suam non haberet. Hinc autem cæteræ omnes illæ quæstiones prodeunt quas Tribonianus persequitur in *d. §. quatenus*, & quibus locus nullus relinqueretur si ex iuris ratione & autoritate rem ageremus.
9 † Videamus tamen quid ille somniet aut potiùs deliret. *Quid si homo*, inquit *sine dolo & culpa eius qui vim intulit, & condemnatus est, periit?* Quæstio hæc ociosa est, & inepta. Nihil enim certius est quàm quod ait *l. 1. Cod. eod.* suam persecutionem eorum quæ vi vel furto ablata sunt etiamsi posteà interciderint integram tamen manere: quia & moram præcessisse sufficeret ad impediendum ne rei interitu debitor liberaretur *l. si ex legati 23. l. si seruum. 91. §. sequitur. & §. vlt. in de verborum obligat. l. promissor. 22. l. 23. D. de constit. pecun.* At qui furtum fecit plus quàm morosus est, qui verò vim intulit etiam plus quàm fur. Quis ergo dubitare possit an suo facto perempta re quæ per vim extorta fuerat, liberetur is qui non modò vim fecit, sed etiam ex ea caussa conuentus adeoque condemnatus est. Et tamen contrà placet Triboniano qui ad ineptam quæstionem ineptiore adhibita distinctione sic respondet, *In hoc casu a rei condemnatione ideo relaxabitur si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli pœna propter facinus satisfacere cogi-*
tur. † Distinguit ergo Tribonianus an homo ille per 10
vim extortus perierit intra tempus iudicati necne, vt priore casu liberetur is qui condemnatus est, & quidem ita vt neque rem neque precium præstare & restituere cogatur. Posteriore verò casu maneat obliga-
tus ad præstandam æstimationem. † Quæ distinctio 11
quàm absurda sit ex eo cognosci potest quòd quoties quis condemnatur ad rem præcisè restituendam non habet dilationem illam quæ iudicatis dari solet ad satisfaciendum iudicato, sed rem ipsam statim restituere cogitur si eius restituendæ habeat facultatem, sin minùs officio iudicis prospiciendum est vt ex iusta caussa dilatio detur, & cautionibus res expediatur,
§. etsi in rem Instit. de offic. iudic. † Scio Bartolum distin- 12
guere an rei restitutio petita sit per actionem in personam, cuiusmodi hæc est de eo quod met. caus. an per actionem in rem, quasi is qui ex personali actione condemnatus est ad rem restituendam eodem legis beneficio gaudere debeat quo gauderet si pecuniam
dare damnatus esset ex *l. 3. in princip. D. de vsur.* † Sed 13
obseruare debuit multum differre restitutionem quæ ex caussa fideicommissi facienda est de qua ibi Papin. loquitur, ab ea quam fieri vult Tribonianus ex actione De eo quod met. caus. Fideicommissi persecutio merè in personam est, nec tam restitutio quàm præstatio dicenda videtur cùm id quod per fideicommissum relictum est numquam fuerit fideicommissarij, nec alia ratione dicatur restitui, quam quia sic fideicommissum relinquitur vt quod quis à testatore accepit alij restituere iubeatur. At In actione quod metus caussa petit actor restitutionem rei quæ sua fuit, & quidem eo colore quasi sua esse non desierit quæ scilicet per vim extorta est. Quam ob caussam constitutum est vt ei qui vim passus est liceat si malit vtili in rem actione experiri quasi eam rem in bonis suis retinuerit *l. metum. 9. §. volenti. & §. licet. D. quod*
met. caus. l. 3. C. eod. † Cur ergo ei qui ex actione quod 14
metus caussa condemnatus est dilationem demus vt rem restituat quam statim possit restituere? Aut quid hac parte potest interesse an iudicio vindicationis an actione quod metus caussa restitutio petatur, etiam secundum sententiam Triboniani qui vt diximus idē iuris in vtraque actione voluit constitutum *dicta lege qui restituere.* Non inficior eū qui ex hac actione quod met. causs. condemnatus est dilationem habere de-

bere quæ cæteris condemnatis datur, nimitum quia
actio in personam est, & ex qua condemnatio fit non
ad rem restituendam sed ad quadruplum ob rem non
restitutam: sed hoc contendo si ita ius esset vt ex eius-
modi cōdemnatione rem ipsam præcisè restitui opor-
teret quomodo voluit Tribonianus, illud quoq; con-
sequens fore vt nulla ei dilatio dati deberet, sicut nec
vlla datur cùm ante condemnationem ex arbitrio iu-
15 dicis rem restituere iubetur. † Nam cùm actio sit arbi-
traria fatentur omnes quod fateri necesse est, arbitriū
præcedere debere per quod is qui conuenitur rem re-
stituere iubeatur: nemo autem dixerit dandam eo tē-
pore dilationem intra quam res restituatur, dilatio e-
nim illa non datur nisi iudicatis, iudicatus verò dici
non potest qui arbitrio iudicis rem restituere iussus
est, quia cùm arbitrium illud præcedat cōdemnatio-
nem, condemnatio esse non potest: hoc autem admis-
so, quis rogo, probabit & admittet dandam esse dila-
tionem condemnato in actione quod metus causa,
vt rem restituat, quam iam anteà statim restituere sit
iussus? An melioris erit condicionis cōtumax qui pro-
pter contumaciam iam condemnatus est quàm qui
contumax nondum fuit? An non admitteretur reus
ad purgandam moram etiam post sententiam si dila-
tionem haberet ad rem restituendam quam restitue-
re ante sententiam noluisset? Atqui certum est nullo
prorsus casu admitti posse vt mora post sententiam
purgetur, quæ nec solet purgationem admittere post
litem contestatam: nec liberum esse ei qui vim aut
metum intulit, vt pœnam euitet, nisi in tempus vsque
16 ferendæ sententiæ *d. l. item si. §. 1.* † Et vel ex hac maxi-
mè ratione colligi potest, nunquam in actionibus ar-
bitrariis, id est in quibus arbitrium præcedere opor-
tet dandam esse condemnato facultatem restituendi
rem pro qua non restituta iam condemnatus fuerit,
quoniam id implicaret contradictionem: tantùm ab-
est vt ad eam restitutionem faciendam debeat habe-
re dilationem illam quæ iudicatis à lege datur. † Ta-
17 ceo, quòd prudentum temporibus & ante Iustinianū
in *l. vlt. C. de execut. rei iudic.* nullum fuit tempus legi-
timum actionis iudicati. Nam quod lege duodecim
tabularum fuerat constitutum iam in vsu esse desie-
rat, pendebàtque ex arbitrio iudicis, vt quale quan-
túmque tempus vellet iudicato faciendo statueret *l.*
a. D. de re iud. Itaque verba illa *intra tempora iudicati*
actionis mouent me magis vt Triboniani manum co-
18 gar agnoscere. † Sed &, si actio quod metus caussa, ex
earum numero esset in quibus post condemnationem
dati dilationem oporteret, non ideo tamen consequēs
esset vt interitu rei debitæ liberari deberet is, qui iam
esset condemnatus, quem interitus ille ante sententiā
contingens nullo modo liberasset. Occurrit enim ra-
tio illa elegans qua Papinia. mouetur in *d. l. 3. de vsur.*
quod non debeat cōditio cuiusquam melior esse post
condemnationem, quàm futura esset si nulla dum la-
ta sententia proponeretur. Ita enim fieret vt ei pro-
desset sententia contra quem iudicatum fuisset, quod
euidenter iniquissimum esse ait *lex euidenter. 16. ff. de*
excep. rei iud. Ratio autem illa Triboniani vt ideo re-
laxetur reus à rei condemnatione. [Deus bone quæ
verba! quæ locutio!] *quia tripli pœna propter facinus sa-*
tisfacere cogitur longè ineptior est. Nunquam enim a-
ctiones plures præsertim pœnales de eadem re cōcur-
rentes alia aliam consumit *l. nunquam. 130. de R. I.* Mul-
to minus ea quæ pœnalis est perimere potest rei per-
secutionem *l. si pignore. 54. §. cum furti. ff. de furt. l. ancil-*
la. 12. C. eo. l. si pro fure. 7. § 1. ff. de condict. furt. † Nec est
19 quod dicas eum interpretibus reum hunc qui in eo
grauatur, quod tripli pœnā præstat, debere in alio re-
leuari vt rei interitu intra iudicati tēpora contingen-
te liberetur. Non enim grauatur qui contumaciæ suæ
debitam pœnam præstat: in cōque alius Triboniani
error est quod putat pœnā tripli præstati propter fa-
cinus, vt ipse loquitur, id est propter vim illatam, neq;
enim propter vim illatam præstatur, sed propter cōtu-
maciam tunc contractam cùm restituere iussus reus
noluit parēte: argumento apertissimo est, quòd si post
arbitrium de restituenda re redditum paruisset, tripli
pœnam nunc non præstaret, tametsi nō eo minùs ve-
rum esset vim ab illo factam fuisse. † Ob idque nimirū 20
dicitur prætor clementer cum eo egisse qui purgandi
delicti facultatem ei dedit vsque ad sententiam, nec
aliter condemnari eum voluit quàm si ad facinus ac-
cederet etiam contumacia in non restituēdo: accedē-
te autem contumacia fit condemnatio non tripli vt
Tribonianus vult, sed quadrupli quamuis ita, vt in eo
simplum cōtineatur. Esset enim longè tolerabilius de
condemnatione detrahi triplum quàm simplū, quan-
to scilicet fauorabilior est rei persecutio quàm pœna,
cum nec pœna tripli alia de causa irrogetur, quā quia
restituta non fuit res quæ restitui debuit. Deniq; ver-
ba edicti de eo quod metus causa non separant triplū
à simplo, nec patiuntur vt ex huiusmodi actione vlla
vnquam irrogetur condemnatio nisi quæ sit quadru-
pli. † Quod à recentioribus interpretibus animaduer- 21
sum, fecit vt aliam rationem quærendam putauerint
propter quam dicendum sit mortuo intra iudicati tē-
pora homine per vim extorto liberari reū, quia, in-
quiunt, iudicati actio nouat præcedentem actionem
l. vlt. C. de vsur. rei iudic. l. si Iunius 16. § si pluris & § si
creditor. ff. de pign. Proinde noua mora opus est, quæ
porro nulla potest intercedere quandiu iudicati tem-
pora largiuntur vt iudicato satisfieri possit, quando-
quidem totum illud tempus condemnato liberum est
ad soluendum. Sic enim Cuiacius ad hunc locum, se-
cutus Goueanum *lib. 1. var. lect. c. 11.* In quo tamen vi-
dentur mihi parum subtiles. † Nusquam enim prodi- 22
tum reperias nouationem quæ fit per iudicatum pur-
gare moram præcedentem, non magis quā quæ fit per
litis contestationem: imò contra disertè scriptum est
in d. l. 3. de vsur. etiam quòd ad fructus attinet. Quantò
minùs enim purgabit moram ratione ipsius rei quæ
debetur? Scilicet vt homine debito post condemna-
tionem peremptò liberetur reus qui eo ante senten-
tiam adeóque ante contestationem dummodo post
moram defuncto non liberaretur? Iam enim sæpius
monuimus in superioribus aliam causam esse noua-
tionis voluntariæ, aliam iudicij accepti, quia nemo li-
tem contestando facit conditionem suam deteriorem,
sed meliorem. *l. aliam. 29 ff. de nouat.* † Ex quo respon- 23
deri etiam potest ad id quod Cuiacius obiicit, si à fure
stipulatus sim, quod ex causa condictionis furtiuæ da-
re facere oportet, non solum valere stipulationem, sed
etiam ita valere vt si postea citra moram seruus deces-
sisse proponatur, desinat fur teneri condictione, quasi
purgata mora per stipulationem. *l. scire debemus. 29. §.*
vlt. ff. de verb. oblig. Est namque multo facilius vt pur-
getur mora præcedens per subsequentem stipulatio-
nem etiam, quod magis mirum est, condicionalem, &
ex qua nunquam agi potuit, quam per condemnatio-
nē vt in *l. quoties. 14. §. 1. ff. de nouat.* Nunquā enim mo-
ra purgatur quin aliquid sit quod possit imputari ei
cui nocet purgatio, vt ex tacita saltem eius voluntate
purgatio illa inducatur. Quid verò imputari po-
test ei qui litem contestatus est & obtinuit propter
quod videatur præcedentem moram aut purgare aut
purga-

purgatam esse voluisse? An debuit nunquam agere ob
24 id solùm ne vnquam mora purgaretur? † Addo quod
fortassis nemo adhuc dixit, in actionibus arbitrariis
fieri non posse vt actio aut contractus nouetur per
iudicatum. Non contractus, quia nullus in iis contra-
ctus præcedit, ex quo agatur, sed dãtur omnes aduer-
sus eum qui nullo modo est obligatus, neque ex con-
tractu vel quasi, neque ex delicto vel quasi: nec igitur
consequẽter actio ipsa nouabitur, quia neq; actio vlla
esse videtur cum nulla sit obligatio ante condemna-
tionem. In cæteris enim actionibus dicimus nouatio-
nem fieri per iudicatum, quia post sententiam incipit
deberi ex iudicato quod anteà ex alia causa debeba-
tur *d. l. si fundus 16. §. si plures. De pign.* At in actionibus
arbitrariis nihil omnino debetur ante condemnatio-
nem. Quænam ergo fieri nouatio potest? Siquidem
nouatio nulla est quæ non sit præcedentis obligatio-
nis peremptio, & transfusio in sequentem *l. 1. ff. de no-*
uat. Aliæ actiones in id competunt vt quod debetur,
præstetur. Ea namq; actionis in genere diffinitio est.
Arbitrariæ a. in hoc dantur vt aliquid debere incipiat
ex condẽnatione is qui nihil dum ante condẽnationẽ
debet. Nec sanè Tribonianus rationẽ hanc factæ per
iudicatum nouationis prætermisisset ad inducendam
liberationẽ cõdemnati mortuo intra iudicati tempora
homine per vim extorto si nouationem hoc casu fieri
existimasset. Erat. n. obuia & in promptu, quanquam
inepta. Sed cum rationem hanc cessare animaduerte-
ret, aliam excogitauit nec meliorem nec subtiliorem
25 quę à nobis refutata est. † Dices parum referre an no-
uatio fiat nécne quod ad hoc de quo quærimus, sed
sufficere vt per eũ qui est condẽnatus nulla mora in-
tra tempora iudicati facta esse videatur: q; æquè acci-
dit etiãsi facta non sit nouatio, cùm antequã tempora
præterierint agi ex iudicato nõ possit. Respõdeo suffi-
cere moram præcedentem hoc ipso contractã re ipsa
quod per vim aut metum res ablata est. Comparatur
enim hac parte is qui vim aut metum intulit, furi. *d. l.*
1. C. de eo quod met. caus. fur autem semper moram face-
re intelligitur *leg. in re 8. §. 1. de cond. furt.* Instabis rur-
sum, Moram illã præcedentem posse purgari per cõ-
demnationem sicut & purgaretur per stipulationem
condicionalẽ nulla etiam facta nouatione *d. l. quoties*
14. §. 1. De nouat. Sed non rectè comparatur condemna-
tio stipulationi. Nam stipulatori potest imputari cur
ab eo sit stipulatus, qui moram iam contraxerat ei a.
qui egit & obtinuit nihil tale imputari potest vt iam
diximus, adeóque nec vnquam euenit vt mora ante
condemnationẽ contracta per subsecutam condẽna-
26 tionem purgetur. † Sequitur apud Tribonianum *pro*
eo autem qui in fuga est cautio ab eo extorquenda est qua-
renus & persequatur & omnimodo eum restituat. Hic ve-
rò manifestius inscitiam suam detegit Tribonianus,
qui duriorem facit caussam condemnati si intra iudi-
cati tempora seruus per vim extortus aufugerit quàm
27 si perierit. † Vult enim cautionem præstari (quomodo
dicere debuerat non *extorqueri*: non enim *extorqueri*
rectè dicitur quod iussu & autoritate iudicis præsta-
tur) nõ solum de seruo persequendo, sed etiam de eo
omnimodo restituendo. Cùm tamen si seruus periis-
set, condemnatus hic si eidem Triboniano credimus
ab eius restituendi necessitate liberaretur. Atqui nul-
lo alio iuris loco reperias teneri de fuga eum qui de
interitu non tenetur, cùm eadem ratio faciat vt v-
troq; casu vel teneatur si mora præcessit, vel liberetur
28 si mora nulla interuenerit. † Fateor quãdiu seruus viuit
qui debitus est licèt in fuga sit, non ideo tamen sic ex-
tinctam obligationem vt in debitoris potestatem re-
uersus peti quandocumque non possit: ob ídque nec
nego debere cautionem interponi etiam cùm mora
nulla præcessit quæ perpetuet obligationem. Sed ta-
men dico eo casu quo si seruus periisset debitor omni-
mo liberaretur, si tantùm in fuga sit, non ad aliud te-
neri posse debitorem quàm vt caueat se eum seruum
si quando nactus fuerit restituturum, non autem de
eo persequendo omnimodo restituendo *d. l. item si*
cum §. aliquando. in proposito autem quid obsecro hu-
iusmodi cautione opus est? Nam si condemnatum te-
neri volumus de seruo omnimodo restituẽdo qui auf-
fugit licèt intra tempora iudicati, quidni admittimus
potiùs vt in quadruplum condemnetur rectà & in eo
quadruplo simplum id est ipsius rei æstimatio conti-
neatur? Vtique enim nemo dixerit interesse actoris vt
habeat cautionem potiùs quam præsentẽ æstimatio-
nis numerationem. At neque video quomodo caueri
possit de seruo qui in fuga est omnimodo restituendo.
Quid enim si haberi numquam poterit? An semper o-
bligatus manebit debitor? An verò inutilis in perpe-
tuum erit cautio stipulatori? Aut in quod vsque tem-
pus ea restitutio differetur? Nihil enim est apud Tri-
bonianũ ex quo possint ista definiri? † Quod verò Bar- 29
tolus post Accursium, & cæteri interpretes tentãt du-
riorem esse debere condicionem condemnati propter
fugam serui quàm propter mortem, propterea quòd
fuga serui non etiã mors impediri potuerit, mihi pro-
babile non videtur. Nos enim cum Triboniano casũ
illũ tractamus, quo seruus in condemnationem de-
ductus perierit vel auffugerit sine dolo aut culpa pos-
sessoris: quo casu nõ est quod imputetur possessori cur
non impedierit fugam. † Sanè dubitationem nullam 30
habet quod apud Tribonianum sequitur, cautionẽ ab
eo præstitam qui vim intulit & condemnatus est, nõ
adimere domino facultatẽ rei persequendæ per actio-
nem in rem aut ad exhibẽdum aut si qua alia cõpetit,
ita vt si quoquo modo rem receperit, tutus sit excep-
tione is qui ex stipulatione conuenitur: etsi hoc quo-
que tam inconcinnè scriptum est vt facile sit cuilibet
Tribonianũ ab Vlpiano secernere. † Subiungit, *Hæc* 31
si post condemnationem. Si autem ante sententiam homo sine
dolo malo & culpa mortuus fuerit, tenebitur. Rectè, cum
is ipse conuenitur qui vim fecit, si enim contra tertiũ
agatur, qui neque vim, neque dolum participauerit,
constat liberari eum interitu hominis citra culpam &
ante condemnationem cõtingente *d. §. aliquando.* Sed
ratio quam Tribonianus subiicit est falsa cum ait, *Et*
hoc fit ex his verbis edicti, neque ea res arbitrio iudicis re-
stituetur † Nam perempta re antequam iudex eam re- 32
stitui iusserit non magis fieri potest vt arbitrium iudi-
cis vllum sequatur de re restituenda, quàm vt res ipsa
restituatur. Fatuus námque iudex fuerit, qui iubeat &
arbitretur restitui rem quam sciat peremptam esse, li-
cèt eius æstimatio adhuc debeatur. † Ideóque proti- 33
nus hoc casu debet ad condemnationem decurrere
nullo arbitrio præcedente vt in actione de dolo quæ
æquè arbitraria est scribit Paulus in *l. arbitrio. 18. §. 1.*
De dolo. Non nego condemnari etiam re perempta eũ
qui vim intulit, & quidem ob eam caussam quòd rem
ipsam non restituat quam certum est nec restitui pos-
se. Sed nego condemnari eum ob id quod arbitrio iu-
dicis rem non restituat. Sunt enim ista longè differen-
tia, rem non restituere, & arbitrio iudicis non restitue-
re. † Quare nec dubito quin hoc casu possit is qui cõ- 34
uenitur euitare pœnam tripli si paratus sit præstare æ-
stimationem siue ante, siue post arbitrium iudicis: quia
præstat quod potest & debet qui rei sine dolo malo
suo adeóque sine culpa peremptæ præstat æstimatio-

nem. Nec potest defendi quod vult Tribonianus eum
teneri, si sic intellexit vt non tantum ad mortui ho-
minis precium, sed etiam ad totum quadruplum te-
neatur: nisi vno illo casu quo nec precium præstare
velit. Propter quod proculdubio arbitrium iudicis
necessarium est, nimirum vt is qui conuenitur iubea-
tur restituere non rem ipsam quæ perempta est si e
ipsius dolo & culpa perierit siue suo facto, sed rei pre-
cium, & ni restituat, condemnationem quadrupli pa-
tiatur: eadem enim hoc casu arrogandæ condemna-
tionis & coercendæ contumaciæ caussa subest, quæ
35 suberset si res adhuc extaret.† In eóque fatendum sa-
nè est differre actionem de eo quod met. caus. ab a-
ctione de dolo. Etsi enim vtraque arbitraria est, tamé
si res dolo extorta desierit extare, nullum sequi debet
arbitrium de ea re vel ipsius æstimatione restituenda,
sed rectà decurritur ad condemnationem *dict. §. 1. l.
arbitrio*, quia condemnatio quæ fit ex illa parte edicti
non est pœnalis, sed qui dolum admisit in id tantùm
quod re vera actoris interest condemnatur. Constat
enim perinde interesse actoris qui rem suam dolo ma-
lo aduersarij extortam habere amplius non potest, si-
ue ideo habere nequeat quòd eam restituere aduer-
sarius nolit cùm possit quia extat, siue quòd non pos-
sit tametsi maximè velit quia non extat. Nec quod
paratus sit reus præstare æstimationem liberare eum
debet, cùm a patcat non eo minùs interesse actoris,
qui vtique rem suam, quam eius precium habere mal-
let, neque recusare potest is qui dolum admisit quo-
minus præstet actori quicquid re vera interest acto-
ris. At in actione quod metus caussa, condemnatio
pœnalis est scilicet quadrupli, in quo licèt simplum
contineatur, tamen quicquid excedit simplum pœna
non rei persecutio est: pœnam autem infligi non o-
portet nisi propter contumaciā non ex eo solo æstimā-
dam quod res non restituatur, sed ex eo tantùm quòd
36 arbitrio iudicis non restituatur.† Arbitrium igitur o-
mnimodo præcedere necesse est vt quadrupli condē-
natio sequi possit siue res extet siue non, & siue dolo
malo aut culpa eius qui vim fecit extare desierit, siue
nullo dolo nullàque culpa interueniente: hac tantùm
differentia quòd si res extet, arbitrium iudicis tale es-
se debet vt rem ipsam præcisè restitui iubeat. Sin se-
cus, æstimationem.† Ita fit vt melioris condicionis sit
37 is qui vim intulit quàm qui dolum admisit si res pe-
rierit sine dolo suo, quia nihil nisi veram & iustam æ-
stimationem debet, ille autem etiam si quid præterea
actoris intersit, quoniam ex contrario re extante nec
restituta, deterioris condicionis in eo est quòd qua-
druplum præstare cogitur, cum is qui dolum admisit
non nisi ad id quod actoris re vera interest teneatur.†
38 Etsi.a.nihil refert an dolo malo eius qui vim intulit,
an sine dolo adeoque sine culpa decesserit homo qui
per vim extortus fuit, quod ad hoc vt precium præsta-
re teneatur, refert tamen cum de quadrupli pœna ir-
roganda tractatur: quia cum is qui dolo desiit possi-
dere pro possessore damnari, & dolus pro possessione
haberi debeat *l. qui dolo. 131. De regul. iur.* æquè condē-
nandus est ad quadruplum is qui dolo fecit ne homi-
nem possit restituere, vt puta si eum occiderit acsi vi-
uum adhuc possideret. † Et hoc vno casu admittam
39 facilè idem iuris seruandum esse in actione quod me-
tus caussa, quod in actione de dolo seruari diximus, vt
nullo præcedente arbitrio recta deueniatur ad eam
condemnationem, ad quam deueniretur si reus arbi-
trio non paruisset, quia tametsi reus pro possessore
habeatur, non eo minus tamen certum est rem ipsam
quæ in rerum natura extare desiit restitui non posse
nec nisi frustra & ineptè iudex rem ipsam præcisè re-
stitui iuberet quam sciret in rebus humanis ampliùs
non esse. At neque præstandæ æstimationis facultaté
reo facere debet quem videt pro possessore dānari o-
portere. Illud ergo relinquitur vt rectà nullóq. inter-
posito arbitrio irroget quadrupli condemnationem,
nam & ex ea caussa deferret iusiurandum in litem si
actionis natura eam condemnationem pateretur, vt
euenit in actionibus in rem & ad exhibendum *d. l. qui
restituere 68. De rei vind.* Quæ enim in iis actionibus
pœna est iurisiurandi in litem, ea est quadrupli in a-
ctione quod metus caussa vt docuimus in præceden-
tibus. † Cæterùm nullo casu potest bona esse ratio il- 40
la Triboniani quæ vult ex his edicti verbis *neque ea
res arbitrio iudicis restituetur* fieri vt teneatur reus ad
præstandum serui ante condemnationem perempti
solam æstimationem. Illa nàque edicti verba non ni-
si ad totius quadrupli condemnationem irrogandam
pertinent in odium & pœnam contumaciæ eius qui
arbitrio iudicis parere & ré restituere recusauit. Cui
contumaciæ locus nullus relinquitur, cùm homo per
vim extortus non solùm ante condemnationem, sed
etiam ante arbitrium, quam nostri ridiculè primam
sententiam vocant, citra dolum possessoris decessit. Sa-
nè si post arbitrium latum decesserit, id est postquàm
restitui potuit si arbitrio paritum fuisset, faciunt ver-
ba edicti vt perinde reus condemnari debeat in qua-
druplum propter contumaciam, nisi manifestissimum
sit & indubitatum æquè penes actorem perituram ré
fuisse: quod in dubio præsumendum non est, cùm po-
tiùs credibile sit fuisse actorem eam distracturum si
reus arbitrio statim paruisset. † At Tribonianus eum 41
casum tractat quo seruus per vim extortus decessit
ante condemnationem non adhibita ea distinctione,
anténe vel post arbitrium latum decesserit. Et verò
ita est. Vtroque casu tenetur reus non ad subeundam
condemnationem quadrupli, sed ad præstandam æsti-
mationem. Illa scilicet ratione quæ & vera & gene-
ralis est cùm de sola æstimatione præstanda quæritur,
quòd qui vim fecit licèt non dolo desierit possidere
vt tanquam possessor condemnari perpetuò & indi-
stinctè debeat, hoc ipso tamen est in mora quod se-
mel vim admisit, non secus acsi furtum fecisset, cúm-
que ea mora tamdiu duret quandiu purgata non est
per ipsius rei restitutionem aut aliam indemnitatis
præstationem, consequens est vt ipsius rei interitu
quantumcumque naturali, quasi post moram contin-
gente liberari reus non possit *d. l. 1. C. de eo quod met.
caus.* quæ cùm furi comparat eum qui vim fecit, *ostē-
dit* satis teneri illum etiam post rem facto suo perem-
ptam, non propter verba edicti, sed propter moram
quam furis exemplo semper facere intelligitur. †Per- 42
gamus iam ad reliqua. *Ergo* inquit Tribon. *etsi in fuga
sit seruus sine dolo malo & culpa eius cum quo agetur, ca-
uendum est per iudicem vt eū persecutus reddat.* Hic quo-
que mancus est Tribonianus. Quid enim si numquā
recuperare seruum poterit, nec proinde reddere? Aut
quid si in longius tempus ea persecutio differatur? An
interim nihil habebit actor, & sola cautionis præsta-
tione reus liberabitur? Debuit igitur Tribonianus
constituere, vt cautio interponatur de seruo intra cer-
tum tempus persequendo reddendóque ac ni intra id
tempus reddatur, de præstanda æstimatione, nisi for-
tè malit actor ipsam statim consequi æstimationem:
nec enim dubito quin pro suo iure possit eam pete-
re si velit, neque cogi debeat cautionem accipere
pro pecunia etiamsi nullo ipsius dolo culpáve seruus
aufugerit: quidni enim hoc admittamus cùm etiamsi
mortuus

43 mortuus esset, non idcirco tamen reus liberaretur? †
Sequitur *sed etsi non culpa ab eo, cum quo agitur aberit, si
tamen peritura res non fuit si metum non adhibuisset, tenebitur reus.* In quib. verbis obseruanda primùm est elegantia Triboniani qui hominē à reo abesse dicit, quē
mortuū dicere voluit: deinde eiusdē Triboniani subtilitas in distinctione illa inducenda an res æquè peritura fuerit necne penes actorē. Quæ tamē distinctio
44 propositæ disputationi nullo modo conuenit. † Nā siue peritura penes actorē res fuit, siue non, fieri nequit
vt non teneri debeat is qui vim fecit exēplo furis, quia
hoc ipso per eū stetisse videtur quominus restitueret,
vt in interdicto de vi & vi armat. cuius comparatione
hîc Tribonianus vtitur, Vlpianus scribit in *l. 1. §. rectissime & seq. D. ill. tit. De vi & vi armat.* Siquidem ex ipso
tempore vis illatæ plusquàm frustrator constitutus est
is qui vim fecit, sicuti Tryphoninus loquitur in *l. pe-*
45 *nultim. eod. tit.* † Etsi autem videtur hac de re non satis
constitisse inter Proculianos & Sabinianos si verū est
quod de Sabino & Cassio ex Caio proponitur in *l. si
plures. 14. §. siue autem. D. depos.* tamen quod ad actionē
quod metus caussa & interdictum vnde vi, nulla prorsus distinctionis siue dissensionis huius vestigia extāt
in libris nostris, non magis quàm cùm de furtiua condictione agitur, si hunc locū tollas quem tractamus, &
quem Triboniani esse ex iis quæ hucusque diximus,
nemo vt opinor iam negauerit. Numquā enim patiar
meliorē hac parte condicionem esse eius qui per vim
rē extorsit, quàm sit furis condictione furtiua conuēti
46 † Et, vt dicā liberè quod sentio, cogit me hic locus vt
suspicer non minùs Caium in *d. §. siue autem*, quàm Vlpianum hîc à Triboniano corruptum fuisse, illa enim
oratio valde ieiuna est *& sua natura res ante rem iudicatam intercidérit, veluti si homo mortuus fuerit.* Et quæ
sequitur ratio *vtique cum interitura esset ea res etsi restituta esset actori* ineptior est quàm vt tantos iureconsultos mouere potuerit. Nam etsi æquè interitura fuit
penes actorem ea res quæ penes reum fato suo perempta fuit, potuit tamen actor eam distrahere priusquàm apud se moreretur, atque ita precium lucrari:
qua ratione passim cæteri prudentes mouentur vt cōtra morosum debitorem etiam re post moram perempta indistinctè respondeant *lege item si verberatum.
15. §. vltim. Digest. de rei vindicat. l. cum res 47. §. vltim.
de legat. 1. l. cum seruus. 39 alias l. apud Iulianum §. ipsius
quoque rei eod. l. si ex legati. 23. l. si seruum. 91. §. sequitur &
§. vltim. de verb. obligat.* Mouet me præterea non parū,
quod in *d. l. si plures*, ablatiui illi absoluti in fine prioris
sententiæ positi *cautela idonea reddenda* Triboniani
haud dubiè sunt, si quid aliud in toto iure nostro Tribonianiest. † Sicut & in *dict. l. item si verberatum §. vlt.*
47 tota illa clausula *si fortè distracturus erat petitor si accepisset.* Sequitur enim, *nam si ei restituisset, distraxisset &
pretium esset lucratus.* Quæ ratio eadem erit cum dicto
si admittas præcedentia illa *si fortè distracturus erat petitor si accepisset*, vt taceam non nisi ineptè condicionē
illam adiici posse *si fortè distracturus erat.* Facta enim
contra morosum interpretatione credendus est petitor distracturus fuisse, si rem suam aut sibi debitā accepisset, quia & distrahere potuisset. Nisi is qui moram
contraxit probet fortasse, tàm citò post moram periisse rem petitam vt medium tempus nullum aut non
satis idoneum intercesserit ad eam distrahendam, vt
in eo casu quem Vlpianus tractat in *leg. si alius. 7. §. est
& alia D. quod vi aut clam*, & Paulus ad Labeonem
in *lege vltim. §. si ea condicione. D. ad leg. Rhod. de iact.*
48 † Quod tamen vix est vt eueniat in specie *dict. §. siue
autem*, id est quando depositarius non solùm in mora per interpellationem constitutus, sed etiam secum
litem contestari passus est, quantumcumque temporis interuallum intercesserit dum ne res iudicata sit,
habent enim & initia & media iudiciorum tractum
temporis, vt nemo nescit. Quòd si qua actio est in qua
seuerius agi æquum sit contra morosum debitorem,
difficile sanè est vt improbo & perfido depositario
parcendum sit, cuius in cæteris ferè omnibus durior
caussa esse solet siue depositum neget, siue depositi
quod fatetur restitutionem recuset. † Itaque si Caij 49
sententiam illam incorruptam esse velis, dicam Sabini, & Cassij opinionem eo loco referri duntaxat non
etiam probari quæ tot aliis iuris nostri locis manifestissimè improbatur. Neque enim id in libris nostris
nouum est vt docuimus *lib. 2. cap. 8.* Alius sanè longéque diuersus casus est ille quem Paulus tractat in *l. si
is 56. in princ. de iur. dot.* vbi agitur de mora per maritum contracta non in restituenda dote sed in exigenda. † Apparet tamen ex *d. §. siue autem*, parum subtiliter facere Iacobum Cuiaciū, qui in huius loci interpretatione scribit, distinctionem hāc vtrum æquè res
peritura fuerit penes actorem an non ad eum casum
pertinere qua res perierit intra tempora actionis iudicati. Illa namq; verba quæ iam retulimus *si res sua
natura ante rem iudicatam perierit* an non ostendunt apertissimè nullā post rem iudicatam distinctioni huic
locum superesse? Nisi fortè dicas ita scriptū esse fauore condēnati quasi melior eius condicio esse debeat
post condēnationē propter illā nouationē quæ ex iudicato inducitur. Sed iā probauimus in superioribus
fieri nō posse vt mora purgetur per condemnationē,
aut vt nouatio fiat per sententiā in actione arbitraria
ex qua nihil omnino ante sententiā debetur. † Idem 51
Cuiacius malè hunc locum emēdat vt detracta negatione sic legat *sed & si culpa ab eo quo cum agitur abierit.* Adeóque refellitur ea ipsa ratione qua mouetur.
Nam si in culpa sit reus, inquit, hoc solo rei præstationi satis subiicitur, neque id insuper exigendum est vt
res peritura nō fuerit apud dominum. Et rectè. Et tamen hoc ipsum insuper exigunt sequentia illa in quibus nihil ipse emendat *si tamen peritura res non fuit.*
Sic enim fit vt in contrarium casum, id est si æquè
peritura res fuit, lex nolit teneri reum, quem tamen
absurdum esset non teneri si in culpa fuisset, quia culpa plus quàm mora est, præsertim cùm accedit ad
moram iam contractam. Sed & verba illa, *sed etsi non
culpa eius, &c.* ostendunt tractari de casu magis dubitabili, multo autem difficilius est vt teneatur reus qui
in culpa non est, quàm qui est. At retenta negatione
quam retineri debere probauimus insulsam repetitionem inducis, cùm is ipse casus non modò præcedētibus, sed etiam proximis verbis cōprehensus sit. Cuius absurdi euitandi gratia mirum est quantopere se
Accursius, Bartolus cæterique interpretes omnes exerceant, nec hilum tamen proficiant. Mihi verò absurdum non videtur aut insolitum insulsam à Triboniano repetitionem factam fuisse, cui scilicet nihil est
tam familiare. † Quod verò iidem interpretes Ioan- 52
nem secuti tradunt in actionē quod metus caussa singulare ius esse vt adhibēda sit illa distinctio an res æquè peritura fuerit penes actorem, necne, quòd, inquiūt, actio hæc damnū exigat non etiā cæteræ, mihi
nullo modo probabile videtur: Quid n. rogo interest
quod ad dānū pertinet an per vim quid extorseris an
eripueris? Interest sanè in modo dāni dandi, quia qui
vim intulit cùm possessionē à me sit consecutus & vt
Accursius loquitur, habeat meam voluntatem licet
coactam, fur nō est, qui autem vi rapuit fur est & qui

dem improbior : t ex Iuliano subiicitur in §. seq. Sed
damnum datum vtrnque casu par & æquale est. quia
vtroque casu rem alienã is mancíscitur, quia nanciscē-
di ius non habet, adeóque sibi eam ipso iure acquirit
is qui per vim extorquet venditionem. Quidni ergo
admittemus indistinctè teneri eum qui vim intulit
perinde ac raptorem? Nam de raptore non est qui du-
bitet quin teneatur omnimodo, id ast siue peritura res
53 fuit penes actorem, siue non fuit. † Sed & in interdi-
cto vnde vi, quod constat concurrere cũ actione quod
metus caussa *l. extat. 9. eod.* placet interpretibus ei di-
stinctioni locum non esse ex *d. l. 1. §. rectissimè & l. pe-
nult. ill. 11. De vi & vi armat.* Cur ergo in actione quod
metus caussa diuersum seruabimus? Eandem enim &
actionis huius & interdicti illius rationem esse Tri-
bonianus disertis verbis profitetur. Nam quod addũt
in interdicto vnde vi damnum non exigi, falsum est,
cùm non alij competat interdictum quàm ei qui de
possessione deiectus in eáque damnum passus est, vn-
de & recuperandæ possessionis interdictũ appellatur
54 *d. l. 1. § 1. §. siue autem §. cum qui & pass. eod.* † Quæ cùm
ita sint, fatendum est nec illud commodè explicari
posse quod Tribonianus subiicit idem in interdicto
vnde vi obseruari, quod in actione de eo quod metus
caussa obseruandũ esse dixerat. Sanè Accursius & Bar-
tolus non possunt se euoluere, fatentúrque ingenuè
longè dissimilem esse huius actionis & illius interdi-
cti rationem, nulla tamen dissimilitudinis bona red-
dita ratione. Cuiacius verò sic eludit suauiter, vt dicat
alios locos ex hoc interpretandos esse, vt eadem in in-
terdicto quæ in hac actione distinctio adhibeatur, v-
trum æquè res peritura fuerit penes actorem, necne:
quod tamen nullo alio iuris loco scriptum esse nõ dif-
fitetur. Quasi verò non illud etiam in contrarium a-
pertissimè proditum sit, eũ qui ex caussa interdicti vn-
de vi conuenitur omnimodo condemnari debere etiã
post rem peremptã, quia per eum steterit ne res tunc
restituta sit cùm restitui potuit, id est priùs quàm pe-
riret, quandoquidẽ nec de restitutione quærendũ nũc
esset si res vi ablata non fuisset *d. l. 1. §. rectissimè & §.
55 pen. ill. 11.* † Sed illud multo difficilius est ad explican-
dum quod Tribonianus idem iuris esse vult non solũ
in interdicto vnde vi, sed etiam in interdicto quod vi
aut clam. Nam cùm interdictum hoc quod vi aut clã
non nisi ad opera pertineat, & quidem ad ea sola quæ
fiunt in solo *l. 1. § hoc interdictum ad ea. D. quod vi aut
clam.* difficile videtur, imò prorsus ἀδύνατον reperiri
casum in quo tractari possit an qui vi aut clam opus
fecit teneri debeat de re citra culpam suam perempta.
In interdicto vnde vi facilè casus occurrit. Etsi enim
ad res mobiles interdictum illud non pertinet, si tamẽ
aliquæ res eiusmodi fuerint in fundo vel ædibus vn-
de quis vi deiectus est. etiam earum nomine interdi-
ctum competere non est ambigendum *l. 1. §. illud vti-
que De vi & vi armat.* At cùm vi aut clam quid factum
56 est nihil tale tractari potest. † Et ridiculus est Accur-
sius qui exemplum adfert, si in solo tuo vi aut clam æ-
dificaui, & hoc sine culpa mea chasmate perit, vt hoc
etiam casu tenear ad id quod tua interest ex *l. compe-
tit. 16. §. 1. & vlt. D quod vi aut clam.* Cùm enim interdi-
ctum illud sit restitutorium vt ait *l. 1. eod.* & verba ipsa
edicti demonstrant, apparet non posse interdicto locũ
57 esse si nihil amplius sit, quod restituatur. † Probabilius
fortasse quis exemplum sumpserit ex *d. l. si alius. 7. §.
bellissimè eod.* si ædes à te ædificatas ego vi aut clam de-
molitus fuero Nam ex hoc casu tibi contra me inter-
dictum competere Vlpianus eo loco scribit: quamuis
addat profuturam mihi exceptionem si tu priùs vi aut
clam ædificaueras. Finge in iis ædibus quas ego de-
molitus sum, fuisse quasdam res mobiles quæ posteà
fato suo perierint siue ante, siue post redditum inter-
dictum. Non dubitatur quin earum quoque nomine
interdicto teneri debeam vt euenire diximus in in-
interdicto vnde vi. Potest autem perinde quæri an res
illæ mobiles æquè perituræ fuerint penes te an non.
Sed vereor ne hoc exemplum nec satis accommodatũ
sit Nam si eo tempore quo ædes demolitus sum, res
illæ mobiles quæ in iis fuerunt ruina perierint, quo
casu fateor earũ æstimationem per interdictum peti
posse, apparet non fuisse illas æquè perituras si nihil
ego vi aut clam fecissem. Quòd si demolitis ædibus
res illæ ad me peruenerunt, non puto de iis mecum a-
gi eo interdicto posse, quia non propter demolitionẽ
ad me peruenerũt, sed quia demolitis ædibus eas ra-
pui: proinde vel furti vel vi bonorum raptorum age-
re earum nomine debes, non quod vi aut clam. † Quæ 58
si ita sunt tãto manifestior fit inscitia Triboniani, qui
quod in actione quod metus caussa & interdicto vn-
de vi ineptè constituerat idem in interdicto quod
vi aut clam seruandum esse ineptiùs subiecerit, sa-
nè totam illam clausulam quæ ad finem *d. l. bellissimè*
addita est, *quod non aliter procedere debet nisi ex magna
& satis necessaria caussa, alioquin hæc omnia officio iudicis
celebrare oportet*, Triboniani esse non Vlpiani, nemo vt
puto non videt, & nos iam indicauimus lib. 12. ca. 17.
Constat autem ex superioribus luculentissimè quam
improbabilis & inanis sit ea loci huius interpretatio
quæ à Iacobo Cuiacio prolata est, quámque ille adeò
luculentam esse gloriatur. De Accursij gloriosis &
Bartoli aliorúmque commẽtatiis plura hic dicere ni-
hil attinet. Videbunt quibus legẽdi ocium erit quàm
parum illi in tota hac quæstione viderint, neque vel
breuiùs vel distinctiùs istas Triboniani nugas chime-
ricas à nobis detegi refellique potuisse: etsi cùm hæc
scriberemus, ocij penuria valde laborabamus. † Quod 59
autem Tribonianus concludit, *itaque interdum homi-
nis mortui precium recipit, qui eum venditurus fuit si vim
passus non esset*, sicut infertur ex præcedẽtibus ita eodẽ
vicio laborat. Debuerat. n. dicere semper non inter-
dum teneri eum qui vim intulit vt precium præster si
rẽ ipsam ob id quod extare desiit præstare non possit,
& quidem quandocũque & quomodocũque res illa
perẽpta sit, id est siue ante, siue post condemnationẽ,
& siue dolus culpáve interuenerit eius qui vim intu-
lit, siue non. Sed & secum pugnat Tribonianus cùm
tractans de actore qui hominẽ venditurus fuit si vim
passus non esset, ait tamen non nisi interdum posse
eum repetere mortui hominis æstimationem. Faten-
dum enim est hunc saltem posse semper repetere,
quoniã apparet non fuisse penes eum rem æquè peri-
turam hoc ipso quod ponimus distracturum illum
fuisse. Video certè Triboniani sententiam illam esse
vt interdum actor serui mortui precium recipiat, id
est vno illo casu quo venditurus eum fuit si vim pas-
sus non esset. Sed si ita sensit, cur non ita scripsit? Vel
hoc maximè probat Triboniani esse totum hunc lo-
cum, non Vlpiani, cuius oratio sibi semper constans
tota dilucida est & ornata.

CAPVT XX.
In interdictis numquam in lite iurari posse.

SVMMARIA.

1 *In interdictis non de proprietate, sed de possessione tantùm agi.*
2 *Condemnationem* quanti res est *in interdictis non ad summam*

summam rei ipsius æstimationem, sed ad solius possessionis caussam referri debere.

3 *Nullam esse edicti Prætorij de interdictis partem quæ non det actionem in id quod interest.*

4 *Iurisiurandi in litem deferendi ratio quænam fuerit?*

5 *Cur in interdictis in litem non iuretur?*

6 *Nullam actionem Prætoriam esse in qua in litem iuretur?*

7 *Publiciana excipitur, & exceptionis ratio redditur.*

8 *Nouo argumento probatur neque in hypothecaria, neque in actione quod metus caussa, neque in actione de dolo in litem iurari posse.*

9 *Respondetur obiectioni aduersus superiorem de interdictis sententiam allatæ.*

10 *Dominij rationem in interdictis nonnisi per consequentias haberi.*

11 *Totum* §. sed quod interfuit. l. semper ff. quod vi aut clam. *Triboniani esse.*

12 *Æstimationem, quoties per iudicem fieri potest, per iusiurandum actoris non fieri.*

13 *Probatur ex alio* §. *eiusdem legis, in interdictis in litem non iurari.*

14 *Interdictum de vi & vi armata cæteris fauorabilius esse, nec tamen in eo in litem iurari.*

15 *Clausulam finalem* l. qui restituere ff. de rei vind. *ad interdicta non pertinere.*

16 *Interdictum quod vi aut clam quo sensu restitutorium dicatur?*

17 *Interdictorum ius ordinarium, potestatis verò & manus militaris extraordinarium esse.*

18 *Respondetur ad* l. 3. in princ. ne vis fiat ei qui in possess. miss. est.

19 *Versiculum* sed melius erit. d. l. 3. *Triboniani additamentum esse.*

1 NOn † obscura est iuris ratio quæ probat quod nos
hoc capite contra Tribonianum potiùs quàm
contra interpretes probandum suscipimus, in inter-
dictis iurari in litem numquam posse. Certissimum
enim est non nisi de possessione interdicto agi, nul-
lúmque interdictum esse quod ad proprietatis quæ-
stionem pertineat: Sed sunt omnia aut adipiscendæ
possessionis aut retinendæ, aut recuperandæ, in eam-
que rem aut prohibitoria, aut exhibitoria, aut restitu-
2 toria. † Vnde fit vt quāuis edicti verba vt plurimum
sic concepta sint. vt qui in interdicto tenetur cōdemnari
debeat *quanti res est* relata condemnationis summa ad
rei ipsius æstimationem, præsertim verò in interdictis
illis frequentioribus vnde vi, & vti possidetis *l. in in-
terdicto 6. D. vnde vi. l. 1. D. vti possid.* id tamen ad solius
possessionis caussam referri debeat, ita vt inspiciatur
duntaxat quanti intersit actoris habere possessio-
nem. In eóque merito notata & reprehensa est Seruij
sententia æstimantis tanti possessionem æstimandam
quanti res ipsa esset. Longè enim aliud est rei pre-
cium, aliud possessionis, vt eleganter contra Seruium
Vlpianus disputat *in leg. tertia §. vltimo, eodem titul. vti
possid.* Cui conuenit Paulus in *dict. l. in interdicto*, cùm
ait in interdicto vnde vi tanti faciendam esse con-
demnationem quanti intersit possidere: ideóque pos-
se id interdum pluris esse quàm quanti re vera res
sit, veluti cùm quæstionis habendæ rei probandæ, aut
hereditatis gratia interest actoris seruum à se posside-
ri. † Denique nulla edicti prætorij de interdictis pars
3 est, quæ non det actionem in id quod interest vt ex
omnium interdictorum enumeratione & inspectio-
ne sciri probarique facile potest. Hoc verò cùm ita
sit, consequens est vt ex interdicto numquam iura-
ri in litem possit, nam vt in superioribus sæpiùs à no-
bis dictum & inculcatum est, sunt ista non modò di-
uersa sed etiam pugnantia, condemnari quem in id
quod interest actoris, & condemnari quanti actor in
litem iurauerit *l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat. l. tu-
tor. 8. ff. de in lit. iurand. l. non à iudice. 64. ff. de iudic.* † Sed 4
& docuimus iurisiurandi in litem indulgendi ratio-
nem aliam non esse quàm quòd iniquum sit cogi do-
minum re sua carere, & eam iusto precio vendere *l. si
filiofamilias. 25. §. 1. ff. solut. matr. l. non est. in. 9. ... &
d. l. tutor.* Ideóque per iusiurandum non æstimari rem
pluris quàm re vera sit, sed præter ipsam rem æstima-
ri quoque contumaciam possessoris atque ita crescere
cōdemnationem vt ait *l. 1. eod. tit. De in lit. iur.* † Quo- 5
ties igitur non de dominio tractatur, sed de sola pos-
sessione, vt in interdictis omnib. fieri diximus, nulla
ratio est propter quam permitti debeat actori vt in li-
tem iuret, satisque ei consultū est quod consequi pos-
sit quanti sua interesse probauerit. Nam neque pœna
illa iurisiurandi in litem facilè vnquam infligenda est,
sed tunc duntaxat cùm mera iuris necessitas eo iudicē
vel inuitum adigit, vt aliud nihil constituere possit *l.
vltim. D. eod.* Quæ iuris necessitas numquam adest,
cum interdictum exercetur. Singulis enim interdictis
si quid secus quàm oporteat factum sit, pœna sua cō-
stituta est, ea scilicet quam diximus, vt in id omne
quod actoris interest reus condemnetur. Proinde nū-
quam permittendū est actori, vt petat supra quàm sua
interfit. † Qua ratione ausim dicere non modò in in- 6
terdictis, sed in aliis etiam actionibus omnibus præ-
toriis quotquot sunt excepta Publiciana generaliter
obseruandū esse vt condemnationē iurisiurandi in li-
tem numquā admittant, quia nec solet prętor nouam
actionem inducere quin simul exprimat & qua de
caussa & ad quid dari eam velit, numquā autē edicti
verba sic concepta esse reperias, vt in litem iurandi li-
centia actori concedatur. Sicut nec ciuilis vlla actio
est ex iis quæ legitimam certamque pœnam habent
in qua iurare liceat, tametsi in dolo maximè sit is qui
conuenitur, vt cernere est in actione legis Aquiliæ, vi
bonorum raptorum & similibus. † Excipio quod ad 7
prætorias attinet, publicianam, in qua non dubito
quin iurare liceat, haud secus quam in directa & ci-
uili rei vindicatione, quia eam prætor introduxit ad
exemplū, & vt ita dicā in subsidiū vindicationis defi-
ciente iuris ciuilis ratione *§. namque Inst. de act.* Ob id-
que dicitur ad proprietatem respicere non ad posses-
sionē cùm ea colore detur quasi iā vsucapionē cōple-
uerit is, qui nondū compleuit. *l. sed etsi res. 7. alias l. eius
quo §. publiciana actio D. de publician.* eadémque omnia
in publiciana actione obtinent quæ in vindicatione
§. in publiciana ead. leg. † Hincque fortissimū argumē- 8
tū sumi potest ad confirmandū id quod in præceden-
tibus disputauimus, neque in actione hypothecaria,
neque in actione quod metus caussa, rursum in actio-
ne de dolo fieri posse vt actori liceat in litē iurare. Sūt
enim actiones illæ omnes prætoriæ, suásque leges &
condiciones habent ex edicto prætoris, qui tamen in
iis proponendis nullam iurisiurandi mentionē fecit. † 9
Quare ad rem non pertinebit si quis obiiciat fieri
posse vt in interdictis quoque dominij ratio nonnū-
quam habenda sit, vt puta si propter opus quod vi aut
clam factum est, seruitutes amittantur, vel vsusfru-
ctus intereat *l. semper. 15. §. ergo nonnunquam D. quod vi
aut clam*, aut si in fundo vel in ædibus vnde quis vi
deiectus est aliquæ fuerint res mobiles, quarum etiā
nomine interdictum reddi oporteat *l. 1. §. illud vtique
D. de vi & vi armat.* Nam perinde actiones illæ quod
metus caussa & de dolo competunt ratione dominij,

si dominium fortè per vim aut dolo malo extortum
sit, nec ob id tamen ex ea caussa in litem iurare licet,
sed pœnæ illæ persequendæ quas prætor induxit, ni-
mirum quadrupli ex edicto de eo quod met. caus. &
10 eius quod re vera interest ex edicto De dolo.† Etsi in
eo dissimilis interdictorum ratio est, quòd si quando
in illis dominij ratio habenda est, id tamen non prin-
cipaliter fit sed tantùm in consequentiam, nec in iis
de dominio vnquam contenditur, sed tantùm de pos-
sessione. Sicut autē in toto titulo Quod metus caussa
prorsus nulla iurisiurandi in litem mentio fit, nec si-
militer in tit. *De dolo*, si vnum illum locum tollas quē
nos Triboniani esse iam probauimus in *l. arbitrio.* 18.
11 *in princip. De dolo.* † Ita neque vllibi reperias Agenti
interdictio deferendum esse hoc iusiurandum, si ex-
cipias quod apud Vlpianum in *d. l. semper* §. *sed quod in-
terfuit*, in hæc verba scriptum legimus, *sed quod inter-
fuit aut per iusiurandum in litem quod actor iurauerit,
aut si iurare non possit iudicis officio æstimandum est.* At fa-
cile est meo iudicio Triboniani manum illo etiam lo-
co si quo alio vnquam vllo agnoscere. Non enim la-
tina phrasis illa est *iusiurandum quod in litem actor iu-
rauerit*, sed Hebraica potius, vt in excellentissimo il-
lo Zachariæ cantico *iusiurandū quod iurauit ad Abra-
12 ham patrem nostrum* si sacra profanis miscere licet.†
Denique quis vnquam prudentum sic locutus est vt
iudex æstimare debeat quod actoris interest per ipsius
iusiurandum in litem si actor iurare possit, aut si iurare
non possit officio iudicis eam æstimationem fieri de-
bere? Imò verò quoties æstimatio per iudicem fieri
potest, nunquam prudentes patiuntur fieri eam per
iusiurandum actoris, sed ita demùm si aliter rem æsti-
mare iudex non possit vt cùm res ampliùs non extat *l.
in actionibus.* §. *plane de in lit. iur.* † Atquin idem Vlp.
13 paullo ante, id est in §. hoc interdicto dixerat eo in-
terdicto, quod vi aut clam tanti litem æstimari quanti
actoris interest id opus factum non esse, officióque
iudicis ita restitutionē fieri oportere vt in omni caussa
eadem sit condicio actoris quæ esset futura, si id opus
de quo actum est, neque vi, neque clā factū esset. Qui-
bus verbis quid apertius dici potuit ad excludendū
iusiurandum in litem? Neque enim fieri potest vt iusi-
iurandum deferatur, quin iurantis adfectioni indul-
geatur, tùm etiam cùm neque dolus neque contuma-
cia vlla est quæ veniat in æstimationē. Prætor autem
non sicut id agit vt damnum nullum is sentiat in cu-
jus necem aliquid vi aut clam factum est, ita videri e-
tiā potest id agere vt ex opere vi aut clā facto lucrum
aliquod sibi acquirat. Alioqui non ad id quod actoris
interesset daretur interdictū, sed suprà etiā quàm in-
14 teresset, quod nunquā fit.† Et sanè si quod esset inter-
dicti genus in quo iurare permitti deberet, in eo ma-
ximè iuraretur quod cōpetit de vi & vi armata: Est e-
nim illud tanto fauorabilius cæteris, quanto odiosior
res est deiici quē per vim de sua possessione, vt facilè
coniici potest ex Zenoniana illa cōstitutione quæ ad
hoc duntaxat interdicti genus, nō etiā ad cætera ac-
commodatū voluit iusiurandum illud, quod aduersus
iuris veteris rationem induxit non tantùm ad ineun-
dam rerum per vim ablatarum æstimationèm, sed ad
probandam quoque earum quantitatem *l. si quando.*
9. *C. vnde vi.* At verò nullus in toto illo titulo Dige-
storum vnde vi aut alia Pandectarum parte locus est
quo probari possit aduersus eum qui te de fundo
tuo per vim deiecerit permittendum tibi esse vt in
litem iures: cur ergo potius ei permittetur in cuius
15 solo alius vi aut clā quid fecerit?† Quibus consequen-
tèr fatendum est non posse ex iuris ratione defendi
aut verum esse quod in fine *d. l. qui restituere* scriptum
est, sententiam illius legis quæ in litem iurandi facul-
tatem præbet actori si dolo malo aduersarij res non
restituatur, ad interdicta quoq; pertinere ex quibus
non restituitur quod restitui iubetur. Id enim si quo
casu verum esset ad interdictum vnde vi maximè per-
tineret quo id agitur vt erepta possessio restituatur. † 16
Nam licèt interdictum quoque quo vi aut clam resti-
tutorium dicatur. *l. 1.* §. *ult. tit. quod vi aut clam*, alio ta-
men sensu id dicitur, nimirum vt res in eum statum
reducatur in quo erat priusquàm opus factum esset,
non etiam vt qui vi aut clam fecit, aliquid actori re-
stituere iubeatur. Quod si admittas, de quo nec puto
dubitandum, Triboniani esse non Vlpiani quod in
d. l. qui restituere. præsertim de interdictis & arbitrariis
in personam actionibus, non erit difficile persuadere,
ab eodem Triboniano additum esse versiculum illum
quem nos delemus in *d. l. semper* §. *ergo nonnunquam D.
quod vi aut clam.* † Illud verò longè ineptius est vt 17
quod de possessione per manū militarem transferen-
da proditū est in *d. l. qui restituere* ad interdicta quoq;
accomodetur Interdictorum. n. ius ordinarium est, &
potestatis & manus militaris extraordinarium, vt idē
Vlpian. noster eleganter tractat in *leg. 1* §. *2. D. si vent.
nomin. mulier. in poss. miss.* vbi ait quod prætor adiecit
eum qui per dolum venit in possessionem decedere
cogendum sic accipi debere vt cogat eum decedere
non prætoria potestate vel manu ministrorum, sed
meliùs & ciuiliùs facturum si eum per interdictum
ad ius ordinarium remiserit. Extra ordinem enim fit
quod per manum ministrorum fit *leg. vlt.* §. *vlt. Di-
gest. de eo quod met. caus.* Vnde illud est quod scriptum
legimus in *l. vlt. D. de iurisd.* Solere quidem magistra-
tus populi Romani viatorem interdum loco arbitri
dare ad exequendum iudicatum *l. si pignora* §. *Digest.
de euict.* sed tamen id quod minùs ciuile sit & extra
ordinem fiat non nisi perrarò & ita si res vrgeat fieri
debere. † Obstat tamen quod ex eodem Vlpiano tra- 18
ditur in *l. 3. in princ. D. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Si
quis missus in possessionem fideicommissi seruandi
caussa non admittatur, potestate eius inducendum
eum esse in possessionem qui eum misit. Sed respon-
deri potest faciliùs id permittendum quàm vt posses-
sio quæ penes alium sit ab eo per manum militarem
transferatur quod fieri sanè non potest citrà vim &
impressionem, quæ non similiter fit cùm quis in pos-
sessionem mittitur, licèt ab alio admitti prohibeatur.
Quamquam & hoc casu meliùs esse agere interdicto
& citra manus militaris interuentum fatetur satis i-
dem Vlpianus, cùm subiicit *aut si quis volet vti inter-
dicto consequens erit dicere interdictum locum habere*, vt
intelligamus cùm interdicto locus est, manum mili-
tarem adhiberi non oportere † Ex quo infero Tribo-
nianum quoque esse quod statim sequitur *sed melius 19
erit dicere, extra ordinem ipso iure sua potestatis exequi
oportere decretum suum nonnunquam etiam per manū mili-
tarem.* Quid. n. attinebat clausulam hāc adiicere cùm
iam Vlpianus scripsisset potestate prætoris mitti pos-
se in possessionem eum qui non admittitur? Nimirum
meminerat tùm Tribonianus eius sententiæ quam
Vlpiano adscripserat in *d. l. qui restituere.* Memor etiam
eius quod dici solet, mendacem memorem esse opor-
tere. Cæterum vnus ille locus probat maximè quod
volumus, & contra quàm scriptum sit in *d. l. qui resti-
tuere*, cùm interdicto agitur nihil extra ordinem &
manu militari faciendum esse, sed omnia iure ordi-
natio, solitóque iudiciorum ordine peragi & expediri
oportere,

AMPLIS.

AMPLISS. ET SAPIENTIS. VIRO D. DOMINICO BELLO SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS Cancellario.

ANTONIVS FABER S. P. D



PVdebat me iam hoc fere integro biennio siluisse, nec aliquid quod ad iurisprudentiam nostram ornandam pertineret, in publicum edidisse, cum ad me allatum est, de tua, sapiẽtissime Cancellarie, ad præcelsum istius dignitatis fastigium promotione. Nunc verò pudet magis, quòd in tanta optimorum, erudissimorumque omnium gratulatione, quanta præstantissimis virtutibus & honoribus tuis ab omnibus debeatur, nihil dum habeo, quod tibi, cui multis de causis præcipuo quodam iure deuinctum me sentio, pro testanda singulari mea erga te obseruantia publicè priuatimve offerre satis possim. Illa enim Chiliadis nostræ secunda pars, quam à plerisque, quibus prima non displicuit, auidissimè expectari vndique audio, & quam in tuo nomine apparere maximè cupiebam, ne adhuc absolui potuerit, multa prohibuerunt. Inter cætera verò, grauissima valetudo, quæ me, ex quo ferè tempore sum in Italia, male habuit, & ex qua vixdum bene conualui. Deinde quod quidquid operæ, laborisque in hæc studia nostra inuitis medicis quasi furtim conferre licuit, aut potius suprà quàm liceret libuit, totum id necessariò consumendum fuit in tractãda ex scripto, & pro dignitate ea lite, quam ab illustrissima & excellentissima D. Anna Estensi Gebennensium, Namurci, Carnutumque Ducissa contra sereniss. Mutinæ Ducem Cæsarem Estensem, Romæ institutam de vniuersa Alfonsi vltimi Ferrariæ Ducis hereditate, fideique & diligentiæ, ne dicam industriæ, quæ nulla est, commissam esse non ignoras. Quam in rem, quantum eniti ac insudare me oportuerit in ipsis etiam conualescentiæ primordiis, faciam aliquando vt constare possit ex iis scriptis, quæ post obtentam, quod spero, litis victoriam, in lucem daturus sum, ac in volumen iustæ magnitudinis collaturus, vel ob hoc maximè, ne quis nos aut aliquam in ocio vel minimo ignauiam ex occasione morbi captasse putet, aut quod esset fœdius in summa ocij abundantia fuisse penitus ociosos. Quanquam nec nobis temperare potuimus ex quo primùm die Romam venimus, quin ipsius vrbis nomine atque amplitudine inuitati cœperimus cogitare de Romano iure amplificando magisque ac magis illustrando (si quid tamen tale est, quod à nobis proficisci præstarive queat) magnum planè ingensq. opus adgressi à multis antehac tentatum, à nemine, vt puto, exactum, at ne quidem fortassis bene inchoatum de tota iurisprudentia in nouam veteris scientiæ formã redigenda. Quo demum opere absoluto, si tantum vitæ, felicioris que ingenij largietur Deus Opt. Max. quãtum ad absoluendum necesse est, non recusabo quominus de iurispudentia ipsa, nedum de iuris nostri studiosis omnibus bene meritus videri velim. Sed quoniam magis vrgent, quæ iam inde ab aliquot annis præstare promisimus, ratióque ipsa postulat, vt in dissoluendis obligationibus, ab iis incipiatur, quæ & causa & tempore sunt antiquiores, dum aliquid expecto, quod meam de Codicis Sabaudici editione cunctationem perimat, hos Coniecturarum mearum libros duos ex quatuor nouissimis qui pro coronide expectantur, quanta facere potui celeritate ac diligentia concinnatos, nunc præsto, tibique vni, vir amplissime, offero, dico, consecro. Non ob id solùm vt de tuæ dignitatis accessione toti respublicæ mihique potius quàm tibi peropportunè gratulentur, sed etiam, vt quod iampridem gestio, extet aliquod publicè nec obscurum, nec oculis tuis, si me, quod facis, amas, ingratum, vtinam & perpetuum perpetuæ meæ in te & obseruantiæ & gratitudinis monumentum. Bene vale, vir amplissime, & nobis bonisque omnibus diu felix viue. Dat. Romæ 4. Id. Decemb. 1599.



ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIdis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus septimus.

CAPVT I.

Explicatio l.1.C.de inoffic.testament.l.2.C.de petit.hered.l.filium 20.§.sed quemadmodum de bon.poss.contr.tab.

SVMMARIA.

1 *Dictam.* leg. 1. Cod. de inoffic. testament. *Goueano difficillimam & obscurissimam visam fuisse.*
2 *Verbis legis prepositis autor sententiam suam aperit.*
3 *Quanam fuerit in illa lege dubitandi ratio?*
4 *Non pertinere ad casum huius legis quod vulgò dicitur, eum qui semel heres extitit heredem semper manere.*
5 *Ampliatur superior dubitandi ratio.*
6 *Quem sensum habeat* versic.emptor autem l. 2. C.de heredit.petit?
7 *Dictio* etiam *in dicto versiculo quomodo accipienda sit?*
8 *Cur* in d.l.1.*summo iure fideicommissarius qui in querela inofficiosi testamenti succubuit fideicommissarij titulum retineat?*
9 *Sola æquitatis ratione filio in specie* dict. leg. 1. *querelam inofficiosi aduersus fideicommissarium dari & accommodari.*
10 *Eadem æquitatis ratione fideicommissarium victum perinde hereditatis petitione teneri, ac si pro herede aut pro possessore possideret.*
11 *Supradictam legem de eo casu accipiendam esse, quo tota hereditas fideicommissario ex Trebelliano restituta sit.*
12 *Filio, si ijs quæ ad fideicommissarium peruenerunt contentus esse velit, actionem de inofficioso aduersus solum fideicommissarium indulgeri posse*
13 *Quo sensu in §.* idem erit. l. nec vllam 13.de hered. petit.*dicatur etiam contra fideicommissarium hereditatis petitionem dari?*
14 *Refutatur emendatio quorundam* in d.l.1. *pro* perinde *subsistuentium* exinde.
15 *Inofficiosi querelam ab hereditatis petitione differre.*
16 *Alia dubitandi ratio* in d.l.1.*ab alijs Interpretibus allata reijcitur.*
17 *Aduersus quem inofficiosi querela regulariter detur?*
18 *Cur non summo iure aduersus fideicommissarium, sicut contra quemlibet bonorum possessorem inofficiosi querela dari possit?*
19 *Singulare esse ius illius querela de qua Tryphoninus* in leg. filium 20. ff. de bonor. possessor. contra tabul. in fin. principij.
20 *Inofficiosi querelam contra eum non dari qui neque verus heres sit, neque veri heredis loco.*
21 *Malè à Goueano dictam legem. 1. de petitione hereditatis, non de inofficiosi testamenti querela accipi.*
22 *Verba illa eiusdem legis*, vt perinde fideicommissarius teneatur *&c. quomodo sint accipienda?*



CONSTITVTIONEM † hanc 1
omnium quæ in toto Codice scriptæ sunt difficillimam,
& obscurissimam sibi videri
scribit Antonius Goueanus
lib. 1. var.lect. c. 5. cui tamen
vix quicquam in toto iure
nostro difficile ac obscurum
videri potuisse crederem, si
non is ipse adfirmaret. Sed illud magis mirandum est
tantùm Iureconsultum in ea tot verbis & paginis
contra morem suum interpretanda, non solùm maximè laborasse, sed etiam apertis oculis cæcutisse, sicut & cæteros omnes iuris nostri interpretes, nisi
tamen nos ipsi potiùs cæcutimus, qui ab omnibus
non vltro sanè, sed libenter tamen, cogente ratione
dissentimus. † Constitutionis verba hæc sunt, *Cùm* 2
de inofficioso matris suæ testamento filius dicere velit aduersus eum, qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet, non est iniquum hoc ei accommodari, vt perinde fideicommissarius teneat ac si pro herede aut possessore possideret. Nos singulas singulorum sententias & referemus
postea & refellemus. Nostram primùm, & quidem
paucis verbis, sed tamen vt solemus apertissimè proponemus, vt qui eam probabunt, dubitare non possint falsas esse cæteras omnes, vel hoc solo quòd à nostra sint omnino alienæ. † Dubitandi rationẽ, vt hinc 3
exordiamur, non aliam fuisse arbitror, quàm quòd
querela inofficiosi testamenti de qua & in hac lege, &
in toto titulo agitur, non soleat, neque possit dari nisi
contra heredem adeoque post aditam hereditatem, *l. Papinianus.8.§. si condicione. ff. eod.* (in quo vt sæpius
monuimus, differt illa à bonorum possessione contra
tabulas quæ ideo dicitur dari contra lignum, quia

datur

datur etiamsi nullusdum heres sit, & ante aditionem
hereditatis, *leg. quod vulgo. 27. ff. de bonor possess. contr. tab.*) vt rupto per querelam testamento, atque ita testatore intestati exitum faciente, condemnetur heres, tanquam qui non nisi pro herede habeat hereditatem cùm desierit esse heres. Nec enim fieri potest vt maneat heres ex eo testamento quod semel ruptum fuit, *leg. mater. 16. leg. circa. 24. & pass. ff. de inoffic. testamen.*
4 † Nec quod dici solet, eum qui semel heres extiterit semper heredem manere, *leg. au prætor. 7. §. sed quod Papin. ff. de minor. l. ex qua soluendo. 88 ff. de hered. instit. leg. ex facto. 43. §. vltim. ff. de vulg. & pup. subst.* pertinere potest ad hunc casum, in quo tandem rupto testamento apparet ex postfacto nunquam ex eo vtiliter aditi hereditatem potuisse, cùm ex quo ruptum est in ea causa habeatur, ac si nunquam ritè factum fuisset, maximè verò cùm rumpitur per querelam, si quidem non alius querelæ color est, quàm quia furiosus & insanæ mentis fuisse credatur testator eo tempore quo contra officium pietatis testamentum ordinauit, *leg. 2. & 3. leg. Titia. 13. in fin. ff. eod.* adeò vt etiam subsistente testamento pro ea parte pro qua non fuerit instituta querela, nihilominus pro alia parte succedat ab intestato is qui in querela obtinuit, atque ita testator pro parte testatus & pro parte intestatus decessisse intelligatur contra iuris regulas communes *d. l. circa.*
5 † Atqui fideicommissarius non est heres, quia heres rogatus de restituenda hereditate etiam post restitutionem heres perseuerat, *§. restituta Instit. de fideicomm. hered.* Ergo nec si victus sit, potest tamen dici possidere pro herede: quippe qui non solum heres nunquam fuerit, sed nec esse potuerit, fideicommissarius semel factus. Vt enim idem & heres & fideicommissarius sit, non magis fieri per rerum naturam potest, quàm vt vnus idemque homo in plures distribuatur *l. si plures. 9. ff. de pact. leg. 2. §. 1. de verb. oblig. l. stipulatus sum. p. 9. §. 1. leg. qui hominem. 34. in princ. & §. 1. ff. de solut.* Quinimò tum quoque cùm victus esset fideicommissarius, perinde tamen fideicommissarij nomen retineret ac si fideicommissi iure tituloque possideret, id est pro fideicommissario, vt mox probabimus Ergo nec pro herede, nec pro possessore, quoniam pro herede possidet is demum qui se dicit heredem, pro possessore verò is, qui interrogatus quare possideat, nihil aliud respondere potest, quam quia possidet, *leg. pro herede. 11. cum duab. seqq. de pet. her.* Quod si ita est, illud etiam consequens fit, vt fideicommissarius hic conueniri non possit petitione hereditatis, ne quidem postquàm succubuerit in querela, quia petitionem hereditatis certum est non dari cõtra titulo possidentem, sed contra eum duntaxat qui non nisi pro herede possideat, vel pro possessore, *l. re-*
6 *gulariter. 9. & seq. & l. 2. C eod.* † in cuius fine quod scriptum est *Emptor autem qui proprio titulo possessionis munitus est etiam singularum rerum iure conuenitur*, non hũc sensum habet vt emptor singularum rerum hereditatis tam petitione hereditatis quam rei vindicatione conueniatur, aut vt ad instra emptoris vniuersitatis fructuum nomine teneatur (proponebatur enim eo loco empta tota hereditas non hereditatis res singulæ, nec verum est eum qui siue hereditatem siue res hereditatis singulas emerit aut petitione hereditatis teneri, aut ad restitutionem fructuum ante litem contestatam perceptorum.) Nec illum quoque, vt emptor hereditatis ac vniuersitatis etiam singularũ rerum nomine conueniatur (nam & hoc falsum est si de petitione hereditatis intelligatur, indubitatum verò si de vindicatione rerum quas emptor possidet) sed hunc tantũ, vt petitio hereditatis non detur contra emptorem, sed sola vindicatio rerũ singularum licèt non res singulæ, sed hereditas ipsa empta proponatur, ideòque nec fructuum condemnatio fieri debeat, nisi eorum qui percepti sint ex die litis contestatæ, quia hereditatem duntaxat fructus augent non res singulas, hereditas n. non magis ab ipsius emptore peti potest, quàm si singulas duntaxat res comparasset. † Itaque dictio *etiam* quæ tanquam implicatiua doctores nostros im- 7
plicat & perturbat, sic accipienda est ac si apertiùs scriptum esset, emptorem hereditatis quemadmodum habet singularem titulum suæ possessionis, quamuis emerit vniuersitatem, ita etiam singularum rerum iure conueniri debere, non hereditatis nomine, ac proinde singulari iudicio vindicationis, non petitione hereditatis, quod iudicium vniuersale est. Non alio sensu quàm si pro *etiam* scriptum esset *similiter* & pro dictione *proprio* scriptum *singulari*. Quid enim distat inter proprium titulum & singularem? Vniuersalis nãque titulus hoc est hereditarius non hominis proprius est, sed legis quæ & hereditatem & heredem facit. Denique cum relatio sit in dictione *proprio*, illatio verò in dictione *etiam*, consequens est vt quod lex ait emptorem hereditatis etiam singularum rerum iure conueniri, ita accipiatur, vt sicut possidet ille ex titulo proprio & singulari, ita non nisi singularum quoque rerum iure conueniatur. Nõ dixit *nomine*, sed *iure*, quia etiam singularum rerum nomine nihil vetat quem conueniri eo iure quo si vniuersitatis nomine conuenitetur, id est petitione hereditatis *d. l. regulariter. 9. cum seq.* Sed singularum rerum iure is tantùm conuenitur, contra quem sic agitur ac si singulas tantum res hereditarias emisset, non ipsam hereditatem, hoc est qui rei vindicatione non hereditatis petitionis conuenitur. Quod nos obiter & quasi extra rem manendum putauimus, ne quem ea lex à nobis allegata, malè haberet. † Cur verò fideicommissi titulum retineret fi- 8
deicommissarius etiam qui succubuisset in querela inofficiosi testamenti? An quia fiat aut fieri possit vt rupto per querelam testamento fideicommissum in eo relictum nihilo magis intercidat? Imò verò intercidit *l. Titia. 13. in fin. l. cum mater. 28. ff. de inoff. test.* Verùm quia fieri nequit vt rumpatur testamentum per querelam contra eum propositam qui heres non fuit. Siquidem vero heredi sententia contra fideicommissarium lata nocere non potest, quominus maneat heres, qualis erat anteà, etiam post factam hereditatis restitutionem *d. §. restituta.* Porrò nec illud fieri potest vt quandiu heres qui & rogatus fuit de restituenda hereditate & eam restituit, heres manet, ex testamento, fideicommissarius desinat esse fideicommissarius cùm ius habeat in se translatum per restitutionem quæ semel facta est ex Trebelliano vtiliter. Proinde cùm titulum suum retineat, superest ex iis quæ suprà diximus. vt petitione hereditatis nec possit nec debeat conueniri. Denique summo iure fideicommissarius non est legitimus contradictor in querela inofficiosi testamenti, quia non potest victoria contra ipsum per filium obtenta facere intestatum patrem, qui non eo minùs habiturus sit ex testamento heredem illũ ipsũ quem habuit semel. Quomodo enim posset dici intestatus qui heredẽ habet ex testamẽto? † Sed tamẽ quia 9
summum illud ius, summa esset iniuria, rescripserunt Imperatores, non esse iniquũ etiam contra fideicommissarium querelam filio accommodari, vt ostendant non iuris ratione aliqua, sed mera æquitate niti constitutionẽ. Æquitatis n. ratio ex eo pendet, quòd fideicommissarius victus nõ sit audiendus si velit dicere me-

hotis se cōdicionis esse debere ob id quòd victus ipse fuerit inaudito herede, quam si se inaudito quòd fieri poterat heres victus fuisset. Quo tamen casu extincto ruptoque testamento sicut heres desisset heres esse, ita & fideicommissarius, quamuis inauditus desisset esse fideicommissarius, quandoquidem nullum ius habet nisi ex persona heredis & per cōsequentias *l. aliud est. 160. § absurdum de R. I.* Adeò vt nec ad litem vocādus sit, quæ cū herede instituatur, quia sufficit cum eo actū esse qui ius habuit defendēdi *l. si ideo. 55. §. 1. ff. de e. uic.* Quanquā si velit adesse metu collusionis, potest,
10 nec id ei denegatur, *l. si suspect. a. 29. ff. de inoff. test.* † Igitur cùm mera dūtaxat iuris subtilitas noceat filio nec quicquam intersit aut heredis qui iam hereditatē restituit (quia tametsi reuera heres maneat, nihil tamen nihil nudum heredis nomē retinet) aut fideicommissarij qui ipse & auditus & victus fuit, damus & accōmodamus filio querelam contra fideicommissarium, vt vbi victus erit perinde teneatur petitione hereditatis acsi pro herede aut pro possessore non pro fideicommissario possideret, id est, acsi testamentum ruptū esset, quod reuera ruptum non fuit. Absurdum.n. est fideicommissarium condemnatū plus iuris habere ob id solùm quòd non fuerit heres verè quàm habiturus erat, si reuera heres extitisset. Exemplo eius quòd scriptum legimus *in l 3. ff. si vsusfr. petat.* cum qui vsufructu sibi ex causa fideicommissi tradito vsus non est per tātum tempus quāto amissurus eum fuerat si legitimus ipsius factus fuisset, non ideo meliore iure censendum esse, sed perinde habendum ac si non minùs dominiū
11 quàm possessionem vsusfructus nactus fuisset. † Puto autem intelligendam esse hāc legem de illo casu quo hereditas restituta sit ex Trebelliano, id est tota & ita vt penes heredē nihil remanserit præter nudū nomen heredis. Alioqui non posset victoria quam obtinuisset filius in querela ius ei tribuere petendæ à solo fideicōmissario totius hereditatis. Siquidem heres qui neque auditus neque condēnatus esset, vtique retinere nihilominus posset ea quę tāquam heres habuisset:
12 † Quamquā hoc etiā casu si filius conuentus esse volet iis quę ad fideicommissariū peruenerunt, non puto dubitandum quin perinde indulgeri ei oporteat, vt pòssit contra solum fideicommissariū proponere querelam, non secus ac si cùm plures patris heredes essēt, contra alterum ex iis duntaxat agere filius voluisset, vt eadem sit ratio partis ad partem quæ toties ad totum Et verò qua fronte potest fideicommissarius dicere non teneri se petitione hereditatis post filij victoriā in querela, ob id tantum quod ipse per sententiam victus sit non heres? *arg. l. 3. vers. qua tandem ratione. ff. de vsur.* † Planè petitionem hereditatis etiam contra fi-
13 deicommissarium dari scriptum reperias *in l. nec vllam. 13. § idem erit dicendum. ff. de pet. her.* Sed is locus est de fideicommissario cui restituta est hereditas non quæ fuerit defuncti vt in specie quam nunc tractamus, sed quam defunctus non nisi pro herede possederat, vel pro possessore: de quo etiam *in §. Neratius. 3. & §. heredem. 11. einsd. legis* † Malè igitur ex veterib. interpretib.
14 nonnulli legem hanc emendarunt, pro *perinde* legentes *exinde*, quasi rumpatur testamentum per querelam aduersus fideicommissariū institutam, nec nisi rupto testamento permittendū filio sit vt agat petitione hereditatis quod vtrumque docuimus falsum esse. † Malè
15 alij dixerunt proponentem querelam inofficiosi hoc ipso proponere petitionem hereditatis, quasi effectu nihil inter vtramque intersit. Querelam enim præcedere & vincere necesse est vt postmodum petitio hereditatis institui possit, *l. filium. 20. in fin. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* † Malè item nonnulli sic legem accipiunt, 16
quasi ratio dubitandi ea fuerit, quod querela inofficiosi testamenti non detur nisi contra eū qui vel heres sit vel possideat pro herede vel pro possessore. Nusquam enim scriptum reperias dari eam contra possessorem hereditatis, qui possessionis suæ titulum alium non habeat, quàm pro herede aut pro possessore. † Datur 17
siquidem contra solum heredem, aut qui saltem effectu ipso & verè sit loco heredis, cuiusmodi est fiscus cùm ad eum bona testatoris heredúmve ipsius deuoluti sunt iure successionis aut alia ex causa, dummodo post aditam hereditatem, *vt in l si heredum 10. C. de inoff. test.* de qua sequenti capite dicemus. Item emancipatus filius qui per bonorum possessionē contra tabulas rupto propter præteritionem paterno testamēto solus successit excluso in totum fratre exheredato qui manserat in patris potestate, vt in specie *d. l. filium in fi. pr.* Nam cùm testamentum quod per bonorū possessionem contra tabulas iam ruptum est in totum (nec enim pro parte rumpi potest) amplius & iterum per querelam rumpi non possit, nec rursus filius exheredatus, semel propter exheredationem exclusus à communione beneficij prætorij bonorum possessionis contra tabulas, ad partem successionis admitti cum emancipato cui soli fauere prætor voluit & debuit, *l. non putauit 8. eod.* Consequens est vt vel omni auxilio carere debeat filius etiam immerenter exheredatus, quod fuerit certè periniquum. Aut vt debeat ei licere querelam instituere contra fratrem emancipatum, qui solus totam possidet hereditatem, licèt non tanquam heres, sed tanquam bonorum possessor. Quid enim referre potest cùm bonorum possessor quilibet sit heredis loco? † Dices, fideicommissarium quoque here- 18
dis loco esse non minùs quàm eum qui per bonorum possessionem contra tabulas factus est bonorum possessor *d. §. restitutā l. 1. l. quamuis. 40. §. 1 & pass. ff. ad SC. Treb* Quidni ergo etiam contra eum summo iure dari potest querela sicut & contra quemlibet bonorum possessorem? Nam & hic quoque scrupulus tollendus est qui prima facie non leuis videtur. Respondeo diuersitatis rationem ex eo pendere, quod bonorum possessor ita heredis loco est, vt alius verus heres nullus sit. Rupto scilicet per bonorum possessionem contra tabulas testamento. Siquidem ex eo testamento quod ruptum est siue ciuili siue prætorio iure. neque esse neque manere heres quisquam potest. Fideicommissarius verò post hereditatis restitutionem ita est heredis loco, vt tamen non impediat quominus alius reuera heres maneat, & quidem ex eo ipso testamento ex quo & fideicommissarius heredis loco est, quia restitutio hereditatis non rumpit aut destruit testamentum, sed supponit, vt proinde necesse sit illud rumpi per querelam inofficiosi testamenti priusquam ad petitionem hereditatis admitti possit filius qui fuit exheredatus. Ruptum porrò esse non potest, vt iam diximus, quamdiu vetus heres ex eo ipso heres manet, quod fit etiamsi fideicommissarius succubuerit in querela, dum ne heres ipse & auditus fuerit & cōdemnatus. Mirum igitur non est, filio exheredato querelam summo iure contra fideicommissarium dari non posse, quæ tamen datur contra fratrem emancipatum, qui per bonorum possessionem contra tabulas solus successit patri. † Etsi fatendum est valde 19
singulare ius esse illius querelæ de qua Tryphoninus *in d. l. filium*, cùm non ad id detur illa vt testamentum rumpat quod petita bonorum possessione contra tabulas iam ruptum sit, sed ad hoc tantùm vt fratri emancipato perinde partem hereditatis auferat exhereda-

exheredatus, ac si emancipatus totam hereditatem quasi heres & testamenti iure possideret. Estque is casus etiam valde singularis, in quo necessaria sit filio exheredato querela etiam post ruptum testamentum (sicut & illud quoque singulare habet, quod Triphoninus subiicit plus iuris in ea specie habere filium exheredatum quàm si exheredatus non esset. De quo tamen quoniam ab instituta disputatione alienius est, nunc non tractamus) An & post destitutum? Ita videtur *ex d. l. si heredum.* Sed aliud tamen est vt ex iis
20 quæ sequenti cap. dicemus, apparebit. † Cæterum vel ex ea maximè Tryphonini lege intelligi potest nunquam dari querelam contra eum qui neque verus heres sit, neque veri heredis loco, etiamsi fuerit ipse aut esse potuerit heres aliquando, quoniam alioqui mouenda esset querela in ea specie non contra emancipatum, quod lex ait, sed contra extraneum heredem institutum, à quo fuerat exheredatus filius tanquam ab herede scripto, non autem ab emancipato, qui & ipse contra vel saltem præter voluntatem patris suc-
21 cesserat. † Omnium verò pessimè Goueanus, meo iudicio, legem hanc interpretatus est de petitione hereditatis, non de querela inofficiosi testamenti, seu de filio exheredato qui contra fideicommissarium petitionem hereditatis instituere maluerit, quam querelam exercere, quasi laudandus sit hic filius & contra iuris regulas ad hereditatis petitionem rectà admittendus, proptereà quòd matris honori parcere studuerit quem proposita inofficiosi querela suggillasset. Nam præter id quod secundum hanc interpretationē pertineret lex *ad tit. de petit. hered.* non ad hunc sub quo posita est *De inoffic. testam.* ipsa etiam legis verba repugnant. Quod enim lex habet *non est iniquum hoc ei accommodari*, alium sensum recipere non potest quā vt huic filio contra iuris rigorem indulgendum sit ius proponendæ aduersus fideicommissarium querelæ. Id enim erat quod filius volebat, vt sibi de inofficioso matris testamento contra fideicommissarium dicere liceret quemadmodum priora legis verba demon-
22 strant. † Quod verò sequitur *vt perinde fideicommissarius teneatur ac si pro herede aut pro possessore possideret* sicut à precedente verbo *accommodari* interiecto commate distinguendum est, ita & sic accipiendum vt fideicommissarius conueniri quidem possit petitione hereditatis, quæ non nisi contra eum dari solet qui pro herede aut pro possessore possideat: sed tunc demum cùm in querela inofficiosi iam succubuerit, licet non eo minus pristinum, eúmque iustum possessionis suæ titulum retineat ex causa fideicommissi relicti in testamento, quod & ab initio valuerit, & etiamnum post filij victoriam subsistat. Id verò addendum fuit necessariò, quoniam frustra institueretur querela inofficiosi testamenti contra eum qui etiam victus & condemnatus, subinde tamen hereditatis petitione conueniri non posset, vt probant verba illa Tryphonini *in d. l. filium versic. sed quemadmodum De bon. poss. contr. tab. Sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelæ contra emancipatum mouendæ.* Eaque vt diximus, præcipua dubitandi ratio apud Imperatores erat, propter quam non videretur filio permittendum, vt contra fideicommissarium ageret de inofficioso, quòd etiam post victoriam in querela obtentam futurum esset, vt nihilo magis petitione hereditatis cōueniri fideicommissarius posset, quippe qui tum quoque nec pro herede nec pro possessore, sed pro fideicommissario possideret, nimirum testamento per querelam licet victricem minimè rupto.

CAPVT II.

Emendatio l. si heredum. 10. C. eod. tit. De inoffic. testam.

SVMMARIA.

1 *Species & quæstio eius legis, & rescripti Imperatorij verba.*
2 *Quis vulgò credatur esse sensus verborum huius rescripti.*
3 *Quomodo in illa lege fieri possit vt bona patris vacantia sint superstite filio exheredato qui succedere patri velit?*
4 *Dubitatur an eo casu querelæ inofficiosi locus vllus esse possit.*
5 *Hereditatem in specie eiusdem legis ab extraneis heredibus institutis non fuisse repudiatam, sed potius aditam.*
6 *Nihil vetare in ea specie, & Quintiniani hereditatem ab heredibus extraneis aditam fuisse, & solius Quintiniani bona ad fiscum peruenisse.*
7 *Verba hæc* vt pote vacantia *è dicta lege tollenda esse.*
8 *Bona Quintiniani in ea specie iure vacantium ad fiscum peruenire non potuisse.*
9 *Dictionem* vacantia. in l. filiusfam. 114. §. qui intestato. de legat. 1. *irreptitiam esse.*
10 *Aliam esse in specie* l. filium. versic. quemadmodum. de bon. possess. cont. tab. *rupti testamenti, aliam destituti rationem*
11 *Cur in illa specie rupto testamento per bonorum possessionem contra tabulas, filio exheredato inofficiosi querela necessaria sit?*

QVintinianus † decesserat facto testamento, quo 1
heredes extraneos instituerat, filium quem in potestate habebat, exheredauerat. Defuncti hereditatem adierant heredes instituti, atque ita cœperat contra eos filio competere querela inofficiosi, cui tum demum locus est cùm adita fuit hereditas non potius vt diximus capite superiore. Sed cùm in eo esset filius vt aduersus eos heredes agere vellet, euenerat vt ad fiscum bona peruenirent. Consulti à filio Imperatores an ob id peremptum esset ius querelæ proponendæ, & si non esset peremptum, apud quem peragi causam oporteret. Rescripserunt, & integram agendi causam superesse, & apud procuratorem Cæsaris instituendam litem esse. Sed quia filius non satis apertè precibus suis expresserat quonam iure bona patris ad fiscum peruenissent, an quia heredibus patris fiscus successisset an separatim & tanquam bona patris ab heredum bonis distincta. Sic quoque Imperatores loqui necesse fuit, vt omnem casum comprehenderent, qui fauore filij ex iuris ratione comprehendi posset. Rescripti autem verba hæc sunt, *Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum esse dicis, aduersus quos de inofficioso testamento acturus eras, iure successionis bona ad fiscum pertinent, vel ipsius Quintiniani bona vtpote vacantia fiscus tenet, causam apud procuratorem nostrum agere potes.* † Quorum verborum is sensus esse credi- 2
tur, & alius sanè vix esse potest, vt eo quoque casu quo fiscus bona Quintiniani tanquam vacantia teneat, per querelam inofficiosi testamenti à filio conueniri possit. In quo nihil mihi aut mirum aut suspectum esset, si viderim fieri posse vt in eadem specie ambo ista concurrerent. Et bona patris fieri vacantia, & filium exheredatum patri succedere velle ab intestato. Cùm enim fiscus alicui succedens eo ipse iure

vtatur quo vsurus erat is cui successit *l. 3. §. si posterio-*
ri l. fiscus. 6. & pass. D. de iur. fisc. quis miretur dari que-
relam filio cõtra fiscum successorem heredum Quin-
tiniani aduersus quos & querelam instituere ipse po-
terat, & mox instituturus fuisse proponebatur, si ad
fiscum bona non peruenissent? Nam nec fiscum solũ,
sed & quod magis est eum qui à fisco comparauit cõ-
stat debere omnes omnino actiones excipere, quæ cõ-
tra defunctum ipsum cui fiscus successit, competere
3 potuerunt *l. eum qui. 41. D. eo.* † Sed vnũ illud est quod
neque concoquere possum, neque intelligere quomo-
do fieri possit vt bona patris sint vacantia superstite fi-
lio quamuis exheredato qui succedere patri velit. Nã
præter id quod vacantia bona illa demùm sunt quæ
non habent successorem, ne quidem ab intestato *l. si*
liusfamilias. 114. §. qui intestato. de leg. 1. l. 1. §. Diuus Pius
eod. l. 2. in fi. D. de success. edict. illud etiam me mouet,
quod destituto testamento propter repudiationem
heredis instituti nolentis adire, aut propter præmatu-
ram mortem ipsius ante declaratam voluntatem, adi-
támque hereditatem defuncti, fieri nequit vt subsistat
exheredatio in eodem testamento facta, id est vt te-
stamentum per omnia irritum ad solam exheredatio
nis notã profecisse videatur, quomodo loquitur Try-
phoninus in *l. filium. 20. de bonor. possess. contra tabul.* vbi
etiam ex hoc infert ille, filium hunc exheredatũ scri-
ptis heredib. non adeuntibus suum heredem esse ex
asse, nõ secus ac si pater ab initio intestatus decessisset.
Parum enim refert an ab initio testamentum nullum
à patre factum sit, an res tandem redeat ad exitum in-
testati. Ergo quemadmodum nullo condito testa-
mento non possent bona fieri vacantia, quandiu su-
perstes filius ab intestato heres esse vellet: ita neque
facto testamento, quod ob secutam extraneorum he-
redum repudiationem fuerit destitutum. † Immò nec
4 hoc casu fieri potest vt locus vllus sit querelæ de inof-
ficioso testamento, cùm neque heres quisquam sit cõ-
tra quem ea proponatur, neque bonorum retinendo-
rum prætextum vllum fiscus habeat filio succedere
volente, quando non aliam succedendi causam habet,
quàm quia ex omnibus iis qui succedere possent si
vellent, nemo sit qui velit. Sufficit namque filiũ velle
querelam proponere vt succedat, ne bona fiant vacã-
tia, multò magis autem nemine alio succedente, eun-
dem filium ipsum posse ab intestato, succedere, nil ob-
stante exheredatione, quæ per heredum institutorum
5 repudiationem euanuerit cum ipso testamento. † Sed
neque verba legis patiuntur vt eũ casum tractari pu-
temus, quo ab extraneis heredibus institutis fuerit
hereditas repudiata, sed ille potiùs è contrario quoa-
dita fuerit & acquisita. Id enim demõstrant legis ver-
ba illa *aduersus quos de inofficioso testamento acturus erat,*
cùm iam diximus non nisi contra eum qui heredi-
tatem iam adierit proponi querelam posse *l. Papinia-*
nus. 8. §. si conditionem. D. de inof. test. Porrò certissimũ est,
si quid in toto iure certum, hereditatem semel agnitã
repudiari postea numquam posse *l. sicut. 4. ff. de repud.*
vel abstin. hered. l. 1. §. decretalis ff. de success. edict. Et præ-
terea hereditatẽ Quitiniani aditam fuisse ex illo ap-
paret quod lex ponit Quintiniani bona pertinuisse ad
fiscum hoc ipso quod ipsius heredum bona ad fiscum
successionis iure peruenerint Quomodò enim perue-
nire potuissent, si Quintiniano prius heredes ipsi non
6 extitissent? † Nec est contrariũ quod eadem lex alium
casum subiungit quo solius Quintiniani non etiam
ipsius heredum bona ad fiscũ fuerint deuoluta. (Qui
proculdubiò sensus est eius versiculi, *vel ipsius Quin-*
tiniani bona fiscus tenet, vt nouus hic & secundus ca-
sus differat à primo.) Nihil enim vetat & aditam esse
Quintiniani hereditatem ab ipsius heredibus extra-
neis, & nihilominus solius Quintiniani bona perue-
nisse ad fiscum, siue viuis adhuc heredibus, siue iam
defunctis, puta quod heredes instituti ea ipsa bona
incapaci alicui ex fideicommisso tacito restituere ro-
gatus probaretur, in qua specie dubium non est quin
quod incapaci relictũ est, siue ipse se deferat, siue ab
alio præuentus deferatur, fisco vindicari *l. 1. & tot. tit.*
ff. de iur. fisc. † Quid ergo superest nisi vt ex hac lege 7
tollamus ea verba, quæ difficultatem inexplicabilem
pariunt, *vtpote vacantia*? Vacant enim proculdubio,
nec bonum sensum vllum habent, ideóque imperito
alicui interpreti non Imperatorib. sunt adscribenda.
Putauit nimirũ imperitus ille interpres quisquis fuit,
non aliter posse casum hunc distingui à præcedente
quam si de iis patris bonis intelligeretur, quæ tanquã
vacantia fisco delata essent, nec animaduertit, non so-
lùm fieri è contrario non posse vt vacantia sint quæ
filius exheredatus sibi acquiri velit destituto iam per
heredem institutum testamento. Sed & aliis multis de
causis fieri posse vt bona etiam quæ vacantia non sint
fisco acquirantur. Et verò si tale quid Imperatores re-
scribere aut voluissent, aut potuissent, credibile est,
scripturos eos fuisse, *vt vacantia* potiùs quàm quomo-
do scriptum legimus *vtpote vacantia*. Sunt enim di-
ctiones istæ *vt, tanquam*, & aliæ similes aptiores ad si-
militudinem & improprietatem, quàm ad veritatem
designandam: illa verò *vtpote* prorsus affirmatiua, &
eius rei quæ pro verissima habeatur, vt ita loquar ex-
pressiua. † Porrò non erat cur in proposita specie Im- 8
peratores adfirmarent bona Quintiniani ad fiscum
iure vacantium peruenisse, non ob id tantùm quod iã
diximus id fieri nullo modo potuisse superstite filio
qui de proponenda querela non aliam ob causam co-
gitabat, quàm quòd patri succedere vellet, sed etiam
quia ex aliis eiusdem legis verbis apparet nesciuisse
Imperatores qua ex causã patris bona quæ filius pro-
posita querela postmodum per petitionem hereditatis
à fisco auferre volebat, ad fiscũ peruenissent, propte-
reà quod filij precibus non satis clarè id expressũ fuis-
set, ac proinde verba illa dubitatiuè & incertè potius
quã affirmatiuè concipi debuisse. Ergo sic scribi, *vt va-*
cantia non *vtpote*. † Sic & in d. *l. si filiusfamilias. 114. §.* 9
qui intestato. de leg. 1. facilè suspicor irreptitiam esse di-
ctionem *vacantia*, tametsi non negem in illa specie, id
est cum is qui ab intestato decedens, fideicommissum
reliquit à fisco ad quem sciuit bona sua peruentura,
nõ aliter posse bona peruenire ad fiscum: nec fidei-
commisso in iis grauari fiscum quàm si fiant va-
cantia. † Neque rursus sententiæ nostræ obstat quod 10
superiore capite diximus, posse fieri vt rupto iã testa-
mento per bonorũ possessionẽ cõtra tabulas, vtilis ta-
mẽ adeóque necessaria sit querela inofficiosi testamẽti
filio exheredato, vt fratri emancipato qui totũ habuit
per bonorũ possessionẽ contra tabulas auferat ille suo
iure partem *d. l. filium 20. vers. sed quemadmodum. ff. de*
bonor. poss. contr. tab. Alia enim ratio est vel in illa ipsa
specie rupti testamenti, alia destituti. Destituto testa-
mento redit res ad causam intestati, fitque locus iis
qui ipso iure successuri erant si nullum testamentum
factum fuisset: atque idcirco filius etiam exheredatus
admittitur, & quidem solus nisi quod emancipatum
quoque prætor pro sua virili parte tuetur, tanquã ab
intestato, vt ea lex ait, quę ratio similiter facere de-
bet ne superstite exheredato, qui patri succedere ve-
lit, bona fiant vacantia. Rupto autem testamento per
bonorum possessionem contra tabulas quem filius
eman-

emancipatus idémque preteritus obtinuit à prætore, qui nec eam daturus fuerit fratri exheredato, nec eũ ad beneficij sui participationem admissurus, non similiter fieri potest vt exheredatus admittatur, nisi proposita priùs querela, quoniam emancipatus rumpendo testamentum per contra tabulas nõ solùm fecit intestatum patrem (quod si esset non minùs fratris quàm suum proprium negotium gessisse intelligeretur) sed etiam sibiipsi hereditatem acquisiit, exclusso per eandem edicti partem fratre exheredato, quandiu non probaret se immerenter exheredatum, quod ipsum tamen nisi per querelam inofficiosi probare nõ potest *l. non putauit* 8. *vod.* Exemplo eius quod dicimus posthumum à patre præteritum rumpere testamentum, non tantùm eo modo quo iam natus filius, idémque præteritus iniustum facit, sed cum eo præterea priuilegio vt rumpendo succedat, sibique locum faciat *l. nam et si* 5. *ff. de inoff. rupt. & irrit. fact. test.*

11 †Ergo in specie *d. l. filium*, hoc est rupto testamento per bonorum possessionem contra tabulas, ideò necessaria est querela filio exheredato quia extat persona quæ suo iure vniuersa patris bona possidet, & à qua nihil prorsus auferre possit quandiu manet exheredatus, id est quousque probauerit se immerenter exheredatum, quod non fit nisi per querelam. Destituto autem testamento per extranei heredis repudiationem, inofficiosi querela dari nec potest nec debet, quia nemo est qui in iis bonis filio quamuis exheredato preferendus sit, irrita quoque facta cum ipso testamẽto exheredatione, nec qui prohibere possit quominus filius etiam citra querelam succedat patri vtpote intestato, nec fiscus quidem eo prætextu quasi vacantia sint bona cum prius sit exclusum esse filium à spe succedendi ab intestato quàm vt bona fieri vacantia possint *d. l. 1 §. Diuus. ff. de iur. fisc.*

Capvt III.

Emendatio l. Statius Florus 48. ff. de iur. fisc.

SVMMARIA.

1 *Legem propositam vitio ab Interpretibus nondum notato laborare.*

2 *Prima species illius legis.*

3 *Verba illa dicta legis*, se restituturum ea quæ ei per præceptionem dederat. *ab imperito Interprete addita fuisse.*

4 *Præceptiones in illa specie Pompeio dari non potuisse.*

5 *Altera species vbi de differentia inter hanc & superiorem.*

6 *Cur in altera illa specie nullas præceptiones posteriore testamento Pompeio datas fuisse Paulus moneat.*

7 *Quid consequatur is qui tacitum fideicommissum sibi datum defert & profitetur.*

8 *Probationem mutata voluntatis in altera illa specie non fideicommissario sed heredi incumbere.*

9 *An bene hanc in rem afferatur Papiniani responsum in* l. 3. ff. de probat.

10 *Quis sensus sit rationis à Papiniano in* d. l. 3. *allata.*

11 *Quando obtineat quod vulgo dicitur, ei qui mutatam voluntatem dicit, onus probandi incumbere.*

12 *Maiorem esse vim taciti & fraudulenti fideicommissi, quàm expressi & liciti ad hoc vt difficilius reuocatum intelligatur.*

13 *Pompeium in altera illa specie, licèt portio eius posteriore testamento imminuta sit, probatione mutatæ voluntatis non ideò minus onerandum esse.*

14 *Huius iuris ratio à nonnullis reddita refutatur, & noua affertur.*

15 *Qua ratione motus Pompeius post condemnationem, præstatione taciti fideicommissi hereditatem onerari desiderarit?*

16 *Rationis eius sensus.*

17 *Onus prætextu emolumenti iniunctum, pro rata diminuti emolumenti minuendum esse, & contra.*

18 *Verbum* pronunciauit *ab Interprete in* d. l. *additum fuisse.*

19. 20. 21. 22. *In versic.* nec posse videri *tres rationes contineri quibus Pompeius taciti fideicommissi onus pro parte à se amoliri conabatur.*

23 *Tres illæ rationes vna responsione refutantur.*

24 *Præcipua ratio à Pompeio allata in ipsum retroquetur.*

25 *Pompeium non ex propria persona, sed tanquam heredem Flori condemnatum fuisse.*

SI† quis adhuc est qui putet nullum in toto iure nostro locum esse quem imperiti interpretis audacia inscitiáque corruperit, quod antiquiores omnes interpretes scrupulosè & superstitiosè magis quàm aut verè aut verecundè defenderunt, vel vna hæc lex facere potuerit vt intelligat, nihil falsius dici posse. De qua tamen miror nihil quod viderim tactum fuisse ab iis qui tot alios iuris locos simili morbo vitióque laborantes aut indicarunt, aut etiam quod non æquè facilè est, feliciter emendarunt. 1

† Statius Florus testamento scripto heredis sui Pompeij ex toto asse instituti tacitè fidei cõmiserat, vt ei qui ex legibus capere non poterat daret fundum, & certam pecuniæ quantitatem, nec contentus ea tacita Pompeij fide curauerat eo nomine exigi ab ipso cautionem. Sed quam, aut de qua re? *se restituturum ea quæ ei per præceptionem dederat.* 2

† Sic enim textus habet, quod tamen quàm ridiculè additum sit, & consequenter interpreti potiùs quàm Paulo adscribendum, ex eo statim apparet, quod iam diximus, fuisse Pompeium solum eo testamento heredem institutum. Quomodo enim potuissent ei relinqui præceptiones vtiliter, aut ab alio quàm à seipso? Quis nescit heredi à semetipso legari non posse? *l. & quidem totum* 18. *l. planè* 34. *§. si duobus de legat.* 1. à coherede vero solo posse? *l. legatum est* 116. *§.* 1. *eo.* Aut verò quid aliud præceptio est, nisi legatum, quod vel pro parte capitur à coherede *vt in d. l. legatum est, l. miles ad sororem* 75. *§.* 1. *De leg.* 2. *l. in quartam.* 91. *ff. ad leg. Falcid.* vel etiam totum ex portione alteri restituenda deducitur, vt in specie *l. cum pater* 77. *in princ. de legat* 2. *l. deducta* 58. *§. acceptis. ff. ad S. C. Treb.* 3

†Non ergo potuerunt in proposita specie præceptiones dari Pompeio qui solus & ex toto asse scriptus erat ac proinde non potuit ille fideicommissario incapaci cauere, se ipsi restituturum omnia quæ à testatore per præceptionem accepisset. Quid ergo? Cautionem conceptam fuisse necesse est de restituendo nominatim fundo & ea ipsa quantitate quæ tacito illo fideicommisso fuerat definita. Hæc igitur prima emendatio sit, quod totam illam clausulam tollimus, quam sicuti pro præcedentium verborum interpretatione subiectam fuisse negari non potest, ita & fatendum est parum eleganter sic fuisse conceptam, *se restituturum ea quæ ei, &c.* Scripsisset enim Paulus *sibi* vel *ipsi*, non *ei*, atque ita iustam Laurentij Vallæ reprehensionem effugisset. 4

† Sequitur, *Postea idem Florus falso secundo testamento, & eodem Pompeio & Faustino heredibus institutis, nullas præceptiones Pompeio dederat.* Hîc verò cœpit Paulus loqui de præceptionibus, vbi cœpit tractare de pluribus heredibus institutis, ac de 5

coherede dato huic Pompeio qui priore testamentu solus institutus nullum habuerat coheredem. Nostri autem interpretes hanc tantùm differentiam obseruant intér vtrumque testamentum, quod posteriore testamento præceptiones nullæ relictæ fuerant, sed priore, Cum è côtratio dicere & obseruate debuerint priore non solùm relictas nullas fuisse, sed nec relinqui potuisse. Posteriore vero relictas quidem similiter nullas fuisse, sed tamen relinqui aliquas potuisse, si te-
6 stator voluisset. † Cur ergo monet Paulus nullas posteriore testaméto præceptiones Pompeio datas esse? Aut quid erat hoc necesse, si nec vllas priore testaméto idem Pompeius acceperat? Nimirum quia ex eo videbatur sumi posse pro Pompeio non obscuram coniecturam voluntatis, quòd testator à tacito illo fideicommisso quod priote testamento reliquerat, recessisse videretur. Cùm enim à solo Pompeio illud reliquisset, quem & solum priore testamento scripserat heredem, quis crederet voluisse testatorem vt non eo minùs præstaretur ab eodem Pompeio, cui secũdo testamento coheredem Faustinum, præceptionem verò nullam adscripsisset? Non enim poterat bona esse illatio à grauamine iniuncto ei qui solus ex toto asse institutus idipsum ex tota hereditate soluere commodè potuisset, ad grauamen ab eo præstandum, cui datio coheredis partem dimidiam hereditatis abstulisset. Et hæc sane dubitandi ratio non inelegans apud
7 Paulum licèt ab eo minùs expressa fuit. † Quid tandē accidit? *Hæc persona*, inquit Paulus, *quæ capere non poterat, se detulerat*. Nempe vt taciti fideicommissi partem ex edicto & beneficio Diui Traiani consequeretur. Edicto enim Traiani constitutum est, vt si quis antequàm causa eius ad ærarium deferretur, professus esset eam rem quam possideret capere sibi non licere, ex ea re partem fisco inferret, partem ipse retineret. *l. edicto 13. in princip. l. Senatus censuit 15. §. Senatus. l. cùm tacitam. 49 D. eod. in Consultis Imperatores à procuratoribus suis* quorum de huiusmodi causis cognitio est, *rescripserunt si non probaretur mutatam voluntatem esse, præstandum fideicommissum*. † Probationem igitur mu-
8 tatæ voluntatis exigendam putauerunt ab ipso herede qui mutationem illam allegabat, non à fideicommissario, tametsi fideicommissarius actor esset, heres autem reus. In eóque cum interpretibus nostris sentio. Si enim à fideicommissario ipso aliqua probatio exigeretur, eius esset probare non mutatam voluntatem, non probare mutatam. † Sed quod idem in hanc
9 rem adferunt Papiniani responsum in *l. 3. D. de probat.* mihi placere nullo modo potest. Nam quod eo loco Papinianus respondit, Cùm tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo quàm in secundo testaméto pro eadem parte vel postea pro maiore heres scribitur, probationem mutatæ voluntatis ei incumbere qui côuenitur. Ostendit manifestissimè à contrario sensu, si heres qui tacitam fidem accomodauit, scriptus sit ex minore portione in posteriore testamento, non esse illum hoc præterea incommodo afficiendum vt mutatæ voluntatis probatione one-
10 retur. † Quod & eiusdem Papiniani subnexa ratio clarius demonstrat, *Cum suscepti secreti ratio*, inquit ille, *plerumque domino rerum persuadeat eos ita heredes scribere quorum fidem elegerunt*. Sensus enim est, credédum plerunque eos qui tacitam fidem defuncto contra leges accomodauerunt non alia ratione scriptos heredes, quàm vt iis veluti fraudis suę ministris testator, abutatur, non itaque scripturus eos si fidem suam accommodare noluissent. Quæ tamen ratio non aliud probat quàm quod Papinianus probare voluit, solam testamenti mutationem non sufficere vt credi debeat heredi allegant mutatam esse voluntatem quod ad tacitum fideicommissum attinet si posteriore testamento idem heres vel ex eadem, vel ex maiore portione scriptus proponatur: quamuis si fideicômissum expressum non tacitum relictum fuisset, proculdubio sufficeret mutatum esse testamentum, vt ab omni voluntate in eo contenta recessum videretur, *leg. si quis priore 29. D. ad S.C. Trebell.* † Nam quod regulare est 11
vt ei qui voluntatem mutatam dicit, incumbat onus probandi *l. eum qui voluntatem 22. D. de probat.* tunc obtinet cùm idem testamentum manet aut idem codicillus, non cùm prior scriptura per posteriorem non solùm immutata, sed etiam sublata est. † Atque ita 12
quod mirum videri possit maior vis est taciti & fraudulenti fideicommissi, quàm expressi & liciti quod ad hoc saltem vt difficiliùs reuocatum esse intelligatur, cùm idem heres tacitè grauatus, & vtroque testaméto instituto non minus commodi sensurus est ex posteriore quàm sensurus fuerat ex priore si sublatum illud per posterius non fuisset. Cæteri námque heredes ideò grauati creduntur, quia fuerunt instituti *vulg. l. ab eo 9. C. de fidei.* Hic contra, vt Papinianus sentit, ideo institutus intelligitur, quia fuit oneratus tacito fideicommisso. † Cæterùm non idem Papin. sen- 13
sit, nec sentire quisquam iure possit, illo etiam casu quo heres cuius tacita fides electa est minus cômodi percepturus sit ex posteriore testamento, quoniam illa ipsa suscepti secreti ratio qua Papin. mouetur non solùm non inducit, sed neque patitur, vt eadem subsistente taciti fideicommissi voluntate heredis qui fidē suam accomodauit institutio posteriore testamento minuatur. Atqui ea in specie quam nos tractamus, imminuta fuerat institutio Pompeij per posterius testamentum scilicet adiectione coheredis qui nullus erat in priore adscriptus. Sic enim fit vt qui manente priore testamento hereditatem totam habiturus fuit, non nisi dimidiam eius partem consequatur ex posteriore. Ergo si nihil nisi Papiniani verba & illius responsi sententiam inspicere volumus, consequens potius est vt in proposita specie non sit Pompeius mutatæ voluntatis probatione onerandus. Et tamen reuera ita est vt onerandus ipse sit, non fideicommissa-
rius. † Qua igitur ratione? Noua certè, nedum à quo- 14
quam, vt arbitror, explicata. An illa fortasse, quòd hic heres non tam ex defuncti voluntate conueniatur, quam ex propria cautione? vt proinde mutata quoque testatoris voluntate nô eo minùs conueniri possit, hactenus saltem vt ad elidendam actionem quam summo iure contra se dandam videt, necessaria ei sit exceptio doli mali *leg. 2. §. circa. D. de doli except.* quæ porrò cùm non nisi æquitate nitatur, *l. 1. eod.* nulla æquitatis ratione videtur ei accommodanda, qui se obligando id egit quantum potuit vt fraudem faceret legi. *arg. l. matrem pen. in fin. D. ad S.C. Trebell.* Minimè verò. Nam si ratio bona esset æquè concluderet non solùm probatione mutatæ voluntatis, onerandũ esse heredem quod nos admittimus, sed etiamsi millies probaret mutatam voluntatem, perinde tamen futurum vt ex proprio chirographo vtiliter & efficaciter conueniri deberet: quod nos negamus, negántq; Imperatores à Paulo relati & probati hoc ipso quod mutatæ voluntatis probationem exigunt ab herede. Cur enim exigerent, si nihil esset ea profutura? An fortè id vnquam agere lex solet, aut Princeps aut bonus iudex, vt quenquam oneret superuacua probatione? Vtique non magis quàm vt superuacua cautione, quod iniquum esse ait Vlp. in *l. hæc stipulatio 14. in fin.*

D. vt

D.vt lega.seu fideic.nõm.caue. Dicendum igitur est exigere nos probationem ab berede, quia licèt minus commodi sentiat ex posteriori institutione quàm sensurus fuerat ex posteriore, institutione quàm sensurus fuerat ex priore, nec æquũ sit mutatione voluntatis probata, teneri eũ ex propria cautione, quippe quã fecerit secutus tacitam illam testatoris voluntatẽ pro causa, qua mutata & cessante nullas quoque cautionis vires esse ipso iure oporteat, *arg.l.1.§ si quis sub condicione co ti & l.si quis sub condicione 7. D de condic.insti.* nulla tamen præsumptio pro eo facit, nec sinu potest coniectura mutatæ voluntatis ex eo solo quod posteriore testamento acceperit coheredem, quoniam sicuti testator non vsque adeò tacitam illius fidem secutus est, vt non etiam curauerit exigi ab eo cautionem: ita credibile est si mutasset ille voluntatem, fuisse facturum vt interposita cautio extingueretur. Id enim consequens erat naturali iuris regulæ vt taciti fideicommissi vinculum eo ipso modo quo colligatum erat dissolueretur. Atqui factum id nõ erat nec de cautionis iure dissoluendo quicquam à testatore rogatũ aut cogitatum proponebatur. Manebat ergo integra præsumptio contra beredem, non minùs quàm si ex eadem aut ex maiore portione in posteriore testamẽto scriptus extitisset. Quod sanè secutus fuisset si Põpeius heres aut nullam cautionem taciti fideicõmissi nomine, aut aliquam equidem, sed eam vltro & sponte, non etiam idipsum curante & satagente testatore
15 emisisset. † Sequitur apud Paulum, *Atque ita Pompeius condemnatus*, supple cùm probare non posset mutatam voluntatem (ideò enim quæri solet, cui onus incumbat probandi, quoniam is cui incumbit, si nihil probet, omnimodo condemnãdus est etiamsi aduersarius nihil ex parte sua præstet, *l.4.C.de edend. §.commodum Insti.de interd.*) *desiderabat onus esse id hereditatis oportere.* Vt scilicet quemadmodum partem duntaxat dimidiam totius hereditatis babebat propter adiectum coheredem, ita & taciti fideicommissi: de quo solidũ
16 rogatus fuerat, nonnisi partem præstaret. † Ratio autẽ qua mouebatur illa erat, quã Paulus subiicit. *quia præceptiones non acceperat.* Cuius rationis non ille sensus est, quem malus interpres credidit cùm præcedentia corrupit, quasi testator in posteriore testamento ademisset Pompeio præceptiones quas ei dederat in priore. Sed is potius quem in superioribus iam indicauimus, quòd nulla subesse videretur causa propter quam totum fideicommissi taciti onus præstare deberet is qui dimidiam tantùm partem hereditatis haberet, cùm iniuncti fideicõmissi tempore tota ei hereditas destinata relictaque fuisset. † Est enim regulare vt
17 quod alicuius emolumenti prætextu iniunctum sit onus, vel non debeatur si emolumentũ illud non detur, *l.Titia cùm testamento 34. in princ. de legat. 2.* vel pro rata diminuti emolumenti ipsum etiam diminuatur. *d.l.cùm pater 77.§ cùm existimares eod.l.pen. D.de tur.codic.* Sicut & è contrario interdum euenit, vt per ademptionem oneris quod legato vel fideicõmisso adiectũ fuerat, legatum quoque aut fideicõmissum ademptũ intelligatur. *l.alumnæ 30.§.ab heredibus. D.de adim.legat.* Tanta est inter dispositionem quamlibet, quæ onus habet, ac onus ipsum connexitas. *l.sed duobus 5.§.*
18 *1.de leg.2.l.legatarios 22. ff. de fideic. liber.* † Subiungit Paulus, *nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem perseuerasse, sed in vniuerso pronunciauit.* Hæc verò verba sunt, quæ interpretis nostri impetitiam produt euidentiùs. Adiecit enim de suo verbum, *pronunciauit*, cùm si bonus fuisset grammaticus, scribere debuisset, *pronunciauerunt*, cùm non de imperatore locutum sit in singulari numero in præcedentibus, sed de imperatoribus, iis verbis, *consulti imperatores*. Adiecit autem vir minimè malus, quia putabat deesse verbum à quo regerentur cætera verba infinitiui modi quæ in eadem clausula, & præcedunt, & sequuntur, *nec posse videri, extare, petere potuisse.* Animaduertere verò debebat præcedere verbum *desiderabat*, à quo construi cõmode possint, tanquam quod implicitè ac vi ipsa contineat & significet idipsum quod verbum *dicebat* vel *contendebat*, vel quod aliud simile, si fuisset expressum, significasset. Deinde nec nouum esse vt cùm infinitiuis vtimur, prætermittamus verbum à quo regi possint, vt cùm dicimus, *ille statim palere, mox erubescere*, & sexcenta similia, quæ vel minimus quisque Grammaticulus subministraret. † Denique tota illa clausu- 19
la, *nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem perseuerasse, sed in vniuerso, nec testamentum prius extare, nec si dedisset in primo testamento ex posteriore peti potuisse, nisi petitum esset*, rationes contineri quibus causam suam Pompeius non insubtiliter tuebatur, nec taciti fideicommissi, quamuis à se solo relicti onus supra portionem suam hereditariam agnoscere & suscipere cogeretur. † Prima illa erat, quòd cùm placuisset Im- 20
peratoribus testatorem in dubio non videri à priore voluntate recessisse, tametsi testamentum mutasset, adeóque Pompeium hũc ex minore quàm anteà portione testamẽto posteriore heredem instituisset, illud etiam consequens videbatur, vt credendus esset in prima illa voluntate non pro parte duntaxat, sed in vniuerso perseuerasse, id est voluisse non vt totam hereditatem Pompeius haberet, à quo solo tacitum fideicommissum reliquerat, sed vt perinde ex tota hereditate fideicommissum præstaretur, ac si solus Pompeius ex priore testamento heres esset, vt adiectio coheredis si non noceat fideicommissario, prosit saltem grauato vt non ex sola ipsius portione fideicõmissum præstetur, sed ex tota hereditate, ad quam vtique respexit testator? cùm eum solũ grauauit qui solus quoque heres scriptus erat. Alioqui videbitur induci diuisio voluntatis, nec nisi pro parte testatorem in prima voluntate perseuerasse, si totum onus præstandum sit, neque tamen ex tota hereditate, sed ex sola Pompeij non nisi semissem habentis portione. † Secunda 21
ratio erat, quia non alio colore poterat Pompeius fideicõmissi huius taciti nomine conueniri, quàm quia priore testamento heres scriptus fuisset. Fideicõmissa enim tacita licèt in testamento non scribantur, si quãdo tamen præstentur ab herede qui tacitam fidem accommodauit, præstantur tanquam ab herede, quasi non minùs obligatum se sentiat vt præstet quicquid promisit testatori, licet testamento id scriptum nõ sit, quàm si apertè scriptum ritéque datum esset. Certè nec magis obligatos esse potest ad præstandum id quod scriptum non fuit, etiamsi fraus facta legibus minimè detegeretur. Atqui testamentum prius quo fuerat Pompeius institutus, & quod solum testatori causam dederat vt tacito isto fideicõmisso Pompeij fidem obstringeret, desiit extare, ex quo secundum testamentum factum est, eóque sublatum primum. Alterutrum igitur fatendum videtur, vel nullo modo manere obligatum Pompeium vt fideicõmissum tacitum præstet iure primi testamenti quod sublatum fuit, vel non nisi ex posteriore testamento obligatum videri debere, atque ita liberandum eum partis præstatione, cum eo testamento non nisi pro semisse fuerit institutus, non vt reliquæ partis iacturã faciat fideicommissarius quem iam admisimus totum consequi debere, totum inquam quod ex Traiani benefi-

cio consequi potest, hoc est totius fundi & quantitatis per tacitum fideicommissum relictæ dimidiá portionem, sed vt reliqua illa pars ex adiecti coheredis portione detrahatur, vt quod vnus heres totum deberet si solus esset, ab vtroque præstetur, & ex tota
22 hereditate cum duo fuerunt instituti. † Tertia ratio erat, quia illa etiam fideicommissa quæ primo testamento rectè & vtiliter relicta sunt, facto alio testamento non modò ex priore testamento quod sublatũ est peti amplius non possunt, sed neq; ex posteriore etiam in quo idem heres scriptus sit qui in priore, nisi fuerit iterum ille rogatus. Quantò minùs igitur ex posteriore testamento, in quo additus sit coheres fideicommissum debebit Pompeius qui eo testamento rogatus non fuit, licèt fuerit aliquando rogatus, non quidem priore testamento, sed tamen tanquam heres priore illo institutus ex toto asse? Verum ratio hæc vltima leuior est, quia supponit fuisse per posterius testamentũ mutatam voluntatem: quod falsum iámque negatum est, nisi rationem adiuues & suppleas Pompeium hunc non solùm rogatum non fuisse posteriore testamento, sed nec rogari potuisse vt totum fundum ex portione sua daret, cùm eius partem necesse sit capere ipsum à coherede *d. l. cùm pater 77. in*
23 *prin & d. l. deducta §. accepris*. † Responderi tamen ad rationes istas omnes potest, futurum vt locum haberent si testamento vel priore vel posteriore Pompeius tanquam heres conueniretur, quomodo conueniri eum necesse esset si de tacito fideicommisso præstando nihil cauisset. At cùm ex cautione sua cõueniatur, nec probet sibi datas vllas præceptiones per quas imminui debeat hereditaria portio coheredis, nihil aliud est quod dicere possimus, quàm quod placuit Imperatoribus debere præstati totum fideicommissum ab illo solo, id est, ita vt nullum in ea re sit onus coheredis qui nec expressè nec tacitè fuit rogatus, & *ex sola ipsius cautione*, vt lex ait, hoc est ita vt ex cautione tantùm non etiam ex testamento condemnatio fiat, tametsi nõ alio prætextu aut iure maneat efficax cautio ad agendum, quàm quod mutato quoque testamento nihilomagis voluntas testatoris mutata censeatur. Ergo bene Paulus noster qui quid ab Imperatoribus suis decretum & constitutum esset nihil dixerat, totam quæstionem ita concludit, *Placuit, quia non probabat sibi datas præceptiones ex sola cautione so-*
24 *lum fideicommissum præstare debere.* † Eleganter verò in Pompeium retorquet eam ipsam rationem qua Pompeius præcipuè mouebatur. Putabat enim non debere se teneri nisi pro parte quia præceptiones nullas acceperat propter quas æquum videri oporteret totum fideicõmissum ab eo præstari qui pro parte tantùm heres esset. Imperatores verò ob hoc ipsum quod non probabat sibi datas vllas præceptiones, nec rursum mutatã testatoris voluntatem putarunt eum condemnandum, vt ex sola cautione sua solus totum fi-
25 deicommissum præstaret. † An fortè tanquã Põpeius & ex propria persona obligatus? Nequaquam, sed tãquam heres Flori. Si enim poneres posteriore testamento nulla ex parte fuisse illum à Floro institutum, nulla prorsus ratio esset cur ex sua cautione, siue in totum, siue pro parte condemnandus videretur. Sed cùm heres manserit, licèt pro parte tantùm, condemnatur in solidum ex propria cautione, quia & in solidum cauerat, & iusta cautionis causa supererat, quantumuis modica esset hereditatis portio, quam ille ex posteriore testamẽto retinuisset. Legis species & sententia est sanè perelegans, & in qua vix puto quemquam ex Iureconsultis nostri temporis si eadem facti species nunc primùm incideret, idẽ fuisse responsurum quod Impp. pronũciarunt: nec abs re posset quis iocando suspicari apud Cæsares alioqui nomini Põpeiano infestissimos, tam nocuisse isti heredi quod Põpeius nominaretur, quàm quòd tacitam fidem contra leges accommodasset, si iuris ratio à nobis iam fusissimè explicata minùs diligenter attenderetur.

CAPVT IV.

Emendatio l. 2. C. de transact.

SVMMARIA.

1 *Propter litis metum transactioni locum esse, & pecuniam eo nomine promissam rectè cautam intelligi.*
2 *Cur in* l. in summa 65. ff. de condict. indeb *hæc duo separentur, dari quid ob transactionem, & dari quid ob causam.*
3 *Transactionem quæ per collusionem, vel ob litem calumniose institutam sit, non valere & tamen in aliqua differre.*
4 *Accursij coniectura ad verba illa eiusdem legis. 2. ex* qua causa si fisco soluisses &c.
5 *Reijcitur Donelli ad ea verba interpretatio.*
6 *Ea verba de vicesima hereditatis quæ fisco soluebatur accipi non posse.*
7 *Noua horum verborum emendatio.*

FRater † cum sorore sua à qua hereditatis paternæ 1
controuersiam aliquam verebatur, transegerat nulladum lite mota, ex eáque causa cauerat certam pecuniæ quantitatem ei se debere, nec tamen soluerat, sed priusquam ad solutionem vrgeretur, consulebat Imperatorem, an ius haberet condicendæ promissionis & obligationis, quasi sine causa factæ, licet trãsactionis color quæsitus esset, cùm nulla lis vnquam fuisset de qua transigi potuisset. Rescripsit Imperator & si nulla fuisset adhuc mota quæstio hereditatis, sufficere tamen quod propter timorem litis interposita esset transactio, vt pecunia eo nomine promissa rectè cauta intelligatur. Neque id vllam apud me aut aliquem ex interpretibus habet dubitationem. Constat enim iustissimum esse titulum transactionis, nec sine causa videri datum aut promissum quod per transactionem datum aut promissum est † quamuis
pro seiunctis & separatis habeãtur ista Dari quid ob 2
transactionem, & dari quid ob causam in *l. in summa 65. in princ. D. de condic. indeb.* Ideo fortasse quia transactio sitis idonea & sufficiẽs suiipsius caussa est. Nã, vt ibidem Paulus subiũgit quod transactionis nomine datur, licèt res nulla media fuerit ex illa parte, non reperitur cùm si lis aliqua fuerit hoc ipsum quod à lite disceditur iusta transactionis caussa esse videatur. Etsi verò adiecimus, *Si lis aliqua fuerit* quomodo etiã Paulus loquitur, non tamen casum illũ excludimus, nec excludere Paulus voluit, quo nulladum lis fuerit tempore interpositæ transactionis, si modò iustus potuerit subesse metus futuræ litis. Quid enim hac parte potest interesse an lis præsens sit, an futura? An nõ perinde dubia res est de qua metui lis iusta potest? Cur verò de lite hic loquimur, nisi vt significemus dubiã esse rem & incertã de qua transigitur, quia nec de alia re fieri transactio potest, in eóque præcipuè
distat à pacto *l. 1. D. de transact.* † Nã & inde est quòd 3
si per euidentem calumniã lis instituta proponatur, non eò magis transactio valet *d. l. in summa §. 1.* Tunc enim per euidentem calumniam instituta lis, dicitur, cùm dubitandi ratio nulla fuit quæ litis non calũniosæ materiam præbere posset. A quo casu differt ille cùm dicis causa mouetur lis, & perfunctoriè ad hoc

transactio

solùm vt transactioni color quæratur inter aliquos
in alterius necem colludentes. Huiusmodi namque
transactio per collusionem non per calumniam facta
dici debet. Quæ per calumniam fit id agit vt damnũ
irroget ei personæ cum qua transigitur. Quæ per col-
lusionem, dolum vtriusque transigentis habet, vt ter-
tio damnũ inferatur. Neutra valere debet, quia quod
dicis causa, hoc est perfunctoriè ac simulatè fit, sem-
per pro infecto habendum est *l. 4. D commod. l. 1. §. ex-
cusantur 34. D. ad SC. Silan. l. si ex pretio 6. C. si cert. pet.*
Et eę demum transactiones valent & ratæ habentur,
quæ nec vi nec dolo, sed spõte ac bona fide facta sunt
l. fratris 10. l. præses prouinciæ 12. & seq. l. sub prætextu in-
4 *strumenti 19. C. de transact.* † Sed quod sequitur apud
Imp. *in d. l. 2. ex qua causa si fisco soluisses repetere non pos-
ses, & si non soluisses tamen iure conueniris*, quem sen-
sum habeat difficile est explicare. Quid enim propo-
sita species aut quæstio commune habeat cum iure
fisci, vt hic de fisco tractari oporteat? Nihil prorsus,
nisi cum Accursio & recentioribus nonnullis Accur-
sium secutis suppleas successisse fiscum sorori cũ qua
frater transegerat. Quod tamen nec sine diuinatione
supplere possis, cùm in præcedentibus nihil sit ex quo
possis id cõiicere, at ne quidẽ sororis mortẽ aut dãna-
tionem suspicari, nec rursum causa aliqua fuerit pro-
pter quam de fisco potiùs quam de alio herede quoli-
5 bet agi oporteret. † Illud verò longè improbabilius
est quod Hugo Donellus, tersus alioquin & elegans
Iureconsultus scripsit tractari de fisco ex hypothesi, vt
etiamsi is sorori successisset aliqua ex causa, non eò
minùs transactio valere deberet atque efficax esse tã
ad agendùm quam ad retinendum. Cur enim putare-
mus deteriorem esse debere hac parte condicionem
fisci, quàm alterius cuiuslibet successoris, cùm in cæ-
6 teris ferè omnibus melior esse soleat? † Quod verò
Iacobus Cuiacius libro 9. Obseru. cap 24. hanc legem
intelligit de vicesima hereditatis quæ fisco solueba-
batur, nihil minùs quàm probabile est. Non enim sol-
uebatur cùm de parẽtum hereditatibus, vt in propo-
sita specie inter fratrem & sororem agebatur, pro-
pterea quòd eiusmodi hereditates parentum ex ipso-
rum voto, iuréque naturali liberis debitæ crederen-
tur. Qua etiam ratione lex Iulia de caducis erubuerat
iugum imponere liberis ad tertium vsque gradum vt
Iustinianus testatur in *l. vniç. C. de caduc. tollend.* † Di-
7 cendum igitur est mendum magnum, sed quod facilè
ex literarum similitudine constari potuit in verba le-
gis irrepsisse, & pro *fisco* reponendum esse *ilico*. Hoc
sensu vt cautio & promissio facta certæ quantitatis ex
causa transactionis condici nullomodo possit, quia
siue ilico soluta fuisset ea quantitas, repeti postea non
posset, siue soluta non esset, peti vtiliter posset ac sine
vllius exceptionis metu. Consequens igitur est vt o-
bligatio etiam vtiliter facta contractáque intelligi
debeat, ob idque nec condici possit, quomodo posset
vtique si vel ex nulla vel ex falsa vel ex iniusta causa
frater sorori cauisse proponeretur. Tam aperta verò
est hæc emendatio, & prima etiam fronte tam proba-
bilis, vt in ea comprobanda diutiùs immorandum
nobis esse non arbitremur.

Capvt V.

Emendatio l. hæc Scriptura 26. D. de cond. & demonst.

SVMMARIA.

1 *Scripturam illam initio legis propositam non vnam con-
ditionem duas partes habentem, sed duas conditiones
continere.*
2 *Cuiacij ad eandem scripturam emendatio.*
3 *Proponitur simplex conditio duas partes habens.*
4 *Quomodo simplex illa conditio*, si iurauerit se aliquid
factùrum, *duas partes habere possit?*
5 *Vnica illa conditione*, si iurauerit se monumentum
facturum, *duas partes contineri.*
6 *Res aliarum legum exemplis illustratur.*
7 *Conuenientia* d. l. hæc scriptura *cum* l. 8. §. quotics. ff.
de condit. instit.
8 *Confirmatio emendationis à Cuiacio superius propositæ.*
9 *Verba illa*, si iurauerit se decem daturum, aut mo-
numentum facturum, *exempla vnius eiusdemque
conditionis esse.*
10 *Cur in* d. l. scriptura *Iulianus distinguat, an duplex
conditio sit, an vna tantùm quæ duas habeat partes.*
11 *Duplici conditione disiunctim & alternatiuè adscripta,
sufficere si alterutra impleatur.*
12 *Institutum sub duabus his alternatiuis conditionibus*, si
Titio decem dederis, aut iuraueris te coniugem
tuam occisurum, *hac a Prætore remissa, heredem
esse posse licet alteram non impleuerit.*
13 *Explicatur* §. si quis sub iurisiurandi, l. quæ sub con-
ditione ff. de condit. instit.
14 *Longè diuersam esse præcedentis paragraphi rationem.*
15 *Siue duæ conditiones coniunctim iunctæ sint, siue vna
tantùm duas habens partes, vel vtramque conditio-
nem, vel conditionis partem aut impleri aut remit-
ti oportere.*

VVlgata † lectio sic habet, *Hæc scriptura*, si viginti 1
dederit aut iurauerit se aliquid facturum *vnam
condicionem exprimit habentem duas partes.* Hoc verò
falsum est. Duplicem enim condicionem hæc scriptu-
ra exprimit, non vnam habentem duas partes. Prior
condicio illa est *si dederit viginti* Posterior autem dis-
iunctim & alternatiuè subiuncta *si iurauerit se aliquid
facturum.* Idque iam ante nos Iacobus Cuiacius lib. 5.
Obser. ca. 1 felicissimè & ingeniosissimè, vt alia penè
innumera obseruauit. † Mendum tamen vulgatæ le- 2
ctionis non satis feliciter vt arbitror, emendauit. Pu-
tat enim sic legendum, *si iurauerit se viginti daturum,
aut aliquid facturum*, nec animaduertit quod meo iu-
dicio per se notissimum est, hoc quoque casu duas es-
se condiciones non vnam duntaxat quæ duas partes
habeat. Etsi enim tota hæc clausula non nisi vno ver-
bo *iurauerit*, vnicóque articulo illo *si*, qui condicionẽ
facit, perficitur, idem tamen verbum tacitè repeten-
dum est, idémque articulus, vt non minùs secunda
quàm prima condicio bonum habeat sensum. Quid
enim refert an scriptura ita vti ex Cuiacio diximus
concepta sit, an hoc potiùs modo *si iurauerit se viginti
daturum, aut si iurauerit se aliquid facturum?* An non
idem vtriusque formulę sensus est? Et tamen quis ne-
gauerit posteriore scriptura duas exprimi condicio-
nes? Ergo & priore, noua igitur formula verborúmq;
conceptio quærenda est per quam fiat vt verè dici
possit non duas esse condiciones, sed vnam duntaxat,
quamuis duas habentem partes. † Eam verò facilè in- 3
ueniemus si sic legemus *si iurauerit se aliquid facturum.*
Nemo enim dixerit his verbis tam simplibus & præ-
cisis duas condiciones vllo casu, vllóque modo conti-
neri. Vna tantùm est quam nec paucioribus verbis
exprimere possis. In eóque non puto quenquam repe-
riri posse adeò imperitum qui à me sit dissensurus. † 4
Sed facilè omnes quærent quomodo aut quo sensu
possit fieri vt hæc condicio tam simplex duas partes
habeat, & quęnam illæ sint. Hoc enim vnum est quod
antiquũ interpretẽ primùm fefellit, & vt ita dicam,
coegit, vt perelegans Iuliani responsum corrumperet,

additis præcedentibus illis, *si viginti dederit*, subiuncto etiam articulo disiunctionis *aut*, non animaduertens secundum istam emendationem fieri non duas partes vnius eiusdemque condicionis, sed duas, vt diximus, condiciones. Id etiam proculdubio fuit quod assequi non potuit vir doctissimus, vt sublato mendo quod non erat obscurum, restitueret veram lectionem, & quod è contrario fecit vt in eundem impegerit errorem. † Cùm tamen nihil apertius aut
5 verius sit, quàm vnica illa condicione *si iurauerit se monumentum facturum* duas partes contineri. Quarum vna illa est si iurauerit, altera, si monumentum fecerit. Nam qui iurat se monumentum facturum, hoc primùm facit quòd se obligat vt faciat monumentũ: Illud deinde quod adhibet iusiurãdũ, vt fortiore vinculo muniat obligationem. Similiter is cui relictũ aliquid est sub vnica ista & simplici condicione *si iurauerit se monumentum facturum*, de duobus iussus intelligitur, de illo primùm vt faciat monumentum,
6 deinde etiam de illo vt iuret se facturum. † Quod etsi naturalem habet intellectum, probari tamen non ineleganter potest ex *l. Celsus 23. §. 1. D. de recept. arbitr.* vbi Vlpianus ex Celso contra Proculum scribit, Si arbiter iusserit me tibi centum dare intra Cal. Ianuar. proximas, & tu valetudine aut iusta alia de causa fueris impeditus, ne accipere potueris me offerente, postea verò te parato accipere dare nolim, pœnam me debere. Duo enim esse arbitri præcepta, id est, vt nemo non videt interpretandum esse, istius præcepti quod re vera vnum duntaxat est, duas esse partes, vnã *pecuniã dari*, alteram *intra Calendas dari*. Et ideò quãuis in pœnam non commiserim ex ea parte qua intra Calendas non dedi, quia per me non stetit, tamen nũc me committere ex ea qua non do si tu accipere sis pa-
7 ratus. † Sed ad propositum nostrum multò accommodatius est, quod idem Vlp. scribit in *l. qua sub condicione 8. §. quoties de condic. instit.* quoties iurare heres iubetur daturum se aliquid vel facturum quod non improbum sit, non aliter debere actiones habere hereditatis, quàm si dederit vel fecerit id quod erat iussus iurare. Hoc enim cur ita? Nisi quia quod iussus erat iurare daturum se vel facturum, idipsum multò magis & in necessarium antecedens dare vel facere iussus erat? Et verò hoc ipsum quoque est, aliud verò præterea nihil quod Iulianus tractat in *d. l. hæc scriptura*, cùm statim post primam clausulam de cuius emendatione disputamus, subiiciat hæc verba, *Quare quicunque heres scriptus erit sub condicione si iurauerit se decem daturum, aut monumentum facturum, quamuis verbis edicti ad hereditatem vel legatum admittatur, tamen compellitur facere id quod facturum se iurare iussus est, solo iureiurando remisso.* Nimirum si id quod facere iussus est, improbum non sit, vt Iulianus ex Vlpiano intelligatur & suppleatur. Alioqui vtrumque simul remittit prætor & iusiurandum, & iussum faciendi, nec magis cogitur heres cui faciendi condicio adscripta est, face-
8 re quàm iurare. † Dices suprascriptis illis Iuliani verbis, *sub condicione si iurauerit se decem daturum aut monumentum facturum*, Cuiacij emendationem apertissimè confirmari cùm ea ipsa verba sint, quæ putat ille in principio legis esse reponenda. Nec sanè dubito quin hac potissimum ratione motus is fuerit, vt legem sic emendaret. † In eo falsus & deceptus eui-
9 denter, nisi fallor ego stupidissimè, quòd ea verba *si iurauerit se decem daturum, aut monumentum facturum* pro vnico propositæ condicionis exemplo accepit, quæ proculdubio exempla sunt eius condicionis & scripturæ, de qua cum Iuliano tractamus. Vnum, *si iurauerit se decem daturum*, Alterum, *si iurauerit se monumentum facturum*. Quibus duobus exemplis Iulianum vti conueniens fuit, vt ostenderet nihil hac parte inter dandi & faciendi obligationes interesse, quod & ab Vlpiano tactum est in *d. § quoties*. Sed nondum bene & omnino Iulianus explicatus est. † Quæreret enim ali- 10
quis fortasse, cur distinguat Iulianus an duplex condicio sit, an vna tantùm quæ duas habeat partes? Respondeo, quia cùm vna duntaxat condicio est duas partes habens, vtraque pars est implenda, si non altera edicto prætoris remittatur. Est enim proprium illud cuiuslibet condicionis, vt sit indiuisibilis, & consequenter in totum implenda, nec proficiat hilũ fuisse impletam ex aliqua parte, nisi cum ex coniectura voluntatis diuisio condicionis induci potest *l. cum fundus 56. eod. tit. de cond. & demonst.* Ergo in proposita specie quamuis iusiurandum remittat prætor, atque ita faciat ne is qui iussus erat iurare se decem daturum, cogatur implere condicionem ex ea parte qua iurare iussus fuit, non eo minùs tamen cogitur decem dare, & ex hac parte parêre condicioni, quoniam vnica cõdicio est, quæ licèt pro impleta habeatur, ex qua parte à prætore remittitur, quia tamen non in totum, sed pro parte duntaxat remittitur, necessariò implenda est quatenus non est remissa. Alioqui diuideretur, & sufficeret impleri eam pro parte contra iuris nostri rationem. † At cùm duplex condicio est, si non vtra- 11
que coniunctim adscripta sit, sed disiunctim, &, vt loquuntur, alternatiuè, constat sufficere vt alterutra impleatur, ac proinde quod est consequens, etiam sufficere vt alterutra prætoris edicto remittatur, siquidem quæ remittitur, licèt pro non implenda verius quàm pro impleta habeatur, vt alibi scripsimus ex *l. si facta 36 §. sub condicione. D. ad S.C. Trebell.* non minus tamẽ ei cui adscripta fuerat prodesse debet ne alteram cõdicionem præcisè implere compellatur, quàm si ea, quæ remissa est, & implenda fuisset & impleta. Aliter enim posito iure fieret vt quæ non nisi eius gratia sit remissio, ipsi noceret. † Itaque si fingas heredem te in- 12
stitutum sub duabus his alternatiuis condicionibus, *si Titio decem dederis, aut iuraueris te Mæuiam coniugem tuam occisurum*, dubitandum non est quin heres futurus sis, etiamsi Titio nõ dederis decem, quia non sub illa tantùm condicione dandorum Titio decem scriptus fuisti, sed sub alia etiam, quam sufficit à prætore remissam esse in totum, id est, non tantùm quod ad iusiurandum, sed & quod ad factum de quo iurare iussus eras, vt ad tuum commodum pro impleta habeatur, hactenus saltem ne aliam præcisè implere cogaris, quæ disiunctim & sub alternatione non coniunctim fuerat adscripta *d. l. si heredi plures 5. D. de cond. instit.* Perinde igitur heres esse poteris, etiamsi des Titio nihil, ac si & iurasses te coniugem tuam occisurum, & subinde occidisses, quia non potest tibi imputari cur vel hanc condicionẽ non impleueris quæ fuit contra leges & bonos mores, vel aliam dandorũ Titio decem, quæ quamuis fuerit licita, non sic tamen iniuncta tibi fuit vt eam omnimodo & præcisè implere debueris, cùm idem testator arbitrium tibi dederit, non implendi, adiecta cõdicione alia, eáque alternatiua. † Idque est quod idem Vlp. scribit in *d. l.* 13
qua sub condicione. §. si quis sub iurisiurandi. De cond. instit. Si quis sub condicione iurisiurandi sit institutus, aut si decem dederit, hoc est alternata condicione, vt aut pareat condicioni, aut iuret, posse quidem dubitari nunquid remitti ei condicio non debeat, quia potest alteri condicioni parendo esse securus, sed esse verius remittendam cõdicionem, ne inquit, alia ratione alia-

alia condicione eum vrgeat ad iusiurandũ, puta quòd fortè ita sit effectus vt facilius sit iuraturus quàm decem daturus. Ex qua ratione apparet, quod lex ait *remittendam condicionem*, non de sola iurisiurandi condicione intelligi debere, sed condicione ipsa alternata, de qua & in singulari numero Vlpian. loquitur, quia cùm alternatiuam condicionem dicimus, licet in numero singulari, omnes condiciones quotquot in alternatione sunt significamus, quasi vnius appellatione includendas ob id quòd vna eadémque condicionis clausula & formula continentur. Porrò alternatã condicionem remitti nihil aliud est quàm eũ cui duplex illa condicio alternatiua fuerat adscripta neutrã
24 implere compelli. † Longè diuersum est quod idem Vlp. in eadem lege scribit in § præcedẽte. Si quis sub iurisiurandi condicione, & præterea sub alia sit institutus, magis quidem esse vt ei remitti debeat condicio iurisiurandi, sed non eò minùs cogendum illum vt alij pareat condicioni. Habet enim id rationem illam, quòd hoc casu duplex condicio fuerat adscripta coniunctim non separatim: ita vt proinde vtramque impleri oportuisset, si non altera remissa fuisset *d. l. si*
25 *heredi plures.* † In summa nihil refert quod ad propositam quæstionem, An duæ sint condiciones, si modò coniunctim fuerint iniunctæ, An vna tãtùm duas habens partes, quia vtroque casu vtramque siue condicionem, siue condicionis partem, aut remitti necesse est aut impleri, aut si alterius tantùm remittendæ ratio subsit alteram impleri. Sed multum refert an vna tantùm condicio sit duas habens partes, an duæ condiciones alternatiuæ, quoniam priore casu remissa vna tantùm condicionis parte, altera pars implenda est. Posteriore verò alterutram remissam esse sufficit, vt neutra impleatur, quia & ad extinguendam eam quæ non est remissa, sufficeret impletam solùm alteram quæ à prætore remissa fuit.

CAPVT VI.

Corruptum fuisse à Triboniano responsum Marciani in l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum. De legat. I.

SVMMARIA.

1 *De quæstione tractata in* d §. apud Marcellum.
2 *Locum illum à Triboniano deprauatum & corruptum fuisse.*
3 *Emendatur versiculus*, & ait Marcellus,
4 *Vera ratio propter quam in* d §. si legatarius, *qui fundum restituere & centum ex fructibus quos ex eo fundo percepisset Titio soluere rogatus est, confestim post acceptum legatum moriatur fideicommissum extinguitur.*
5 *Eam speciem à Marcello non tractari, in qua centum ex fructibus fundi legati a se percipiendis legatarius Titio soluere iussus sit.*
6 *Obiectio aduersus superiorem emendationem.*
7 *Pecuniæ fideicommissum in prima parte distinctionis.* d. *§. in tempus mortis legatarij collatum fuisse.*
8 *In secunda distinctionis parte Marcelli sententiam à Triboniano impugnatam fuisse.*
9 *Illa Triboniani sententia & reprehensio rationibus refutatur.*
10 *Ad verba illa eiusdem paragraphi*, certè erit legatarius audiendus. &c.
11 *An is cuius fidei testator commisit vt Titio centum daret, liberari possit si fundum sibi legatum & Titio eandem restituendum præstare malit quam pecuniam.*
12 *Examinatur Marcelli sententia verbis illis expressa*, ait Marcellus confestim &c.
13 *Triboniani manus in* d §. apud Marcellũ *obseruatur.*

MArcianus † in *l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum. De legat.* 1. refert apud Marcellum agitatam 1
fuisse talẽ quæstionem. Quidã, inquit, ab eo cui fundum legauerat, fideicommiserat vt eum fundum post mortem suam Sempronio restitueret. Eiusdem præterea legatarij fidei commiserat vt centum Titio daret. Quæritur quid iuris sit. Et ait Marcellus si legatarius post tãtum temporis decessisset, vt ex fructibus centum fierent, Titium centum accepturum, sin post acceptum legatum confestim decessisset legatarius, Titij fideicommissum extingui, quia placet non plus posse quẽ rogari restituere quàm ei sit relictum. Sed si Titij fideicommissum non est in tempus mortis legatarij collatum, confestim fideicõmissum Titio dandũ, sed cautione exacta quãto amplius cœperit reddi. Quã cautionẽ ita committi, si prius legatarius decesserit, quam ex fructibus centũ perciperet. Atque ita Marcellum scripsisse non dubito, ipsiúsque sententiam à Marciano probatam fuisse, vtpote quæ & iuris rationi conueniẽs sit, & voluntati testatoris. † Sed 2
tamen quãtopere corrupta & deprauata sit à Triboniano (quis enim vnquã interpres tã multa de suo addere ausus fuisset?) ex eo apertissimè liquet, quòd ex cæteris omnibus, quæ in legis contextu leguntur, nihil prorsus est quod cũ aliquo iuris colore possis tribuere aut Marcello, aut Marciano. † Primùm in illis 3
verbis: *Et ait Marcellus, si Titio testator centum ex fructibus, quos viuus legatarius perciperet, reliquerit, & legatarius post tantum temporis decessisset, &c.* apparet non potuisse ita scribere Marcellũ, quin propositæ à seipso quæstionis speciẽ variaret, quod tamen nemo dixerit ab eo factũ esse in respondendo ad propositam ipsam quæstionem. Esset enim id hominis parũ considerati nec sibi satis constantis, aut ad id quod ageret, bene attẽdentis. Nã in proponenda facti specie, nihil aliud Marcellus expresserat, nisi quod eiusdẽ legatarij qui fundum sibi legatũ restituere Sempronio iussus erat, testator fideicõmiserat vt Titio quoque centum daret: non additis verbis illis, *ex fructibus quos viuus legatarius percepisset.* Itaque circumscriptis intermedijs omnibus sic lego: *Et ait Marcellus si legatarius post tantum temporis decessisset.* † Alioqui si poneres ius- 4
sisse testatorem vt centũ illa soluerentur Titio ex fructibus quos viuus legatarius ex fundo sibi legato percepisset, confestim verò post acceptũ legatum decessisse legatarium, perinde quidẽ verũ esset, quod Marcello placuit Titij fideicõmissum extinctum fore, sed non ratione illa quã Marcellus probauit, quòd nemo possit rogari plus restituere quàm ei relictũ sit. At illa potiùs, quòd eo casu fideicõmissum Titio relictum esset condicionale, si aut quatenus ex fructibus fundi legati tantumdem legatarium percipere contingeret, quæ condicio sicuti deficeret legatario ante tot fructuum perceptionem defuncto, ita & defecta semel non pateretur valere fideicõmissum quod sub ea relictum esset *arg. leg. defuncta 58 §. 1 ff. de vsufr. leg. si debitor 39. §. verisimile ff. de contr. empt. leg. scribit 34. §. vltimo ff. de aur. & arg. leg. vinct. leg. Stichum 6 de legat. 1.* Proinde non esse quærendum, An valeret, necne fideicommissum Titij supra quàm legatario relictum esset, quia nec fideicommissum vllum datum intelligitur, quoties defecit condicio sub qua datum fuit. Ob idque etiam ita posito iure vt qui ex legato accepisset centum, posset onerari in ducentis, quod falsum est, non eo magis tamen fideicommissum hoc

Titio deberetur, tāquā nec datum. Atqui ratio Mar-
celli ostendit futurum omnino, vt deberetur, nisi fie-
ret indebitum ex eo solo, quòd regula iuris non pati-
5 tur, vt quis in plus oneretur quàm acceperit. † Faten-
dum igitur est non eam speciem à Marcello tractari,
in qua iussus sit legatarius centum soluere Titio ex
fructibus fundi legati à se percipiēdis, sed in qua sim-
pliciter iussus sit Titio dare centum. Nec pugnat
quod cæteris verbis retentis admittimus Marcellum
scripsisse, *si legatarius post tantum temporis decessisset vt
ex fructibus centum fierent* Non enim ideò consequens
est vt ea centum ex fundi fructibus solui præceperit
testator, cùm ea verba Marcelli sint non testatoris,
longéque aliud sit de ea fructuum perceptione tra-
ctare quam testator ipse in fideicommissi conditione
posuerit, aliud verò de fructibus quos à legatario per-
ceptos esse contigerit, ita vt ex iis, centum Titio sol-
6 uere nullo suo incommodo possit. † Dices si ea verba
deleantur quæ nos tollimus futurum vt nihil supersit
in præcedentibus, ex quo possit colligi eam speciem
à Marcello tractari in qua voluerit testator non nisi
post legatarij mortem Titio centum præstari. Præce-
dentia enim simpliciter ita scriptum habent, *eiusdem
legatarij fidei commiserat vt Titio daret centum*, nulla
7 mortis legatarij facta mentione. † Et hoc quóque
esse potuit, ni fallor, quod Tribonianum decepit.
Nam secunda distinctionis pars sic concepta, *sed si
Titij fideicommissum non est in tempus mortis legatarij
collatum* cogit nos fateri in prima distinctionis parte
tractatum fuisse casum illum quo fideicommissum
pecuniæ relictum Titio in tempus mortis legatarij
collatum proponeretur. Ac sanè ita est. Potuitq; Mar-
cellus idipsum colligere non obscurè ex eo quòd fi-
deicommissum illud pecuniarium Titio relictū fue-
rat, immediatè post fideicommissum fundi Sempro-
nio datum. Porro legatarius non nisi post mortē suam
fundum sibi legatum Sempronio restituere iussus e-
rat. Quidni ergo eadem clausula in sequenti fideicō-
misso repetita intelligeretur? *arg. l. si mihi & tibi 12. §.
vlt. l. talis scriptura 30. in fin. cum sequenti hoc titul.* Aut
cur crederetur testator in dubio magis adstrinxisse
legatariū in fideicōmisso pecuniæ non legatæ, quàm
in fideicōmisso legati fundi? Nihil igitur necesse est
verba, quæ nos delemus retinere, vt inducamus ca-
sum illum quo legatarius rogatus sit de centum post
8 mortem duntaxat suam Titio præstandis. † Quòd ad
secundam verò distinctionis partem attinet, impu-
gnauit Tribonianus Marcelli sententiam, sed hæsi-
tanter suo more, & ita vt facilè agnoscas non repre-
hendendi animum, aut studium, sed scientiæ fiduciā
homini defuisse. Cùm enim Marcellus scripsisset Ti-
tij fideicōmissum in tempus mortis legatarij colla-
tum non esset, Titio confestim dandum esse, sed exa-
cta priùs cautione, quanto ampliùs cœperat reddi,
eámque cautionem ita cōmitti si prius legatarius de-
cesserit, quàm ex fructibus centum perciperet, noster
ille Tribonianus subtilem agens sub nomine Marcia-
ni, *sed vix est*, inquit, *vt legatarium ex reditibus velit
9 ante dare quam fructus legatarius percepisset.* † Quis ve-
rò tibi dixit Triboniane, voluisse testatorem hunc da-
ri Titio centum ex reditibus fundi legati? An fortè
Marcellus cùm in prima distinctionis parte scripsit, *si
legatarius post tantum temporis decessisset vt ex fructibus
centum fierent.* Atqui iam diximus non esse testatoris
verba illa, nihilque ex iis inferri posse. Quod si nihil
fuit apud Marcellum, neque in proponenda facti spe-
cie, neque in respondendo ad propositam quæstionē,
ex quo potueris conijcere testatoris voluntatem eam
fuisse, vt non nisi ex fundi reditibus ea centum solue-
rentur, Cur supponis falsum, vt ansam tibi vltrò præ-
beas Marcelli reprehendendi? An putas fortasse, tam
subtilem & acutum Iureconsultum, qui ne Iuliano
quidem pepercerit, ignorasse quod nemo nescit, eum,
qui ex fructibus certi fundi aliquid præstare iussus
sit, neque aliter cogendum præstare, quàm si tantun-
dē ex fructibus perceperat, neque priùs quàm perce-
perit? *l. nomen debitoris 34. §. vni ex heredibus, de legat. 3.*
Sed à te Marcelli sententiam quam non intellexeris
corruptā, primùm pro arbitrio, deinde ex falsi suppo-
sitione reprehēsam fuisse non miror. Illud potiùs mi-
ror tam audacem te qui in prudentū responsis emen-
dandis, aut verbis deprauandis tibi non temperaue-
ris, minùs tamen hîc adrogaueris iudicio tuo, quàm
vt reprehensionem ausus sis pro bona iustâque secu-
rus dare: *vix est*, inquis. Nihil ergo adfirmas. Etsi non
ignoro prudentibus nostris esse familiare, vt eiusmo-
di locutione sententiā suam modestè insinuent, tùm
etiam cùm adfirmant. † Sed non idem tibi contigis- 10
se, indicat manifestè quod mox subiungis, *certè erit
legatarius audiendus, si velit totum fundum præstare. si de
restituendo caueatur* Nam si absolutè & audacter nega-
re potes verum esse quod Marcellus dicebat, confe-
stim præstandom Titio fideicommissum exacta prius
cautione, de qua diximus, quid attinet huic legatario
electionem tribuere præstandi fundi, pro pecuniario
fideicommisso, si id malit? An ideo fortasse ne ma-
gna ei fiat iniuria, si confestim vt Marcellus volebat,
& ante vllos perceptos ex fundo legato fructus co-
gatur dare Titio centum? Atqui tutus est ipso iure, &
ex ipsa etiam testatoris voluntate, si Marcelli senten-
tiam vis haberi pro falsa, quæ falsissima vtique esset, si
ad eum casum aptaretur, quē tu tibi cōminisceris, quo
scilicet ex fundi legati fructibus cētum illa solui de-
buissent. Nullo igitur casu permittendum est legata-
rio, vt electionem illā habeat dandi pro pecunia fun-
di, siue Marcelli sententia vera sit, siue falsa † Et verò 11
quis vnquam dixit, vel audiit, eum cuius fidei testator
cōmiserit, vt Titio daret centum, posse quidem eius
fideicommissi nomine conueniri, sed tamen liberari
si fundum sibi legatum, & alteri tandem restituēdum
præstare malit quàm pecuniam? An non id à iuris ra-
tione abhorret manifestissimè? Nam si fideicommis-
sum huiusmodi non valet, cur de fundo ipso præstan-
do agimus? Sin places valere, cur aliud pro alio solui
permittimus? An quòd absurdum sit legatarium de
suo præstare centum, vt subiungit Tribonianus? Im-
mò verò longè absurdius est existimare posse vllo ca-
su contingere secūdum Marcelli sententiam, vt lega-
tarius hic de suo cētum præstet, ne tùm quidem cùm
ante vllos fructus perceptos, confestim centum Ti-
tio dare cōpellitur, etiamsi addas postridie illius diei
quo soluta pecunia fuerit, ipsum decessisse. Remedio
námque cautionis quam exigi Marcellus voluit oc-
curritur facile huic periculo & iniquitati, cùm quan-
to plus Titius ex euentu cepisse reperietur, quàm ex
fundi fructibus ad legatarium peruenerit, tantum-
dem ille heredi cuilibet legatarij ex interpositæ cau-
tionis potestate sit restituturus. Nec video qua ra-
tione dici possit legatarium de suo soluere, quod non
aliter pro bene soluto haberi possit, quàm si postea
ex fructibus fundi legati ea summa cōficiatur, quódque
certum sit ante functo legatario quàm ex fructi-
bus tantumdem redigi potuerit ipsius heredi omni-
modo restitutum iri oportere. † Dices, Illud saltem 12
Marcelli sententiæ consequens esse, vt noster hic le-
gatarius de suo proroget fideicommissum pecunia-
rium

tium Titio relictum, si confestim & ante vllos fructus perceptos id soluere iubeatur, nec ei liceat ipsius fundi præstatione ab eo se incommodo liberare. Fateor, sed id absurdum esse nego, siue initium inspicias, siue exitum obligationis. Initio námque inspecto, est quod sibi legatarius imputet, cur legatum vltro agnouerit, quòd huiusmodi prorogationis onere & incommodo affectum esse non ignorauit. Si verò quis huius obligationis exitus sit consideres, vtique indemnis seruatur legatarius remedio, vt diximus, cautionis. Et pro illo modico prorogationis & repræsentationis damno quod vltrò subiit legatarius agnoscendo legatum, sperare potest commodum illud perceptionis futuræ fructuum, quos si iuuet, ipse diutius multos ampliores percipere potest quàm quantos esse necesse sit ad summam fideicommissi pecuniarij conficiendam. Vt proinde tanto minùs ei succurrendum sit si eius lucri spe ac veluti pretio repræsentandæ pecuniæ necessitatem sibi vltro irrogauerit. Vidit enim & cogitauit damnũ sibi imminens non in re ipsa posse contingere, sed tantum in tempore, lucrum verò quod sperare potuit, non in tempore, sed quod multò maius est in emolumento fructuum & in ipsa quantitate. Sed & præsentis lucri & commodi ratione moueri potuit ad legatum agnoscendum vt quandiu viueret fundo ipso sibi legato frueretur, quem multo magis quàm centum habere sua sciret interesse. Tum quoque cùm fundus non nisi centum dignus esset, aut saltem non moltò pluris, alioqui enim quid eum cõpellebat vt legatum agnosceret. Etsi vix est vt prudens testator qui nõ nisi fundum alicui relinquat, eum oneret per fidicõmissum vt & fundũ ipsum Sempronio restituat post mortem suam & Titio det centum, si fundus centũ duntaxat
13 nummis dignus, aut non multò pluris fuit. † Quæ res magis me mouet, vltimáque huius §. clausula, vt manũ Triboniani agnoscam illo loco *maxime* si fundus centum vel non multò pluris est. Est enim mirus ille in conquirendis iis casibus qui vix vnquã possint euenire, vt maiore prætextu æquitatis suam scientiã muniat, quoties melior æquitatis arbiter videri vult quã fuerint veteres Iureconsulti. Agnosco etiã manum in verborũ modis Triboniano more inuersis, cùm scriptũ video *perceperit*, pro *perciperet*. *Reliquerit* pro *reliquisset*, *Voluit* pro *voluerit*, *Cauetur*, pro *caueatur*. Agnosco denique eandem manũ in postremis illis verbis *quo iure vtimur*. Fuerunt enim addenda à Triboniano vt sententiam suã sub Marciani nomine propositam contraria Marcelli opinione & distinctione faceret potiorem. Cæterùm nec Tribonianus ipse dicere possit quid iis verbis voluerit significare. An eius iure nos vti vt nullo casu cogatur legatarius Titio centũ soluere, antequàm ex fructibus tantundem elegerit? At nec Tribonianus id affirmare ausus est ne tum quidẽ cùm ex reditibus fundi ea centũ fieri testator voluisset, quãuis casus ille nullam habeat dubitationem, ne quidẽ apud Marcellũ. An potius eo iure nos vti, vt audiendus sit legatarius si malit totum fundũ sub cautionis onere præstare quàm centum? At iam diximus esse id omnino alienũ à iuris ratione, neque necessitate vlla nos vrgeri vt ad sententiam adeò nouam decurrere debeamus, vitandi eius absurdi gratia ne alioqui de suo cẽtum soluere legatarius teneatur, cùm remedio cautionis ex Marcelli sententia interponendę possit & debeat indemnitati legatarij esse consultum. Nihil ergo causæ subest cur à Marcelli sententia & distinctione non minus subtili quàm vera recedere debeamus.

CAPVT VII.

Emendatur §. si centum l. Imperator 70. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Summam eius legis hanc esse, legatarium non in plus quam ex testamento accepit onerari posse.*

2 *Ratio dubitandi in illo rescripto Imperatoris, quod à Papiniano in principio legis refertur.*

3 *Fideicommissum quod a legatario relinquitur ita demum ab eo deberi si legatum ad eum peruenerit.*

4 *An legatarius si non totum, sed partem legati restituere rogatus toto legato abstinuerit, actionibus suis in totum, an vero pro parte cedere rogatur?*

5 *Papinianum in* versic. quid ergo. *de legatario loqui qui legato abstinuerit, non qui legatum repudiauerit.*

6 *Legatarium, qui legatum cuius partem ex fideicommisso restituere debebat repudiauit, cogi non posse vt actionibus suis cedat.*

7 *Cur legatarius etiamsi legato abstinuerit, suas tamen actiones fideicommissario præstare cogatur?*

8 *Legatarium, si legatum perceperit non amplius ex causa fideicommissi soluere cogendum esse, quam recepit.*

9 *Pecuniario fideicommisso eum demum grauari posse qui pecuniam aut aliquid eiusdem generis ex testamento consecutus est.*

10 *An, si centum legatis legatarius ducenta restituere rogatus sit, fideicommissum ad summam vsque legatam valeat, an vero inutile sit?*

11 *In maiore summa minorem si non formaliter, saltem virtualiter inesse.*

12 *Quarum vsurarum additamentum debeatur, si post tempus fideicommissum relictum sit?*

13 *An si ex legato legatarius magnum aliquod emolumentum perceperit, illud fideicommissario post tempus restituere cogatur.*

14 *Cur legatarius, qui pecuniã acceptã rem propriam maioris pretij restituere rogatus est, non audiatur, si legato percepto computare velit?*

15 *Aliud obtinere, si quantitas cum quantitate conferatur.*

16 *Dictum legatarium audiendum esse, si quod legati nomine percepit fideicommissario offerat.*

17 *Emendantur vltima verba §. 1. d. l.* Imperator. *& eorum sensus proponitur.*

QVod † sup. c. diximus ex Marcello, Non posse quẽ 1
rogari vt ex fideicõmisso plus restituat quàm acceperit, huic emẽdationi hoc loco subiiciẽdæ causam dedit. Et quãuis emẽdatio leuis alioquin videri possit si ad literarũ figurã magis quã ad legis sententiã referatur, tãto maior tamẽ digniórq; videri debet, quanto fœdiora sũt mẽda omnia quæ in Papiniani quàm quę in aliorũ prudentũ responsa irrepserũt. Papinianus in tota *l. Imperator* 70. *de legat.* 2. nõ aliud agit variis speciebus & quęstionibus propositis, quàm vt hoc ipsũ nos doceat, Fieri nullo modo posse vt in plus oneretur legatarius quàm acceperit ex testamento. † Ac primum 2
refert Imperatoris Antonini rescriptũ quo cautũ fuit vt legatarius à quo fideicõmissum relictũ est si nihil ex legato acceperit, possit actionib. suis cedere nec id soluere compellatur. In quo dubitandi ratio illa erat, quòd fideicõmissum ab initio nõ fuisset inutile, cum testator nõ plus à legatario per fideicõmissum quàm ipsi legatario per legatũ reliquisset: quódque non deberet fideicõmissario nocere si legatum ad legatariũ non peruenisset siue propter calũniam & tergiuersationem heredis, siue ex qua alia extrinseca caussa. Sed

tamen placuit ad aliud non teneri legatarium nisi vt quas contra heredem actiones habet eas præstet, vt & aliàs euenire solet quoties non ob aliam caussam alteri quis tenetur quàm quòd actiones habeat, *l. quod in diem 16. §. vlt. l. item venum 20. §. ait Senatus D. de pe-*
3 *tit. hered. l. quod debetur 51. in fin. D. de pecul.* † Denique generale & perpetuum est vt fideicommissum quod à legatario relinquitur ita demum ab eo debeatur si legatum ad eum peruenerit. *l. si fideicommissum 78. De legat. 1.* Ne scilicet aliter positiuo iure fiat vt legatum damnosum sit legatario, quod esse numquam debet, *l.*
4 *si hereditatem 32. D. mandat.* † Quid ergo inquit Papinianus, si non totum sed partem legati relicti restituere rogatus abstinuit eo? Vtrum actionibus suis in totum cogetur cedere, an verò nonnisi ad eam quantitatem quæ fideicommisso continetur? Ratio hoc posterius suadet, quia licet nihil videatur interesse legatarij quia abstinet à toto legato, nec iniquum videri possit hoc saltem consequi fideicommissarium quod sine legatarij dispendio futurum sit *arg. l. in creditore. 38. ff. de euict.* qua fronte tamen fideicommissarius cui pars tantum legati fundi relicta est per fideicommissum petere posset actiones sibi præstari integras & in totum? Prius n. semper de illo quærendum est, An & quatenus intersit actoris, quàm tes piciendom sit ad personam eius qui conuenitur, vtrum & quatenus i-
5 psius quoque intersit. † Notandum autem est loqui Papinianum de legatario qui legato abstinuerit, non qui legatum repudiauerit. Sunt n. ista longè differentia, Cùmque per repudiationem amittatur legatum, ita vt ei qui repudiauit nulla pro legato superesse possit actio cōtra heredē, consequens est vt nonnisi frustra & inutiliter cōdēnari eo casu legatarius possit ad præstandas fideicōmissario actiones quas ipse amplius nullas habeat, vt dici solet de creditore cui fideiussor aut mādator soluit nullo præcedēte aut incontinenti subsecuto pacto credendarū actionū, *l. vt fideiussor 39.*
6 *ff. de fideiuss. l. Modestinus 76. D. de solut.* † Nam si ei velis imputare cur repudiauerit legatū cuius partem ex fideicōmisso restituere debebat, non ideo tamē facies vt possit aut debeat cedere actione quam non habet, quia impossibiliū nulla obligatio est, at nec illud rursus vt condemnādus sit tantum præstare fideicōmissario, quantū ille ex actione cessa consequi potuisset, quasi qui dolo malo & in necē fideicōmissarij repudiauerit legatum atque ita facto suo desierit habere quod cedere posset ac deberet. Nā præter id quod invitus nemo legatū agnoscere cogitur siue sui siue alieni cōpendij causa & consequenter nihil dolo malo fecisse videri potest qui iure communi vsus est, cōstat etiam nihil fideicōmissarij interesse, siquidē repudiāte legatario futurum est vt legatū remaneat penes heredem cum suo onere fideicommissi scilicet à legatario
7 relicti, *l. si ab eo 9. D. de vsuf. legat.* Dices, † Cur ergo legatarium condēnandus, vt etiamsi abstinuerit legato, suas tamen actiones fideicōmissario præstare cogatur? Respondeo, quia legato abstinere, non illud est, repudiare legatū, sed tantùm illud nō petere. Quod ipsum non sufficit vt remaneat penes heredē cum onere suo. Quandiu n. repudiatum non est peti per legatarium potest. Ideóque cùm nec interim actio vlla sit fideicōmissario contra heredem qui non fuit rogatus, nec quicquam prohibeat quominus legatarius præstet actionem quā adhuc habet pro legato, licèt ipsum legatum non habeat, diximus esse illum condēnandum ad hoc saltē vt eas ipsas actiones quas habet præstet.
8 † Quid si legatum perceperit? Nō amplius ex causa fideicōmissi soluere cogendus erit, quàm recipit, vt Papinianus ait. Nec n. potest ei imputari cur legatum agnouerit quod sciuit aut scire potuit plus incōmodi, quàm cōmodi habiturum. Cum è contrario scire & credere debuerit, ita iure comparatum esse vt granari legatarius numquā per fideicommissum possit suprà quàm ex legato perceperit, & in superfluo prorsus esset inutile fideicōmissum. *§. hoc solum Instit. de sing. reb. per fideic. relict. l. 1. §. si is qui quadringenta. l. ex facto 17. §. non tantum. D. ad S.C. Trebell.* Sicet n. recipiendum non est vt cui nihil dederis eum rogādo obliges, *l. sed etsi 6. in fin. de legat. 3. l. ab eo. 9. C. de fideic.* ita nec vt in plus eū obliges q̄ ipsi dederis. † Adeò vt etiāsi magnū
aliquid à te acceperit quod tamē pecuniariā æstimationem nullam recipiat, puta libertatem, nullo tamen fideicommisso pecuniario grauari possit, *l. planè si filium 94. § vlt. D. de legat. 1.* Ne alioqui paulatim dici posse incipiat, cogendum eum præstare fideicōmissum quantæcúque quantitatis, ob id solùm quod ab eodem testatore acceperit rem infinitæ æstimationis, cuiusmodi est libertas *l. non est singulis 176. §. infinita, De reg. iur.* Quo etiam pertinet quod scriptum est in *l. non amplius 26. De legat. 1.* non amplius legatorū nomine videri ad quemquā peruenisse quā superfit deducto etiā eo quod implendæ condicionis causā præstare iussus fuit. † Inde Papinianus quærit, si centū legatis rogatus sit legatarius duplum restituere, hoc est ducēta, An valeat fideicōmissum ad summā vsque legatam, an potius inutile sit in totum, tanquam quod neq; valere possit eo modo quo testator voluit, obstāte nimirum iuris ratione: Neque eo rursum modo quo posset quia testator noluit. Numerus n. ducentorum, quem ex fideicommisso relictū ponimus, vnicus numerus est, qui non nisi ducentesimi nummi vnitate perficitur, ea éque formā suam accipit, si philosophis vt par est credimus. Sed tamen magis probat Papinianus, vt ad summā vsque legati videatur fideicōmissum constituisse, etsi vulgata quoque lectio defendi non incommodè potest eo sensu vt testator qui cētum legatis reliquit à legatario ducenta, multò magis ad certum saltem vsque fideicōmissum reliquisse intelligatur. † Nā & illud quod passim solemus dicere in maiori summa minorem inesse si non formaliter vt aliquid philosophis largiamur saltem virtualiter & in effectu *l. 1. §. si stipulanti D. de verb. oblig. l. cum fieri 9. D. de in lit. iur. l. diem proferre 27. §. si plures. De recept. qui arbitr. l. quoties 9. §. sed si maiorem D. de hered. instit.* In dubio autem si de legati viribus quæratur, ea potiùs interpretatio capienda est quæ faciat vt legatum valeat, quàm vt pereat, cùm & ea credatur fuisse voluntas testatoris *arg. l. 3. D. de testam. milit. l. Lucius 88. alias l. codicillis. §. vlt. D. de legat. 2.* † Subiicit Papinianus *Si autem post tempus fideicommissum relictum sit, vsurarum duntaxat additamentum admittetur.* Quarū verò vsurarum? An fortè quas legatarius ipse ab herede perceperit? Minimè. Non enim ponimus factam esse ab herede moram in legato soluendo, legati autem vsuras certum est nisi à die moræ nullas deberi vt nec fideicommissi *l. Titia Seio 87. §. vsuras & l. si quis servo 84. eod. tit. De legat. 2. l. 3. in prin. D. de vsur.* An potius quas legatarius perceperit ab alio quàm ab herede, vt puta ab eo cui pecuniam sibi legatum solutamque dederit per aliquot annos vtendam? Ne id quidem. Quid enim si in arca & ociosā semper eam penes se habuerit? Vtique non eo minus fideicommissum certæ quantitatis vsurarum additamento augebitur, Id est ita vt fideicommissum istud præstare legatarius teneatur, non tantùm ad eam vsque quātitatem

rem quæ fuit legata, sed computato etiam commodo quod ex medij temporis interusurio accedere legatario potuit, licèt re vera nullum accesserit. Itaq; si ponas eum cui legata fuerunt purè cētum, rogatum esse sibi post decennium restituere ducenta, medio autem tempore siue ex vsu siue ex vsuris legati potuisse eum consequi quinquaginta, neque centum duntaxat restituet quamuis centum duntaxat sint in legato, neq; ducenta ne plus ei damni adferat legatum, quàm cōmodi, sed centum & quinquaginta. Quoniam si non ex ipso legato solo, saltem occasione legati tantundē ex iudicio & liberalitate aut saltem ex re testatoris percepisse intelligitur. Semper enim medij temporis ratio habetur quoties quæritur quid & quantum sit in legato *l. debitor 82. eo tit. de legat 2. l. verbis 5. D. ad l. falcid.* Sufficit namq; quod patrifamilias diligenti potuerit commodum illud iure liciteq; contingere propter legatum, licèt huic legatario parū fortassis indu-
13 strio nimiúque negligēti non ita contigerit. † An igitur similiter dicemus, si fortè legato percepto hic legatarius magnum emolumentū ex negotio aliquo cōsecutus sit, aut pœnam stipulationis imminentem euaserit eum ad ducenta vsque præstaturū? Hoc verò Pap. negat & rectè, quoniam emolumētū aliud nimis alienum & distans est à legato nec circa rē ipsam versatur vt in *l. si sterilis 2. §. cum per venditorem. ff. de act. empt. sed hæc ita*, inquit ille, *si quantitas cum quantitate conferatur*, id est, si pecuniarum legatum sit, & pecu-
14 niariū quoque fideicōmissum † *Enimuerò si pecunia accepta rogatus quis sit rem propriam quanquam maioris precij restituere non est audiendus legatarius legato percepto si velit computare*, hoc est inire æstimationem rei suæ quam per fideicōmissum restituere rogatus fuit, vt inita ea æstimatione sciri possit an plus minúsve sit in legato quàm in fideicōmisso. *Non enim æquitas hoc probare patitur*, ait Papinianus. Sed cur ita? Non apparet. Ratio tamen diuersitatis non obscura illa est, quòd species nullam certam habeat æstimationē, sed pro temporum ac locorum varietate & venditorum emptorúmque arbitrio consentiente mutabilē, præsertim verò si venditor siue iusta aliqua de causa siue per stultitiam suam minoris æstimare rem suam velit quàm sit. Quid. n. vetat eum cui legata fuerint centū duntaxat si rogatus sit alteri restituere fundum ducētis dignum, malle tamē habere centum quam fundū, imputet ergo sibi qui legatum agnoscendo tanti nec
15 pluris rem suam æstimauerit. † At si quantitas cum quantitate conferatur, non idem euenire dicive potest. Quis. n. tam stultus & supinus est, vt citra cōputationem non possit dicere an plus quàm acceperit restituere iussus sit is, qui non nisi centū acceptis ducenta restituere iussus fuit? Aut vt sua puret interesse centū habere potiùs quàm ducenta? Nam cùm pecunia quælibet recipiat in suo genere functionem, nullo prorsus casu euenire potest, vti ne pluris sint ducenta, quàm centum eiusdem generis nummorum: quod in rei cuiusque precio longè diuersum est, cùm precium nec res ipsa sit, nec quid simile, nec denique ex re, sed tantùm ex cogitatione percipiatur, *l. venditor 21. D. de hered. vel act. vendit.* † Subiungit tamē Papinianus per
16 modum & speciē condicionis, hoc ipsum quod modò diximus, æquitatem non pati vt audiendus sit legatarius pecuniæ grauatus de fundo restituendo si percepte legato velit computare, sic accipiendum esse, *si quod legatorum nomine percepit, legatarius offerat*. Secundùm quam lectionē si recta non est, nō alius Papiniani sensus esse potest, quàm vt nihilò magis audiēdus sit legatarius, qui a omnia quæ legatorū nomine perceperit, fideicommissario restituere sit paratus: Quod tamē non solùm inconcinnè scriptū est, si præcedentia inspicias (nam pro *si* scribendum erat, *etiamsi*, aut *nisi*) sed etiam perperam & falsò. Neque. n. dubito, quin huic legatario qui pro centum sibi legatis rem suam ducentis dignam alteri ex fideicōmisso restituere iussus est, licere debeat post acceptū quoque legatum exuere se & liberare ab obligatione præstandi fideicommissi, offerendo id omne quod ex legato & propter legatū perceperit. Vtrūque enim eleganter & breuiter suo more Papinianus expressit his verbis, *legatorum nomine*. † Nec aliter facere possis, vt Papiniani 17
sententia conueniat cum eo, quod toties diximus, Fieri nūquam posse vt propter legatum in plus quis oneretur, quàm acceperit nomine legati, quàm si textum hunc emendes, & quàm facilè mendum irrepsit in textum scripto *si* pro *nisi*, eadem facilitate, sed maiori felicitate pro *si* reponas *nisi*. Quo facto sensus erit & elegans & verus, non quidem esse audiēdum legatarium, si accepto legato pecuniario velit computare quanti sit reuera fundus, ne ex fideicōmisso eū totum præstare cōpellatur, sed id exceptionem vnā habere, nisi quod legatorum nomine percepit, offerat fideicōmissario. Hoc enim casu adiri eum debere, quia nihil aliud ab eo sit exigendum, nisi vt nihil cōmodi ex legato retineat, si fideicōmissum præstare nolit, non etiam vt legati nomine vel minimū sentiat & incurrat damnum. Porrò nullū sentire ex legato lucrū potest legatarius qui paratus sit restituere quicquid legati nomine percepit. Idque tam apertum est iudicio meo, vt nihil dici possit apertius. Cætera quæ in eadem lege apud Papinianum sequuntur partim nulla egent interpretatione, partim à nobis alio fortassis loco commodius explicabuntur.

CAPVT VIII.

Emendatio l. 1. C. de ordin. iudic.

SVMMARIA.

1 *Causam status ad cognitionem Præsidis prouinciæ pertinere contra huius legis verba aperta probatur.*
2 *Verba illa*, neque enim impedit notionem eius. *in* d. l. 1. *de præside prouinciæ accipi nullo modo posse.*
3 *Dionysium Gothofredum primum in hac lege mendum obseruasse & indicasse.*
4 *Eiusdem emendatio ad prima illa legis verba* Adite præsidem prouinciæ *examinatur.*
5 *Veteres ICtos & Imperatores elegantiæ studiosos* iudicem delegatum *pro dato vel addicto iudice nunquam dixisse.*
6 *Delegatum iudicem pro dato vel addicto à posterioribus tantùm Imperatoribus & Interpretibus dici cœpisse.*
7 *Multum interesse an iudex delegatus sit, an verò ei mandata sit iurisdictio.*
8 *Non potuisse in* d. l. 1. *fieri, vt non adito prius præside iudex quisquam esset delegatus, quem adire litigatores possent.*
9 *An iuxta Gothofredi emendationem per iudicem delegatum in* d. l. 1. *is intelligi possit qui a præside mandatam habet iurisdictionem.*
10 *Ea emendatione & interpretatione subsistente illud consequens fore, vt iudex a Præside delegatus non minùs quam Præses ipse de causa status cognoscere possit.*
11 *Alia eiusdem legis emendatio.*
12 *Noua authoris ad hunc locum emendatio.*
13 *Iudices à superioribus magistratibus post litem demum contestatam datos fuisse.*

14 *Imperatores in huius legis specie de causa rupti testamenti apud iudices a Præside, non apud Præsidem ipsum tractanda sensisse.*
15 *Verbum* docete in d. l. *quam vim habeat?*
16 *Ratio in fine legis posita alio iuris loco confirmatur.*

1 RESCRIPTI † verba hæc sunt, *Adite præsidem prouinciæ, & ruptum esse testamentum Fabij præsentis agnatione filij docete. Neque enim impedit notationem eius quod status quæstio in cognitionem vertitur, etsi super causa status cognoscere non possit.* Quib. verbis apertissimè illud exprimitur causam status ad cognitionem præsidis prouinciæ minimè pertinere. Quod tamen tam euidenter falsum est vt nihil magis. Cõstat enim causam status quæ & liberalis causa dicitur, maiores iudices semper habuisse haberéque debuisse fauore libertatis, *l. non distinguemus 32. §. de liberali D. de recept. qui arbitr.* Adeò vt quamuis hodie ex constitutione Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de pedan. iudicib.* iubeantur præsides in quibus causis ipsi antea iudices dare solebant propriæ notionis examen adhibere, sub ea tamen exceptione nisi propter occupationes publicas vel causarum multitudinem impediantur ne possint ipsi cognoscere vt eo casu etiamnum iudicis dandi habeant potestatem, eadem nihilominùs constitutione excepta sit causa status, id est, vt lex distinuit causæ ingenuitatis & libertinitatis, de qua perinde ac antea ipsi omnino iudicandum habeant. Quis enim maior iudex libertatis esse potest, quàm præses prouinciæ, qui in prouincia sua imperiũ habet maius omnibus post Principem *l. 4. D. de offi. præsid.* Vicissim verò quænam maior causa tractari potest apud præsidem quàm libertatis? quæ & cæteris rebus fauorabilior dicitur, & infinitam, hoc est nullam habere æstimationem? *l. libertas 106. libertas 122. l. non est singulis 176. §. infinita de reg. iur.* Itaque negari non potest, quin fuerit ea vera & propria cognitio præsidis, quod & scriptum est in *l. cum status 5 C. de ordi. cogn.* † Ergo
2 verba illa, *neque enim impedit notionem eius*, & quæ sequuntur de præside prouinciæ intelligi nullo modo possunt. Sed necessariò referẽda sunt ad iudicem pedaneum, quem aditus præses prouinciæ dederit pro hereditate de qua inter litigatores disceptabatur: vt manifestè illud probat, quod in eadem lege subiungitur. *Pertinet enim ad officium iudicis qui de hereditate cognoscit vniuersam incidentem quæstionem quæ in iudicium deuocatur, examinare, quoniam non de ea, sed de hereditate pronunciat.* Neque hoc vllam recipere dubitationem potest, si rescripti sententia ex iuris ratione ęstimetur, & ad eã, vt semper faciendũ est, accõmodetur. Sed dubitatio ex eo tota nascitur quod in præcedentib. nihil est dictũ de iudice, nec quod facere vel pati possit, vt dictio *eius* quę modum hunc inducit, ad alium, quàm ad præsidẽ prouinciæ de quo solo prius actũ fuerat, referatur. † Proinde dubitandum non est quin locus
3 sit emendandus. In eóq; vt & in aliis pleris q; assentio libentissimè viro doctissimo, & de libris nostris, iurisque studiosis omnibus, optimè merito Dionysio Gothofredo, quem honoris causa nomino, & cuius immẽsis laboribus tantũ me studiáque mea debere sentio, ac profiteor ingenue, quãtum vix alius quisquam ex iis omnibus in quorũ manus lucubrationes ipsius peruenerunt. Is primus quem viderim, vt est in iuris nostri principiis adprimè versatus, mendum obseruauit, indicauit, & quomodo emẽdari posse existimaret, docuit. † Putat autem erratum fuisse in primis verbis
4 legis & pro eo quod legitur, *Adite præsidem prouinciæ*, reponendum esse, *adite præsidis prouinciæ delegatum.* Quæ lectio si admittatur, omnem hãc sanè quam difficultatis & dubitationis materiã tollit. Sed vereor ne emẽdatio minus sit probabilis, quam vt satisfacere omnib. possit. † Primum. n. vix reperias vllo 5
Pandectarũ loco, at ne quidem in priorum Impp. cõstitutionibus inter quos pono Seuerũ & Antoninum, quorum hæc lex est, quiq; rescriptis suis omnib. elegantiæ plurimum inesse voluerunt, iudicẽ delegatum dici eũ qui à præside datus sit, aut alio vllo sensu, sed de iudice dato vel addicto semper locuti fuerũt Iureconsulti. Numquam de delegando aut delegatos nisi cùm de ea specię nouationis egerũt quæ proprio nomine delegatio appellatur. Est quidẽ iudicis delegati nomen ad hunc sensum hodie accommodatũ, sed ex posteriorum Imperatorum quos minùs disertos fuisse scimus, constitutionib. inductum, *l. à iudice 5. C. de iudic.* quæ est Imp. Gordiani. *l. vnic. C. qui pro sua iurisd. iudic. dare darive poss.* quæ est Impp. Theodosij & Valẽtiniani. † Posteà verò ab interpretibus nostris, quo- 6
rum barbaries fecit vt minus elegantia ferè semper habuerint pro melioribus frequentissimè vsurpatum fuit, præsertim quoties tractarunt de mandanda vel mandata iurisdictione. Quod enim prudentes nostri semper dixerunt mandandã iurisdictionem vel mandatam, interpretes nostri dicunt vulgò delegandã vel delegatam Et quod illi iudicem datum, isti passim delegatum appellant. † Quæ tamen res parũ curanda es- 7
set, ne de verbis tantùm disputare videremur, nisi inde factũ tãdem esset, quod multò grauius est. vt quẽadmodum & ei cui mandata iurisdictio est, & iudici dato delegati nomen accommodant, ita & nihil putent interesse, an de hoc an de illo agamus, neque distinguant vtrũ de mandãda vel mandata iurisdictione agamus, an de iudice vel dando vel dato. Cũ tamẽ tã inter se hæc distent quàm iurisdictio & iudicium, ius dicere & iudicare. De quo quia & scripsimus alibi, & Deo adiuuãte, copiosiùs scribemus, pertinétq; ad tractatũ de iurisdictione, plura nũc dicere necesse nõ est, sicut nec curiosius inuestigare an à Procõsulis legato ista delegati appellatio deriuata sit, an ab ea potiùs nouationis specie, per quã fit vt mutetur persona creditoris & alius in alterius locũ substituatur † Se- 8
cũdò difficile est, vt quicquã immutandũ sit in primis illis verbis, *adite præsidem prouinciæ.* Est enim ille omnino adeundus, vel ob hoc ipsum vt iudicem dare & si sic loqui malis, delegare possit. Non. n. dabantur iudices, siue à prætore, aliisue maioribus magistratibus in vrbe, siue à præside aut proconsule, in prouinciis nisi post litẽ contestatam, litis autem contestatio fiebat apud magistratũ, à cuius autoritate, & dignitate id dũtaxat alienum videbatur vt de facto cognosceret, si quando facti nõ iuris cõtrouersia incidisset. Quæ porrò facti quæstio non priùs emergit quàm eueniat vt ex litigatoribus alter neget quod alius adfirmat, quod ipsum fit in ipso actu contestationis litis non antea *l. vni. C. de lit. contest.* Itaq. fieri nõ poterat vt non adito priùs præside iudex quisquam esset delegatus, quem adire litigatores possent. Præsertim cùm non sit credibile, quòd fuissent illi adituri Imperotores quorum hæc lex est, vt quem iudiciorũ ordinẽ sequi deberent, intelligerent, si iã tum præsidem prouinciæ adiissent.
† Quòd si præsidis prouincię delegatum velis fortassè 9
cum interpretibus eum intelligere, qui ab ipso præside mandatam habeat iurisdictionẽ, assequeris quidẽ vt præses prouinciæ adeundus nõ sit, qui iurisdictionem suam alteri mandauerit, sed non ideò facias vt mandatarius ille, & delegatus de causa status cognoscere non debeat, aut è contrario, vt de petitione hereditatis cognoscere ipse possit, ac non potiùs debeat iudicem

iudicem dare, secundum ius illud quod Seueri & Antonini temporib. & ante supradictam Diocletiani &
10 Maximiani constitutionem obtinebat. † Constat. n. eum cui ab aliom indata est iurisdictio, siue tota, siue pro parte siue publica persona sit, siue priuata, fungi partibus eius qui mandauit non suis, *l. etsi prator. 3. de offic. eius cui mandata est iurisd. l. solet prator. 16. ff. de iurisd.* Et ideo de iis causis cognoscere & posset debere, de quibus ille ipse qui mandauit cognoscere & posset, & deberet, de aliis verò nec si velit cognoscere per se posse, de quibus ei qui mandauit, & cuius propria iurisdictio est iudicem dare iuberetur. Cui consequês esset, vt nihil referret, an ita scriptum esset, *adite prasidem prouincia*, an ita quomodo vir doctissimus emendat *adite prasidis prouinciæ delegatum*, hoc sensu, vt delegatum pro iurisdictionis mandatario acciperemus. Æquæ enim falsum esset non posse illum de causa status cognoscere, falsum quoque posse illum iudicare de petitione hereditatis. † Tentabam aliquando an
11 ita posset locus emendari vt pro *eius* legeremus *iudicis*, quem scilicet ex solito iudiciorum ordine à præside prouinciæ datum fuisse ponendum esset. At neque mihi probabilis est hæc emendatio, non solum quod multo faciliùs credi possit per imperitiam liberarij aliquid omissum fuisse quam in eo peccatum vt scriberet *eius* pro *iudicis*, sed etiam quia cum præcedentia meminerint præsidis tantum, non etiam iudicis dati, prorsus absonum & inconueniens est, vt hoc loco *iudicis* non *eius* scripserint Impp. Quamnam igitur emendandi rationem probabiliorem excogitabimus? Nam de sententia legis mihi planè liquet, ac omnino conuenit cum Gothofredo † Nihil possum probabi-
12 lius suspicari retentis illis verbis, *adite præsidem prouinciæ*, retentaque dictione *eius*, quam aliqua desint verba intermedia quæ de iudice dato vel accepto fecerint mentionem. Proinde sic malo legere. *Adite præsidem prouinciæ, & accepto iudice ruptum esse testamentum Fabij præsentis agnatione filij docete.* Nam & in l. seq. quæ est eiusdem Imp. Antonini scriptum video iisdê fermè verbis, eodem certè sensu, *adito præside prouinciæ & accepto familiæ erciscundæ iudicio experire.* † Idque
13 etiam ipse tituli sensus demonstrat. Nam ad veterem iudiciorum ordinê intelligendum illud maximè pertinet, vt sciamus adeundos prius fuisse magistratus, tum ab iis accipiendos iudices post litem, vt diximus, contestatam, & ad facti disceptationem dirimendam. Estque longè diuersum, de ordine iudiciorum disputare, & de ordine cognitionum, de quo hanc ob causam separatus quoque titulus est. † In proposita au-
14 tem specie non sensisse Impp. de tractanda causa rupti testamenti apud præsidem prouinciæ, sed apud iudicem eo nomine à præside datum præter ea quæ iam diximus, ex eo quoque intelligi potest, quod Impp. vtuntur eo verbo *docete.* † Docere enim quid aliud est
15 quàm probare? Porrò ea tantùm quæ facti sunt probari volunt Impp. & quotquot sunt docti iudices nô illa etiam quæ sunt iuris. Ius enim semper certum est apud eos qui neque iuris neque facti ignorantia peccant. At de iis quæ facti sunt extra causam libertatis, & alias nonnullas quarum fauor priuilegio digna videbatur, Præsides, vt monuimus, cognoscere non poterant, sed iudices dabant. Necesse igitur fuit, vt ante verbum *docere*, locuti sint Imperatores de iudice dato, neque per incuriam aut inscitiâ prætermiserint quod librarius prætermisit. Reliqua quæ ad legis sententiâ pertinent, tam verè, apposité, & eleganter expressit Gothofredus, vt non egeat nostra assertione. Nostri enim neque muneris, neque moris est nostra facere aut pro nostris venditare quæ sciamus esse aliena, & quæ ex aliis meliùs ac commodiùs quàm ex nobis disci possint, sed quantum possumus & debemus, agimus candidè, vt incauti, negligentes & imperiti, denique aliud quidlibet potiùs quàm plagiatij videamur. Nec puto quisquam aliter iam de nobis sentit.
† Illud tantùm addo, rationem positam in postremis 16
illis verbis legis, *quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat*, confirmari posse non malè ex eo quod Caius scribit in *l. 1. D. famil. ercisc.* Si vno ex coheredibus agente familiæ erciscundæ & nihil possidente alius qui totam hereditatem possidet, neget eum sibi coheredê esse posse actorem excludi per hanc exceptionem, *si in ea re de qua agitur præiudicium hereditati non fiat.* Sed si possideat actor eam partem licèt negetur esse coheres, non nocere talem exceptionem. An hoc sensu vt reiicienda sit exceptio? minimè, sed vt ipse iudex apud quem agitur hoc iudicium familiæ erciscundæ cognoscat an coheres sit, nécne: quamuis datus iudex sit tanquâ inter coheredes non vt de ipso cognosceret, vtrum essent coheredes, vt in *l. cum putarem. 36. D. eod. tit. famil. erciscun.* Quid ergo? An non pronunciabit actorem coheredem non esse? Nequaquâ, cùm de hoc iudex datus non sit, nec magis ei licet cognoscere de ea de re de qua datus non sit, quàm in specie *leg. 1. C. de ordin. iudic.* de causa status de qua nec datus sit, nec dari potuerit, sed id tantùm curabit vt huic actori qui coheres non sit neque adiudicet quicquam, neque aduersarium ei condemnet, in quibus duobus præcipuè versatur totum officium arbitri familiæ erciscundæ. Itaque licèt non pronunciet coheredem eum non esse, incidenter tamen examinata causa vtrum coheres sit nécne, non aliter arbitratur aut præcipit quàm si iam pronûciatum videret coheredem illû non esse.

CAPVT IX.

Explicatur & emendatur l. tutor decedens. 26. D. de liberat. legat.

SVMMARIA.

1 *Species & quæstio huius legis, & Scaeuolæ ad eam responsum.*
2 *Tres esse eius responsi partes.*
3 *Rationem non pati vt pupillus & legatum quod in vicem actionis tutelæ datum fuerat percipiat, & ipsam tutelæ actionem aduersus testatoris quondam tutoris heredes retineat & exerceat. Vbi de prima huius responsi parte.*
4 *Cur eo casu doli mali exceptio heredibus necessaria sit, nec ipso iure ab actione tutelæ liberentur?*
5 *Alia ratio propter quam tacita voluntas pupilli legatum percipientis ab heredibus tutoris, heredes ipso iure liberare non possit?*
6 *Pupillum qui tutoris heredes ritè liberauit, conditioni adscriptæ plenissimè satisfecisse.*
7 *Conditionem à pupillo, quod ad liberationem heredum, impletam non videri si is tantùm de non exigenda tutelæ ratione cauerit.*
8 *Cur doli mali exceptio heredibus tutoris necessaria sit, cùm per indebiti condictionem sibi consulere posse videantur?*
9 *Quoties ante impletam conditionem solutum est, quod sub conditione debebatur, condictioni indebiti non alitèr locum esse quàm si per errorem solutio facta sit.*
10 *Secunda pars responsi de optione pupillo datâ examinatur.*
11 *Pupillum in proposita legis specie per actionem tutelæ plus consequi potuisse, quàm ex legato consecutus esset?*

12 *Ratio propter quam Scæuola in hac lege pupillo legatario electionem tribuat restituendi quod ex legato consecutus est, vt actionem tutelæ exerceat.*

13 *Non ætatis fauore, sed mera iuris ratione pupillo legatario licere post agnitum legatum tutelæ actionem instituere, & quod ex legati causa acceperat restituere.*

14 *Cur pupillo, si malit, liceat legatum illud cuius conditio deficit inuitis tutoris heredibus retinere?*

15 *Liberatis per acceptilationem tutoris heredibus pupillum legatarium non posse reddito legato tutelæ actionem aduersus eos exercere.*

16 *Neutro casu distinguendum esse an pupillus minorve vigintiquinque annis, an vero maior legatarius sit.*

17 *In quo melior sit conditio pupilli alteriusve minoris, quam maioris qui liberationem præstiterit?*

18 *An, si à pupillo vel minore præstita sit cautio Mutiana de tutela nunquam exigenda, tutelæ actione legati commodum non excedente liceat illi relicto legato iam agnito tutelæ actionem aduersus tutoris heredes exercere.*

19 *Liberationis conditionem per æquipollens impleri posse.*

20 *Verba illa*, quod ei ætatis beneficio indulgendum est, *Scæuolæ adscribi non posse.*

21 *Pupilli appellationem* in d. l. tutor. *& aliis iuris locis ad maiorem referri qui in alterius tutela aliquando fuerit.*

1 TVtor † decedens aliis heredibus scriptis pupillo suo, cuius tutelam gesserat, tertiam partem honorum dari voluerat, sub ea condicione si heredib. suis tutelæ causa controuersiam non faceret, sed omnes eo nomine liberaret. Pupillus legatum prætulerat & perceperat, nec eo minus tamen postea petebat quicquid ex rerum suarum distractione aliáve causa ad tutoré suum ex tutela peruenisset. Quærebatur apud Scæuolam, vtrum verbis testamenti ab huiusmodi exactionibus excluderetur. Respondit Scæuola, si priùs quàm condicioni pareret, fideicommissum percepisset, & tamen pergeret petere id in quo petendo faceret aduersus condicionem doli mali exceptionem ei obstituram, nisi, inquit, paratus esset reddere quod ex fideicommissi causa percepisset. Tum subiungit, *quod*
2 *ei ætatis beneficio indulgendum est.* † Tres igitur sunt responsi partes. Prima quæ heredibus accommodat doli exceptionem ne postquam legatum bona fide nimiaque facilitate soluerint ante impletam condicionem, rursum ex causa tutelæ inquietentur. Secunda quæ pupillo tribuit electionem, vt etiam post perceptum legatum, aut fideicommissum (vtroque enim nomine Scæuola promiscuè vtitur, vt & alij Iureconsulti passim, non quòd iis præsertim temporibus nihil inter legata & fideicommissa interesset, vt quidam putát, sed quia post ditionem legatorum subiici soleret generalis clausula fideicommissi qua rogabatur heres vt quęcunque testamento data & legata fuerant præstaret, quod iam alio loco monuimus ex *l. post emancipationem* 40. *§. 1. de legat. 3.*) possit nihilominus agere tutelæ si malit eam sibi actionem saluam esse quàm legatum retinere. Tertia quæ huius electionis tribuendæ caussam refert ad beneficium & priuilegium ætatis, proptereà quòd is qui legatum acceperat sub condicione præstandæ liberationis à tutela, nec minùs tamen tutelæ agere volebat, quamuis legatum iam percepis-
3 set pupillus proponeretur. † Prima pars non obscuram habet rationem quia licet condicioni paritum non fuisset, heredumque facilitati imputari posset cur ante condicionem impletam legatum præstitissent, voluntatis tamen ratio non patiebatur, vt pupillus & legatum quod in vicem actionis tutelæ datum fuerat, & ipsam quoque tutelæ actionem simul retineret: quoniam repugnabat condicio adscripta legato, nec enim poterat testator meliùs & apertiùs declarare quod pupillum nollet vtrunque consequi quàm legando ei sub hac condicione, si à tutelæ rationibus heredes liberaret. Cùm verò non nisi alterutrum ipse dederit, non debemus nos vtrunque dare, ne in re testatoris, & quæ ex ipsius liberalitate proficiscatur, simus liberaliores ipso testatore, *l. debitor. 59. in fi. princip. l. facta. 63. §. si sub condicione D. ad SC. Trebel. l. re coniuncti. 89. D. legat. 3.* Itaque in eam rem vtilis est exceptio doli mali, cuius præcipuus vsus in eo est ne cui dolus suus contra naturalem æquitatem prosit, *l. 1. D. de doli except.* naturalis autem æquitas facit, vt ex cuius voluntate quis legatum aut aliud quod consequitur, eius voluntati, maximè in eo ipso legato declaratæ state compellatur. † Sed obscurius illud videtur, 4
cur heredibus necessaria sit exceptio doli, nec sint ij tuti ipso iure aduersus pupillum qui legatum sibi relictum sub ea condicione liberationis præstandæ vltro ob heredibus acceperit. At non enim hoc ipso satis declarauit suam voluntatem si non expressè saltem tacitè, quòd ab actione tutelæ liberatos heredes vellet? Nam si verú est vt legatum condicionale nec peti nec deberi posse nisi impleta priùs condicione *leg. cedere diem. 213. de verb. signif. l. vnic. §. in nouissimo. C. de cadu. tollend.* An non is qui petit adeóque quod plus est, percipit legatum condicionale, quamuis non impleta expressim condicione, hoc ipso eam tacitè implere intelligitur in necessarium antecedens, aut saltem habere pro impleta: Cur ergo pupillus hic non repellitur ipso iure? Cur non actio tutelæ ipsi denegatur, perinde acsi per acceptilationem Aquilianam, quæ omnium optima, & efficacissima liberatio est heredes tutoris liberasset? Respondendum tamen est necessariam esse doli exceptionem, quoniam obligatio & actio tutelæ, sicut & cæteræ omnes non aliter ipso iure perimi potest quàm si modus aliquis interuenerit ex iis qui iure certi constituti sunt ad dissoluendas obligationes perimendasque actiones, inter quos modos non est tacita voluntas creditoris. Expressa enim liberatione opus est, vbi expressa ciuilisque obligatio præcedit. *l. prout. 80. ff. de solut.* liberatio autem nunquã contingit ex nuda voluntate creditoris liberare volentis, sed tantùm ex solutione, nouatione, acceptilatione, aliisque legitimis modis, de quibus apud Iustinianum *in titul. Quib. mod. toll. obligat.* Sed tamen voluntas illa tacita, quæ non est sufficiens ad tollendam obligationem, inducendámque liberationem, sufficit plerumque ad inducendum tacitum pactum, & consequenter ad producendam exceptionem non tantùm pacti, sed etiam doli, quia dolo facit quisquis cótra pactum factúmque suum venit. Cuius rei exempla peti possunt ex *l. 2. 3. & 4. D. de pact.* † Alia etiam 5
ratio est propter quam tacita ista voluntas pupilli legatum percipientis ab heredibus tutoris facere non potest vt heredes ipso iure tuti sunt, & liberati, aut pro liberatis habendi, Nimirum quia implere condicionem facti est non iuris, aut voluntatis, longéque aliud est implere condicionem, aliud implere velle, siquidem qui implere vult, nihildum facit, sed tantùm facere vult, quod longè minus, ne dicam omnino nihil est. Is ergo cui legatum relictum est sub ea condicione *si heredibus controuersiam tutelæ non fecerit, sed eo nomine omnes liberauerit*, etiamsi antequam legatũ peteret & acciperet nullam controuersiam tutelæ fecerit, non ideò tamen impleuisse condicionem videri potest, quandiu in eo res est vt controuersiam facere possit.

poſſit. Poteſt autem quandiu vel non cauit de non fa-
ciendo, interpoſita ſcilicet Muciana cautione quæ ob
has condiciones negatiuas comparata eſt, vel heredes
non liberauit per Aquilianam acceptilationem. Pro-
inde iterum condicio non tam impleta quàm non de-
fecta videri debet, *l. hac condicio. 10 De condic. & de-*
6 *monſtr.* † Etſi verò vtrumque continetur verbis illis
condicionis ſuprascriptæ, dubitandum tamen non eſt
quin videri debeat in totũ, & pleniſſimè impleta con-
dicio ſi liberatio heredib. ritè facta & præſtita propo-
natur, id eſt etiamſi Muciana cautio præſtita nulla ſit.
Plus n[...] ınque præſtat qui liberat quàm qui cauet de
non pe[...]ndo. Siquidem qui cauit non eò minùs pete-
re poteſt, licèt eo petente cautio committatur. Qui
verò debitorem ſuum liberauit, nec ſi velit, ab eo po-
ſtea petere quicquam poteſt, ideóque ex prima etiam
parte videtur ipſo iure impleta condicio, eò quòd nõ
ſit à quo peti poſſit poſt factam liberationem, *l. Mu-*
7 *ciana. 7. in pr. & in fin. eod. tit. D. de condic. & demonſtr.* †
Quamuis non ſimiliter è contrario poſſit dici impletã
eſſe condicionem à pupillo, ex qua parte tutoris here-
des liberare debet, ob hoc ſolùm quod iis cauerit de
non petendo, quoniam quod plus eſt, in eo quod eſt,
minus non continetur, heredúmque intereſt liberari
ne vnquam ad ſolutionẽ cogi, vel eo nomine inquie-
tari poſſint, potiùs quàm vt quod ſoluere coacti fue-
rint, poſt modum repetant ex cautione *l. 3. D. de com-*
8 *penſat. l. ſi ſtipulatus. 15. in princ. D. de fideiuſſ.* † At hic il-
la quoque poteſt incurrere dubitatio, cur neceſſaria
ſit doli exceptio heredibus tutoris, cùm videantur
poſſe ſibi conſulere per indebiti condictionem. Nam
ſi verum eſt, vt eſt, quod diximus, legatarium condi-
cionalem non ex eo ſolo condicionem impleuiſſe di-
ci poſſe quòd legatum perceperit, an non prorſus con-
ſequens eſt vt indebitum ſit legatum, atque ita vt cõ-
dici poſſit. *l. ſub condicione. 16. l. Iulianum. 60. § 1. D. de*
condict. indeb. Quod enim Papinianus in contrarium
ſcribere videatur in *l. pater dotem. 7 § pen. de dot. releg.*
cautionis præſtandæ neceſſitatem morari duntaxat
ſolutionem, non etiam indebitum facere, quod fuit
debitum, ad cautiones Mucianas non pertinet quæ
ideò debentur & præſtantur, vt ſint vice implementi
in iis condicionib. quæ aliter impleri commodè non
poſſunt, ſed ad illas quæ debentur pro legatis aut fi-
deicommiſſis iam debitis, in quorum numero nemo
vtique poſuerit legata condicionalia priuſquàm eorũ
condicio impleta ſit. Reſpondeo poſſe dici vt interſit
heredum ſibi proſpicere per doli exceptionem potiùs
quàm per indebiti condictionem, ſi fortè plus debitu-
ri ſunt actione tutelæ, quàm præſtiterint ex legato. I-
taque auxilium condictionis non debet iis adimere
9 commodum exceptionis. † Denique verò non aliter
condictióni locum eſſe quoties ante impletam condi-
cionem ſolutum eſt id quod non niſi ſub condicione
debebatur, quàm ſi ea ſolutio facta ſit per errorem *d.*
l. ſub condicione, id eſt ab eo qui vel ignorabat condi-
cionale debitum eſſe vel condicionem impletam pu-
tabat, quorum neutrũ aptari poteſt heredibus, de qui-
bus agimus, quippe qui ſicut teſtamentum ex quo he-
redes ſunt ignorare ſolutionis tempore non potuerũt
ſoluentes legatum eo teſtamento relictum, ita neque
condicionem eidem legato adſcriptam *l. 2. D. de edẽd.*
ac proinde ſoluerunt vltrò & ſcientes ante impletam
condicionem quod ſciebant aut ſcire debebant non
deberi niſi impleta demum condicione, atque idcir-
co condictionis auxilium quod alioquin habituri e-
10 rant ſibi præripuerunt. † Secunda pars reſponſi quæ
huic legatario dat optionem vtrũ reddere malit quod
ab heredib. tutoris ſui percepit vt ſaluam & efficacẽ
contra eos habeat tutelæ actionem, an verò retinere
commodum legati, prohiberique exceptione doli ne
poſſit pergere id petere quod alioqui tutelæ actione
debeatur, paulo difficiliorem habet inſpectionẽ. Nul-
la. n. ratio eſſe videtur propter quam licere debeat ei
qui legatum vltro petiit & percepit, vt à prima illa
voluntate per quam ſibi legem dixit reſiliat, agnitúm-
que legatum repudiet: Inuitis ſcilicet heredibus qui
licet indebitum ſoluerint, potuerunt tamen in eo ſibi
nocere reuetaque nocuerunt, vt magis reuocare poſ-
ſint ſolutionem per condictionem indebiti, quàm ſi
verè debitum fuiſſet. † Ac quamuis ſoleat faueri lega- 11
tario qui legatum ſub onere aliquo accepit & agno-
uit, vt nihilomagis onus ſubire cogendus ſit ſi malit
reddere id omne quod accepit, etiamſi maior ſit annis
vigintiquinque: quia non ſolum ęquitas, ſed & ratio
ipſa iuris non patitur vt legatarius plus præſtet quàm
acceperit legati nomine, dummodo nihil prorſus ex
eo quod acceperat retinere velit, vt ſcripſimus plurib.
c. 7. In propoſito tamen non videtur id poſſe locũ ha-
bere niſi ex facto ſuppleas quod lex non ponit, plus
potuiſſe pupillum hunc conſequi per actionem tute-
læ quàm ex legato conſecutus eſſet, quoties enim nõ
quantitas cum quantitate confertur, ſed vel ſpecies
cũ genere, vt puta fundus cum pecunia vel alia re quę
in genere conſiſtat, vel incertũ actionis emolumentũ
cum certo legati commodo, vt in ea ſpecie quã tracta-
mus neceſſariò veniendũ eſt ad cõputationem priuſ-
quam permittatur legatario vt pretextu oneris iniun-
cti repudiet legatum quod iam agnouit, nempe vt per
computationem ſciri poſſit, an plus ſit in onere quàm
in commodo legati, quomodo Papinianus loquitur in
l. Imperator. 70. § ſi centum de legat. 2. de cuius ſententia
& emendatione ſcripſimus dict. ca. 7. Effectus n. com-
putationis ille erit, vt ſi damnum ſenſutus ſit legata-
rius ex agnitione legati propter iniunctum onus, ad-
mittatur ad legatum dimittendum veriùs quàm re-
pudiandum (ſemper enim poſt acquiſitionem ſera re-
pudiatio eſt. *l. 1. § decretal. D. de ſucc. edict.*) ſi verò nul-
lum damnum ſenſutus ſit, quòd plus habeat commo-
di quàm oneris legatum, non ſit audiẽdus legatarius,
legati quod ſemel agnouerit onus detrectans. † Ergo 12
in ſpecie noſtra dici non poteſt cur Scæuola electio-
nem hanc legatario tribuat iis verbis *niſi paratus eſſet*
quod ex cauſa fideicommiſſi percepiſſet reddere ſi non ad
ætatis fauorem & beneficium id refetatur, quod ter-
tia pars reſponſi apertiùs exprimit vltimis iis verbis
quod ei ætatis beneficio indulgendum eſt. At videamus ne
hæc ipſa poſtrema verba ſint potiùs imperiti interpre-
tis, ita vti proximè dubitationis exaggerandæ cauſa
diximus, magis quàm ex iuris ratione ratiocinantis. † 13
Non. n. ætatis fauor vllus ſed mera ipſa iuris ratio fa-
cit apud Scæuolam, vt licere debeat legatario etiã poſt
agnitum legatum inſtituere actionem tutelę, & ſimul
id omne quod ex cauſa legati acceperat reddere, ni-
mirum quia vt præcedentia verba probant, legatum
acceperat priùs quàm condicioni parêret. ac proinde
eo tempore quo nondum erat in ipſius poteſtate vt le-
gatum vel agnoſceret vel repudiaret, legatum. n. con-
dicionale vſque adeò indebitum eſt ante impletam
condicionem vt neque acquiri poſſit neque repudia-
ri. *l. ſi ita ſit ſcrip. 45 § ſi ſub condic. De leg. 2.* Eadem verò
cõdicio quæ impleta needum tunc erat, nec vnquam
fuit, nunc primùm deficit cùm pupillus hic tutelæ
ſuæ rationes exigit ab heredib. tutoris. Quãdiu ſiqui-
dem impleta condicio non eſt, deficere poteſt, cum a-
lioqui ſi deficere nunquam poſſet, hoc ipſo iam er

inde impleta esse & extitisse diceretur. *l. quod si ea. 18. & d. l. Iul. 60. §. 1. de cond. ind.* Proinde quis miretur in
potestate esse legatarij vt legatum quod iam percepe-
14 rat restituat, cuius condicio defecerit? † Illud tantùm
mirari possumus, cur ei licere debeat legatum istud
cuius condicio defecit retinere si id malit inuitis quo-
que hered. tutoris, quanquam eius iuris ratio vera &
vnica illa est quam nos iam attulimus, quòd heredes
non possint habere conditionem legati quantumlibet
indebiti, scienter à se soluti ex *reg. l. cuius per errorem.*
15 *53. de regul. iur.* † Quod si in proposito casu condicio
legati impleta fuisset, liberatis per acceptilationem
heredibus tutoris, non vtique similiter Scæuola re-
spondisset permittendum legatario vt reddito legato,
tutelæ actionem exerceret. Nec si probaretur legatũ
illud, alioqui plus incommodi & oneris quàm com-
modi habiturum, non quòd hoc casu perpetuo verum
non sit, & in maiore quoque annis vigintique quod
suprà diximus, fieri non posse vt cogendus sit legata-
rius inuitus retinere legatum quod facta computa-
tione damnosum repetiatur. Sed quoniã hoc casu ob-
stat legatario non tam agnitio legati, quam liberatio
heredibus tutoris præstita, cùm aduersus eos qui ritè
ac ipso iure liberati sunt, actio nulla superesse possit,
nec magis pupillo quàm alij cuilibet, vt apertè scriptũ
16 est in *l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* † Ergo neutro casu di-
stinguendum est an pupillus minórve annis viginti-
quinque sit legatarius an maior. In vtroque enim idẽ
iuris est, vt si condicio nunquàm impleta fuerit, pos-
sit legatum reddere, ac eo facto tutelę actionem exer-
cere. Si verò impleta condicio sit, & liberatio secuta,
nihil prosit legatario ad tutelæ actionem instituen-
17 dam, quòd legatum reddere sit paratus. † In eo planè
melior potest esse condicio pupilli alteriusve minoris
cuiuslibet quàm maioris, quod aduersus liberationẽ
ex qua damnum sensurus esset, in integrum restitui
potest probata læsione, *l. patri. 27. § si minor cum seq D. de minor.* Maior non item, qui remittentibus actiones
suas nulla vi, nulloque dolo interueniente, regressus
ad eas dandus non est, *l. queruntur. 14. §. si venditor. D. de*
18 *edilit. edict.* † An & in eo, quod si liberatio nulla facta
esset, sed tamen præstita cautio Muciana de tutela
nunquam exigenda, nec legatum plus haberet incõ-
modi quàm commodi facta computatione permittẽ-
dum esset minori, quod sanè maiori denegaretur, vt
legatum etiam agnitum relinquere posset, tutelæque
actionem ad tutoris heredes inquietandos impunè
exercere? Minimè verò. Neque enim pupillis aut mi-
noribus vnquam succurritur solo fauore ætatis, si non
etiam læsio probetur. *l. verum. 11. § sciendum est l. quod si minor 24. §. non semper & pass. D. de minor. l. nam postea-quam. 9. §. si minor. D. de iureiur.* etsi priuilegium in eo
habent quòd læsi putantur non modò si damnum sẽ-
serint, sed etiam si amiserint lucrum, *l. aut prætor. 7. §. hodie de minor.* Cæterùm neque pupilli neque alterius
cuiuslibet probi hominis quicquam interesse creden-
dum est, ob id solùm quod pro legato vtiliore omise-
rit & amiserit saltem in effectu eam actionem ex qua
nihil aliud præterea commodi sentire potuisset, nisi
quod tutoris heredes longiore ac dispendiosa lite in-
quietasset. *arg. l. si venditor. 9. §. 1. vers. cæterùm D. de seru. export.* Igitur & in pupillo alióve minore, sicut in
maiore quolibet, necessaria erit computatio, vt sciri
possit an læsio interuenerit, quo demum probato, æ-
tatis rationem haberi æquum erit, siue liberati fuerint
heredes tutoris, siue cautio tantùm ius præstita de tu-
telæ rationibus non exigendis, sed ita tamen vt eo ca-
su necessarium sit auxilium restitutionis in integrum,
non etiam vt iure communi permittendũm sit pupil-
lo, vt hoc magis quàm alio casu mutet voluntatem, &
pro legato quod elegerat, eligere actionem. Nec enim
quòd liberatio heredibus præstita non sit, sed cautio
tantùm Muciana, facere potest vt eo minùs sit pupil-
lo necessaria restitutio, quasi nec tum impleta condi-
cione, quæ non id tantummodo continebat. *heredibus suis tutelæ controuersiam pupillus non faceret,* sed illud et-
iam *sed eo nomine omnes liberaret.* Nam si heredes tuto-
ris quorum fauore condicio adscripta erat contenti
fuerunt cautione Muciana, nec liberationem vllam
sibi præstari curarunt, quid amplius exigimus vt con-
dicio impleta videatur? † Neque enim illud nouum 19
etiam est, vt condicio præsertim liberationis per æqui-
pollens, vt aiunt impleatur, adeóque quocũque mo-
do, dum ei cui implenda est, satisfiat *l. si rem. 9. § omnis in fin. D. de pignor. act.* † Ex quo apparet tanto manife- 20
stius non posse adscribi Scæuolæ verba illa *quod ei ætatis beneficio indulgendum est*, cùm in præcedentibus
nihil sit vnde conijcere possimus, sensisse Scæuolam
de in integrum restitutione vel impetranda vel im-
petrata. Cuius certè impetrandæ neque necessitas ne-
que consequenter ratio vlla est in eo casu quem tra-
ctat Scæuola, id est, quo nunquam fuerit paritum cõ-
dicioni, cum ius commune sufficiat legatario etiam
maiori annis vigintiquinque vt admittendus sit pri-
mùm ad reddendum legatum quod ante impletã cõ-
dicionem agnouerat. Deinde ad tutelæ actionem post
legatum redditum instituendam. Et verò verba illa
nisi paratus esset quod ex causa fideicommissi percepisset reddere, sola reddendi voluntate & oblatione quæ ta-
men cum effectu sit contenta sunt, nec præ se ferunt
necessitatem instituendæ actionis ad impetrandam in
integrum restitutionem. † Errori interpretis causam 21
illud dedit, quod vidit apud Scæuolam tractari de pu-
pillo. Nec animaduertit, quod tamen apertissimũ erat
pupillum eo loco vt & alijs propemodum innumeris,
non eum dici qui tunc esset, sed qui antea fuisset,
quod & demonstrant præcedentia illa in legis princi-
pio posita *pupillo suo cuius tutelam gessit.* Scripsisset e-
nim Scæuola *gerebat* non *gessit*, si pupillus ille testa-
menti tempore adbuc in eadem tutela fuisset, quæ
porrò viuis tutore & pupillo non poterat esse finita
nisi pubertate. Denique conuenit ea pupilli appella-
tio illi etiã qui maior sit annis vigintiquinque si mo-
dò fuerit aliquando in alterius tutela. Vt cùm dici-
mus interdictum esse matrimonium inter pupillam
& tutorem ipsius liberósve tutoris *l. 1. & tot. tit. C. de interd. matr. int. pupill.* Non enim pupillam intelligi-
mus quæ contracti aut contrahendi matrimonij tem-
pore minor sit annis duodecim, in qua ætate certum
est non magis cum alio quolibet quàm cũ tutore ma-
trimonium eam contrahere posse, sed quæ fuerit ali-
quando eius ætatis & in tutoris potestate. Adeò vt
Papinianus quoque noster, cui disertissimè & adposi-
tissimè loqui propemodum peculiare fuit, non dubi-
tauerit scribere in *l. quanquam. 63. § ult. D. de rit. nupt.*
tutorem qui rationes curatori reddidit puellam suam
(quam & in l. seq. pupillam vocat) ante constitutum
tempus ætatis eius vxorem ducere non posse, nec si
mater illa ex alio priore matrimonio facta sit. Ergo
neque si maior sit annis vigintiquinque. Constitutum
enim tempus est anni vicesimi sexti completi, & vice-
simiseptimi incepti *l. non est matrimonium. 66. eod. l. qui pupillam. 7 D. ad leg. Iul. de adulter.* Non
enim ideò prohibitæ sunt istæ nuptiæ
quòd hęc hodie sit pupilla, sed quod
fuerit aliquando.

Capvt X.

Indicatur Tribonianismus in l.1.eod. tit. de liber. legat.

SVMMARIA.

1 *Creditorem qui rem sibi pignori datam debitori suo legauit non minùs debitum ipsum quàm pignus legasse censeri.*

2 *Nullius vtilitatis fore eiusmodi legatum si debitor rem tantùm suam creditori obligatam, non etiam debitum consequeretur.*

3 *Aliud obtinere si creditor pigneratitius antè solutam sibi pecuniam inter viuos pignus debitori reddiderit.*

4 *Ratio differentiæ redditur.*

5 *Duriorem aliquando fieri interpretationem obligationis quàm liberalitatis.*

6 *Cur melior sit conditio debitoris cui creditor rem obligatam legauit, quàm cui ille ipse pignus reddidit?*

7 *Etiam in debito pignore debitori legato integram liberationem legatam intelligi, & contrariæ in testatore voluntatis probationem heredi incumbere.*

8 *Quid Tribonianum* in d. l. 1. *impulerit vt contrariam sententiam tueretur?*

9 *Respondetur ad* l.creditorem.85.ff.de legat.2.

10 *Verba* in d. l. 1. *Triboniani manum maximè prodentia.*

11 *Quem sensum* in d. l. 1. *habeant hæc verba*, exemplo luitionis.

1 SI † res pignori data legetur debitori à creditore, Iulianus scripsit valere legatum, haberéque debitorē actionem vt pignus recipiat priusquàm pecuniā soluat, vt refert Vlpianus in *l.1.§.1. D. de liber. legat.* vbi tamen subiungit, *Sic autem loquitur Iulianus, quasi debitum non debeat lucrari, sed si alia testantis voluntas fuit & ad hoc peruenietur exemplo luitionis.* Hanc verò clausulam esse Vlpiani vix possum mihi persuadere, sed puto esse potius Triboniani, sententiam verbáque Iuliani malè suo more ac perperam interpretantis. Quod enim Iulianus scripsit valere huiusmodi legatum, & ex eo debitori actionem competere ad pignus recipiendum priùs etiam quàm pecuniam soluat procul dubio sic ille intellexit, vt debitum quoque debitor lucretur, quia cùm res pignori obligata sit in dominio debitoris non creditoris *l. cum & sortis.33.§.1 ff. pignor. act.* nemini autem res sua legari possit. *l. proprias. 13. C. de legat.* constat non aliter valere posse legatum quàm si testator ius omne quod habuit legasse intelligatur, vt ex eodem Iuliano idem Vlpian scribit in *l. cum seruus.39. alias l. apud Iulianum § si Titius de legat.* 1. Habuit autem creditor in hac re ius pignoris, cuius ea fuit condicio, vt tamdiu durare deberet quandiu solutum debitum non esset, *l. grege 13. §. etiam ff. de pign. l. debitor.59 ff ad SC. Treb.* Legando igitur rem sibi obligatam creditor totum ius totámque causam pignoris legasse credendus est, & consequenter non minùs
2 debitum quàm pignus ipsum. † Alioqui cuiusnam obsecro vtilitatis erit legatum si ponas debitorem hūc nihil præter hanc rem quæ fuerat testatori obligata in bonis habuisse? An non æquè futurum est vt nec soluente illo, nec aliunde habente quod soluat, hanc ipsam rem distrahi oporteat ex cuius precio testatoris heredibus satisfiat? Quid porrò interest an res debitoris distrahatur tanquam creditori obligata ex conuētionali pignore, an propter pignus quod iudiciali authoritate constitutum sit in bonis debitoris condemnati? An non vtroque casu idem est incommodum debitoris, contrà verò, eadem vtilitas creditoris? Quòd si è diuerso ponas locupletem debitorem, cui non sit difficile etiam aliunde soluere quod debet, quid in effectu præstat creditor debitori cùm ei legat rem obli-
gatam? † Dices fortasse Quamuis pignus non nisi pro 3
debito præcedente & subsistente contrahatur, nihil tamen prohibere quominus saluo debito vinculum pignoris dissoluatur, quia nec debitum omne pigneratitium esse necesse est, cum chirographarium esse possit, *tit. C. etiam ob chirograph. pign. retin. poss.* Idque exemplo vsuuenire cùm creditor pigneratitius ante solutam sibi pecuniam reddit pignus debitori. Placet enim non eo minùs saluam ei esse debiti persecutionem, ita vt nec taciti pacti exceptione repellatur, in eóque minus posse pignoris quàm chirographi redditionem, cùm creditor qui chirographum reddidit si petere debitum pergat, taciti pacti exceptione sit re-
pellendus *l.2.§.1. & l.3. D. de pact.* † Sed respondeo ple- 4
niùs nos vltimas defunctorum voluntates quàm viuentium facta interpretari. Nam in factis nihil aliud intueri possumus nisi quod factum est præcisè, aut quod ex facto inferri necessariò debet. qui autem pignus debitori suo reddit, nihil aliud facit nisi quod pignus reddit, ipsum verò debitum non solùm nō remittit expresè sed nec tacitè, quomodò qui chirographum reddit, tacitè debitum remittere dicitur, quia lex facit quod non nisi accepta solutione fieri solet, quotidie autem precario rogantur creditores à debitoribus qui res suas pignori obligauerunt, *l. certè. 6. §. vlt. D. de precar.* vbi dicitur peccarium hoc consistere non proprietatis nomine sed possessionis. Ac cùm creditor suo debitori legat rem obligatam, ei voluntate est vt hæredem suum vel inuitum obliget ad pignoris restitutionem, quod porrò ex iuris ratione non aliter restituere cogi alioquin posset quam si priùs sibi solutum esset debitum, aut aliter eo nomine plenissimè
satisfactum *l. si rem.9.§. omnis pecunia D. de pign. act.* † 5
Plus ergo debitori præstari vult, quàm si eidem is ipse pignus redderet: nec nouum aut inconueniens est duriorem fieri interpretationem obligationis, quàm liberalitatis, & contra creditoris heredem quem creditor ipse obligauerit de pignore restituendo, quàm cōtra creditorem ipsum si fortè viuus ille pignus debitori reddere maluisset. Quod enim creditoris heres cogi non potuisset pignus reddere, nisi soluta priùs pecunia omni quæ debebatur, tantò magis ei nocet, vt post redditum pignus debitam pecuniam petere amplius non possit. quia vt de chirographi redditione dicimus, (licet ad spontaneam quoque id pertineat) cōtra solitum creditorum morem est, immo quod in proposito amplius est, contra iuris rationem, vt priusquam debiti solutiō facta sit, pignus sibi eripi patian-
tur. † Cum igitur in confesso sit legata debitori re o- 6
bligata, hactenus valere legatum vt ex voluntate creditoris liceat debitori ab inuito quoque creditoris herede pignus extorquere nulla præcedente solutione, An non prorsus consequens est liberationem etiam hoc casu debitori legatam videri? Quo enim alio iure posset pignus recuperare tanquam liberatum si non esset ipse liberatus? Quod tamen non similiter possis dicere cùm pignus vltrò ac sponte redditur debitori ab ipso creditore. Liberalitas enim illa est creditoris, qui cùm ita facit, non modo vim nullam sibi aut legibus fieri patitur, faciens è contrario quod quotidie faciunt plerique creditorum, sed neque pignoris sui ius aut vinculum vllo modo remittit, siquidē pignus redditum nihilominus remanet obligatum quoadusque pecunia soluta sit, nec nisi pignoris detentionem & retentionem quam habebat creditor, per huiusmodi

redditionem amittit. Vt proinde negari non possit quin melior sit & esse debeat condicio debitoris cui creditor rem obligatam legauit quam cui ille ipse pignus reddidit. Etsi non inficior posse etiam ita legari pignus debitori vt vinculum duntaxat pignoris dissoluatur non etiam ipsius debiti liberatio debeatur. Nempe si aperta alia fuerit testatoris voluntas, in cuius sanè arbitrio est, liberalitati suæ præscribere quem
7 velit modum.† Sed hoc contendo, in dubio si creditor rem sibi obligatam legauerit debitori, non solum ius pignoris legatum intelligi debere, sed etiam ius liberationis, in eoque à Triboniano dissentio, qui fatetur quidem posse tali legato ius quoque liberationis contineri ex voluntate testatoris, sed eam voluntatē probari vult à debitore, cum ita scribit, *sed si alia testatoris voluntas fuit*. Ego contrà voluntatem hanc in dubio præsumi volo pro debitore, nisi aliam & contrariam probet heres creditoris. Cui nostræ interpretationi fauet non solum titulus ipse qui est *de liberat. lega.* sed etiam quod initio legis Vlp. scribit, Omnibus debitoribus ea quæ debent rectè legari, licèt domini eorum sint. Consequens enim fuit, vt subiecerit Vlp. idem dicendum vt valeat legatum etiamsi non debitū ipsum, sed res pro debito obligata sit debitori. Eadem enim dubitandi ratio est, quod non valeat legatum eius rei quæ legatarij sit. Eadem quoque decidendi qood non sit credendus testator legasse quod suum. Ergo vtroque casu eius debiti exigendi, quod ipsum nihil aliud
8 est, quam ius liberationis. † Neque debuit Tribo. decipi ex eo quod Iul. scripserat, *haberéque eum actionem vt pignus recipiat prius quā pecuniam soluat*. Vnde sumpsit ille occasionem subiiciendi, *sic autem loquitur Iul. quasi debitum non debeat lucrari*. Quid enim referre potuit an ita Iulia. scriberet, *prius quam pecuniam soluat*, an ita potiùs quomodo scribendum erat secundum Tribon. *etiamsi pecuniam nunquam soluat*. Ignorauit nimirum Tribon. aut certè non animaduertit paria hæc esse, pecuniámque debitam aut priùs quàm pignus repetatur solui debere, aut nunquam, quoties pignus petitur inuito creditore, aut, quod idem est, creditoris herede, nisi cùm creditor ipse contrariam legem dixit,
9 & heredi suo & debitori.† Nec simile est quod Paulus respondit in *l. creditorem*. 85. *de legat*. 2. creditorem cui res pignoris iure obligata à debitore legata esset non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas creditoris compensare volentis euidenter non ostenderetur. Longè namque aliud est rem obligatam legari à debitore creditori: aliud verò legati à creditore debitori. Legatum siquidem cùm sit donatio & liberalitas, non facilè cedit pro datione in solutū, quia quantò largiùs accipitur, tantò magis distat à debiti solutione. Ac multò facilius cedit pro liberatione, quoniam in liberando liberalitas cernitur, non in soluendo. Et verò in re obligata quam debitor legat, nihil est debitoris aut quod debitor legasse videatur, præter rem ipsam, in re autē obligata quam legat creditor, nihil è contrario est quod sit testatoris præter ius ipsum debiti & pignoris. Quod vtrumque sicut habet creditor, ita æquè legasse intelligendus est, ne aut nihil in effectu, aut minùs saltem potuerit, & quàm in re ipsa iuris habuerit, legasse videatur, *arg. l. in testamentis*. 12. *de regul. iur*. † Illud verò omnium maximè
10 Tribonianum mihi prodit, quod post ea verba, *Sic autem Iulianus loquitur, quasi debitum non debeat lucrari*. Adiecit ille, *sed si alia testantis voluntas fuit & ad hoc perueniretur, exemplo luitionis*. Quid enim scribi potuit stultius & ineptius? An fortassis eorum verborum *& ad hoc perueniretur* alius sensus esse potest, quàm vt si alia testatoris voluntas fuerit non tantùm ius pignoris, de quo solo Iulianum sensisse Tribonianus credidit, sed etiam ius debiti, debitúmque ipsum lucrari debitorem oporteat? † Quo admisso quæro quis sensus es- 11
se potest illius adiectionis *exemplo luitionis*? An fortè debitum lucratur, cùm pignus luit? An non è contrario pignus luere hoc ipsum est, debitum offerre & soluere? *l. 1. l. vlt. & tot. tit. C. de luit. pignor.* Non ignoro quid Tribonianus senserit, voluit enim dicere debitorem cui creditor legauit rem pignori obligatam, hoc ex legato consequi debere, vt non modò pignus liberum & immune repetat, sed & eodem prorsus iure quo si pignus ipse luisset, id est ita vt neque personali vlla obligatione tanquam debitor maneat obligatus. Sed cùm de illo tantùm quæreret, an debitor hic cui pignus legatum fuisset, lucraretur debitum, dico non fuisse accommodatum subiicere *exemplo luitionis*, cùm nihil tale interueniat in pignoris luitione per quam scilicet nihil lucri consequitur debitor, sed tantùm vitat damnum ne res obligata quæ pluris sit, pro viliore debito vel distrahatur, vel detineatur. Mihi porrò videor vicisse statim atque probaui, inconcinnè & ineptè ne dicam ineleganter, in prudentum responsis quid scriptum esse. Quid enim aliud superest, quod vel coniicere, vel adfirmare possimus, nisi totū id quod absurdum & ineptum est, Triboniano adscribendum esse non Vlpiano, aut alij vlli ex magnis illis Iureconsultis? Fiet verò hoc apertius ex iis quæ sequenti capite subiiciemus.

CAPVT XI.

Alij Tribonianismi tres in l. si quis reum 5. eod. tit. de liberat. legat.

SVMMARIA.

1 *Si quis reum & fideiussorem habeat, reo liberatione legata plenissimam liberationem deberi.*
2 *Quo sensu dicatur nihil referre an ipso iure quis actionem non habeat, an talem habeat quæ per exceptionem infirmetur?*
3 *Multum superiore casu debitoris interesse vt per acceptilationem magis quàm per pactum liberetur.*
4 *Ratio pro herede creditoris faciens, ne per acceptilationem liberare debitorem cogatur.*
5 *Annon æquè prospectum sit fideiussoris indemnitati, si principalis debitor per pactum duntaxat, ac si per acceptilationem fuerit liberatus?*
6 *Alia ratio propter quam creditoris heres debitorem per acceptilationem liberare cogitur.*
7 *Iis casibus quibus fideiussor soluens aduersus debitorem nullum regressum habet, reum cui liberatio legata est pacto liberandum esse.*
8 *Cur illis casibus per acceptilationem liberari non possit?*
9 *Illis casibus locum non esse iuris regulæ quæ vult ex pacto de non petendo non minùs fideiussori, quàm debitori exceptionem dandam esse.*
10 *Versiculum* atquin solemus in d. l. 5. *Triboniani esse.*
11 *Testatoris debitori suo liberationem legantis eam voluntatem videri vt fideiussor quoque liberetur.*
12 *Quid Tribonianum* in d. l. 5. *fefellerit.*
13 *Alius Tribonianismus in §. 1. eiusdem legis indicatur.*
14 *Ratio dissimilitudinis inter liberationem quæ reo, & eam quæ fideiussori à creditore legata est.*
15 *Liberatione legata patri qui pro filio fideiusserat, patrem nihilominus actione de peculio conueniri posse.*
16 *Liberationem legatam fideiussori qui reuera reus fuit, ipsi tanquam fideiussori duntaxat, non tanquam reo prodesse.*

17 Ex

17 *Eo casu non interesse, an creditor seu testator eas gesta veritatem sciuerit, an vero ignorauerit.*

18 *Respondetur ad* l. sed si fideiussor 24. ff. de pact.

19 *Aliter conspiciendum pactum liberationis quod sola paciscentium voluntate, aliter illud quod in legato conspicientiam interponitur.*

20 *Vt pactum quod cum fideiussore, cui legata fuit liberatio, interponendum est, fideiussori tantum prosit, non simpliciter sed expressa fideiussoris qualitate concipi debere.*

21 *Idem in eo fideiussore obseruandum qui in rem suam fideiussit, & alium reum vice sua dedit.*

22 *Tertius Tribonianismus in* d. l. 5. §. sed si damnatus.

23 *Herede damnato filium liberare, siue per pactum siue per acceptilationem liberetur, patrem quoque per consequentias liberatum intelligi.*

24 *Patrem, qui de peculio filii debitoris tenetur, conditionalem debitorem dici.*

25 *Conditionem obligationis illius paternæ deficere, filio vel per pactum vel per acceptilationem liberato.*

26 *Filium soluendo esse censeri, & effectu ipso soluisse intelligi, quum exceptione pacti de non petendo tutus est.*

27 *Cur legata filiofam. liberatione non distinguatur an per pactum, an vero per acceptilationem liberetur, patri vero sola liberatione relicta distinctioni locus sit?*

28 *Triboniani adnotatio in* d. §. sed si. *inducatur & refutatur.*

1 SI † quis reum habeat & fideiussorem, & reo liberationem leget, placet Iuliano, quod & Vlpianus probat in *l. 5. de liber. lega.* reũ per acceptilationẽ liberandum esse non per pactũ, ne alioqui si heres creditoris cœperit fideiussorem conuenire, alia ratione & via reus conueniatur. Sensus est ni fallor ex huiusmodi legato plenissimã deberi liberationem debitori ac proinde non posse sufficere vt liberetur per pactum, quia pacti de non petendo ea vis non est vt debitorẽ liberet ipso iure, sed tantùm ope exceptionis *l. si vnus 27 §. pactus ne peteres & seqq. D. de pact.* nemo autem nescit quam maximè interesse debitoris vt liberetur ipso iure potiùs quàm per exceptionem, vel ob id ne
2 conueniri vnquam vel vllo modo possit. † Quamuis enim dici soleat, nihil referre an ipso iure quis actionem non habeat, an talem habeat, quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil interest 112. De regul. iur.* id tamen accipiendum esse constat quod ad effectum actionis contra quã fuit opposita exceptio, non etiam ita, vt æque tutus sit is qui si conuenietur habiturus est exceptionẽ, atque is contra quem vt potè iam ipso iure liberatum nulla actio superesse darique potest. Accidit namque sæpenumero vt competens exceptio non opponatur, vel per imprudentiam vel etiam per errorem siue iuris siue facti, atque ita condẽnetur is qui iustã exceptionẽ habuit non minùs quã si nullã habuisset *l. si non sortem. 26. §. indebitum l. qui exceptionem. 40. D. de condict. indeb. l. si fideiussor. 29. per tot. D. mandat. l. qui hominem 24. § vlt. D. de solut.* quod contingere non posset sublata actione & extincta i-
3 pso iure per acceptilationem. † Inde igitur fit vt non sit audiendus heres creditoris qui liberationem debitori præstare iussus est, si velis cũ pacto duntaxat liberare, quoniam nihil potest interesse heredis an hoc an illo modo debitor liberetur. Ipsius verò debitoris post multũ interesse vt per acceptilationẽ magis quàm per pactũ liberetur, hoc est vt ipso iure potiùs
4 quàm beneficio & auxilio exceptionis. † Vna tãtùm ratio esset quæ videretur facere pro herede ne per acceptilationẽ liberare debitorẽ cogeretur. Nempe quòd per liberationem ita factã tollatur omnis & tota quanta est obligatio, nec tantùm quòd ad personã debitoris cui legata liberatio est, sed etiam quòd ad personã fideiussoris, de quo nõ videtur testator cogitasse, certè de quo locutus non fuit. Sed ratio hæc nõ est bona, quia non minùs interest debitoris ne fideiussor eius, quàm ne ille ipse conueniatur, cùm alioqui futurum sit vt per mediam fideiussoris personam qui aduersus reũ habiturus regressũ est, ad reũ quoq. perueniatur: in quo planè volũtas & propositũ testatoris offenderetur *l. 1. § exceptionem. ff. quar. rer. act. non dat. l. cum lex. 46. ff. de fideiuss.* † Quid an non æquè 5
cautum erit & prospectũ indemnitati fideiussoris etiamsi reus per pactum duntaxat non per acceptilationem fuerit liberatus? Ita sanè, si nihil aliud quæras aut curas nisi vt fideiussori æquè ac debitori ipsi consulatur. Constat. n. pactũ de non petendo cũ reo initum, tanquã quod sit in rẽ, si nõ in personã expressim conceptum proponatur, non minùs prodesse fideiussori quàm reo, non quia fideiussoris, sed quia ipsius rei intersit *l. & heredi. 21. § vlt. cum seq. ff. de pact.* Sed quemadmodum diximus non satisfieri voluntati testatoris nisi reus, etiam qui fideiussorem nullum dederit per acceptilationem non per pactum liberetur, vt plenissima ei contingat liberatio & ipso iure, nec indigeat opẽ exceptionis, ita nec sufficit vt eandem exceptionẽ pacti quã haberet reus per pactum liberatus, habiturus quoque fideiussor esset, vel ob id vnum, ne si fortè fideiussor quandocunq. conuentus siue prudẽs & sciens siue per iuris facti ve ignorantiam omiserit exceptionẽ & soluerit creditori, nouæ litis materia emergat an reus debeat ei præstare indemnitatẽ, ex eáq. causa confugiendũ sit ad distinctiones illas de quibus in *d. l. fideiuss. 19 ff. mandat. & in l. except. 67 ff. de fideiuss.* † Deniq; cùm nihil penitus inter- 6
sit heredis, quẽ certũ est non magis à fideiussore quã à reo petere quicquã posse quin reo teneatur ex testamẽto, etiãsi neque per acceptilationem neque per pactũ liberauerit debitorẽ, *l. 2. ff. hoc tit. D. liber. legat.* qua fronte obsecro potest ille recusare prætextu fideiussoris cui nihil legatum fuerit quin reum liberet non per pactũ duntaxat, sed etiam per acceptilationem? † Eleganter tamen idem Vlp. subiungit, quod 7
etiãsi prætermisisset omnino consequens esset superioribus, Si donationis causa fideiussor interuenerit aut ad eum pecunia peruenerit, & ipse reum dederit vice sua ipseque fideiusserit, pacto reum esse liberandũ Scilicet quoniam, vt lex ait, nullum his casibus regressum habet fideiussor contra debitorem *l. sed si fideiussor. 24. D. de pact.* Et ideo nihil interest debitoris vt liberetur fideiussor, qui vtique liberaretur ipso iure, adeóque etiam inuito tã creditoris herede quàm debitore si debitor ille per acceptilationem liberaretur. Cùm enim fideiussoria obligatio non nisi acces- 8
soria sit quæ proinde sola per se subsistere non potest, acceptilatio autẽ si ex iis modis quib. placet ipso iure perimi & extingui cuiuslibet generis obligationẽ *l. pen. D. de sol. l. 1. l. pluribus 6. & tot. tit. D. de accept.* apparet fieri nullo modo posse vt liberato per acceptilationẽ debitore fideiussor maneat obligatus. Quod nõ similiter locũ habet liberato dũtaxat per pactũ debitore, quia nõ obstãte pacto superest ipso iure obligatio quæ per pactũ tolli nõ potuit, quæque licèt sit inefficax quod ad personã debitoris, qui cõtra eã tutus est exceptione pacti, satis tamen viriũ habet ad retinendã fideiussoris obligationẽ. *l. Stichũ aut Pamph.*

lum.95.§.quod vulgo.D.de solu. haud alter quàm si per-
sonale pactum de non petendo cum debitore initum
proponeretur, quod vtique fideiussori prodesse nec
9 posset nec deberet, *l.nisi hoc actum 22. D.de pact.* † At
inquies fortasse, quid interesse potest, an his casibus
quibus fideiussor nullum regressum contra debitorē
habiturus est, debitor liberetur per acceptilationem?
Cùm iam dixerimus ex pacto quoque de non peten-
do, nisi merè conceptum sit in personam debitoris. nō
minùs fideiussori quàm debitori exceptionem dandā
esse. Sed meminisse oportet, quam etiam adiecimus ex
d.l.& heredi.21 §.vlt.eod. ius illud non fideiussoris cau-
sa sic comparatum esse, sed debitoris, propterea quòd
ipsius intersit vt eadem quæ sibi exceptio pacti accō-
modetur fideiussori, quoties fideiussor regressum ad-
uersus eum habiturus est. Quę ratio cessat apertè, cùm
fideiussor vel in rem suam, vel donandi animo inter-
uenit, & alijs casibus si qui sunt similes, in quibus mā-
dati actio nulla possit fideiussori competere pro con-
10 sequenda indemnitate aduersus debitorem. † Ex quo
apparet pene ridiculam esse obiectionem, indignam-
que quam Vlp. noster expresserit ijs verbis quę sequū-
tur in *d.l.5. Atquin solemus dicere pacti exceptionem fide-
iussori dandam quæ reo competit,* siue ad priorem responsi
partem referri illam velis siue ad posteriorem. Sed
multò magis ridicula responsio est quæ sub Vlpiani
nomine talis proponitur, *sed cùm alia sit mens legantis,
alia paciscentis, nequaquam hoc dicimus*, Quæro enim à
Triboniano quod illud est, quod non dicimus? An il-
lud fortasse quod proximè dixit ille, exceptionem pa-
cti quæ reo competit dandam esse fideiussori: Nimirū
id locum non haberi si pactum ex voluntate testantis
qui reo liberationem legauit, cum reo ipso initū pro-
ponatur. Quidni verò? An eò minùs pactum in rem
conceptum vires suas habet quod & testatoris iudicio
11 interponatur? † An potiùs ea Triboniano videtur esse
voluntas testatoris legantis reo liberationē, vt fideius-
sor non liberetur, & consequēter vt per mediā fideius-
soris personā ille dēū reus cui liberatio legata fuit in-
quietetur: Atqui pugnat hoc euidenter cū eo quod su-
12 pradiximus ex Pomponio in *l.2.eo.tit.* † Igitur Tribo-
nianum illud fefellit, quod non potuit rationē videre
propter quām in priore responsi parte voluerit Vlpia-
nus post Iulianum liberari debitorē acceptilatione nō
pacto, & existimauit non alia de causa id fieri, quàm
quòd alioqui exceptio pacti competens debitori non
posset porrigi ad fideiussorē: quasi sensus ille sit versic.
*alioquin si fideiussorem cœperit conuenire, alia ratione reus
conuenietur.* Quod tamen falsissimum est, Est enim lon-
gè alius & diuersus, quem nos nunc primùm aperui-
mus. Rursum nec illud vidit, cur in posteriore parte
responsi liberato reo per pactum eadem pacti excep-
tio quæ reo competit, non prosit fideiussori, & puta-
uit speciali aliquo iure petendo ex voluntate testato-
ris, ita comparatum esse non iure communi, quod æ-
què stultum est. Denique nullam possis vnquam vel
diuersitatem vel diuersitatis rationem inuestigare per
quam liceat commodè interpretari verba illa ænig-
matica, quæ nos & alias iampridem, & nunc quoque
tantopere torserunt, & in quorum explicatione non
negamus nos errasse. Sed eum iuris ignoratio decepit,
nos Vlp. nomē, sub quo ille sententias suas tanquam
Vlpianeas, aut alterius Iurisconsulti proprias obtru-
dens toties nobis illudit, tótque crucibus exagitat in-
genia eruditiorum. Hic ergo primus sit Tribonianis-
13 mus à nobis tunc tandem obseruatus in hac lege. †
Proximè sequitur secundus in *§.quod si fideiussori* verba
hæc sunt: *Quod si fideiussori liberatio sit legata, sine dubio,
vt & Iulianus scripsit, pacto erit fideiussor liberandus.* Et
Vlp. esse totam hanc clausulam non dubito. At quod
sequitur, *Sed & hic puto interdum acceptilatione liberan-
dum, si vel reus ipse sit, vel in eam rem solus reus*, alium
Tribonianismum esse contendo. Putauit enim Tribo-
nianus, quemadmodum liberatione legata debitori.
liberandus est ille acceptilatione non pacto, non alia
ratione, vt ipse credidit, quàm vt liberationis commo-
dum ad fideiussorem quoque perueniret, quasi perue-
nire non posset interueniente duntaxat pacto, (in quo
errauit vt ostendimus) ita è contrario si liberatio lega-
ta sit fideiussori qui reuera & effectu ipso non tam fi-
deiussoris quàm rei personam sustineat, liberandum
cum acceptilatione non pacto, ne alioqui ei profutura
sit liberatio, si alius qui sub rei nomine reuera fideius-
sor est, inquietetur, mox contra fideiussorem hunc cui
legata fuit liberatio regressum habiturus. † Sed eui- 14
dens dissimilitudinis ratio est, quam vir bonus non a-
nimaduertit. Liberatio enim legata reo, prodesse id-
circo debet fideiussori, quoniam alioqui per mediam
fideiussoris personam reus conueniretur, & quidem
tanquam reus, ac proinde tanquam is cui liberatio le-
gata est. Fuit enim legata tanquam reo, & tanquam
reus, est ille obligatus duob. creditori actione prima,
siue hac, siue illa, fideiussori verò actione mandati. At
liberatio legata fideiussori nunquam ei prodesse po-
test aut debet nisi tanquam fideiussori, præter-
quam si euidenter contraria sit voluntas testatoris.
† Vnde est quod si quis filiumfamilias habens obliga- 15
tum patrem eius fideiussorem acceperit, deinde patri
liberationem legauerit, non est in dubio censendus
reliquisse liberationem patri tanquam patri, sed dun-
taxat tanquā fideiussori, licèt, quod magis est sub pa-
tris non sub fideiussoris nomine liberatio ei legata sit.
quoniam fideiussoris obligatio specialior & potentior
est. Ita vt pater liberatus tanquam fideiussor, nihilo-
minùs actione de peculio conueniri possit, vt ex eodē
Iul. Vlp. noster scribit in *§.vlt.huius legis.* † Ergo simi- 16
liter ac multò magis dicendum est, Etiamsi fideiussor
cui liberatio relicta est, reuera fuerit reus, non ille quē
reum vice sua ipse dederit, liberationem ei legatam,
& quidem non simpliciter, aut sub nomine Titij vel
Sempronij, sed sub nomine fideiussoris (quanquā nec
aliud fore puto si simpliciter aut sub proprio ipsius
nomine relicta proponatur) prodesse illi non debere
tanquam reo, sed tanquam fideiussori duntaxat, licèt
ita futurum sit vt conuento eo qui se reum fecit, fide-
iussor hic inquietetur, siquidem, quòd pertinet ad te-
statorem qui liberationem legauit, fideiussor hic tan-
tùm fuit, non reus. Quod verò actionem mandati quę
fideiussoribus omnib. dari solet, habiturus non sit, at è
contrario alij qui se vicarium vt ita dicam reum fecit
indemnitatem plenissimam præstaturus, pendet ex eo
negocio quòd inter ipsos gestum est separatim, non
ex eo quod vterque ipsorum gessit cum creditore qui
legauit liberationem. Proinde non potest liberationis
legatum factum à creditore ex illo negotio inter a-
lios gesto recipere interpretationem. † Nec si ponas 17
creditorem istum rei gestæ veritatem non ignorasse,
quia semper verū est quod ad creditorem spectat, &
reū esse illū qui se tanquam reum obligauit, & fideius-
sorem illū qui non reperitur obligatus, nisi tanquam
fideiussor. Porrò liberatio legata fideiussori nunquam
debet reo prodesse. nec à fideiussore ad reum transire,
ne per eiusmodi extensionē alij consulamus, quàm cui
testator consultum voluit. *Arg.l.nec adiectio.9 .D.pro so-
cio* Potest quidem fieri, vt ei quoque cuius nomen in
testamento scriptum non est, consultum voluerit te-
stator,

ftitor, quo casu placet non eo minùs legatarium illum
esse, *l. 3. §. penult. & vlt. eod. hoc tit. l. fideicommissa. 11. § ple-
runque & seq. de leg. 3.* Sed vt alij quàm cui prodesse te-
stator voluit, proficiat legatum liberationis fieri nullo
modo potest. Atqui ponimus liberationem legatam
fideiussori non reo. Ergo nec si fideiussori idem reus
sit tamen liberandus erit tanquam reus, sed duntaxat
tanquam fideiussor, aut ea liberatio neque ipsi prosit
tanquam reo, neque alij qui tanquam reus voluit o-
18 bligari.† Neque pugnat quod Paulus scribit in *d. l. sed
si fideiussor. 24. D. de pact.* Si fideiussor in rem suam spo-
ponderit, habendum eum pro reo, & idcirco pactum
cum eo initum cum reo ipso initum videri, vt illi etiam
qui pro reo datus est prosit, tanquam fideiussori. Nam
id rationem illam habet, quòd cum pactum vltro in-
terpositum fuit, non tam inspicimus cui pactum factũ
sit, quàm cui prodesse intersit paciscentis, vt in præce-
dentibus legibus Paulus scribit. Cùm verò liberatio
alicui legata est, non illud inspicimus cui prodesse li-
berationem intersit legatarij, sed cui tantum prodes-
se, prospectúmque esse voluerit is qui legauit, nec rur-
sum cui tantum, sed etiam tanquam cui, ne liberatio-
19 nis effectus vltra testantis voluntatem porrigatur.†
An ergo alia minórque potestas erit pacti propter li-
berationem legatam adhiberi, quàm si vltro nec præ-
cedente liberationis legata interpositum esset? Nequa-
quam vt superiore capite disputauimus contra Tri-
bonianum. Sed hoc volo, aliter concipiendum pactũ,
quod sola paciscentium voluntate, aliter illud quod in
legati consequentiam interponitur, Ne contra testa-
toris voluntatem eueniat, vt idem sit effectus vtrius-
que. Pactum quod non aliam causam habet quàm pa-
ciscentium solam voluntatem, simpliciter concipien-
dum est, vt nihil prohibeat ne omnibus prosit, quibus
prodesse intersit paciscentis. Neque vt quod initũ est
cum fideiussore in rem suam prosit ei qui tanquam de-
bitor pro huiusmodi fideiussore obligatus est, quicquã
aliud exigimus, nisi vt qui paciscitur, sciat rem ita ge-
stam inter reum & fideiussorem (Alioqui sanè difficile
est dicere, eum qui fecit pactum cum fideiussore quẽ
verum fideiussorem putabat, non facturus nisi sciuisset
iure ita comparatum esse, vt exceptio pacti cum fide-
iussore initi non competat debitori, si postea cum de-
20 bitore experiri velit repellendum exceptione) † At
pactum quod ad effectum liberationis legatæ in-
uito etiam herede interponendum est cum fideius-
sore cui legata fuit liberatio, non simpliciter concipi
debet, sed expressa qualitate fideiussoris, vt intelligat
non liberari se per eiusmodi pactum nisi tanquam fi-
deiussorem, nec proinde fieri posse vt id pactum alij
vlli prosit, quia fideiussoris tanquam fideiussoris inte-
resse nunquam potest, vt alij quàm sibi pactum suum
prosit, *l. fideiussor. tit. 23. de pact.* Idque intelligere possi-
mus non obscurè ex eo quod supra diximus de patre
obligato actione de peculio eodemque filij sui fide-
iussore cum scilicet si ex creditoris sui testamento li-
berationem meruerit, liberandum ab herede, quasi fi-
deiussorem non quasi patrem *d. §. vlt. huius leg.* Ergo
non per pactum simpliciter adhibitum, sed sub expres-
sa illa qualitate fideiussoris. Quis enim dubitet, quin
si pactum simpliciter patri factum esset de non peten-
do, habiturus ille esset pacti exceptionem, siue tan-
21 quã pater, siue tanquã fideiussor conueniretur? † Idẽ
ergo dicimus legata liberatione fideiussori qui in rem
suam fideiusserat, aliúmque reum dederat vice sua, vt
si creditoris heres cum eo simpliciter paciscatur de
non petendo, profuturum sit pactum ei quoque qui
reus datus fuit, idque non propter legatum liberatio-
nis, sed propter pactũ ex *d. l. sed si fideiussor.* Verùm ne
id eueniat, liberandũ esse pacto hunc fideiussorẽ, non
simpliciter sed tanquam fideiussorem. Quod & satis
apertè Vlp. innuit, cùm ait & liberationẽ legatam fi-
deiussori, & fideiussorẽ liberandũ, demonstrata scilicet
in omnibus non tam persona, quam qualitate fideius-
soris.† Tertius Tribonianismus est in *§. sed si damna-* 22
tus. Tractat Vlp. ex eodẽ Iul. casum illũ quo filiusfami-
lias debitor fuerit, & patri eius; aut ipsi etiam filio li-
beratio legata. Et primùm quidẽ si patri liberatio reli-
cta sit, pacto duntaxat liberandũ patrẽ esse ait, ne filius
quoque liberetur, siue aliquid sit in peculio die legati
cedente, siue non Sed si dãnatus sit heres filium libe-
rare, *non adijcit Iulianus*, inquit Vlp *vtrum acceptilatione
sumus, an pacto sit liberandus, sed videtur hoc sentire quasi
acceptilatione debeat liberari, quæ res patri quoque proderit.*
Hunc verò versiculum existimo totum esse Triboniá-
ni, existimantis minùs accuratè tractatã à Iul. proposi-
tam quæstionem, & ab eo prætermissam partem illam
distinctionis, si non patri debitoris filiifamilias, sed
ipsi filiofamilias liberatio relicta proponeretur. In
quo labitur proculdubio manifesta iuris ignoratione.
† Casum enim istum quo damnatus sit heres filiũ li- 23
berare, ideò prætermisit consultò Iulianus, quia nec
illa poterat incidere dubitatio vtrum acceptilatione
filius, an pacto esset liberandus. Siue namque per pa-
ctum, siue per acceptilationẽ filius liberetur, fieri cer-
tè nequit vt non pater etiam per consequentias libe-
ratus intelligatur, quia licèt dici soleat eum qui cum
filiofamilias contrahit duos habere debitores filiũ in
solidum, patrem verò duntaxat de peculio, *l. si quis cũ
filiofamilias. 44. D. de pecul.* † Illa tamen inter vtriusque 24
obligationẽ differentia est, quòd filij obligatio & prin-
cipalis & pura, patris autem non nisi condicionalis, &
accessoria, vt paulò antè idem Vlp. scripserat ex Mar-
cello qui hanc rationem secutus, inferebat contra Iu-
lianum, repetere patrem posse, quod soluerit pro filio-
familias debitore, qui rei iudicandæ tempore non sit
soluendo, tanquam condicionalem debitorem, aut eũ
saltem qui sit loco condicionalis debitoris, quem si in-
terim soluerit id, quod non nisi sub condicione debe-
tur, repetere posse non ambigitur *l. qui promisit. 48. D.
de condict. indeb.* Quænam verò hîc condicio est? Nulla
equidem expressa, quia nec obligatio ipsa expressa est,
sed tacita, & quæ sola legis iurisque potestate induci-
tur, ob idque non sic loquuntur Iureconsulti vt patrẽ
condicionalem debitorem dicant, sed condicionalis
debitoris loco.† Tacita autem condicio ea est, si filius 25
debitor maneat, nec soluendo sit. Ac proinde filio li-
berato, siue per pactum, siue per acceptilationem, con-
sequens est vt tanquam deficiente obligationis pater-
næ condicione pater quoque liberetur, ideóque quod
magis est, ipso iure tametsi filius eo casu quo per pa-
ctum duntaxat liberatus est, maneat ipso iure obliga-
tus, quoniã vt tota condicio, cuius natura & potestas
indiuidua est, defecisse intelligatur, sufficit deficere in
parte, Vt hic deficit ex ea parte quæ requirit filiumfa-
milias non esse soluendo.† Est enim soluẽdo, adeóque 26
in effectu soluisse intelligitur, quisquis tutus est exce-
ptione pacti de non petendo, cùm habeat quod obij-
ciat creditori, quemadmodũ de eo qui tempore libe-
ratus fuit, eleganter Papinianus scribit in *l. si pupillus.
45. in fi. D. de admin. & peric. tut.* Nihil siquidẽ interest
an liberatus quis sit tẽpore an pacto, cùm vtroque ca-
su liberatio nõ inducatur ipso iure, sed per exceptionẽ,
quia tẽpus non est modus tollendæ obligationis, sicut
nec pactum, *l. obligationum ferè 44. §. placet. D. de oblig.
& act.* † Bene igitur & subtiliter Iulianus vidit quod 27

Tribonianus ignorauit, legatá filiofamilias liberatio-
ne non esse distinguendú an liberetur ille per pactum
an per acceptilationem, cùm perinde vtroque casu pa-
ter ipso iure liberetur ob defectum conditionis, sub
qua erat ille de peculio obligatus. Sed ei distinctioni
tum demùm locú esse, cùm patri & quidem soli relí-
cta liberatio est. Ná cùm filiifamilias obligatio prin-
cipalis sit, & pura, nihil vetat liberato patre per pactú,
obligationem filiifamilias superesse, quæ tamen non
superesset si liberatio per acceptilationem facta pro-
poneretur, propterea quòd acceptilatio, vt in superio-
ribus diximus, ciuilis & imaginaria solutio est quæ
iure ciuili ad effectum inducendæ liberationis eius-
dé potestatis est, cuius vera solutio & naturalis, *l. pen. D. de solut.* Patris námque & filij obligatio licèt duo-
rum sit, tamen vna tantùm est, & vnica, siue naturali,
siue imaginaria & ciuili solutione tollitur, vt eueniret
in obligatione correorum debendi, aut rei & fideius-
a8 soris. † Proinde ridicula est illa Triboniani adnotatio,
sed videtur hoc sentire quasi acceptilatione debeat liberari, qua res patri quoque proderit, & ei persimilis, quam su-
periore capite obseruauimus in *l. 1. eo. hoc tit.* Eámque
Triboniani manum illud etiam apertiùs prodit, quod
statim sequitur in hæc verba, *quod obtinendum est, nisi euidenter approbetur contrarium sensisse testatorem, id est, ne filius inquietetur, non ne pater: Tunc enim acceptilatione eum non liberandum, sed pacto.* Nam quis obsecro ex
prudentibus nostris aut aliis bonæ latinitatis autori-
bus ita vnquá scripsit, *quod obtinendum est*, pro eo quod
solent illi dicere, *quod obtinet. Obtinendi* enim appella-
tio refertur ad id non quod obtinet, sed quod obtine-
tur: quæ prorsus alia sunt, & diuersa: Planè in aperta
voluntate testatoris vix vllus dubitationi locus relin-
quitur, quin possit pater manere obligatus vtiliter &
efficaciter, filio solo per pactum liberato, ne liberali-
tas testatoris vltra id quod ipse voluerit, expressímque
constituerit porrigatur. Est enim perpetuum & gene-
rale, vt in iis quæ ex testatoris voluntate & liberalita-
te proficiscuntur, nunquam ipso liberaliores esse de-
beamus, *l. facta. 63. §. si sub conditione. l. debitor. 59. in fine princip. D. ad SC. Trebell.*

Capvt XII.

De sententia & emendatione l. si mandatu. 59. § creditor. D. mandat.

Svmmaria.

1 *Varias esse differentias inter creditorem qui pignus creditoris iure & eum qui iure communi vendit.*

2 *Præcipuam differentiam hanc esse, quod euictionem pignoris venditi non debeat creditor, qui iure creditoris vendidit, debeat vero teneatur qui iure communi vendidit.*

3 *Creditorem iure creditoris pignus vendentem vsque adeò de euictione non teneri, vt neque actione ex empto ad pretij accepti restitutionem teneatur.*

4 *Pignore tamen quod creditoris iure creditor vendiderat ante pretij solutionem euicto, nullo iure per creditorem pretium peti posse.*

5 *Affertur hanc in rem* d. §. creditor. *eiusque species & quæstio declaratur.*

6 *Versiculum* ex hoc responso. in d. *§. non Pauli, sed Interpretis alicuius esse.*

7 *Quid Paulus in illa specie præcipuè attendi velit?*

8 *Dictionem* promiserit, *in eodem §. abundare.*

1 Potest † creditor pignus vendere, aut iure credito-
ris, aut iure commoni, hoc est, vel tanquam credi-
tor, vel tanquam alius quilibet, eo scilicet modo, quo
res aliena vendi potest, hactenus vt empti & venditi
obligatio contrahatur, *l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* Quantùm verò intersit an creditoris, an commu-
ni iure pignus venditum sit à creditore, apparet ex iis
quæ in hanc rem scripsimus, *Decade. 1. de error. pragmat.*
† Sed illa præcipua & notissima inter cæteras diffe- 2
rentia est, quòd euictionem pignoris venditi non de-
bet creditor, qui vendidit iure creditoris quam vtique
debet is qui vendidit iure communi *l. 1. & 2. C. creditor. euict. pignor. non deb.* Qui enim vendit iure creditoris &
vendendo id ipsum exprimit (alioqui iure communi
vendere credendus est quisquis simpliciter vendit, vt
maximè sit creditor) hoc ipso profitetur alienam rem
se vendere, & cuius vendendæ non aliud ius habeat,
quàm quia creditor est, cùm nec obligatam eam pi-
gnoris iure habere posset, si sua esset non aliena, *l. neque pignus. 45. de reg. iur.* Itaque nullam emptori facit
iniuriam, etiamsi euictionem præstare recuset dum-
modo præstet se & iustum & potiorem creditorem, si
modo nihil dolo malo fecisse probetur, vt scriptum
est in *d. l. 1.* † Vsque adeò autem non tenetur de eui- 3
ctione creditor, qui iure creditoris vendidit, vt neque
actione ex empto ad pretij accepti restitutionem te-
neatur. Id enim multis constitutionibus effectum est
vt loquitur Vlpian in *l. ex empto. 11. alias l. emptorem. §. sententiam de act. empt.* Ita innuens non obscurè, fuisse
in id necessarium auxilium constitutionum, sed ta-
men, vt ego quidem arbitror, non tam ad nouum ius
inducendum quàm ne dubitationi locus aliquis re-
linqueretur, ex eo quod euenit nonnunquam, vt ven-
ditor qui de euictione non tenetur, nihilominus ad
precij restitutionem teneatur vt puta si conuenerit
expressim ne de euictione vllo modo vllóve casu obli-
getur, *§. vlt. eiusdem l.* † Quid tamen si ante precij so- 4
lutionem, pignus à creditore iure creditoris venditum
euincatur? Ad hunc casum constitutiones non perti-
nent, quæ de pretij restitutione locutæ, supponunt in
necessarium antecedens, factam esse precij solutio-
né. Nihil enim esset quod tractari posset de restitutio-
ne precij non soluti. Ergo quamuis creditor si precium
pignoris à se creditoris iure venditi ante euictionem
accepisset, postmodum euictione secuta pretium re-
stituere non deberet, si tamen, post perfectam vendi-
tionem ante pretium numeratum rei venundatæ se-
cuta fuerit euictio, pretium petere nullo iure potest,
tametsi pignoris possessionem ex causa venditionis
transtulerit in emptore, quia nec tradita videtur pos-
sessio quæ posteà per euictionem fuit ablata. Nam si
litem de proprietate motam esse sufficit ad hoc vt em-
ptor ad totius vel residui precij solutionem compelli
non possit, cùm in ipso limine contractus immineat
euictio si non emptori satis offeratur, vt generaliter
& indistinctè proditum est in *l. si post perfectam. 14. C. de euict.* quanto magis succurrendum est emptori cui
non tantùm mota fuit quæstio de re vendita, sed ipsa
res iam euicta. † Idque meo iudicio non minùs aper- 5
tè quàm eleganter conijcere licet ex eo Pauli respon-
so quod extat in *l. si mandatu 59. §. creditor. D. mandat.*
vbi proposita quæstione, An si pignoris venditi pos-
sessio euicta sit emptori, regressum creditor aduersus
mandatorem habere possit, & an intersit vtrum credi-
toris iure vendiderit an communi iure, Paulus respó-
det, Si creditor ex pignoris precio debitum consecu-
turus non sit, mandatorem liberum non videri. Inde
namque intelligimus non esse distinguendum an cre-
ditoris iure vendiderit creditor an iure communi, sed
siue hoc siue illo modo vendiderit, an debitum ex pi-
gnoris precio consecuturus sit, necne, vt intelligamus
fieri

fieri aliquo casu posse, vt etiamsi pignus vendiderit creditor iure creditoris, precium tamen consequi prohibeatur, qui casus vtique alius esse non potest quàm is quem nos dicimus, si pignus venditum euictum fuerit ante precij numerationem, cùm post precij solutionem neque de eo consequendo agi oporteat, neque vereri ne creditor solutum sibi precium retinere non possit, à cuius restituendi metu ex constitutioni-
6 bus liber est & immunis. † Quod si ita est, vt proculdubio est, nemo non videt esse interpretis non Pauli additionem quæ in eodem responso subiicitur iis verbis. *Ex hoc responso apparet, si euictionis nomine non teneatur, proficere eam rem ad liberationem.* Primùm quia Paulus ipse cuius responsum est, nunquam de suo responso tanquàm alius & tertius quidam loquens ita scripsisset, *Ex hoc responso.* Deinde quoniam illatio ista prorsus aliena est à sensu responsi. Nam si nihil aliud inspiciendum esset, quàm vtrum creditor de euictione teneretur, necne, separandus omnino esset creditor qui iure creditoris, ab eo qui iure cõmuni pignus vendidisset, quandoquidem qui creditoris iure vendit nũquam tenetur de euictione, nisi vel euictionem promiserit, vel dolum in vendendo admiserit, qui verò iure communi vendit semper tenetur, ex natura ipsius contractus nisi contraria pactione sibi prospexerit, *d.*
7 *l. empto l. si in venditione. 60. & tot. tit. D. de euict.* † Et tamen non placuit ea distinctio Paulo qui nihil aliud intuendum putat nisi vtrum creditor ex pignoris vẽditi precio debitum sit consecuturus, an non. Sed & quod præcipuè obseruari volumus, fieri potest vt creditor qui pignus vendidit, de euictione non teneatur, quia nec euictionem promiserit, nec dolum admiserit. & tamen nihilomagis precium sit consequutus. Nimirum si ante precij solutionem aut mota sit lis de proprietate rei venditæ, aut euictio secuta, vt à nobis probatum est. Non ergo potest sufficere ad liberationem mandatoris eique proficere, quod creditor qui pignus vendidit non teneatur de euictione, si non illud etiã concurrat vt non obstante euictione precium venditionis consequi possit. Interpretem istum imperitum illud vnum præcipitem egit, quod existimauit creditorem non alio casu prohiberi posse quominus venditionis precium consequatur, quàm quo sit idem ille obligatus de euictione. Quod tamen quàm falsum sit
8 ex his quæ modò diximus: intelligi potest † In eodem Pauli responso abundat dictio *promiserit*, in illis verbis. *an communi iure promiserit*, Subaudiendum enim est verbum *vendiderit*, quod immediatè præcedit. Vẽditio siquidem pignoris, vt præfati sumus, dupliciter fieri potest iure creditoris, & iure communi. Promissio autem euictionis præstanda nulla fit iure communi, siue creditor pignus distrahat iure communi, quia tũc euictionem promitti nil necesse est, cùm ex natura cõtractus debeatur, siue distrahat iure creditoris, quia nec eo casu interponi vulgò solet, nisi cùm cautiùs agere vult emptor, vt suæ prospiciat indemnitati, *d. l. 1. C. credit. euict. pignor. non d. b.* Credibile verò est, ex eiusdem interpretis glossa, & imperitia in textum irrepsisse verbum *promiserit*, quasi præcedentibus illis, *an communi iure* nullus alioquin sensus constaret, qui tamen & optimus constat & aptissimus.

CAPVT XIII.

Refutatur Accursij distinctio circa debitoris pupillaris liberationem.

SVMMARIA.

1 *Ex Accursij distinctione debitorem pupillarem pupillo soluentem, modo plenam, modo pleniorem, modo plenissimam liberationem consequi.*
2 *Prima eius distinctionis pars refutatur.*
3 *Solutione plenam liberationem non consequi debitorem pupillarem, cui post solutionem necessaria sit doli exceptio, ne iterum soluere cogatur.*
4 *Debitorem pupillarem, siue tutori, siue pupillo tutoris authoritate soluat plenissimè & ipso iure liberari.*
5 *Pupillo restitutionem dari non posse si ea pecunia bene soluta postmodum ex euentu pupillo pereat.*
6 *Quando iudicis authoritatem in solutione pupillo facienda lex requirat?*
7 *Eam authoritatem necessariam non esse, quum tutor ipsi solutionem accipere, vel pupillo solutionem accipienti authoritatem præstare potest.*
8 *Quis in* § nunc admonendi. Inst. quib. alien. lic. *sensus sit versiculi* ita licere *ad superiorem quæstionem pertinentis?*
9 *Respondetur ad* l. 1. C. si aduers. solut. *eiusque sententia proponitur.*
10 *Restitutionem in integrum in specie illius legis non ad hoc dari vt liberatio per solutionem curatori factam quæsita reuocetur, sed vt meliùs & exactius tutelæ rationes ineantur & subducantur.*
11 *Rationes reddidisse non videri tutorem qui reliquum non soluit, quamuis rationes ediderit.*
12 *Dictam legem primam non bene sub illo titulo collocatam fuisse.*
13 *Tertia distinctionis Accursianæ pars refutatur.*
14 *Æquè plenissimam liberationem pupillari debitori contingere, si pupillo soluens tutoris authoritatem adhibeat, ac si iudicis decretum adiecerit.*

SCribit † Accursius noster, quem & Bartolus & cæteri interpretes vulgò sequuntur, ad *l. aut prætor. 7. §. permittitur, D. de minor. & ad leg. 1. C si aduers. solut.* Debitorem pupillarem pupillo soluentem interdum plenam consequi liberationem, pleniorem nonnũquam, plenissimam aliquando. Plenam, inquit ille, si soluerit pupillo sine tutoris aut iudicis authoritate, ex euentu tamen appareat pecuniam in rem pupilli versam fuisse, quoniam hoc casu liberatur debitor opposita doli mali exceptione, ne lucrum pupillus caperet ex damno alieno *leg. si fundus. 15 §. 1. D. de reb. eor. qui sub tutel. l. vtere. 14 C. de præd. minor.* Pleniorem, si soluerit, aut tutori ipsi, aut pupillo tutoris authoritate interueniẽte, sed tamen ea pecunia pupillo tandem perierit, nec in rem ipsius versa reperiatur. Quasi hoc casu indulgenda sit pupillo in integrum restitutio aduersus debitorem, ipso iure liberatum. Ex § *at ex contrario Instit. quib. alien. licet vel non* & ex *d. l. 1. C si aduers. solu.* Plenissimam si soluerit autore iudice, quòd hic casus excludat spem omnem restitutionis, etiamsi damnum in effectu sentiat pupillus, *ex d. § at ex contrario, d. §. permittitur, & l. sancimus 25. C. de administ. tut.* Mihi nulla huius distinctionis pars probari potest. † Primũ 2
enim falsum illud est, plenã liberationem acquiri cùm pupillo solutum est, si neque tutoris neque iudicis interuenerit autoritas, tametsi pecunia probetur versa in rem pupilli. Liberationem namque cum dicimus, non tam factum quàm ius significamus. Nascitur enim sola iuris potestate ex solutione quæ facti est, at non ex solutione qualibet, verùm ex ea quæ facta sit secundũ regulas iuris ciuilis. Cuiusmodi non est solutio facta pupillo sine tutore, quia pupillo interdicta est omnis alienatio, alienat autem qui amittit debitorẽ, licet in vicẽ debitoris accipiat pecuniæ aut alterius rei solutionẽ, non secus ac si rem aliquam mobilẽ aut immobilẽ distraheret precio accepto. Quæ Iustiniani sentẽtia

& ratio est, in *§ nunc admonendi versic. ideoque Institut. quib. alien. lic. vel non.* vbi ex hoc infert, Si debitor pu-
pillo soluat, necessariam esse debitori tutoris auctori-
3 tatem, alioqui eum non liberari. † Nec quod habitu-
rus sit exceptionem doli si probet in rem pupilli ver-
sam esse pecuniam, ad rem facit. Tanto magis enim ex
eo apparet nullam debitori, nedum plenam liberatio-
nem acquiri, cùm exceptio quæ nihil aliud quàm a-
ctionis exclusio est sicut actionem, ita & obligatio-
nem supponat, sine qua nec actio vlla esse potest *l. li-
cet. 43. §. ea obligatio. D. de procurat. iunct. l. 1. & 2. D. de
excep.* Planè effectu ipso satis liberatus esse intelligi-
tur, qui vtilem habet siue doli, siue aliam exceptioné,
l. nihil interest. 112. de regul. iuris. Sed effectus ille non
tam ex solutione ipsa nascitur, quàm ex euentu versę
in rem pupilli pecuniæ: qui tamen non est modus o-
bligationis tollendæ iure ciuili: neque ex iis qui natu-
rales dicuntur, neque ex iis qui ciuiles, de quibus in *l.
pen. D. de solu.* Obligationem enim quæ solutionis po-
testate tollatur, vel tunc tolli necesse est cùm solutio
fit, & eo ipso instanti, vel nunquam, quia potestas iu-
ris quæ sola, vt diximus, liberationem inducit, manere
in suspēso nullo modo potest. Denique doli exceptio
non ex iure proficiscitur, sed ex æquitate contra iuris
rationem militante, nec aliam causam habet quàm ne
cui dolus suus prosit aduersus naturalem æquitatem,
l. 1. D. de doli except. Nemo igitur nisi malè cum Accur-
sio dicere possit plenam liberationem solutione con-
secutum eum, cui post solutionem necessaria sit exce-
4 ptio doli, ne iterum soluere condemnetur. † Secunda
verò pars supradictæ distinctionis æquè falsa est. Nã
pupillaris debitor siue tutori soluerit, siue pupillo ipsi
tutore autore, non solùm plenè & pleniùs, vt vult Ac-
cursius, sed etiam plenissime liberatur, & ipso iure, vt
Papinianus scribit in *l. Lucius. 46. §. tutela D. de admi-
nistr. & per. tutor* Nec tantùm si soluerit tutori tutelam
gerenti, vt eo loco Papinianus loquitur (nimirum ad
differentiam eius qui ab administratione remotus est)
sed etsi honorario, quia & ad eum administrationis
periculum pertinet *l. quod si forte. 14 §. 1. D. de solu.* Quis
autem vnquam dixit obligationem ex euentu reui-
uiscere, quæ semel ipso iure fuerit perempta? *d. l. sanci-
mus. 25. vers. non enim C. de admin. tuto. vulg. l. quidam 98.
§. arcam. D. de solut.* aut pupilli priuilegium in ea re vl-
5 lum esse? *l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* † Neque verò hoc
negat Accursius, Ex solutione tutori facta vel pupillo
tutori autore contingere ipso iure liberationem. Sed
vult posse pupillo dari restitutionem causa cognita, si
ea pecunia bene soluta postmodum ex euentu pareat
pupillo qui neque pecuniam habiturus sit, neque a-
ctionem vtilem & efficacem ad eam recuperandam,
fortasse tutore ipso tutorisque fideiussoribus non ido-
neis constitutis. Quod tamen neque lege aliqua pro-
6 bari potest, neque ratione. † Nam quod iudicis autho-
ritatem requirere videtur Iustiniani constitutio in *d.
l. sancimus*, & de qua in *dict. §. at ex contrario* ad casum
longè diuersũ pertinet, ad eũ scilicet quo solutio facta
sit non tutori ipsi, sed pupillo sine tutoris authoritate,
eo nimirum tempore quo nullus dum sit tutor aut cu-
rator. Ait enim lex *creatione tutorum & curatorum cum
omni procedente cautela*, id est, dũ exactè & cautè, quan-
tum fieri potest, proceditur ad dationem tutoris vel
curatoris. Habet enim ea res plerumque longas mo-
ras ob tergiuersationes eorum qui vel iniustas adferũt
excusationes, vel tutores dati confugiunt ad auxilium
improbæ appellationis. Quo tamen toto intermedio
tempore iniquum est in obligatione inuitum retine-
ri debitorem pupillarem, qui pecuniam in numerato
habet quam statim soluere vt liberetur, & possit &
velit. Cum verò pupilli vtilitas, & naturalis æquitas
non pateretur ita ius constitui vt solutio facta pupillo
sine tutoris authoritate pareret debitori liberationé,
illud vnicum remedium fuit, vt imperitum & senten-
tia iudicis pro tutoris authoritate esset. In iis nimirũ,
quæ maioris momenti esse viderentur. Annuos enim
reditus annuásque pensiones etiam sine iudicis decre-
to solui posse placuit eidem Iustiniano in *d. leg. sanci-
mus. & in l. constitutionem 27 eod.* † At eo casu quo pu- 7
pillus habeat tutorem qui solutionem ipse accipere,
aut pupillo solutionem accipienti præstare authorita-
tem possit, nusquam constitutum aut scriptũ reperias,
necessarium præterea esse decretum iudicis: vt soluens
debitor plenissimam liberationem & securitaté con-
sequatur. † Neque repugnat quod idem Iustinianus 8
suã illã constitutioné referens in *d. §.* ait ex contrario.
dilertè scribit per eam dispositum esse, *ita licere tutori
vel curatori debitorem pupillarem soluere vt prius iudicia-
lis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat* Non
enim horum verborum sensus ille est vt eo quoque
casu quo tutor vel curator adest, iudicis authoritatem
interuenire oporteat, sed hic potiùs vt si pupillo solu-
tum sit sine tutore, vel minori sine curatore, nullaque
iudicis auctoritate intercedente, vsque adeò in obli-
gatione rẽtineatur debitor, vt nec in tutoris vel cura-
toris potestate sit ratam facere solutionem ad parandã
debitori liberationem siue iam tùm cùm solutio facta
fuit, tutor vel curator aderat, siue postea datus pro-
ponatur. Eamque interpretationem probat, non
illud solùm quòd in illa Iustiniani constitutio-
ne scriptum diximus, *creatione tutorum & curatorum
cum omni procedente cautela*. Sed etiam quod in eodem
§. at ex contrario subiicitur in hæc verba, *Quod si pupil-
lus male consumpserit*, pecuniam scilicet sibi solutam,
*aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali
exceptio, sed nihilominus condemnabitur, quia temere sine
tutoris authoritate & non secundum dispositionem soluerit.*
Quid enim scribi potuit apertiùs vt intelligeremus,
Ei demùm imputari posse debitori, qui soluit pupillo
& sine tutore & sine iudice, non etiam illi qui alte-
rutrum adhibuit, licet non adhibuerit vtrũque. † Nec 9
rursus contrarium est quod Imperatores rescripserũt
in *leg. 1. C. si aduers. solut.* Exemplo cæterorum debito-
rum etiam tutores ea quæ ex tutelæ administratione
debent curatoribus soluentes liberari, sed ante tem-
pus in integrum restitutionis præstitum, edicto per-
petuo permissum beneficium implorari, & an sit tri-
buendum per causæ cognitionem æstimari posse. Im-
peratorum námque sententia non alia est, quàm vt
minor cuius curatori solutũ est per tutoré quicquid ex
causa tutelæ debebatur, restitui in integrum possit
aduersus tutorem. At non in hoc vt rescindatur li-
beratio quæ fuerat quæsita per solutionem, tametsi
soluta curatori egeno pecunia malè ab eo contem-
pta & profligata proponeretur, sed in id tantum vt
si quid amplius tutor babebat quàm ex redditis ra-
tionibus debere visus fuisset, condemnari debeat ad
totum id quantumcunque sit præstandum, ac si non-
dum redditæ rationes essent, salua ei manente libe-
ratione, quòd ad eam duntaxat pecuniam quæ cura-
tori à tutore soluta reperiatur. Finge per incuriam
aut imperitiam aut dolum curatoris, adeò malè ac
perfidè redditas esse tutelæ rationes, vt tutor quem
postea re meliùs examinata compertum sit debere
quingenta non nisi ducentorum debitor fuerit con-
stitutus. Ea verò ducenta curatori à tutore soluta es-
se, postmodúmque à curatore ipso deperdita, qui nec
soluendo

soluendo fit, nec idoneos habeat fideiussores (quan-
quam nec aliud erit etiamsi locupletissimus propo-
10 natur.) † Dant Imperatores in integrum restitutionē
minori contra tutorem causa cognita, id est, si læsum
se probet, in quo vno versatur causæ cognitio quam
adhiberi necesse est in integrum restitutionibus mi-
norum Sed an in id, vt tutor ea ducenta quæ curatori
soluit, iterum soluere compellatur? vt Accursius exi-
stimat. Minimè gentium. Quid ergo? In id duntaxat
vt iterum melius subducantur & ineantur rationes,
compertóque quod tutor debitor re vera fuerit in
quingentis, perinde trecenta adhuc peti ab eo possint,
acsi à rationum reddendarum obligatione liberatus
nunquam fuisset Nempe quia nec sola rationum red-
ditio liberat ipso iure tutorem aliumve administra-
torem. sed solutio reliquorum, id est, eius quantitatis
totius quā rationibus bene redditis deberi appareat.
11 †Nam nec rationes reddidisse videtur, qui reliquum
non soluit, quamuis ediderit rationes, sicut neque is
qui reliquum soluit, non editis rationibus, *l. non solum*
8. §. si quis reddere de liber. legat. l. si ita 13 §. hec questio D.
de m. vin. test. l. cùm seruus 82. de cond & demon. Cęterum
vt ducenta quæ tutor curatori iam soluerit iterū sol-
ui debeant à tutore prætextu inopiæ curatoris, aut
malè redditarum rationū, neque per in integrum re-
stitutionem, neque alio vllo iuris aut æquitatis com-
mento fieri potest. † Illud verò etiam obiter notari
12 volumus, ineptè à Triboniano positum esse rescriptū
illud Imperatorum sub eo *titu si aduersus solut. à tutor.*
vel à se fact. Titulus enim est de solutione quam vel
pupillus vel tutor ipse pupilli nomine fecerit. De qua
etiam Paulus in *l. qui res 98. § huic applicatur minor. D.*
de solut. Rescriptum verò est de solutione facta mino-
ri, aut quod idem est, minoris curatori, per tutorē tan-
quam pupilli debitorem. Aduersus quam solutionem
restitui pupillum aut minorem impossibile est, ad re-
suscitandam obligationem, quæ per solutionē extin-
cta sit, hoc est, quatenus id quod reuera debebatur,
reuera solutum fuit. Ideóque nec in eius legis specie
restituitur minor aduersus solutionem à debitore suo
factam, sed aduersus improbam aut erroneam ratio-
num redditionem vt pro non redditis habeátur, quæ
perperam redditæ reperiuntur. † Tertia distinctionis
13 Accursianæ pars superest, ad cū casum pertinens quo
pupillaris debitor soluerit pupillo, iudicis autoritate
interueniente, siue tutor quoque adfuerit solutioni,
siue non. Et in hac etiam parte Accursium cū sequa-
cibus suis errare contendimus, non in eo quòd putāt
debitorem eo casu consequi plenissimam securitatē,
vt nulla prorsus ex causa inquietari vnquam possit ne
quidem per in integrum restitutionem (sic enim aper-
tissimè scriptum est in *d. § at ex contrario, in d. l. sanci-*
mus. & in d. l. an prætor 7. §. permittitur. D. de minor.) sed
in eo quòd volunt maioris hac parte potestatis esse
14 iudicis quàm tutoris autoritatem. † Apertè contrà
quam visum sit Vlpiano in *d. l an prætor. §. 1.* vbi ait, si
minor conueniat suum debitorem adhibendos esse
curatores vt ei soluatur pecunia, idémque posteà re-
petit iis verbis, *aut curatoribus soluti si sunt* ne dubitare
quis possit quin bene soluatur curatori sine metu vl-
lo restitutionis. Tum subiungit. *Quid tamen si prætor*
decernat soluendam pecuniam minori sine curatoribus &
soluerit, an possit esse securus dubitari potest. Quibus ver-
bis an non apertè significatur longè minùs dubitari
posse de securitate debitoris, quis tutore vel curatore
autore, quàm eius qui iubente duntaxat iudice sol-
uit. Quod & magis probant quę apud eundem Vlpia-
num sequuntur: *Puto autem si allegans minorem esse*
compulsus sit ad solutionem nihil ei imputandum, Nisi fortè quasi aduersus iniuriam appellandum quis ei putet. sed credo prætorem hunc minorem in integrum restitui volentem auditurum non esse. Nulla enim talis distinctio aut hæsitatio vnquam incidit in eam speciem qua minori vel pupillo tutore vel curatore autore solutum proponeretur Quanquam totus ille versic ab iis verbis *quid tamen* mihi valde suspectus est, & si bene stylum agnosco sapit non obscurè Tribonianum respicientem fortasse ad supradictam Iustiniani constitutionem quæ extat *in d. l. sancimus.* Nec aliud mihi iudicium est de versic *sed hodie*, vsque ad versic. *permittitur etiam*, vbi tractatur de pecunia in ædem deponēda. De quo alibi à nobis tractatum fuit, Vtut sit, æquè plenissimam securitatem consequitur debitor pupillaris qui pupillo soluens adhibet tutoris autoritatem. atque si adhiceret iudicis decretum. Vtroque enim casu verum est quod ait Iustin. in *d. l sancimus.* id quod ritè ac secundùm leges ab initio actum est, non debere ex euentu resuscitari: Itémque quod idem Vlpian. *in dict. l. quod autem 6. §. apud Labeonem. D. quæ in fraud. credit.* iniquum esse impunè non soluere eum qui per prætorem cogatur aut cogi possit vt soluat, quod debet: quomodo vtique cogi debitor pupillaris potest per tutorem pupilli, vt ipsi tutori soluat.

CAPVT XIIII.

Emendatio §. vsumfructum l Stichum aut Pamphilum 95. D. de solut.

SVMMARIA.

1 *Papiniani à Paulo dissensio in illa quæstione, an legatis creditori decem quæ post annum ei debebantur, si viuo testatore annus superuenerit, inutile fiat legatum?*
2 *Papinianum ab Africano dissensisse in illa quæstione, an adiecto solutionis causa solui possit si postea capite minutus sit.*
3 *Ratio a Papiniano pro sententiæ suæ fundamento allatas cuiúsque explicatio.*
4 *Quænam ratio in prima quæstione pro Paulo contra Papinianum faciat?*
5 *In specie ab Africano tractata rationem pro Papiniani sententia contineri.*
6 *Papinianum in* d. §. vsumfructum *de ea capitis diminutione intelligi non posse, quæ iam interposita stipulationis tempore contigit.*
7 *Vtriusque Iurisconsulti sententiam ad omnem capitis diminutionem indistinctè pertinere, siue per eam status melior, siue deterior factus sit.*
8 *Ratio qua Africanus in proposita quæstione mouetur.*
9 *Quomodo Papinianus rationem sententiæ Africani in* d. § *diluat?*
10 *Eiusdem Papiniani sententia in* §. nam si furioso: d. l. *Stichum?*
11 *Pupillo solutionis causâ adiecto eius tutori vel curatori rectè solui posse.*
12 *Obiectio aduersus Papiniani ratiocinationem in* d. §. nam si. *expressam.*
13 *Longè difficilius in* d. §. *iussit vt pecunia quæ conditionis implendæ causa furioso vel pupillo danda erat, tutori vel curatori dari posset, quam vt pupillo vel furioso solutionis causa adiecto, debitori liceat alterutrius tutori vel curatori soluere.*
14 *Cur pupillo solutionis causa adiecto debitor sine tutoris autoritate soluens liberetur?*
15 *Creditorem debitori nihil posse imputare, si pupillo solutionis gratia adiecto, debitor ille eius tutori soluerit;*

16 *Quod pupillo debetur, ipsi bene & vtiliter non solui, nisi tutoris autoritas interuenerit, vel nummi solui salui sint.*

17 *Ea quæ pupillo vel furioso implendæ conditionis causâ solui debuerunt, rectè tutori vel curatori solui, siue ea pecunia in rem pupilli vel furiosi versa sit, siue nō sit.*

18 *Pecuniam tutori solutam in rem pupilli versam censeri.*

19 *Qua ratione moti Labeo & Pegasus in* d §.nam si. *vtilitatis gratia admiserint, vt conditio soluendi pupillo vel furioso in persona quoque tutoris vel curatoris impleri possit?*

20 *Fieri non posse vt illius conditionis implementum in suspenso maneat, donec pecuniam in rem pupilli versam esse vel non esse constiterit.*

21 *Alia ratione superior Pegasi & Labeonis sententia confirmatur, & ad eam adhibita distinctio refutatur.*

22 *Pecuniam quæ pupillo aut furioso implendæ conditionis causa dari debuit pro soluta haberi, si tutor eius moram in accipienda solutione oblata contraxerit.*

23 *Condicionem dandi domino impletam intelligi si eius seruo datum sit.*

24 *Distinguendum tamen esse, an is qui dare debuit seruo simpliciter dederit, an ea mente & lege vt seruus domino daret.*

25 *Eam conditionem nesciente domino impleri non posse.*

26 *Hinc fieri vt seruo pecuniam ea lege acceptam vt domino daret, per malam fidem retinente, aut perdente impleta condicio dici non possit.*

27 *Sic rem absenti donatam, & per proprium ipsius seruum missam non ante ei ex causa donationis acquiri, quam acceperit.*

28 *Exceptio subijcitur ex* l.absenti.10.ff.de donat.

29 *Versiculum* contra qui domino l. qui heredi 44. de cond.& demonst.ex d.§. nam si. *supplendum esse.*

30 *Conditionem dandi domino tunc impletam censeri, cum pecunia ea lege seruo data est, vt subinde domino daret.*

31 *Exemplum de pecunia seruo data per eum qui domino dare debuit cum eo casu optimè conuenire, quo tutori solutum sit quod conditionis implendæ gratia pupillo solui debuit.*

32 *Vnam esse inter hos duos casus differentiam.*

33 *Versiculum* idque ita recipi &c. è d. §. nam si. *delendum esse.*

34 *Alius eiusdem paragraphi locus emendatur.*

35 *Superiorem versiculum a Triboniano additum fuisse.*

36 *Versiculum* cæterùm *vsque ad finem* §.nam si. *ad quæstionem ibidem propositam non pertinere.*

37 *Eundem versiculum contra Papiniani sententiam potius, quam pro ea facere videri.*

38 *Papiniani ratiocinatio in* d. §. vsumfructum & seq. *asseritur.*

39 *Quid Tribonianum impulerit, vt dictum versiculum Papiniani verbis adnecteret.*

40 *Multum interesse, an quis implendæ conditionis gratia seruo, an vero domino dare promiserit.*

41 *Data pecunia domino quæ seruo dari debuit, conditionem impletam non censeri, nisi serui voluntate domino eius data sit.*

42 *Pecuniam quæ implendæ conditionis causâ ipsi domino danda fuit, seruo rectè primùm dari, modo ea lege detur, vt domino reddatur.*

43 *Conditionem non itidem impletam videri, si pecunia quæ tutori, non pupillo danda erat, ea lege pupillo data sit vt tutori redderetur.*

44 *Ad versic.* idem respondendum *vbi de eius sensu.*

45 *Aliam esse conditionem serui cuius persona in conditione implenda posita sit, aliam eius serui qui solutionis tantum causa sit adiectus.*

46 *Reuocatur in dubium eius versiculi veritas.*

47 *Papiniani sententiam in* d. §. vsumfructum, *propositam non ad solum vsumfructum, sed etiam ad cæteras res pertinere.*

OBseruauimus † in prioribus Coniecturarum libris 1
dissensisse Papinianum à Paulo in quæstione illa,
Si debitor decem legauerit creditori quę post annum
ei debebat, & viuo testatore, annus superueniat, an
inutile fiat legatum. Paulus enim inutile effici voluit,
quanquam constiterit ab initio *l. debitor* 82. *De legat.*
2. Papinianus verò nec si viuo testatore dies venerit
aut debiti condicio impleta fuerit, irritum tamen fieri
legatum patitur quod semel competiit, in *l. verbis*
legat. § *in fi. D. ad l. Falcid.* † Idē Papinianus, ni fallor, 2
dissentit etiam ab Africano in quæstione *leg. cum quis*
38. *D. de solut.* Nam si quis sibi aut Titio dari stipulatus
sit, placet Africano magis esse vt ita demum rectè
Titio solui dicendum sit si in eodem statu maneat,
quo fuit, cùm stipulatio interponeretur. Cæterum siue
in adoptionē siue in exilium ierit, vel aqua & igni
ei interdictum, vel seruus factus sit, non rectè ei solui
dicendum. Tacitè enim inesse conuentionem stipulationi
videri, si in eadem causa maneat, *d. l. cum quis.* †
Papinianus autem contrà, in *l. Stichum aut Pamphilum*
95. § *vsumfructum eod. tit.* disertè scribit, Si vsum- 3
fructum mihi aut Titio dari stipulatus sim Titio capite
diminuto, non idcircò intercidere soluendi Titio
facultatem, non illa tantùm ratione, quæ fortassis Papiniano
sufficere potuisset, quod ea Titio soluendi facultas
ab initio constiterit ex lege sic dicta stipulationi,
sed hac potissimùm *quia*, inquit, *& sic stipulari possumus
mihi, aut Titio cùm capite minutus erit dari.* Sensus
est, capitis diminutionem quæ contigit ex postfacto
in persona Titij facere non posse, vt quam primùm
habuit promissor Titio soluendi facultatem intercidere
dicendum sit, quia licèt Titius in eodē statu
eadémque causa non manserit, mutatio tamen quæ
superuenit talis non est quæ impedire debeat ne Titio
fieri solutio possit, quandoquidem & ab initio poterat
solutionis causa Titij adijci stipulationi in eum
ipsum casum qui euenit, si capite minueretur. † Itaq;
longè maior ratio in hac specie pro Papiniano facit 4
contra Africanum, quàm in illa priore in qua dissentiit
à Paulo. Ibi enim, id est cùm viuo testatore superuenit
dies, vel impleta est condicio debiti quod ante
diem vel condicionem fuerat legatum, peruenit res
ad eam causam à qua incipere non potuit, quod cùm
accidit solet actus intercidere etiam qui ab initio cōstitit,
Ex ea iuris regula quam plerique ex prudentibus
probauerunt, *l. propterea 11. De serui. l. quia in eum
casum 16. D. ad l. Aquiliam. leg. ex stimo 98 in prin. D. de
verb. oblig.* licet nec Paulus ipse qui ex eorum numero
fuit, neget vitiari eam plerumque, & suas pati exceptiones
in *l. in ambiguis* 85. *non est nouum de regul. iur.* †
At in specie quam Africanus tractat, hoc amplius est 5
pro Papiniano, quod per superueniētem in Titij persona
capitis diminutionem non idcirco peruenit res
ad eum casum à quo incipere non potuerit. Nam siue
iam ipso stipulationis tempore capite diminutus fuisset,
perinde tamē in stipulatione solutiónis gratia adijci
potuisset, siue nondum ea diminutio tunc contigisset,
nihil tamen prohibebat, in eum casum, in idq;
tempus conferri facultatem Titio soluendi, quo esset
ille capite diminutus † Nec video qua ratione defendi
possit quod ineundæ conciliationis gratia quidam 6
volunt,

volunt, intelligendum esse Papinianum de ea capitis
diminutione quæ iam contigerit tempore interpositæ
stipulationis. Repugnant enim verba illa, *Titio capite
diminuto, facultas soluendi Titio non intercidit*, quæ a-
pertè præ se ferunt Titium ab initio & ipso stipula-
tionis tempore capite diminutum non fuisse. Alioqui
non de illo quærendum fuisset, An facultas soluendi
Titio intercidisset, sed de hoc potius, An vnquam cō-
stitisset. Intercidere siquidem dicitur, quod ita consti-
tit ab initio, vt postea tamen consistere desierit, *l. in-
tercidit 59. D. de cond. & demonst.* Sed & ridiculus esset
Papinianus qui tantopere laboraret in comprobanda
ea re quæ nullam prorsus haberet dubitationē. Quis
enim dubitet eum qui iam sit capite minutus in sti-
7 pulatione adijci posse solutionis causa? † Nec alij
meo iudicio subtiliores sunt, qui Papiniani sententiā
eo duntaxat casu admittunt, quo capitis diminutio
statum Titij mutauerit in melius, Africani cōtra quo
in deterius. Nam sicut vtriusque Iureconsulti senten-
tia generalis est, ita & rationes quibus vterque moue-
tur, ad omnem capitis diminutionem indistinctè per-
tinent, nihilque aliud tueatur Papinianus nisi quod
certam legem & condicionem ab initio habuerit sti-
pulatio, vt Titio solutionis causa adiecto perinde ac
stipulatori ipsi solui posset, *l. vero procuratori 12. vers. a-
lia causa est eod. tit. De solut.* quódque per capitis dimi-
nutionem quæcumque tandem illa sit nihil tale acci-
dat propter quod ea lex & condicio certa stipulatio-
8 nis videri debeat immutata. † Contrà verò Africanus
hac vna ratione mouetur, quod huiusmodi stipula-
tioni tacitè inesse conuentio & cōdicio ista videatur.
Si eodem statu Titius mansetit, quasi mutato eius sta-
tu, nouus & alius homo esse credendus sit, atque ita
deficere incipiat voluntas stipulatoris quæ fiebat vt
Titio rectè solui posset. Nam & aliàs plerunque eue-
nit vt qui ex cōuentione quod vni debebat alteri sol-
uere ex creditoris sui pacto & voluntate potuit, eam
soluendi facultatem amittat ex mutatione quæ me-
dio tempore superuenit vt in eleganti illa specie à
Proculo tractata in *l. si cum Cornelius 82 eod. tit. De so-
lut.* Porrò non minùs mutatur status Titij qui per ca-
pitis diminutionem factus sit melioris condicionis,
puta ex filiofam. paterfamilias per emancipationem,
quàm si factus esset deterioris, puta redactus in ser-
9 uitutem aut in alienam potestatem. † Nulla igitur
conciliationis ratio, nisi frustra quæri potest. Idque
facilè admittet quisquis cætera quæ sequuntur apud
Papinianum in *d. §. vsumfructum*, bene intelliget. Cùm
enim sciret ille sententiam Africani, aut si voles etiā
Iuliani quam tum improbabat, nec alia nec meliore
niti ratione, quàm quod Titius solutionis gratia in
stipulatione adiectus, alius homo esse post capitis di-
minutionem existimetur, putauit subiungendum ad
eam diluendam, quod statim sequitur, non esse nouū
vt cùm quis causa solutionis adiectus est alij tamen
10 quàm illi ipsi rectè soluatur. † Id enim est quod Papi-
nianus ait, *Nam si furiosi vel pupilli persona adiecta fu-
erit tutori vel curatori pecunia rectè dabitur sicuti condi-
cionis quoque implendæ causa rectè pecunia tutori vel cura-
tori datur.* Finge stipulatum esse me *Mihi aut pupillo
dari?* Dubium equidem non est quin promissor etiam
sine tutoris autoritate soluendo pupillo, à me libere-
tur, quoniam soluit ex mea voluntate *leg. si stipulatus
fuero 11. eod. tit.* quod ita proculdubio accipiendum est.
Etiamsi postea vetuerim ne solueret pupillo nisi tu-
tore autore, quia certam legem, vt iam dixi, certámq;
condicionem habuit stipulatio quam immutare non
11 potui, *d. l. vero procuratori. 12. vers. alia causa eod.* † Sed
quid si tutori ipsi soluere maluerit? Hoc quoque per-
mittendum ei esse vult Papinianus, quamuis reuera
tutoris alia persona, alia pupilli. Quidni verò? cùm
placeat condicionis quoque implendæ causa rectè pe-
cuniam tutori dari? Quod tamen vt multò difficilius
videretur illud faciebat, quod condicionum omnium
proprium illud est, vt eas impleri oporteat in forma,
vt nostri loquuntur, specifica, & eo ipso modo quo
testator voluit aut alius quisquis ille sit qui condicio-
nem adscripsit *vulg. leg. qui heredi 44. l. Maeuius 55. De
cond. & demonst. l. heredibus 77. §. 1. D. ad S. C. Trebell.*
Non autem implet in forma specifica qui pecuniam
quam pupillo dare debuit, dat tutori: aut qui eam
quam furioso dare debuit, dat curatori. Nam & alia
persona est furiosi, alia curatoris furioso dati. Quare
nec illud ex iuris ratione obtinet sed Labeonis potis-
simum & Pegasi autoritate inductum receptúmque
fuit, quibus visum est ita vtilitatis causa recipiendum
vt & Papinianus fatetur. † Ergo inquies, si quis pro 12
Africano contra Papinianum volet contendere, faci-
lè hanc Papiniani ratiocinationē diluet, eodem pror-
sus modo, quo ipse Africanus in *leg. qui negotia. 34. D.
mandat.* eam impugnans sententiam quam Vlpianus
probat in *l. singularia. 15. De reb. cred.* diluit potissimam
Vlpiani rationem ex eo quòd quæ benignè & vtilita-
tis causa recepta sunt non sint producenda ad conse-
quentias. Sed ego pro Papiniano replicabo, posse non
malè argumentum sumi ex eo quoque quod vtilita-
tis causa receptum est, cùm tale illud est, quòd diffi-
ciliùs admitti debuerit quàm id de quo admittendo
disputatur, vt euenit in proposito. † Fuit enim illud 13
longè difficiliùs, vt pecunia quæ condicionis implen-
dæ causa vel pupillo vel furioso danda erat, tutori, vel
curatori dari posset, quàm vt pupillo vel furioso, solu-
tionis causa in alterius stipulatione adiecto, liceret
debitori soluere tutori pupilli aut curatori furiosi.
Quid enim est quod hoc casu prohibeat ne debitor
liberetur, perinde acsi persona pupilli aut furiosi non
solutionis sed obligationis causa in stipulationem de-
ducta proponeretur? † Nam si quis dicat inter hos ca- 14
sus differentiam magnam esse, propterea quòd vno
tantùm non etiam alio casu liberetur promissor qui
pupillo soluit sine tutoris autoritate *d. l. si stipulatus
11. iunct. l. pupillo 15. eod. tit. De solut.* in promptu est re-
spondere differentiam illam respicere fauorem solius
debitoris, vt si soluat pupillo qui solutionis tantùm
causa fuerat adiectus, liberetur, quamuis non adhi-
buerit tutorem, quia vt iam dictum est, soluit ex vo-
luntate creditoris qui debet sibi imputare cur non eā
stipulationi legem ab initio dixerit, vt non nisi vel tu-
tori ipsi, vel pupillo cùm auctoritate tutoris solue-
retur. † At non similiter possis imputare debitori qui 15
soluit tutori pupilli solutionis gratia adiecti, cur non
potiùs ipsi pupillo soli soluerit, cùm soluendo tutori
plus etiam fecerit, in eo nimirum quod curauit vt pe-
cunia quæ soluebatur tutiore loco esset, cùm tamen
id curare nullo modo cogeretur, non magis quàm cre-
ditoris sui rē agere in eo negotio in quo nihil pror-
sus sua interesset. Neque verò potest dicere creditor
ita suam offendi voluntatem, quia tametsi eam stipu-
lationi legem dixerit, vt pupillo solui oporteret, so-
lius pupilli non etiam tutoris persona demonstrata:
qua tamen fronte possit obijcere non debuisse solui
tutori quod potuit solui pupillo? † Diuersa causa est 16
eius quod pupillo debetur. Non enim aliter solui pu-
pillo bene & vtiliter potest, quam si vel interueniat
auctoritas tutoris vel nummi salui sint *d. l. pupillo* quia
præter iuris rationem nihil hic est quod fieri pro-

debitore soluente: iuris autem ratio non modò non
patitur, sed etiam prohibet atque impedit expressim,
ne quod pupillo debetur, possit ei solui sine autorita-
17 te tutoris. † Quod tamen Labeo & Pegasus vtilitatis
causa admittendum esse putauerunt, vt quæ implen-
dæ cōdicionis gratia pupillo vel furioso solui debue-
runt, ea tutori vel curatori solui possint, subiūgit Pa-
pinianus ita recipi posse, si pecunia in rem pupilli vel
furiosi versa sit, quomodo, inquit, si domino quis dare
iussus seruo dedisset vt domino daret. Hoc verò cu-
iusmodi sit, non facilè intelligo. Illa namque distin-
ctio, An pecunia pupillo debita & soluta in rem pu-
pilli versa sit, necne, tunc adhiberi solet, cùm ipsi pu-
pillo sine tutoris autoritate solutum fuit, non etiam
cùm vel tutoris autoritas interuenit, vel tutori ipsi
solutio facta est, *dict. l. pupillo. & §. at ex contrario Instit.*
18 *quib. alien. licet vel non.* † Siquidem fieri nequit vt in rē
pupilli versa non sit pecunia, quæ soluta est tutori,
cùm in rationem tutelæ conuertatur, ex eáque causa
tutor pupillo saluam eam facere teneatur. Alioquin
perinde dicendum esset, liberari non posse debitorem
pupillarem, qui tutori præsertim inopi fortasse mi-
núsque idoneo soluisset, si nō prætereà in rem pupil-
li ea pecunia versa probaretur, quod vtique falsum est
*l. Lucius 46. § tutelæ D. de adm. & peric. tut. l. 4. § illa e-
tiam quæstio D de doli except.* Et certè cùm huic distin-
ctioni, an pecunia in rem pupilli versa sit necne, locus
nullus relinquatur, ne tūc quidem cùm pupillus ipse
solus & sine tutore solutionem accepit, quia imple-
mentum condicionis in facto tantum non etiam in
iure consistit, *d. l. qui heredi*, parúmque referat, an con-
dicionis implendæ caussa iussus aliquis sit pecuniam
pupillo vel furioso dare, aut eam in mare proiicere, *d.
l. Mæuius 55. eod. tit. De cond. & demonst.* quantò minùs
adhiberi debet hæc distinctio cum solutio fuit facta
19 tutori ipsi vel curatori? † Nam & si propriùs intueare
non alia de causa putauerunt Labeo & Pegasus ad-
mittendum esse vtilitatis gratia vt in persona quoque
tutoris vel curatoris impleri posset condicio dandi
pupillo vel furioso, quàm quod ea ratione magis ac
melius consultum esset pupillo & furioso, quos alio-
quin credibile erat pecuniam illam quam sine tutore
vel curatore accepissent malè consumturos esse nec
in suam vtilitatem versuros. Alter namque interpre-
tantibus, quænam obsecro vtilitatis ratio fingi potest
quæ contra rationem iuris sententiam huiusmodi à
20 Labeone ac Pegaso extorserit? Nulla prorsus. † Neque
verò fieri potest vt implementum condicionis quod
totum, vt diximus, in facto consistit, pendeat ex futu-
ro euentu & post factum quoque id est post dationē
ipsam remaneat in suspenso quoúsque certum esse
cœperit pecuniam in rem pupilli versam esse vel nō
esse. Vt enim vertatur in rem pupilli vel non verta-
tur, ex postfacto æstimari scirique necesse est, non au-
tem ex ipso instanti dationis, quo tamen instanti cer-
tum esse oportet an conditio impleatur necne. Nam
condicio quæ in dando consistit, vel tunc impletur
cùm pecunia datur, vel nunquam, quia nec nisi per
dationem impleri potest, nec nisi vna datio est. Porrò
vbi semel impleta conditio fuit, sicuti condicio esse
desinit, ita deficere postea nunquam potest, siue pe-
cunia in rem pupilli aut furiosi vertatur, siue malè cō-
sumatur. ideóque ab initio prouidendum esset vt nō
nisi hoc vel illo modo impleri condicio posset, non
autem impleta iam condicione disputandum, an ob
ea quæ secuta essent implementum condicionis re-
solui oporteret: Quomodo factum esse à Triboniano
in *leg. seruus decem 68 D. hoc titul. De solut.* docebimus
cap. sequenti. Cùm igitur admissum sit & quidem v-
tilitatis causa, vt tutori vel curatori solui possit pecu-
nia quæ ex condicionis implendæ verbis pupillo ipsi
vel furioso solui debuerat, ridiculum est post impletā
condicionem quærere, An non fuerit impleta ob id
quod eam pecuniam in rem pupilli vel furiosi versam
non fuisse apparet. † Sed & quàm ridicula & inepta 21
sit hæc distinctio, colligi ex eo potest quod post ad-
missam vtilitatis causa sententiam Labeonis & Pe-
gasi quæ induxit vt in tutoris quoque vel curatoris
plene impleri condicio possit, illud etiam admissum
fuit, vt si oblata sit pecunia tutori & per eum steterit
ne fuerit soluta, quia solutionem sine causa recusaue-
rit, perinde liberetur is qui condicionis implendæ
causa pupillo soluere debuit, quasi impleta hoc ipso
cōdicione, dummodò nihil per fraudem factum pro-
betur, vt Africanus scribit in *l. qui filium 22. D. de ma-
num. testa.* Inde namque apparet, per huiusmodi solu-
tionem tutori factam impleri condicionem non ex-
pectato eo an futurum sit vt pecunia in rem pupilli
vertatur necne, quoniam contumacia tutoris per quē
stat quo minus fiat solutio, non aliud potest inducere
quàm vt solutio pro facta habeatur, at non etiam vt
eò magis pecuniam in rem pupilli versa esse intelli-
gatur. Alioqui plus posset fictio in casu ficto quā veri-
tas in casu vero, quandoquidem solutione ipsa verè
facta non tamen consequens esset versam in rem pu-
pilli pecuniam, si non aliunde quàm ex solutione id-
ipsum probaretur. † Immò verò cùm pecunia quę de- 22
buit pupillo solui habetur pro soluta propter moram
quam tutor in accipienda solutione contraxerit, fieri
nullo modo nulló que casu potest, vt in rem pupilli
versa sit, quæ reuera nunquam fuit soluta. Solutionē
enim factam esse necesse est, priusquam de in rē ver-
so tractari quicquam possit. Sufficit ergo solutionem
tutori factam esse, adeóque haberi pro facta, etiamsi
non sit versa pecunia in rem pupilli. † Eoque id con- 23
sentaneum exemplo quod adfert Papinianus in ver-
sic. *quomodo si domino iussus dare, seruo dedisset vt domino
daret.* Nemo enim vnquam dicit conditionem dandi
domino, si datum sit, seruo, magis minúsve ob id im-
pletam intelligi, quod pecuniam seruus verterit vel
non verterit in domini sui vtilitatem: † sed ea dunta- 24
xat adhibenda distinctio est, quàm non obscurè Papi-
nianus insinuat, An qui domino dare debuit seruo
simpliciter dederit, An verò ea non solum mente
sed etiam lege vt seruus domino daret. Priore casu
non potest dici condicio impleta *d. l. qui heredi. §. con-
tra quā domino.* Posteriore verò, pro impleta est dum-
modò seruus postea domino dederit, quia parum re-
fert an tibi dederim, an seruo tuo vt tibi daret, *si de-
inde is tibi dederit*, licèt reuera sit alia persona tua, a-
lia serui tui. Quid n. vetat seruum in accipienda pecu-
nia ministerium præbere domino suo etiam ignoran-
ti? † Fateor quod Paulus scribit in *d. §. qui contra do- 25
mino*, talē condicionem nesciēte domino impleri non
posse, quia tandem eò deueniendum est vt ipsi domi-
no detur, sed hoc contendo nihil interesse an domi-
nus per se acceperit an per seruum, non eo tantùm ca-
su quo commiserit seruo vt acciperet, quemadmodū
in specie *d. § contra*, sed illo etiam quo seruus accepe-
rit, & solutionem ratam habuerit, eandem à seruo suo
postmodum accipiendo. † Si enim seruus acceptam à 26
se pecuniam ea lege vt domino daret, mala fide sibi
eam retineret, aut quia proprium nihil habere potest,
eam perderet, non illa solùm ratio impediret ne con-
dicio impleta dici posset, quòd impleri nequeat do-
mino nesciente, sed illa quoque quòd nec videretur
is qui.

is qui condicionem implere debuisset, pecuniam eo casu seruo dedisse, quam scilicet non dedisset nisi ea lege ac mente vt domino eam seruus daret, sicut è contrario non sufficeret pecuniam quæ implendæ condicionis causa domino dari debuerat, seruo simpliciter, id est nulla lege adiecta datam, postea, domino per seruum redditam fuisse. Sed illud præterea exigimus datam fuisse seruo hac lege vt domino redderetur, quia non aliter impleta videri potest condicio vlla, quam si voluntati eius, qui condicionem impleri iussit, voluntas quoque & factum implentis respondeat. Quomodo respondet sanè hoc casu cùm is qui iussus erat
27 domino dare, dedit seruo vt is domino daret. † Exemplo eius quod dicere solemus absenti donatam rem ad eúmque missam per proprium ipsius seruum, non prius tamen ei acquiri ex causa donationis quàm acceperit
28 *l. absenti 10. D. de donat.* † Nisi quod in illa specie subiicienda est exceptio quam Paulus non prætermisit in *d. l. absenti, nisi ea mente seruo eius data fuerit, vt statim eius fiat*, quæ non similiter ad propositam quæstionem accommodari potest, ideò quia quæ per donationem fit acquisitio tota ex iure pédet, ex quo dominij quoque omnis translatio est, condicionis verò implementi facti totum est non iuris: vnde est quod quamuis & inuitis & ignorantibus dominis ex omni pene causa per seruos acquiratur *l. etiam inuitis 32. D. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verbor. obliga.* nemo tamen dando seruo quod domino dare debuit implere potest condicionem domino ipso, siue nolente, siue nes-
29 ciente *d. l. qui heredi.* † Atque ita locus ille Pauli in *d. l. qui heredi*, versic. *contra qui domino*, ex isto Papiniani supplendus & interpretandus est vt condicionem impleuisse videri debeat, qui quod domino dare oportuit, seruo dederit ea lege vt domino daret, si ea
30 dationis lex fuerit effectum sortita. † Dices fortasse, secundum hunc adiectionem fieri, vt non aliter igitur dici possit condicio impleta per dationem in seruum collatam, quàm si pecunia versa sit in rem domini, cùm eam ad dominum tandem peruenire sit necesse. Verùm iam monuimus, non ex eo æstimari condicionis huius implementum quod pecunia seruo data peruenerit ad dominum, non magis quàm si serui facto, & diligentia in rem ignorantis domini versa esset, at ex eo solo quòd ipsi domino dedisse credendus sit qui seruo non simpliciter dedit, sed ea lege vt
31 subinde seruus domino daret. † Proinde aptissime Papinianus noster, vt semper solet, exemplum hoc addidit ad probandum non esse nouum vt solutio quæ reuera vni facta est, alij facta existimetur, & consequenter tantum prosit soluenti quantum si ei ipsi facta esset cui pecunia debebatur. Sed multò aptius additum fuisse apparebit, si postremus hic casus de pecunia seruo data per eum, qui domino dare debuit, cum priore illo conferatur, quo tutori solutum sit, quod pupillo condicionis implendæ causa solui oportuit. Vtroque enim casu euenit, vt alij quidem soluatur quàm cui debebatur, at ei tamen qui ex dationis & acceptionis lege omnino necesse habeat id quod accepit illi reddere cui debuerat dari. † Hac tátum differentia, quod
32 cum seruo soluitur, necessarium est eam legem imponi seruo, vt pecuniam domino suo reddat, quò pecunia quandocunque reddita, iam inde ab initio impleta condicio videatur. Cùm autem soluitur tutori, non nisi frustrà & ineptè lex illa adiici potest vt ea pecunia pupillo daretur, siquidem quisquis tutorio nomine pecuniam accipit debitam pupillo, se obligat hoc ipso vt eam pecuniam pupillo restituere tutelæ actio-
33 ne teneatur. † Apparet igitur, vt concludamus quæ in hanc rem prolixiùs disputauimus, Papiniano tribui non posse versiculum illum, *Idque ita recipi potest si pecunia in rem vel pupilli, vel furiosi versa est*, quo sublato, longè aptiorem & conuenientiorem sententiam habet quod sequitur, *Quemodo si domino iussus dare, seruo dedisset, vt domino daret*. Est enim aliud exemplum condicionis quæ commodè impleri possit in persona alterius quam eius qui condicionis implendæ verbis continebatur. Prius exemplum fuit de tutore vel curatore cui data sit pecunia quæ pupillo vel furioso dari iussa erat, quod & Papinianus his verbis expressit, *Sicut condicionis quoque implendæ causa rectè pecunia tutori vel curatori datur*. † Lego enim *sicut*, non vt vulgò *si*, 34
quomodo legendum esse ostendunt illa præcedentia, *Nam si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, ita tutori vel curatori pecunia rectè dabitur*. Consequens enim est vt statim sequatur, *sicut* non *si*. Alioquin quid commune aut connexum habet pecunia quę soluitur tutori pupilli vel curatori furiosi adiecti solutionis causa, cùm pecunia quæ conditionis implendæ causa pupillo vel furioso debeatur? Quod si nihil inter ista commune est, quænam obsecro erit Papiniani ratiocinatio, si sic eum scripsisse velimus, vt cùm pupilli vel furiosi persona sit adiecta, ita demùm tutori vel curatori pecunia rectè detur, si conditionis quoque implendę causa rectè pecunia tutori aut curatori detur? Quare nec scripsit Papinianus *detur* vt scribere debuisset præcedente coniunctione *si*, sed *datur* in tempore præsenti indicatiui quod exigebat coniunctio illa *sicut*. cui neque dissimilis ea est qua idem Papinianus vtitur vt secundum exemplum cum primo connectat, *quemodo*, quæ sola dictio idem prorsus sonat quod duæ illæ *ita, sicut*. Cui ergo versiculum illum adscribemus quē Papiniani esse negamus? Parum certè nostra refert cuius sit, dummodò sciamus Papiniani non esse. † Sed 35
tamen in id procliuior sum vt non tam imperito audacique interpreti debeat tribui, quàm Triboniano, qui prudentibus omnibus, ne excepto quidem Papiniano, sibi prudentior esse visus est. Mouet me quod ab eodem Triboniano factum video in *d. l. seruus decem 68. eod. tit. de solut.* de cuius sententia & emendatione proximo capite dicemus. † Sed illud magis, 36
quod in ipso §. *vsumfructum*, cætera omnia quæ sequuntur, & de quibus nihildum diximus, eiusmodi sunt vt non possim credere à Papiniano scripta vnquā fuisse. Adeò scilicet distant & remota sunt à proposita huius §. quæstione, quæ non erat de condicionis implendæ causa datis cui solui debeant, sed tantùm de adiecto solutionis causa, An solutionis accipiendæ facultatem remitteret si ex postfacto capitis diminutionem passus esset: cum qua quæstione ne illud quidem commune quicquam haberet, quod Papinianus tractat de pecunia soluenda implendæ condicionis causa siue in persona pupilli vel furiosi, siue in persona tutoris vel curatoris, nisi ad probandum quod adiecto solutionis gratia solui potest etiam post capitis diminutionem, interiecisset rationem illam quod si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, tutori quoque & curatori rectè soluitur. Nam & ratio illa probanda fuit, ne videretur Papinianus ignotum per ignotius probasse. Probat autem ex eo, quòd implendæ quoque condicionis causa rectè soluitur tutori vel curatori pecunia quæ debuit solui pupillo vel furioso: in qua ratiocinatione dictio *quoque* habet emphasim, vt intelligamus multò difficilius hoc esse vt implendæ condicionis gratia bene soluatur tutori vel curatori, quam quod probandum habet Papin. persona pupilli vel furiosi adiecta solutionis causa tutori vel curatori

folui posse. Et tamen ne quis huius quoque posterio-
ris sententiæ veritatem vel negare auderet, vel in du
bium reuocare, adfirmat Papinianus admissam esse
illam sententiam Labeonis & Pegasi autoritate, vt-
que admitti debuisse magis appareat, subiicit exem-
plum non dissimile, in quo perinde fiat, vt etiam quæ
conditionis implendæ causa vni debuit solui pecu-
nia, non malè alteri soluatur, nempe si domino iussus
dare, seruo dederit ea lege vt domino daret: atque ita
ab vltimo ad primum redeundo probat optimè Papi-
nianus, Adiecto quoque licèt post stipulationem ca-
pite diminuto rectè solui posse, nec in contrariam o-
pinionē ex eo solo moueri quem debere, quod quis
quis capite minutus est hoc ipsu alius homo fieri vi-
deatur. Sed quæ sequuntur, *ceterùm qui seruo dare ius-
sus est domino dando non aliter impleuisse conditionem in-
telligendus est, quam si ex voluntate serui dedit. Idem re-
spondendum est in solutione si stipulato Sempronio sibi
aut Sticho Mæuij seruo decem dari, debitor Mæuio domino
pecuniam soluerit.* Hæc iniquam omnia non solùm ni-
hil commune habent cum proposita quæstione, quæ
de illo erat, An ei qui solutionis causa adiectus fue-
rat, si posteà capite minutus esset nihilominus solui
posset, verùm etiam quod magis est, suadere potiùs
videntur vt à Papiniani sententia sit recedendum, tā-
tum abest vt debuerint adiici ad eam confirmandam.
37 † Posset enim quis hac ipsa adiectione moueri ad in-
ferendum solutionem quæ vni fieri debuit, alteri fie-
ri non posse, & consequenter solutionis accipiendæ
facultatem quæ in persona adiecti ab initio constite-
rit, necessariò intercidere per aduenientem capitis
diminutionem. vtpote per quam adiectus hic alius
nouúsq; homo factus esse videatur. At, inquies, nón-
ne verum illud est, eum qui seruo dare iussus sit do-
mino dando non aliter condicionem impleuisse in-
telligendum, quam si dederit ex serui voluntate? Vti-
que enim sic apertè Paulus scribit in *dict. l. qui heredi.*
subiecta etiam ratione quòd ea quæ facti sunt non
38 transeant ad dominum. † Quid ergo respondebimus
pro Papiniano? Fecit enim Triboniani audacia vt tā-
tus vir me velit assertorem, dum alius melior expe-
ctatur. Ego verò respondeo, vt Papiniani ratiocinatio
& collectio recta sit, non esse necessarium probari ea
quæ implendæ condicionis causa vni soluenda sunt,
alteri semper solui posse, quod falsum est. Neque rur-
sus è contrario ad improbandum Papiniani senten-
tiam satis esse si probetur multos esse casus, in quibus
impleri condicio nequeat, nisi in persona eius ipsius
quem verba condicionis demonstrant, quod nec Pa-
pinianus certè negaret, sed sufficere Papiniano ad vi-
ctoriam si probet non esse nouum, vt ea quoque pe-
cunia quæ implendæ condicionis causâ vni solui de-
buit, alij soluatur, quod euenit, inquit ille, cùm iussus
domino pecuniam dare, seruo dedit vt domino daret.
Inde námque fit vt dubitari iam non oporteat, quin
optima ratione moti Labeo & Pegasus induxerint v-
tilitatis causa, vt quod pupillo vel furioso condicionis
implendæ gratia solui debuit, rectè soluatur tutori
vel curatori. Quo tamen admisso illud multò faciliùs
admittendum sit, vt si furiosi vel pupilli persona non
nisi solutionis causa in obligatione aliena fuerit adie-
cta, perinde tutori vel curatori bene soluatur, cùm
hoc casu non vt in illo pecunia alteri quàm ipsi pu-
pillo vel furioso debeatur. Difficilius autē sit vt quod
pupillo debetur, alij soluatur quàm quod pupillo
non debetur. Porrò hoc etiam admisso vt cùm pupil-
lus vel furiosus solutionis tantùm causa adiectus est,
etiam tutori vel curatori solui possit, quamuis reue-
ra tutor pupilli alius sit à pupillo, & curator furiosi
alius à furioso, illud certe extra omnem dubitatio-
nem manet, quod initio probandum susceperat Papi-
nianus, Ei quoque qui post stipulationem, in qua so-
lutionis causa adiectus erat, capite minutus fuit, per-
inde solui posse, cùm reuera idem homo sit, eadémq;
ipsius fides quam ab initio stipulator exploratam ha-
buit, tametsi capitis diminutio faciat vt per iuris fi-
ctionem alius homo esse intelligatur. † Quid ergo 39
fuit quod Tribonianum mouere potuit vt ista sub-
iungeret, de non implenda in persona domini condi-
tione, quæ in serui persona impleri debuit, nisi ex
serui voluntate id fiat? Nimirum, quia veritus ille est,
ne quis eo quod Papinianus dixerat impletam esse
condicionem si domino dare iussus, seruo dederit vt
domino daret, inferre vellet eodem modo impletam
debere intelligi conditionem si seruo daret iussus do-
mino dederit. Nec animaduerterit non ita simpliciter
Papinianum scripsisse, sed locutum de pecunia quæ
domino dari debuit seruo data ea lege vt eam seruus
domino daret. † Hanc verò adiectionem non simili- 40
ter adaptari posse ad eum casum quo quis domino de
derit quod seruo debuit dare. Quomodo .n. posset
quis ea lege domino dare vt seruo suo daret? An
eò minùs fortasse retineret dominus per seruum
proprium quod ipsi seruo iam dedisse probare-
tur? Itaque hoc casu quod domino soluitur, nun-
quam ad seruum peruenire potest, non solùm
si nolit dominus contra quem eo nomine nec ser-
uus agere potest, nec ille magis qui pecuniam do-
mino dederat ea lege vt seruo daret, sed neque si do-
minus fidem seruare velit, eámque pecuniam seruo
dare, quia tum quoque cùm dat, sibi retinet. † Dices, 41
illo etiam casu quo pecunia seruo detur, quæ ipsi dari
debuit, perinde acquiri eam domino per seruum, atq.
ita nihil effectu interesse an domino detur, an seruo.
Sed facilis respōsio est acquiri quidem pecuniam do-
mino per seruum cui implendę cōdicionis gratia data
fuit, sed prius esse vt condicio rectè impleta sit, quam
vt per implementum condicionis aliquid domino per
seruum acquiratur. Id verò non contingere si pecu-
nia quæ seruo dari debuit, domino detur, nisi ex vo-
luntate serui detur, quoniam vt sępiùs iam diximus,
implementum condicionis facti est non iuris, & in
facto implendo is ipse ordo seruandus est, quem te-
stator præscripsit, quod non eueniret etiam sic data
pecunia domino vt eam seruo daret, quia præposte-
rus esset ordo ille, nec minùs à testantis voluntate
quàm à iuris ratione alienus, vt pecunia primùm ad
dominum, deinde à domino ad seruum perueniret,
mox ab eodem seruo ad dominum reditura. † Cùm 42
verò pecunia ipsi domino danda sit etiamsi seruo
primùm detur dummodò ea lege vt domino redda-
tur, nihil fit neque contra voluntatem verbáq. testa-
toris, neq contra ordinem iuris, quandoquidem ordi-
narium illud & facti iuris medium est vt per serui
personam domino acquiri & ad dominum peruenire
pecunia possit. † Idémque esset si poneres ita conce- 43
ptam condicionem, vt eius implendæ gratia pecuniā
tutori ipsi non pupillo dari oporteret. Non.n posset
videri condicionem impleuisse is qui pupillo dedis-
set quamuis ea lege adiecta vt tutori daret, quia neq;
facti, neque iuris ordo ille est, vt pecunia peruenire
debeat à pupillo ad tutorem, sed è contrario a tutore
ad pupillum. Et ideò bene Papin. tractans de condi-
cione dandi impleta in persona tutoris, quę ex verbo-
rum potestate implenda erat in persona pupilli, ad-
fert exemplum tanquam simile de pecunia quæ do-

mino

mino danda fuit, data seruo vt domino daret quoniam vtroque casu is rei & voluntatis ordo est, qui esse debet, vt pecunia tandem ad eum perueniat, ad quem peruenire oportet ex verbis ipsis condicionis.
44 † Planè quod sequitur in *dict. §. vsumfructum. Idem respondendum est in solutione, si stipulato Sempronio sibi aut Sticho Mæuij seruo decem dari, debitor Mæuio domino pecuniam soluerit.* multò apertiùs Triboniani manum, & inscitiam prodit. Quid.n. est in hac specie, quod idem responderi queat? An fortè idem quod proximè dictū fuit in eo casu quo pecunia soluta sit domino quę debuerat implendæ condicionis causa solui seruo? Vt nimirum nil prosit solutio facta domino si non fiat ex serui voluntate? Alium certè versiculi huius sensum cōminisci nullum possis. Atqui nullo modo dici hoc
45 potest. † Alia.n. longe est cōdicio serui cuius persona posita sit in condicione implenda, longè alia eius qui solutionis tantùm causa fuerit adiectus. Priore casu voluntas serui exquirēda est, vt quod domino ad implendam condicionem soluitur bene solui credatur, quoniam ita facit voluntas illius, qui cōdicionem adscripsit quæ nec aliter nec meliùs, quàm ex condicionis adscriptæ verbis, intelligi potest. Cur enim serui personam nominasset, si nullam nisi domini rationem haberi voluisset? Porrò alius hic nemo est præterquā seruus cuius voluntatem intueri aut exigere possimus At cùm seruus solutionis causa obligationi alienæ adiectus fuit, adest persona stipulatoris cui vtique debetur non seruo, & cuius proinde non serui voluntas exquirenda est, si non seruo ipsi, vt erat in lege stipulationis, sed serui domino soluere promissor velit, cum fieri facilè possit, vt serui personam fidemque solutionis gratia eligerit stipulator, qui domini eligere noluisset. Certum autem est cessante stipulatoris voluntate nullum ius habere serui dominum accipiendæ solutionis, quæ fieri debuit seruo, siquidem solutio facti est, *l. consil. 7. §. vlt. ff. de curat. furios.* quæ verò facti sunt, ad dominum transire nunquam possunt,
46 *dict. l. qui heredi.* † Non igitur verum esse potest quod hic versiculus habet, si stipulato Sempronio sibi aut Sticho Mæuij seruo decem dari debitor Mæuio domino pecuniam soluerit, idem respondendum esse, quod in præcedenti specie responsum est valere solutionem dummodo facta sit ex serui voluntate. Apertéque lapsus hîc est Tribonianus (quis enim interpres tot clausulas adiicere vnquam ausus esset?) mera
47 ignorātia iuris † Illud postremum est quod apud Papinianum obseruari volo, de vsufructu propositam ab eo quæstionem, non quòd in cæteris rebus aliud existimauerit, sed vt haberet quæstio maiorem dubitationem. Est enim hausta ea lex ex libris quæstionum non responsorum. Dubitatio autem ideò maior est in vsufructu, quia nemini dubium est quin vsusfructus intercidat capitis diminutione. Ideò quod personæ debeatur quæ per capitis diminutionem quamlibet mutata esse intelligitur *l. 1. & tot. tit. ff. quib. mod. vsusfruct. amitt.* Sed id cùm demùm verè dicitur cùm capitis diminutio contingit in persona eius cui vsusfructus debetur, non etiam si contingat in persona eius qui in aliena stipulatione adiectus fuit solutionis tantum gratia non obligationis, quia cùm de obligationis iure quæritur an intercidit nécne, non alia persona inspici vel potest vel debet, quàm eius ipsius ad quem totum ius obligationis solùm pertinet.

CAPVT XV.

Deprauatam esse à Triboniano sententiam l. seruus decem 68. eod. tit. de solut.

SVMMARIA.

1 *Conditiones quæ in dando consistunt facti plurimum continere.*
2 *Quid Iurisconsultus in* l. qui heredi 44. de cond. & demonst, *inde inferat.*
3 *Non sicut dandi conditiones per alium eius nomine qui dare debuit impleri possunt, sic è conuerso in persona alterius impleri posse, quam eius ipsius quem conditionis verba præ se ferunt.*
4 *Conditionem siue dandi siue faciendi in personam pupilli collatam impletam censeri, si in persona eius pupilli, etiam sine tutoris autoritate impleta fuerit.*
5 *Illud conditionibus faciendi extra dubitationem esse.*
6 *Ex Marcelli sententia in* d. l. *seruus dandi conditiones in pupillum collatas nonnisi in persona tutoris vel curatoris bene impleri posse.*
7 *Hanc sententiam veráque iuris ratione inspectâ falsam esse.*
8 *Primò, quia aliàs sequeretur omnia quæ propriam pupilli aut furiosi personam desiderant, etiam absente pupillo aut furioso per tutorem aut curatorem expediri posse.*
9 *Secundò, quia contrarium autoritate Pegasi & Labeonis vtilitatis causa receptum non fuisset, si ex iuris ratione locum habere potuisset.*
10 *Quenam vtilitatis causa induxerit vt conditio quæ in pupilli vel furiosi persona impleri debuit, in tutoris vel curatoris persona impleri possit?*
11 *Post admissam eam Pegasi & Labeonis sententiam non minus posse ex summa iuris ratione ipsi pupillo vel furioso conditionis implendæ gratia bene solui*
12 *Obiectio remouetur.*
13 *Ratio sententiæ Marcelli refellitur.*
14 *Superioris conditionis implementum in suspenso esse non debere, quousque certum sit an pecunia furioso vel pupillo data perierit, vel perire amplius non possit.*
15 *Post admissam Pegasi & Labeonis sententiam non amplius quæri, an pecunia tutori vel curatori soluta in rem pupilli vel furiosi versa sit, nec ne.*
16 *Altera & præcipua Marcelli ratio contraria Iauolenis ratiocinatione refellitur.*
17 *Conditionem pupillo dandi vel soluendi naturaliter & reuera implendam esse.*
18 *Marcelli sententiam in* d. l. seruus *à Triboniano corruptam fuisse.*

CONdicionum † nota diuisio illa est, vt aliæ in dando, aliæ in faciendo consistant. Inter quas cùm 1
differentiæ multæ sunt, de quibus nunc dicere, nihil attinet, tùm illa præcipuè quod quæ in dando consistunt, per alium impleri possunt, & consequenter vltimo etiam vitæ momento, non item quæ in faciendo *l. vlt. ff. de condic. institut.* Sed tamen non eò minùs dicuntur esse facti etiam illa quæ in dando consistunt, vt superiore capite diximus ex *l. qui heredi* 44. *de condic. & demonstr.* quia dare, tradere, soluere & alia huiusmodi, sunt facti licèt iuris effectus aliquis ex iis sequatur: puta quod ad dominij translationem, quæ ex datione aut solutione inducitur, *leg. consilio 7. §. vlt. ff. de curat. furios. iunct. leg. vbi autem 75. §. 2. item de verb. oblig.* † Inde nimirum fit, quod infert Iurec. in *d. leg. qui heredi*, vt si quis implendæ condicionis causa 2
seruo decem dare iussus sit, seruo ipsi dare compellatur, nec magis impleuisse condicionem dici possit, dando domino si non dederit ex ipsius serui voluntate, quàm si domino dare iussus seruo dedisset nolēte domino vel ignorante, quia quæ facti sunt, non

tr: nsfeunt ad dominum. † Itaq; non quemadmodum
3 huiusmodi condiciones dandi per alium impleri pos-
sunt, eius scilicet nomine qui dare debuit (nam eo
mortuo ne quidē heredi permissum est defuncti no-
mine parēre condicioni, *l. a testatore 109. de cond. & de-
monst.* sic è conuerso possis dicere impleri posse in per-
sona alterius, quàm eius ipsius quem cōdicionis ver-
ba præ se ferunt quoniam non sicuti parum aut nihil
refert à quo aut ex cuius pecunia datur, ita dici potest
nihil interesse cui detur, cùm in eo potissimùm ver-
setur condicionis implementum, vt ei detur cui dari
voluit, dixitque is qui condicionem adscripsit, *l. cum
ita 65. de cond. & demonst.* Proinde ex parte illius cui
dandum est nihil omnino refert an condicio consistat
in dando, an in faciendo. † Eadem prorsus ratio facit,
4 vt si condicio collata sit in persona pupilli, dubitan-
dū non sit quin dici debeat bene plenéq; impleta con-
dicio, quæ impleta fuerit in persona pupilli, siue con-
dicio dandi fuerit, siue faciendi. Non adhibita ea di-
stinctione, an tutoris autoritas interuenerit, nécne,
quia cùm in condicionibus veritas naturę factiq; non
aliqua iuris fictio inspicienda sit nemo vtique dixerit
ob id minùs impletam esse condicionē in persona pu-
pilli quòd impleta sit sine tutoris autoritate, quando-
quidem non cò minus pupillus ipse est quod tuto-
rem habeat, immò ob hoc ipsum tutorem habet, quia
pupillus est † Et quidem in condicionibus faciendi
5 res nō habet dubitationē. Vt putà si seruus post quin-
quennium liber esse iussus sit sub ea condicione si to-
to illo quinquennio seruierit pupillo. Quamuis enim ita
seruierit, vt non adhibuerit autoritatem tutoris, quia
tamen non minùs verum est eum seruisse, quàm si eā
autoritatē adhibuisset, nulla ratio est cur non debeat
tanquam verè impleta condicione peruenire ad li-
bertatem. Quid.n. prodesset adhiberi in ea re autori-
tatem tutoris, in qua nullum tutoris arbitrium sit,
nullúsq; deliberationi locus an condicio implenda sit,
nécne, aut an hoc vel illo modo? Nam etiam si maxi-
mè tutor nollet impleri, aut alio modo impleri eam
vellet, quam qui condicionis verbis expressus esset,
vtique voluntatem ipsius aut cunctationem negligi
oporteret. Idque non obscurè sentit scribitque Iurec.
in *l. seruus ... m 68 ff. de solut.* vbi in proposita quæ-
stione in condicione dādi, priusquàm ad eam respon-
deat, fatetur in condicionibus faciendi si comparatio-
nem & argumentum ex iis sumere liceat, non esse ne-
cesse vt ad eas implendas interueniat autoritas tuto-
ris. † Sed tamen in dandi cōdicionibus aliud iuris esse
6 concludit, ... impleri quidem eas rectè in perso-
na tutoris, itémq; in persona curatoris, si fortè furioso
danda fuerit pecunia, sed non similiter in persona ip-
sius pupilli aut furiosi, nisi interueniēte tutoris auto-
ritate. † Quod ait huiusmodi condiciones quæ in dā-
7 do consistunt in tutoris vel curatoris persona impleri
posse, apertè falsum est, si mere veráque iuris ratio in-
spiciatur. Nam cùm alia reuera sit persona pupilli, alia
tutoris, sicut & alia furiosi, alia curatoris, non potest
fieri ex iuris ratione, vt condicio quæ implenda fuit
in persona pupilli vel furiosi bene impleatur in perso-
na tutoris vel curatoris. Nec quod iudiciū pupilli aut
furiosi, vel potius quod pupillo aut furioso deest, sup-
pleri possit & soleat per iudiciū tutoris, facere potest
vt æquè persona pupilli vel furiosi repræsentetur per
tutoris vel curatoris personam. † Alioquin ea omnia
8 quæ propriam pupilli, aut furiosi personam deside-
rant, etiam absente pupillo vel furioso per tutorem,
curatorémve expediri possent, quod non ita est. Si e-
nim pupillus heres ab aliquo scriptus proponatur,
non potest tutor hereditatem adire nomine pupilli,
sed pupillum ipsum adire necesse est tutore authore,
quoniam aditio personale factum adeuntis desiderat
l. pupillus 9. ff. de acquir. hered. Neq; rursum potuit iure
vetere curator furiosi delatā furioso hereditatem ipse
adire ante Iustiniani constitutionem quæ in eam rem
lata est, nouúmq; ius fecit, in *l. vlt. C. de curat. furios.* Cur
ergo condicione ita cōcepta, vt non alia quam pupilli
vel furiosi persona demonstrata sit, siue dari aliquid,
siue fieri oporteat, dicemus impletam condicionem
quæ non nisi in persona tutoris vel curatoris fuerit
impleta? † Fateor Labeonis & Pegasi autoritate rece- 9
ptum tandem id fuisse vtilitatis causa, quemadmodū
Papinianus loquitur in *l. Stichum aut Pamphilum 95.
§. ... de solut.* & nos explicauimus capite su-
periore. Sed contēdo, vel ex eo maximè apparere ve-
rum esse quod nos volumus ex iuris ratione idem dici
nec posse nec vnquam potuisse. Quid.n. fuisset neces-
se & vtilitatis causam prætexere & Labeonis Pegasi-
que autoritatem implorare, ad inducendum id quod
ipsa iuris ratio per se iam induxisset? † Quænam verò 10
vtilitatis caussa esse potuit, quæ hanc sententiā à tan-
tis Iurisconsultis extorsit inuita iuris ratione, nisi
quòd aliter posito iure facilè ac plerumq; eueniret vt
pecunia quæ condicionis implendæ causā pupillo vel
furioso data esset, intercideret, nō valente tutore vel
curatore satagere, vt in pupilli vel furiosi commodum
verteretur, quæ inscio se vel inuito soluta fuisset pu-
pillo vel furioso? Item quòd eo faciliùs impleri possit
condicio quo plures personæ sunt in quibus impleri
potest. Vtilitas autem pupillorum quæ publicam sem-
per coniunctā habet, hoc maximè exigat, vt quàm fa-
cilè fieri potest, impleri possit condicio, quæ in eorum
fauorem adiecta fuit. ne implendæ ipsius difficultate
fiat vt eam implere qui aliquando voluit, postea vel
nolit, vel non possit, præsertim si quod plerumq; fie-
bat implemento dies dicta fuerit. Vt putà, si intra cē-
tum dies dederit decem pupillo. Finge intra eos cen-
tū dies non fuisse repertum pupillum in ea prouincia
in qua erat is qui pecuniam dare debebat, fuisse verò
tutorē cui facillimè & libentissimè pecuniam daturus
hic fuerit, si potuisset. An non vtilitas pupilli elicere
hoc ius debuit, vt tutori quoque pecunia dari posset?
Constat siquidē condicionem quæ intra certum tem-
pus implenda fuit post id tempus impleri nullo modo
posse ne fauore quidem libertatis, *l. Thais 41. §. intra
certa tempora ff. de fideic. libert.* Ergo cùm vtilitatis causa ea
demum recepta esse dici soleant quæ ex vera, meráq;
iuris ratione recipi non potuerunt, fatendum est il-
lam Labeonis & Pegasi sententiam non nisi vtilitatis
causa inductam à summi iuris ratione abhorrere, &
consequenter in solius pupilli persona tales condi-
ciones, hoc est, quæ in dando etiam consisterent im-
pleri & potuisse & debuisse, adeóque ita vt non esset
necessaria tutoris autoritas. Nam si necessaria fuisset,
non erat verendum ne pecunia pupillo data, periret
non magis quàm si tutori soli data esse, cùm vtroque
casu parem diligentiam præstare tutor debuisset, atq;
ita nihil causæ fuisset saltem ex hac parte cur ex La-
beonis & Pegasi sententia induci vtilitatis gratia o-
portuisset, vt ipsi quoq; tutori bene pecunia soluere-
tur. † Etsi autem post admissam eam Labeonis & Pe- 11
gasi sententiam, non malè tutori condicionis quoque
implendę causa soluitur, non eò minùs tamen verum
remanet ex iuris ratione ipsi quoq; pupillo bene sol-
ui, vt antea nulla etiam interueniente tutoris autori-
tate. Non enim ius quod tum ex summa ratione ob-
tinebat, Labeo & Pegasus tollere aut voluerunt aut
potuerunt,

potuerunt, sed vtilitate pupillorum ita exigente, ampliare condicionis implendæ facultatem, vt quæ non nisi in pupilli persona impleri poterat, siue tutoris autoritas interueniret, siue non, ea in tutoris quoque & quidem solius persona impleri præterea posset. Itaque non illud induxerunt, vt qui pupillo pecuniam dare iussus esset, eam pupillo ipsi dare prohiberetur, sed vt eam tutori soli dando non minus impleuisse condicionem videretur, quandoquidem id pupillo & commodius & vtilius existimandum esset.
12 † Atqui, dicat aliquis, si pupillo ipsi vel furioso soluere liceat nõ interueniẽte tutoris aut curatoris autoritate, facilè pecunia peribit. Non nego. Et idcircò nimirum dixi vtilitatis causa sententiam Labeonis & Pegasi recipi debuisse, vt tantò melius personis illis consuleretur. Sed non inde possis inferre, condicionem in ipsius pupilli & furiosi persona impleri non posse. Quid n. interest vtrum tali personæ dare iubeatur, an aliquo loco ponere, vel in mare deiicere? Inquit eleganter Iauolenus in *l. Meuius 55. de cond. & demonst.*
13 † Qui locus vt est de hac re elegantissimus, ita & accommodatissimus ad eam rationem refellendam quæ posita est tãquam ex Marcello in *d. l. seruus decem*, in illis verbis *ipsis autem, id est furioso vel pupillo non rectè persolui, ne datio ex illorum imbecillitate pereat.* Quamuis. n. poneres periisse pecuniam quæ pupillo vel furioso data fuisset, an non tamen perinde verum esset datam fuisse? atque ita impletam esse facto ipso condicionem? Quod vtrique ea sufficere constat etiam ex eo quòd si ea condicio esset adscripta, quæ matrimonium præsupponeret, quod in furiosi persona esse nequit, æquè tamen furiosus matrimoniũ de facto tãtùm, vt aiunt, contrahendo, condicionem impleuisse dicendus esset, vt bene Scæuola respondit, & ad Scæuolam Claudius notauit in *l. heredibus 77. §. 1 ad S. C. Treb.*
14 † Cur ergo ad condicionis implementum illud requiramus, ne pupillo vel furioso data pecunia perierit? Quid. n. si nõ perierit? An non fortè potest non perire? An interim manebit in suspenso veritas implementi, quousque certum esse incipiat, pecuniam illam vel periisse, vel perire amplius nunquam posse? Quis verò vnquam hoc dixit vel audiit, ea quæ meri facti sint non iuris, etiam post factum in suspenso manere? Siquidẽ ex solius iuris potestate est, vt maneant interdum pleraque in suspenso, sed ea demùm, quæ iuris mixturam aliquam habent, non etiam illa quæ nihil nisi merum factum continent, quod vnico simplicique & momentaneo actu, & implendum fuerit & impletum: cuiusmodi constat esse condiciones dandi, *l. vlt. ff. de condic. inst.*
15 † Qua etiam ratione iam probauimus superiore capite, post admissam vtilitatis causa Labeonis & Pegasi sententiam quæ induxit vt tutori pupilli & curatori furiosi condicionis quoque implendæ gratia dari pecunia posset, non esse quærendum, an ea pecunia tutori vel curatori soluta in rem furiosi versa sit. nécne, sed siue versa sit, siue non sit condicionẽ plenè impletam deficere postea nũquam posse. Quod & apertissimè probatur ex *d. l. seruus*, non in eo solùm quòd lex generaliter & indistinctè ait, tutori vel curatori vtiliter dependi, sed in illa etiã ratione addita ad probandum, cur neque furioso neque pupillo rectè soluatur, *ne datio ex illorum imbecillitate pereat.* Innuunt namque verba illa, & probant optimè non posse fieri vt pecunia quæ tutori ipsi vel curatori soluta est, hoc ipso in rem pupilli vel furiosi versa non sit, cùm in reddendis rationibus saluam eam versamque præstare debeat tutor vel curator, qui accepit.
16 † Quod autẽ sequitur apud Marcellũ in *d. l. seruus*, melioris & primæ rationis loco, *nec enim hoc egit testator vt quoquomodo esset datum, expleta videretur condicio*, sicuti falsum est, ita & manifestè conuincitur, ex contraria Iauoleni ratiocinatione longè subtiliore veriorèque in *dict. leg. Meuius*, postremis iis verbis, *neque enim illud quod ad talem personam peruenturum est testamenti nomine, sed mortis causa capitur.* Quærendum enim esset an testatoris ea voluntas fuisset, nécne, si quod à pupillo implendæ condicionis causa capitur, ex testatoris iudicio & voluntate caperetur. Sed cùm non ita sit, immò verò sint ista prorsus non modò diuersa, sed etiam contraria, Capi quid mortis causa, vel quod idem est condicionis implendæ gratia, & capi ex iudicio & voluntate testatoris, quia condicio nihil vnquam disponit, *leg. si quis sub condicione 8 ff. si quis omiss. caus. testament. leg. quæ precio 8. leg. inter mortis 38 ff. de mort. caus. donat.* omnino consequens est, vt de voluntate testatoris quærere non tantùm superuacuum sit, sed etiam ineptum, quoties de illo duntaxat quæritur, An condicio quæ meri facti est, mero facto sit impleta.
† Nam etsi testator qui seruo libertatem dedit 17
sub ea condicione, *si decem pupillo daret*, ea mente fuisset, vt non quoquomodo pupillo dando impleri condicio posset, sed ita demùm si in vtilitatem pupilli ea pecunia versa esset, debuerat condicionem ita concipere, non vt simpliciter dationem in pupilli persona faciendam exprimeret, sed vt aliquid etiam adderet de interponenda tutoris autoritate, vel de pecunia in pupilli vtilitatem conuertenda. Quo non addito quid aliud obsecro facere possit is, qui pecuniam pupillo dare claris præcisisque verbis iussus est, nisi vt condicionis verba naturaliter intuitus, iis quoque naturaliter & reuera satisfaciat? & ita pecuniam ipsi pupillo soluat, si id malit, quam soluere tutori? Nam & tritum est verba condicionum naturaliter non ciuiliter accipienda esse. Alioquin si ad hoc eum obligare volumus, vt non possit soluere pupillo, nisi ex autoritate tutoris, aut nisi curet etiam verti pecuniam in rem pupilli, vtique condicionis implendæ facultatem maximè restringemus, quam tamen diximus ipsius quoque pupillorum vtilitatis causa debuisse ampliari, ob idque à Labone & Pegaso ampliatam fuisse.
† Igitur vt aperiam tandem & di- 18
cam liberè quod sentio, vix puto dubitandum, quin Marcelli sententia quæ haud dubiè à iuris tam aperti ratione tantopere remota esse non potuit, à Triboniano corrupta sit, eique vni adscribenda omnia quæ scripta legimus in *d. l. seruus*, ab illis verbis, *& sciendum est in omnibus istis casibus*, ad finem vsque. Nam & familiares sunt Triboniano eiusmodi locutiones, vt videre est in *l. vlt. C. de natural. liber.* & aliis plerisque Codicis constitutionibus & parum elegantes, illa præsertim quæ habet *tutori quidem vel curatori vtiliter dependi.* Vix enim alio Pandectarum loco *dependi* reperias pro *solui.* Item illa, *ne datio ex eorum imbecillitate pereat.* Vbi valde impropriè *datio* scriptum est pro *pecunia data.* Ipsa enim datio cùm sit facti, vt tam sæpe diximus, non magis perire potest quàm factum haberi pro infecto: Nihilque vetat salua veráque manente datione, pecuniam tamen ipsam quæ data fuerit perire pupillo vel furioso, qui fortè postmodùm eam bene solutam malè consumpserit. Quæ res facere non potest, vt quod ritè ac secundùm leges ab initio actum est ex alio euentu resuscitetur, quemadmodum in pupillo quoque Iustinianus scribit in *l. sancimus 25. Cod. de administr. tutor.*

Capvt XVI.

Emendatur l. si alterius 10. ff. de hered. instit.

SVMMARIA.

1 *Heredes duos alterius atque alterius fundi ex inæqualibus partibus institutos, quasi non facta fundorum mentione heredes scriptos censeri.*

2 *Hos heredes, quasi nullis adscriptis partibus singulos pro semisse institutos videri.*

3 *Disputationem a Paulo in* d. l. 10. *institutam fuisse de institutione quæ facta sit pro diuersis partibus alterius atque alterius fundi.*

4 *In specie* §. si duo l. 9. eod. tit. *nihil interesse an duorum fundorum, an vero vnius mentio facta fuerit, & ex æquis portionibus res hereditarias inter heredes diuidi debere.*

5 *In specie a Paulo tractata alteri heredi totum fundum Sempronianum, alteri totum Cornelianum a iudice familiæ erciscundæ adiudicandum videri.*

6 *Aliud Pauli iudicium fuisse.*

7 *An in specie* d. §. si duo *dici possit Titio totum fundum Cornelianum, Mæuio totum Sempronianum ex præsumpta testatoris voluntate adiudicandum esse?*

8 *Cur fundorum & partium abstractione facta, ex æquis partibus cum tota reliqua hereditate fundi diuidantur?*

9 *Duobus heredibus altero ex fundo Corneliano, altero ex Semproniano institutis, detracta fundorum mentione integras præceptiones ab arbitro familiæ erciscundæ conseruari.*

10 *Ratio diuersitatis inter hanc & duas species superius enarratas.*

11 *Cur ex duobus vel pluribus heredibus ex vno vel pluribus fundis per partes institutis, fundi & partium mentio detrahatur & plane a lege extinguatur?*

12 *Easdem tamen partes in hereditate constitui quæ in fundis adscripta erant, si eam fuisse testatoris voluntatem appareat.*

13 *Hanc exceptionem ad speciem a Paulo in* l. 10. *tractatam non pertinere.*

14 *Sensus horum verborum Pauli in* d. l. 10. nec enim facilè, sed diuersitate pretium portiones inueniuntur.

15 *Variæ horum verborum emendationes remouentur, & noua ab autore affertur.*

16 *Ad verba illa* d. l. 10. sub diuersitate partium.

17 Non facilè in d. l. 10. *pro nullo modo accipi.*

18 *Varia è superiori disputatione consectaria eliciuntur.*

1 SI alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, inquit Paulus, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent. Exemplum esse potest, si quis testamento ita scripserit, *Titius ex besse fundi Corneliani itémque Semproniani heres esto, Mæuius ex tertia eorundem fundorum heres esto.* Hîc primùm detrahenda fundorum mentio est, non secus ac fieri solet, cùm aliquis solus ex fundo fuit institutus. Valet namque institutio detracta fundi mentione *leg. 1. §. si ex fundo. Dig. gest. hoc titul. de hered. instit.* Scilicet quia non potest fundus heredem facere, sed sola hereditas, nec si testator velit, quia neque in testatoris potestate est vt heredem faciat nisi quatenus eam faciendi heredis potestatem habet à lege, quæ porrò sicut in eam rem induxit numen & fictionem hereditatis, ita non nisi per hereditatem fieri heredẽ sinit vt disputauimus & explicauimus iam plerisque Coniecturarum nostrarum locis.
2 †Sed in proposita specie si fundorum mentio duntaxat detraheretur, nec adiectæ partes pro non adiectis prætereà haberentur, eueniret vt Titium ex hereditatis besse, Mæuium ex triente institutum intelligi oporteret. Essent enim partes illæ quas testator adscripsisset. Neque tamen ita est. Sunt enim isti heredes ex semissibus non aliter quàm si solius fundi Corneliani facta mentione, Titius ex eius fundi besse, Mæuius verò ex eiusdem fundi tertia parte institutus proponeretur, vt in ea specie quam Vlpian. ex Celso & Sabino tractat in *leg. quoties 9. §. si duo eod. tit.* Ergo non tantùm perinde habendum est acsi testator fundos non nominasset, sed etiam perinde acsi nec partes vllas adiecisset. Quo vtique casu Titius & Mæuius sine fundo & sine partibus heredes scripti succederent simul in semisses, & pro æquis portionibus hereditate potirentur, *d. § si duo.* †Verum 3
enimuerò quamquam hoc rectè ac ex vera iuris ratione dici non dubito, vereor tamen ne non satis accommodata sit hæc species ad Pauli mentem & disputationem. Quid enim refert, an vnius dũtaxat fundi mentionem testator fecerit an duorum, si ponamus eandem formam institutionis in vtroque fundo à testatore obseruatam fuisse? An non hoc casu duo fundi vnius vice funguntur? Et tamen existimandum est Paulum sine causa quæstionem concipere de institutione quæ facta sit pro diuersis partibus alterius atque alterius fundi, hoc est, diuersorum fundorum. Ita. n. scribit, *si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit.* Causa verò ita concipiendæ quæstionis alia esse non potuit, quam quòd ea species diuersum ius si non admitteret, saltem admittere debere videretur. Ac sanè ita est. †Nam in priore specie 4
quam tractauimus, siue ponas Titium ex besse vtriusque Corneliani & Semproniani fuisse institutum, Mæuium vero ex eorundem fundorum parte tertia, siue quod effectu idem esse diximus tantùm vnius fundi factam esse mentionem, & ex eius besse Titium institutum, Mæuium autem ex tertia ipsius parte vt in *dict. §. si duo*, eueniet proculdubio vt detracta sola partium mentione remaneant Titius & Mæuius instituti ex fundis Corneliano & Semproniano simpliciter, si vtrumque testator in institutione expressit vel ex fundo Corneliano duntaxat, si de Semproniano nihil dictum fuit. Quæ res nullam dubitandi causam præbere potest, quin perinde diuidenda sit hereditas inter heredes, acsi nullius fundi mentio facta esset, quoniam detracta partium mentione licèt fundi fundorúmve mentio non detrahatur, nihil tamen aliud quod fieri possit relinquitur, nisi vt tam fundorum omnium qui in hereditate sunt, quàm totius hereditatis diuisio inter heredes ex semissibus fiat. Quid enim superest quod partium diuersitatem inducere queat? Nihil prorsus. †At cùm testator non 5
solùm duplicis fundi mẽtionem habuit in institutione, sed ita etiam vt & diuersas partes heredum fecerit, & vtrumque fundum vnius vice fungi nolle se apertè demonstrauerit, puta sic concepta institutione *Titius ex besse fundi Corneliani heres esto, Mæuius ex besse,* aut si voles nihil enim refert *ex tertia parte Semproniani heres esto* (quæ species illa est quàm à Paulo tractatam puto) etiamsi partium mentionem detraxeris, adeóque Titium & Mæuiũ ad hereditatem ex semissibus admiseris tanquam sine partibus institutos, illud tamen relinquetur vt in diuidendis rebus hereditariis, acceptóque inter eos familiæ erciscundæ iudicio, Titius fundum Cornelianum totum habere debeat, Mæuius verò totum Sempronianũ, quia partium detractio nõ facit, quin semper Titius in fundo

Corneliano,

Corneliano, Mæuius in Semproniano institutus reperiatur. Quod cùm fit detrahitur quidem fundorum
mentio in distribuenda hereditate in suas quotas, sed
non similiter in distribuendis inter heredes rebus
hereditariis, siquidem officio arbitri congruit, vt seruet voluntatum defuncti, singulósque fundos iis adiudicet quibus testator dedit, vt præceptionum quodammodo iure retineantur, quemadmodum elegan-
6 ter tractat Vlp. in *l. ex facto 45. hoc eod. tit.* † Et ita fortasse quis respondendum putaret si hoc Pauli responsum non haberemus. Sed aliud tamen Pauli iudicium
est, Nimirum sic habendos heredes istos, acsi testator
neq; partes neque fundos nominasset, vt proinde non
minùs hi fund: Cornelianus, & Sempronianus quàm
reliqui omnes hereditarij ex æquis partib. inter Titiũ
& Mæuiũ diuidantur. Id .n. expeditius esse ait ex Sabini sententia, quã & similiter expeditissimam vocat
Vlpian. post Celsum in *d. §. si duo*, Ne scilicet voluntatis quæstio relinquatur quomodo voluerit testator
diuidi non modò hereditatem, sed etiam fundos illos
7 quorum in institutione habuit mentionem. † Dices,
An non æquè expeditum esset dicere, habendos esse
Titium & Mæuium pro institutis ex æquis quidem
portionibus hereditariis, sed tamen Titium ex toto
fundo Corneliano, Mæuiũ verò ex toto Semproniano? Minimè. Quia cum Titius ex besse fundi Corneliani scriptus fuit, hoc ipso demonstratũ est à testatore non ea fuisse illum voluntate vt totus fundus Cornelianus ad Titium perueniret, Idémque dici è contrario potest de fundo Semproniano in persona Mæuij, quem ponimus institutum siue ex besse siue ex
tertia parte fundi Semproniani Cur. n. totum fundum
ei demus, quem testator non instituit nisi ex eius fun-
8 di parte? † Cum ergo partium fundorúmq; mentionem detrahi necesse sit, quod ad causam institutionis
& hereditatis attinet vt valeat institutio & pro eo habeatur acsi sine partibus facta esset, & in hereditate
non in fundis. Consequens est vt nec in diuidendis
fundis istis partium diuersitas vlla induci possit, sed
ex æquis partibus cum tota reliqua hereditate diuidi
eos oporteat, acsi nullis datis præceptionibus heredes
simpliciter, & sine partibus fuissent instituti: Nam si
quis vellet eas partes testator in institutione adscripsit, haberi quidem pro non adiectis, quod ad causam
hereditatis pertineret, non etiam quod ad fundorum
diuisionem, vtique secum ipse pugnaret † Nec enim
9 quemadmodum instituto Titio ex toto fundo Corneliano, itémque Mæuio ex toto Semproniano, euenit vt fundorum mentio ex institutione detrahatur,
ac nihilominus ab arbitro familiæ eriscundæ ad inducendas conseruandásque præceptiones retineatur, ita
similiter fieri potest vt fundorum partes adscriptæ &
reiiciantur & retineantur, quamuis respectibus diuersis. † Et ratio diuersitatis est, quia fundorum men-
10 tione detracta non eo minùs remanent in hereditate
fundi Cornelianus & Sempronianus quorum alter
Titio adiudicari possit, alter Mæuio, singuli singulis
in solidum quamuis sint disparis æstimationis, cùm
diuisio hereditatis quæ per legem fit, nihil commune
habeat cum diuisione bonorum per arbitrium faciẽda *d. l. ex facto.* At è contrario detracta fundorũ mentione, quam omnimodo nimirum casu detrahi necesse
est vt ex institutione fieri heredes possint, qui scripti
fuerunt, partium quoque mentionem detrahi consequens fit quæ nimirum nõ hereditatis sed fundorum
partes fuerunt. Vt proinde facta per legem hereditatis
diuisione in semisses, nihil supersit quod arbiter in
corporibus ipsis hereditariis diuidendis sequi possit
aut aliud facere, nisi quod sequendum & faciendum
haberet si testator neque fundos neque partes nominasset. Quamuis .n. remanentibus in hereditate fundis, eorum quoque partes remanere verum sit, nõ tamen & partes sunt quarum rationem habere arbiter
possit: salua legis iurisque autoritate si eam fortè diuisionem sequi velit quam testator præscripsit, quia
nõ alias hereditatis partes facere lex solet quàm quas
testator ipse fecerit, quoties ille aliquas fecit. Et cõsequenter factas à testatore partes omnino necesse est
aut legis potestate confirmari, aut si per legẽ reiiciantur, ab arbitrio quoq. reiici, ne is alioqui legis autoritatẽ contemnere, ac lege ipsa prudentior, aut potentior videri velit. Deniq; cùm lex detrahit ex institutione mentionẽ fundorum, non ideo detrahit vt quicquam de voluntate detrahat testatoris, quinimò potiùs vt eam conseruet. Eam siquidem testatoris volũtatem fuisse vider vt haberet heredes quos porrò per
fundum fieri non posse constat, sed per hereditatem
necessario fieri oportere. Inde igitur fit vt detracta
quoq. fundorum mentione non eo minùs conseruanda sit arbitrio voluntas testatoris, quod ad hoc vt
fundus Cornelianus Titio, Sẽpronianus Mæuio adiudicetur, perinde acsi fundorum mentionem ex in-
stitutione lex non detraxisset. † Cùm verò partium 11
quas testator adscripserat mentio detrahitur à lege,
non aliam ob causam id fit quàm vt lege liberum sit
alias planéq. diuersas partes inducere, atq. ita vt quod
ad eam rem destruatur voluntas testatoris in cuius
potestate quãuis non fuerit vt ex fundis aut per fundos faceret heredes, fuit tamen vt has vel illas partes
iis adscriberet, adeò vt ea in re ipsis quoq; legib. legẽ
dare potuerit, daturúsq; fuerit si eas partes adscripsisset, quas lex cõfirmare potuisset. Verùm quia non hereditatis, sed fundorum partes constituit, quas nõ magis admittere lex potest quã institutionem ex fundis
factam, euenire necesse est, vt partium mentio non
tantùm detrahatur, sed etiam legis potestate omnino
extinguatur, nec cum lex implicet contradictionem,
si patitur partes eas remanere, quas testator adscripserit, cùm eas ipsas cogatur sequi, quas tamen sequi
non potest, si fundorum partes fuerunt non hereditatis. Quasi duriùs agendũ sit cum testatore in eo quo
iam legem formámque præscribere potuit, cùm eam
dare voluit quam non potuit, † nisi manifestissimè ap- 12
pareat eam fuisse testatoris voluntatem, vt easdem
partes quas in fundis adscripsisset, in hereditate quoque constituerentur. Hæc .n. exceptio ponitur in *d. §.
si duo* iis verbis *si modo voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.* Quæ verba vulgò malè interpretes nostri sic intelligunt, vt possit testator expressim prohibere ius adcrescendi inter heredes. Id enim
euidenter falsum est vt probauimus pluribus Decade
15 De error. pragmatic. Error. 6. & 7. vbi etiã monuimus esse hunc versiculum nobis valde suspectum, vt
Triboniano potiùs aut interpreti quàm Vlpiano tri-
buendus esse videatur. De quo nunc plura dicemus. † 13
Addemus tantùm quod nõdum diximus, siue Vlpiani, siue Triboniani, aut interpretis ea exceptio sit, nõ
tamen eandem adhiberi posse ad casum illum quem
nũc ex Paulo tractamus, si alterius atq; alterius fundi
pro partibus quis heredes instituerit, postremo illo
quem diximus modo *Titius ex besse fundi Corneliani
heres esto, Mæuius ex besse*, aut si mahis *ex triente fundi
Semproniani heres esto*, quia diuersitas fundorum, quos
vix sit eiusdẽ penitus & præcisè esse æstimationis, nõ
patitur vt ex comparatione partium in diuersis fundis adscriptarum, portiones hereditariæ constituantur

tur, nec magis à testatore ipso, vel ab arbitrio, quàm
14 à lege. † Isque sine dubio sensus est eius rationis quã
Paulus exprimere voluit, sed quæ perperam & men-
dosè sic vulgò expressa legitur, *nec enim facilè, sed di-
uersitate pretium portiones inueniuntur.* Quis. n. possit
vnquam bene interpretari verba illa *sed diuersitate
pretium?* Indéque nimirum iam ferè omnes fatentur
quod negare nemo possit corruptum esse locum & e-
mendatione aliqua indigere. Sed quomodo emen-
15 dandus sit nemo adhuc bene dixit. † Sunt qui post
Haloandrum pro *pretium* putent legendum *prædio-
rum*, quæ tamen perinde nullius sensus lectio est. Alij
pretiorum, alij multo improbabilius *pretium* retinent,
sed notata litera *u* accentu circumflexo, quasi scripse-
rit Paulus *pretiûm* pro *pretiorum*, quod nec ferè vllus
Poeta faceret. Neceò magis tamen assequuntur, vt re-
cta vlla Paulo sententia constet. Ego non dubito quin
pro illis verbis *sed diuersitate pretium*, legendum sit *sub
diuersitate partium*, hoc sensu vt portiones scilicet he-
reditariæ, de illis enim agimus, non facilè sub diuersi-
tate partium alterius atque alterius fundi inuenian-
tur. Nempe quia sicut hereditas in re aliqua singulari
consistere non potest, ita neque pars vlla hereditatis
*l. quamuis 14. ff. si quis omiss. caus. testam. § si quis vna In-
16 stit. de fideicomm. heredit.* † Cur ergo *sub diuersitate par-
tium?* Quoniam cùm partes fundorum æquales & vi-
riles adscriptæ sunt, nihil facilius est quàm heredita-
rias portiones inuenire, siquidem etiamsi nullæ à te-
statore adscriptæ essent, perinde tamen æquales & vi-
riles, à lege constituerentur. Itaque non potest eo ca-
su difficile esse legi volũtatem subsequi testatoris qui
eam diuisionem fundorũ fecit, quam lex per se factu-
ra erat totius hereditatis. Quod non similiter dici po-
test inæquis partibus à testatore cõstitutis fundorum
diuersorum, & consequenter diuersam & inæqualem
æstimationem habentium. Tunc enim sub ea & fun-
dorum & partium diuersitate partes hereditarias siue
æquales siue inæquales inueniri prorsus impossibile
17 est, nedum difficile, † quamuis ita Paulus locutus sit,
nec enim facile modo loquendi satis familiari Iurecon-
sultorum modestiæ, quemadmodũ à Papiniano scri-
ptum legimus in *l. 1. ff. de pign. difficilius creditori qui
non ignorauit vtilis actio dabitur.* Dixit enim *difficilius*
pro *nullomodo*, vt è contrario quod subiicitur, *sed faci-
lius erit possidentis retentio* nullum dubitationi locum
relinquit, quin creditori ea in specie retentio pigno-
ris omnimodo competat. Sic & passim cæteri Iurecõ-
sulti, si quid sit quod negare velint vllo modo admit-
tendum, contenti sunt ita scribere, vix esse vt admitti
debeat: quod & ante nos Franciscus Duarenus aliiq;
18 recentiores interpretes iampridem obseruarunt. † Ex
eo autem intelligamus verissimum esse quod docui-
mus d. Decad. 15. Err. 5. viciosè nonnullos cod. in hac
lege scriptum habere *pro æquis partibus.* Non. n. quæ-
stioni legis aliter locus esse potest quàm si pro inæ-
qualibus partibus institutio facta proponatur. Et verò
paria sunt nullas partes adscriptas esse, & æquales ad-
scriptas esse, quia nec possit meliùs testator æquales
constituere, quàm si nullas constituat. E contrario igi-
tur paria erunt illa *pro partibus, & pro inæquis partibus,*
cùm pro partibus scripti heredes dicantur ad differẽ-
tiam eorum qui sine partibus fuerint instituti. Appa-
ret etiam ex superioribus vera esse quæ nos loco su-
prà dicto disputauimus contra errorem pragmatico-
rum & interpretum nostrorum, nec est quod de hu-
ius loci sententia & emendatione amplius dubitare
quisquam possit, quàm nos in hoc libro allaturos esse
iam tum promiseramus.

CAPVT XVII.

De sententia & vera lectione l. pen. D. de collat. dot.

SVMMARIA.

1 *Impugnatur Bartoli & Sequacium sententia existi-
mantium, verba conditionalia toties dispositionem
inducere, quoties ab eo qui vim disponendi habuit
prolata sunt.*
2 *Species* d. l. pen. *qua Bartolus ad suam sententiam a-
butitur.*
3 *Ex hac lege potius inferri, verba conditionalia dispo-
sitionem non inducere.*
4 *In specie illius legis filia electionem esse debere vtrùm
portionem hereditariam percipere, vel dotem cæteras-
que res a patre datas auferre malit.*
5 *Eam electionem filiæ ob id maximè competere, quod
conferendi onus a patre adscriptum in conditione
duntaxat positum fuerit.*
6 *Bartolum mendosa huius legis lectione deceptum sen-
tentiam initio propositam ex ea probasse.*
7 *Fratribus in huius legis specie rerum a patre in dotem
inhibentis filiæ datarum vindicationem non competere.*
8 *Dotem in* d. l. *marito cæteras vero res præter dotem à
patre filiæ traditas fuisse.*
9 *Etiamsi verba conditionalia dispositionem inducerent,
fieri tamen non posse vt res in dotem datas quas per
filiam conferri pater voluit, fratres a sorore vindica-
re possint.*
10 *Filiam, ne si quidem vellet, constante matrimonio do-
tem in mariti præiudicium conferre posse.*
11 *Quomodo citra mariti iniuriam dos à muliere constante
matrimonio conferri possit?*
12 *Verba illa* d. l. pen. si atributis res in dotem datas. *cum
negatione legenda esse.*
13 *Papinianum in illis verbis de rebus præter dotem datis
agere.*
14 *Res præter dotem datas non magis quàm ipsam dotem fi-
liam quæ paterna hereditate abstinuit conferre teneri.*
16 *Res tamen præter dotem datas a filia vindicare fratri-
bus concessum esse.*
17 *Vindicationis huius excludendi gratia doli mali excep-
tionem filiæ accomodari.*
18 *Papiniano in* d. l. pen. *eam mentem non esse, vt ex verbis
illis conditionalibus dispositio inducatur.*
19 *Filiam in* d. l. pen. *ab hereditate abstinentem tam res
dotales quàm præterdotales ex patris voluntate, sed
tamen alio atque alio modo consequi.*
20 *Disputatur contra Papiniani ratiocinationem.*
21 *Tentatur* ex l. vlt. *eiusdem tituli filiam quæ paternis
bonis se abstinuit res præterdotales a patre datas ne-
que per actionem, neque per doli exceptionem lucrifa-
cere posse.*
22 *Clausulam illam* d. l. pen. si dotem & cætera quæ nu-
benti ei pater tradiderat, contulisset, *non tam pro
filia, quàm contra filiam adiectam videri.*
23 *Etiamsi nihil de collatione cautum fuisset, non eo magis
hereditate paterna abstinentem res filiæ extra dotem
traditas retinere potuisse.*
24 *Filiam in specie* d. l. pen. *nullum ius habituram fuisse
retinendarum per doli exceptionem rerum præterdo-
talium si pater in testamento nullam earum mentio-
nem fecisset.*
25 *Idem iuris admittendum videri, si pater superiorem con-
ditionem adiecerit.*
26 *Non tamen filiam quæ patris iudicium subsequi voluit
dotem restituere teneri.*

27 *A dote*

27 *A dote ad cæteras res præter dotem alias relictam consequentiam non valere.*

28 *Pro Papiniani ratiocinatione & sententia ad superiores obiectiones respondetur.*

29 *Cur in* d.l. pen. *filia quæ patris hereditate abstinuit non solum dotem, sed & cæteras res retineat?*

30 *Alia dubitatio in* d.l.pen.

31 *Ad aliud exemplum aptatur Papiniani sententia.*

32 *Noua ratione eadem Papiniani sententia impugnatur.*

1 NOstrorum† interpretum vulgare dictum est post Bart. ad *l.2 §.vlt.D.ad SC.Tertyll.* Verba condicionalia toties dispositionem inducere quoties ab eo prolata sunt qui disponendi habuit facultatem. Ex *l. fideicommissa 11. §.cum esset.de legat.3. l. in ratione 30. §. nam etsi.D.ad l.falc.l.denique.8. §. interdum. D.de peculi legat.l pen. D.de colla.dot.* Ego nunquam dubitaui quin propositio falsa esset. Iuris enim certissimi est, neque vnquam apud prudentes ipsos controuersi, verborũ condicionalium nunquam eam vim esse vt disponãt, cùm sint ista prorsus repugnantia Condicionaliter loqui, & Dispositiuè loqui. Quam in rem textus est vt vulgatissimus, ita elegantissimus in *l. si quis sub condicione.8. D. si quis omis.caus.testa. & in l.1. §. item si ita. D.ad leg.falcid. l.1. D. de pen. legat.* aliisque similibus sexcentis. Sed de tota ista quæstione scribemus latiùs in secunda parte quam nunc in manibus habemus Chiliadis nostræ De erroribus pragmaticorum, cùm celeberrimam illam, & in praxi frequentissimam disputationem instituemus, An liberi positi in condicione, sint in dispositione. Nunc id agemus duntaxat, vt ostendamus tam improbabilem Bartoli sententiã non probari ex eo Papiniani responso, quod extat in *l. pen. De collat. dot.* cuius elegantia sanè variáque lectio digna est, de qua separatim fusiúsque disseramus, de aliorum etiam locorum sententia suo postea tempore dicturi.†

2 Scribit Papinianus in *d.l.pen.* Cùm pater nubenti filiæ quasdam res præter dotem dedisset eámque in familia retinuisset, ac fratribus sub condicione, Si dotem & cætera quæ nubenti tradiderat cõferret, coheredem adscripsisset, deinde filia se paternis bonis abstinuisset, fratribus res in dotem datas vindicantibus exceptionem doli obstaturam, quoniã pater filiam alterutrum habere voluisset.† Ex quibus

3 verbis multò rectiùs meo iudicio inferre Bartolus debuit, verba condicionalia non inducere dispositionem. Nam si disponerent dicendum esset cogendam filiam vel inuitam vt ea saltem conferret fratribus, quæ extra causam dotis à patre habuisset. Neque enim dubitandum est, quin sicuti bona illa in dominio patris perpetuò manserunt, quia nec per traditionem à patre factam præsertim sine titulo, filiæ acquiri potuerunt, id scilicet prohibente iure potestatis, *l. Pomponius Philadelphus.35. D.famil.ercisc.* Ita in patris morientis potestate fuerit de bonis illis tãquam suis pro arbitrio disponere in præiudicium filiæ, tametsi futurum esset vt nollet illa se immiscere bonis patris. Sed tamen negat Papin. cogendam eam conferre, si se abstinuerit, quoniam pater alterutrũ ipsam habere voluit.

4 † Quæ ratio non aliter recta & accommodata videri potest, quàm si sic accipiatur, vt cùm pater filiã alterutrum habere voluerit, in ipsius præterea potestate & arbitrio reliquerit vtrum habere mallet. Alioquin quid si fratres iidémque coheredes eligere velint, malintque commodum collationis quàm hereditariæ portionis? Si nihil aliud inspiceremus quam quod Papinianus sic exprimit *quoniam pater filiam alterutram habere voluit*, non facerent iniuriam sorori fratres, qui alterutrum ei relinquerent, nec nisi electionem sibi adrogarent. Et tamen faciunt iniuriam manifestam si eam cogere velint vt conferat, vicissimque portionem hereditariam percipiat. An quòd id agant, vt se illa inuita bonis paternis immisceat? Minimè. Parum enim ipsorum referret si haberent electionem an vellet ipsa se immiscere necne, cùm etsi abstinere se mallet, non eo minùs verè dici posset alterutrum illam habuisse hoc ipso quòd in ipsius potestate fuisset alterutrum habere, nec nisi per eam stetisset.† Faciunt ergo sorori fratres iniuriã in eo quod 5

illam adigere volunt ad collationem, eique adimere electionem, quam vel ob id maximè habere debet, quòd conferendi onus adscriptum in condicione dũtaxat positum fuit, non etiam in dispositione. Nemo autem vnquam negauit, quin si cui relictum aliquid sit sub condicione dandi vel faciendi, in eius arbitrio esse debeat an condicionem implere velit, nec cogẽdus sit dare quicquam, vel facere si à relicti commodo abstinere malit. Nam si quod sibi relictum est cõsequi desideret, cogitur vtique illo casu dare vel facere id quod in condicione testator posuit, at non iure obligationis per testatoris voluntatem constitutæ ex qua potuerit conueniri, sed condicionis implendæ causa, quia scit aut scire debet, condicionem necessariò prius implendam esse, quàm peti possit id, quod non nisi sub ea condicione datum fuit. † Bartolum 6

cæterósque interpretes fefellerunt fortassis verba illa Papiniani si vt in plerisque codicibus sine negatione sic legantur, *fratribus res in dotem datas vindicantibus exceptionem doli placuit obstare.* Quo enim iure res in dotem datas vindicare fratres possent, si non haberẽt ius agendi & vindicandi quæsitum ex verbis illis condicionalibus institutioni filiæ insertis, *si dotem & cætera quæ nubenti pater dederat ipsa fratribus conferret?* Aut cur esset filiæ necessaria doli exceptio, si ex condicione illa nullo modo ad collationem esset obligata? Ec sanè noua interpretatione adeóque emendatione vel saltem melioris lectionis assertione locus ille indiget, ne quis posthac aut erret hac in re cum Bartolo, aut tanto viro quem corrupta lectio errare coegerit, seueriùs succenseat. † Nec enim vlla ratione defendi

potest, competere fratribus hoc casu vendicationem 7

rerum in dotem datarum à patre nubenti filiæ, cùm sit certissimum res in dotem filiæ datas, pleno dominij iure acquiri marito, quippe qui sit dominus dotis *l.dote. 6. C.de rei vind. §.1. Inst. quib. alien.licet vel non.* Imo & ipsi filiæ. Eo sensu quo dicimus, dotem esse quidem in bonis mariti, sed tamen esse mulieris *leg. quamuis.75.ff.de iur.dot.l.in rebus.30.C.eod.* Nimirum si vt fieri solet & debet traditio facta sit marito non filiæ, ne translatio dominij per ius patriæ potestatis impediatur *d.l.Pomponius*, functis iis quæ nos ad illum locum, & de ipsius sententia iam scripsimus libro 7. cap.12.† Quomodo & in *d.l.penult.* de qua nunc agimus credendum est traditam fuisse dotem marito cui 8

& danda fuit. Nam quod ponit Papinian. patrem filiæ res tradidisse non ad dotem pertinet, sed ad res filiæ datas præter dotem. De quibus solis Papinianum sentire & dubitare ostendunt manifestè prima illa legis verba, *Pater nubenti filiæ quasdam res præter dotem dedit.*† Neque verò etiamsi millies comminiscaris in- 9

duci dispositionem ex verbis condicionalibus, vnquã tamen assequeris vt res in dotem datas quas per filiã conferri pater voluerit, à sorore vẽdicare fratres possint. Quisquis enim conferre tenetur, is non idcircò sic obligatur vt actione aliqua siue ciuili siue prætoria, eo nomine conueniri possit, sed hactenus duntaxat vt si aliena bona volet appetere, conferat sua: 10-

quin summoueatur exceptione ex edicto competen-
te, & à bonorum possessionis beneficio arceatur, *l. 1. ff. hoc tit. d. l. 1. ff. de coll. bon.* aut si bonorum possessio ad-
missa est, iubeatur cauere vel satisdatione vel pigno-
ribus *d. l. 1. §. iubet autem eod.* tùm ex ea stipulatione
conueniatur statim atque interpellatus cum aliquo
tamen temporis spatio quo conferre potuit non fecit,
l. si quis filium. 5. § stipulatio eo. Cæterùm siue ex edicto
vrgeatur ad cauendum, siue ex interposita cautione
ad conferendum personalis tantùm illa est actio, non
vindicatio bonorum conferendorum. Vindicatio e-
nim non nisi domino competit *d. l. dote l. in rem. 23. eod. tit. ff. de rei vind.* collationem verò nunquam petit nisi
is qui dominus non est ab eo qui dominus est. Quid
enim obsecro conferret, qui aliena conferret non sua?
Igitur in proposita specie vindicatio rerum dotalium
fratribus contra sororem præsertim constante matri-
monio prætextu collationis competere nullo modo
10 potest. † Sed etsi mulier, quod magis est, dotem con-
ferre fratribus vellet, eámque idcirco marito auferre
matrimonio constante, non esset audienda, quia nihil
causæ est, cur marito dos aufferenda sit, vt Modestin.
respondit *in l. Titia. 62. ff. de iur. dot.* licèt in specie dis-
simili, & ad causam restitutionis in integrum pertinē-
te, non ad causam collationis. Illud enim vtrique cō-
mune est, vt voluntas & consensus mulieris lædere
ius matri nunquam possit, nec si cum eius voluntate
11 concurrat patria potestas, *l. filia 7. C. sol. mat. matrim.* † Nō
quòd ad conferendam dotem expectanda sit dissolu-
tio matrimonij, *l. si filia. 10. in princ. ff. famil. ercis cund.*
sed vt intelligamus citra iniuriam mariti sic fieri col-
lationem debere constante matrimonio, vt eo minùs
filia aufferat in partem delatæ sibi paternæ successio-
nis, non etiam vt dotis petitio ei competat aduersus
maritum, matrimonio perseuerante, *l. dotis. 5. C. de col-lat.* Tantum abest vt inuita filia quæ dotem habet,
possint fratres à marito dotem vindicare, *l. vlt.* in illis
verbis, *Ergo non tantum data dos apud maritum remane-bit. ff. h. t. de collat. dot.* Ab ipsa verò sorore quomodo
possent illi res in dotem datas vindicare, quarum ipsa
neque possessionem habeat, non magis quàm domi-
nium? Certi siquidem iuris est, vindicationem sicuti
non nisi domino datur, ita nec nisi aduersus possesso-
rem dari, *l. is qui destinauit. 24. l. quis petitorio. 36. ff. de rei*
12 *vin.* † Ergo defendi nullo modo potest quod ex Pap.
legimus in *d. l. penult. in. fratribus res in dotem datas vin-dicantibus, doli exceptionem obstare*, cùm rerum in dotē
datarum vindicationem nullo casu habere possint. &
consequenter fatendum est corruptam esse lectionē,
quam attulimus sine negatione, legendúmque addita
13 negatione *res non in dotem datas.* † Nam de iis ipsis re-
bus Papinianus loquitur, quas priùs dixerat filiæ præ-
ter dotem datas fuisse mutatis duntaxat iis verbis,
præter dotem, in ista, *non in dotem* more Papiniano satis
familiari, vt fuit ille elegantissimus & in responsis
suis mirè concinnandis ferè nimius obseruator, si quis
tamen nimius in eo genere aut quid nimium esse po-
test. Quomodo & in *l. verbis D. ad leg. Falcid.* dixit i-
dem Papinian *non necessario* pro eo quod alius quili-
15 bet dixisset *frustra.* † Atque ita legisse Accursium,
quemadmodum plerique codices etiamnum habent,
constat ex ipsius glossa quę vult idem iuris esse in do-
te quod in cæteris rebus non in dotem datis. Non
malè si sic intellexit vt non magis dotem quàm cæte-
ras res præter dotem datas conferre teneatur filia quę
16 abstinet ab hereditate patris *d. l. vltim. eod.* † Sed pessi-
mè tamen in eo quod distinctionem nullam admittit
quantum pertinet ad causam vindicationis. Neque e-
nim sicuti res à patre præter dotem datas, ita & do-
tales vindicare fratribus concessum est, propterea
quòd vt diximus dotalium dominium ad maritum
spectat: præterdotalium verò ad heredes patris, à cu-
ius bonis & dominio nunquam abscesserunt, obstante
scilicet iure potestatis, & defectu tituli sine quo trās-
ferri dominium nunquam potest, ne quidem per tra-
ditionem à domino factam in eum qui capax sit do-
minij acquirendi, *l. nunquam nuda. 31. D. de acquirend. rer. dom. vulg. dict. l. Pomponius.* † Vt proinde mirum nō 17
sit vindicationem fratribus dari, cuius excludendæ
gratia necesse sit accommodari filiæ exceptionem do-
li propter voluntatem testatoris facientem pro filia,
quàm pater alterutrum habere voluit, vel portionem
hereditariam conferendo dotem & cætera omnia si
coheredes fieri mallet, vel dotem & cum dote res
præter dotem datas si à bonis patris abstinere mallet,
quam collationis munus subire, data etiam ipsi ele-
ctione hoc ipso quòd coheredem eam fratribus ad-
scripsit sub ea condicione, si dotem & cætera contu-
lisset. † Sed Bartolus ex illis verbis condicionalibus 18
vult induci dispositionem, ita vt rerum præterdota-
lium retinendarum ius habeat filia, quæ alioqui vin-
dicantibus fratribus eas restituere deberet. Non con-
uenit Papiniano, qui vtique non exceptionem doli
filiæ dedisset, sed vindicationem fratribus denegasset,
si ob adscriptam condicionem collationis rerum ista-
rum, quas dicimus præterdotales, filiam pro legataria
in iis habendam esse existimasset. Quis enim ex pru-
dentibus vindicationem rerum legatarum heredi
vnquam dedit? Siquidem legatum ita facit lega-
tarij rem legatam, vt hereditas heredis res singu-
las *leg. legatum. 80. De leg 2.* transitque rei legatæ do-
minium in legatarium recta via, nunquam factum
heredis *l. a Titio. 64. ff. de furt.* † Atqui Papinianus, in- 19
quies, nullam inter res dotales & præterdotales diffe-
rentiam videtur agnoscere cum generaliter & indi-
stinctè ita scribit, *quoniam pater filiam alterutrum habe-re voluit.* Fateor eam fuisse patris voluntatem, vt filia
non minùs præterdotales res haberet, quàm dotales,
sed tamen non eodem modo. Voluit enim pater filiá
habere portionem hereditatis, si dotem cum rebus si-
bi non in dotem datis conferre fratribus parata esset,
idque ex voluntate & dispositione expressa. Filiam e-
nim heredem instituit in portione hereditaria, quam-
uis sub condicione. Si verò heres esse nollet, non id-
circò quasi sub contraria condicione legauit ei tes a-
lioquin conferendas, & ob eam causam illas vindica-
te si velint fratres summo iure possunt, sed tamē præ-
buit non leue indicium suæ voluntatis, non quòd fi-
liam immunem esse vellet ab onere conferendi, quia
de collatione quæri non potest, nisi eo casu quo filia
patri ex testamento succedere cum fratribus velit, sed
quod nollet fratribus vtrumque habere, & portionē
hereditariam ex qua filiam sub collationis condicio-
ne instituisset & res illas filiæ extra dotem datas, quas
si condicionis implendæ causa conferre filia vellet, in
earum quodammodo vicem ipsi portionem heredita-
tis adscripsisset, vt tantò minus fratres haberent. Fieri
autem non potuit vt pater noluerit fratres vtrumque
habere, quin ex contrario per consequentiam alteru-
trum filiam habere voluerit. † Quamquam si quis à 20
Papiniano dissentire auderet, facilè respondere pos-
set, nec malè, meo iudicio, minùs bonam esse cōsecu-
tionē. Pater enim fratres vtrūque habere eo damum
casu noluit, quo soror cōferre vellet. Sed ea collationē
recusante, quid ipse constitutū vellet, nihil dixit. Ita-
que remāsit casus ille in dispositione iuris communis,
secundum

secundum quod dicendum esset non posse denegari fratribus vtilem earum rerum vindicationem, quæ à patris bonis nunquam abscesserunt, præsertim cùm nihil fratribus imputari possit, sed soli filiæ quæ patris
21 voluntatem aspernata est. † Longéque tutius & verius videri debet responsum illud Tryphonini quod sequitur *in l. vlt. eod.* vbi posteaquàm retulit fuisse quæstionis, an si sua heres filia patri cum fratribus, contenta dote abstineat se bonis patris, compellatur dotem conferre, rescriptúmque fuisse à Diuo Marco nõ esse compellendam, subiungit, *Ergo non tantùm dos apud maritum remanebit sed & promissa exigetur etiam à fratribus, & est aris alieni loco.* huiusque illationis rationẽ eam statim reddit, *abscessit enim a bonis patris.* Quibus verbis significat non obscurè, si quid aliud tale esset quod à patris bonis nunquam abscessisset, aliud dicẽdum fore, nec filiæ permittendum vt id lucrifaceret ob hoc solum quòd collationem quam ex parentis voto facere debuerat, recusasset. Cur enim melioris condicionis esse debeat, ex eo tantùm, quòd collationis faciendæ condicionem pater facto testamento adscripserit, quæ perinde mortuo patre intestato à lege subintelligeretur? An non debet potiùs esse deterioris, quæ patris iudicium neglexit? Atqui res non in dotem datæ semper in dominio patris manserunt. Cõsequens igitur est Tryphonini sententiæ, vt earum nomine filia quæ paternis bonis se abstinuit, neque actionem habere debeat, neque doli exceptionem. † Et
22 certè fatendum est clausulam illam condicionis adscriptæ institutioni filiæ, *si dotem & cætera quæ nubenti ei pater tradiderat, contulisset,* non tam pro filia, quàm contra filiam fuisse adiectam, ne haberet illa vtrumque, quomodo alioquin erat habitura, cùm iure veteri nullus facto testamento locus petendæ collationi relinqueretur, *l. Theopompus. 14. ff. de dot. praleg. d. l. 1. C. de collat.* Proinde fieri nequit, vt ex iis verbis sumatur coniectura voluntatis pro filia, quasi in casum contrarium voluerit pater eam non solùm dotem, sed etiam cætera extra dotem data retinere *arg. d. l. an ratione. 30.*
23 *§ quamuis. ff. ad l. Falcid.* † Maximè verò cùm etiamsi nihil à patre de collatione cautum fuisset, non eo magis tamen filia res sibi extra dotem traditas retinere potuisset. Nam quod proximè diximus, eam fuisse iuris rationem, vt nihil ex testamento conferri oporteret, nisi de quo conferendo expressim testator cauisset, ad ea pertinet quæ fuissent filiæ acquisita, vtputà ex causa dotis, cuius equidem capax est filia constante matrimonio *d. l. Pomponius. 35. ff. famil. ercisc.* Vel ex causa donationis si filia emancipata proponeretur *d. l. 1. C. de collat. l. 2. C. de inoff. donat.* Cui etiam illa comparatur, si postmodum sui iuris effecta sit, eique tunc res sibi à patre donatas tenenti pater non ademerit, *l. sine emancipatus. 17. C. de dona.* Sed non illa similiter, quæ non nisi patris morte exiit de potestate, qualis illa fuit de qua Papinianus respondit, vt ea verba probant, *eámque in familia retinuit.* In iis ergo rebus quæ nunquam filiæ viuo patre fuerunt acquisitæ, non magis poterat de collatione quæri facto testamento, quàm si factum nullum fuisset, quandoquidem, vt iam diximus, non aliena conferre debet is, qui confert, sed ea, quæ sint sua, ne alioqui stulta nullíusque vtilitatis collatio sit iis, quibus hic qui confert, facit iniuriam succedendo: néve similiter & è contrario fiat iniuria ei, qui sua conferre paratus est, si cogatur etiam conferre aliena: † Consequenter dubitari non oportet,
24 quin illa in specie quam Papinianus tractat, nullum ius habitura fuerit filia retinendarum per exceptionem doli rerum præterdotalium, quarum testamento nullam pater fecisset mentionem, quia scilicet repertæ fuissent in hereditate patris: sin eo dumtaxat casu, quæ sicut à bonis patris abscesserat, ita & cessante patris voluntate ab omni collationis munere proculdubio esse debe.et. † Cur verò admittamus instituta ex
25 parte filia sub ea condicione, *si dotem, & cætera, quæ à patre acceperat, contulisset*, plus iuris habere filiam, quæ patris iudicium repudiauit, quàm si nihil pater dixisset? Nam si quis à contrario sensu arguere velit pro Papiniano, eo quòd filia fratribus coheres data est sub hac condicione, *si dotem & cætera conferret.* Nihil aliud inferre possit, nisi quod fatebor libentissime. Filiam igitur nolentem conferre, quasi defecta condicione, ad patris hereditatem admitti non debere. At vt ea quæ de iure conferre, si succedere voluisset, sibi retineat ob id solum quod nolit succedere, nulla meo iudicio facit ratio iuris aut voluntatis. † Ergóne, in-
26 quies, dotem quoque restituere debebit, filia quæ patris votum & iudicium subsequi noluerit? Minimè verò. Sublata enim & extincta dispositione patris testamentaria propter defectum condicionis, superest ius commune, quod filiam immunem facit ab onere conferendi, non quia sic factum testamentum, cùm testamento ipso irrogata sit per figuram conditionis necessitas collationis faciendæ, sed quod abstinuerit ab hereditate patris, siquidem non alij conferunt, quã
27 qui succedunt: † Cúmque idem illud ius commune quod filiæ fauet, ne post abstentionem cogetur conferre dotem quam habet suo iure, fratribus quoque det vindicationem rerum præterdotalium, quod nec Papinianus ipse negat, apparet non posse rectam esse consecutionem à dote ad res cæteras. Neque quòd eas pater in concipienda condicione cum dote coniunxit facere debet, vt eandem omnium rationem cõstituisse videatur, nisi in casum expressæ cõdicionis & quòd ad collationem faciendam pertineret, si filia cũ fratribus succedere ex testamento vellet. Atque ita si à Papiniano dissentire fas esset, non improbabiliter fortassis contra Papinianum disputare quis posset. † Nisi 28
forte pro Papiniano respondeamus, patrem qui in collationis condicione posuit non tantum dotem: sed etiam res cæteras extra dotem datas, hoc ipso voluntatem suam satis declarasse, quæ faceret, vt ius omne quod se mortuo in iis rebus alioquin habituri erant filij, ad filiam perueniret. † Non propter vim condi- 29
cionis, vt vult Bartolus, nec, vt alij, propter coniunctas cum dote res cæteras in eadem condicione, sed ex potestate & significatione verbi *conferret*, ac quasi in necessarium antecedens, quandoquidem vt sæpiùs repetij, non alia conferre possit filia, quàm quæ sint sua. Nam quemadmodum si viuus pater hanc filiam emancipasset, nec ei res illas præterdotales ademisset, hoc ipso donationem, & quidem vtilem in eam contulisse visus esset, *d. l. sine emancipatus. 17. C. de donat.* Ita & in proposita specie iniuncto filiæfamilias onere non tãtùm dotem, sed has quoque res conferendi si fratribus coheres esse vellet, dilatáque collatione in id tẽpus quo filia per patris mortem sui iuris effecta iam fuisset, videri potest pater voluisse vt ea res haberet filia, non tantum in casum successionis & impletæ cõdicionis, sed etiamsi condicio deficeret, quoniam ad implendam condicionem, ac proinde priusquàm impleta ea esset, oporteret ius filiæ quæsitum fuisse in iis rebus, vt postmodũ ex voluntate patris eas fratribus conferre posset. Ac planè vel ratio nulla Papiniani responsi cõstat, vel hæc vna est, qua potissimum id tueri debeamus. † Quanquã illa semper dubitatio superest, 30
quod nõ negat Papinianus huiusmodi rerum præter-

dotalium vindicationem fratribus competere, quæ tamen haud dubiè competere nullo modo posset, si earum dominium in necessariũ antecedens futuræ collationis, in filiam translatum intelligeretur. Quomodo dicimus in specie *l. denique. 8. §. interdum ff. de pecul. leg.* id est, data alicui libertate sub ea condicione, *si centum heredi ex peculio intulerit*, peculium quod reuera legatum non est, sic tamen accipi quasi legatũ, quia fieri nequeat, vt centum ex peculio soluat seruus qui peculium non habet. Vt & in eleganti illa specie, de qua *in l. Titia Seio. 87. §. Seia libertis de leg. 2.* Nam nec dubitandum est, quin eo casu peculij vindicatio heredi superesse nulla possit, non magis quàm si disertis verbis peculium legatum esset, cùm pro legato habeatur. Habetur autem pro legato non vi & potestate condicionis adscriptæ, *si centum intulerit*, sed propter adiecta illa verba, *ex peculio*, quæ tametsi non sint dispositiua, quatenus in condicione tantùm posita sunt, tamen per se dispositionem aliquam habent, & pro dispositiuis necessariò habenda sunt, vt possint effectum illum habere, quem testator voluit, quia neque vllus quæstioni locus est de peculio an legatum videri debeat, nécne, nisi eo casu quo impleta condicio sit
31 seruo libertatem consecuto, cùm nec alioqui legatum habere possit sine libertate.† Quo sensu & exemplo, si quis diceret apud Papinianum filiam ex voluntate patris debere non tantùm dotem, sed etiam res præterdotales sibi habere, vt eas fratribus conferre possit ad implendam ex patris voluntate condicionem paternæque hereditatis portionem consequendam, non valdè repugnarem. Maximè quòd nihil fratrum interesset, qui facta collatione tantundem consequerentur, quantùm si neque dos neque res illæ præterdota-
32 les à bonis patris abscessissent.† At vt eo prætextu faciendæ collationis, quam tamen facere filia nolit, debeat illa consequi siue actionis, siue retentionis iure istas res præterdotales, tanquam ex voluntate patris, ob id solùm quod pater conferendi adscripserit condicionem in eum casum, qui non euenit, quo filia coheres esse vellet. Id verò pace Papiniani dixerim, durius mihi videtur, quàm vt probare & admittere vnquam possim. Adeò distat vt probandum putem, quod ait Bartolus ex illo Papiniani responso, itémque ex *d. §. interdum* colligi posse, Verba condicionalia disponere quoties prolata sunt ab eo, qui disponendi habuit potestatem. Inde námque inferendum esset, cogendam potiùs mulierem conferre saltem res præterdotales (quippe de cuius rebus tanquam de suis pro arbitrio disponere pater potuerit) si fratres mallent sororem conferre succedendo, quàm non succedere non conferendo, quod ipsum tamen Papinianus negat, qui non fratribus, sed filiæ dat electionem, vt docuimus.

Capvt XVIII.

Ad l. generaliter. 6. in prin. C. de inst. & subst.

Svmmaria.

1 *Fideicommisso à filio herede sic relicto, si filius meus intestatus, vel si sine liberis morietur, aut ita, si sine testamento aut sine nuptiis, an altera conditione impleta altera defecta, fideicommissum debeatur.*

2 *Ex veterum ICtorum sententia fideicommissarium etiam in præiudicium liberorum heredis grauati admissum iri.*

3 *Nec obstare quòd in iure coniuncta pro disiunctis, & vicissim disiuncta pro coniunctis interdũ accipiantur.*

4 *Quando illa regula locum habeat?*

5 *Eam locum non habere quum in verbis ambiguitas nulla est.*

6 *Nullam in ea specie in verbis testatoris ambiguitatem esse.*

7 *Hoc ipsum tanquam odiosum & liberis graue à Iustiniano hac lege correctum fuisse.*

8 *Ex vltimis verbis rationis a Iustiniano redditæ probatur, liberos in conditione fideicommissi positos ex fideicommisso vocatos non censeri.*

9 *Refutatur responsio quam contrariæ opinionis assertores ad illa verba afferunt.*

10 *Nepotibus in* d. l. *hereditatem auitam relictam non censeri contemplatione patris eorum qui fuit heres institutus.*

11 *Eam legem ad eum casum non esse restringendam, quo nepotes in conditione positi, nunquam auo cogniti fuerint.*

12 *Alia eorundem responsio ad verba superius notata.*

13 *Eius responsionis refutatio.*

14 *An in* d. l. *fructus paternus dici possit, quamuis ab auo fuerit relictus?*

15 *Alia eorundem Interpretum illatio refellitur.*

16 *Quæstionem, an liberi in conditione fideicommissi positi censeantur substituti in* d. l. *generaliter satis decisam fuisse.*

17 *Qua ratione vtantur qui liberos illos vocatos censeri dicunt?*

18 *Iustiniani hanc fuisse sententiam, ob id tantum quod liberi in conditione positi sint, non videri eos debere tacitè substitutos.*

19 *Quid ad hanc Iustinianam sententiam & constitutionem respondeant qui pro liberis pugnant.*

20 *Eorum responsio & confessio ad refutandam aliorum Interpretum sententiam adhibetur.*

21 *Errare eos, dum existimant permissionem alienandi datam in casum deficientium liberorum nihil commune habere cum eo casu quo liberi superessent.*

22 *Nullam voluntatis coniecturam facere pro liberis in conditione positis, eo casu quo imputata est in fraudem expressi substituti bonorum fideicommisso subiectorum alienatio.*

23 *Non bene à quibusdam hanc legem ad eum casum coangustari, quo ex pluribus conditionibus alternatiuè scriptis vna illa sit, si heres sine testamento decesserit.*

24 *In hac lege parum referre an testator fideicommisso has conditiones adscripserit si filius meus sine liberis aut sine testamento, decesserit, an ellas si sine liberis decesserit, aut si nauis ex Asia venerit.*

25 *Vtroque casu substitutum excludi particula disiunctiua in coniunctiuam transfusa.*

26 *Rationem æquitatis qua Iustinianus in* d. l. *mouetur, non minus locum habere si illa conditio adscripta sit*, si nauis ex Asia non venerit *quam si hæc* si sine testamento decesserit.

27 *Cur in illa specie Iustinianus non putet liberos in conditione positos vocatos non censeri?*

28 *Quænam Iustinianeæ constitutionis ratio adferri possit eo casu quo eiusmodi conditio adscripta fuit* si sine testamento decesserit.

29 *Eam Iustiniani in* d. l. *mentem fuisse vt liberis grauati heredis prospiceret in omnem casum, quo postquam in conditione positi essent alia conditio alternatiuè subiecta proponeretur.*

30 *Conditionem illam* si sine nuptiis decesserit, *licèt post illam* si sine liberis decesserit, *poni non possit, tamen ante vel post illam,* si sine testamento decesserit, *disiunctiuè poni posse.*

31 An

31 *An ea casu, si filius nuptias contraxerit liberis tamen non susceptis, postea verò sine testamento decesserit, substitutus extraneus ad fideicommissum in praeiudicium legitimi successoris admittatur?*

32 *Decisionem* d. l. *generaliter ad eam quoque speciem pertinere.*

33 *Conditionem fideicommissi superiore casu defecisse videri, si heres fideicommisso grauatus aut nuptias contraxerit, aut testamentum fecerit.*

34 *Illam Iustiniani constitutionem eo sensu donatam, quo donandam volunt Interpretes, patribus gratam esse non posse.*

35 *Herede de restituenda extraneo hereditate sub his alternatiuis conditionibus rogato,* si sine liberis, aut sine nuptiis, aut sine testamento decesserit, *nonnisi omnibus conditionibus impletis fideicommisso locum esse.*

36 *Bona ista, alterutrâ harum conditionum deficiente ad liberos in condicione positos ex patris iudicio, non ex primi testatoris voluntate peruenire.*

37 *Superiores illas conditiones non negatiuas sed affirmatiuas esse.*

38 *Plures conditiones negatiua quomodo concipienda sint?*

39 *Vltimum versiculum* §. fin. l. 13. ff. de reb. dub. *Tribomani esse.*

40 *Refellitur quod Tribonianus in* l. pen. C. de verb. signif. *tradit, Praetorium interdicto quod vi aut clam,* aut pro & dixisse.

41 *Aliquando euenire vt partim vi partim clam eodem tempore quid fiat.*

1 SCripserat † testator in haec verba, *Si filius meus intestatus morietur, vel sine liberis, restituat hereditatem*
Sempronio, aut ita etiam concepta condicione, *si decesserit sine testamento, vel sine nuptiis.* Mortuo herede sine
liberis, sed facto testamento, aut contrà superstitibus
quidem liberis, sed nullo facto testamento, denique
vt vno verbo casus omnes comprehendam altera condicione impleta, altera defecta, quaerebatur apud Iustinianum an fideicommissi cōdicio extitisset, vt proinde Sempronio hereditatem restitui oporteret, ac si
2 ex omni parte impleta condicio fuisset. † Insinuat verò non obscurè Iustinianus, ita olim ius fuisse vt fideicōmissatius admitteretur etiā in praeiudiciū liberorū, quos heres grauatus superstites reliquisset, si modò decessisset ille intestatus. Nec sanè fieri poterat, vt aliter Iureconsulti responderint. Quoties enim fideicōmissum sub duplici condicione alternatiua relictum est, iuris ratio facit, vt alterutram euenisse sufficiat ad hoc vt fideicommisso locus fiat, quasi existente impletáque condicione: nec aliter vtramque impleri necesse sit quàm si coniunctim vtraque condicio adscripta sit hoc modo, *si sine liberis, & sine testamento decesserit.* Alioqui nihil prorsus interesse inter condiciones desiunctas & coniunctas: quod tamen si quis diceret, sicuti rectam Latini sermonis rationem, propriámque verborum significationem corrumperet, ita & testatoris euerteret voluntatem, *l. si heredes plures. 5. D. de condic. instit. l. cùm pupillus. 78. §. 1. de cond. & demonst. §.*
3 *pen. Instit. de her. instit.* † Nam quod dici solet, saepe ita esse comparatum, vt coniuncta pro disiunctis, & vicissim disiuncta pro coniunctis accipiantur, interdum etiam soluta pro separatis, *l. saepe. 5. iunct. l. coniunctionem. 23. ff. de V. S.* non adeò generaliter & absurdè accipiendum est vt ob eam causam in cuiusque arbitrio & potestate esse debeat coniuncta, pro disiunctis accipere, vel disiuncta pro coniunctis. Alioqui confunderentur omnia, quoties accidet vt contrahentes vel testatores vsi sint oratione aliqua coniunctiua, vel disiuncta. Fateor orationem quae nec coniunctionem nec disiunctionem habeat ex mente pronuntiantis vel coniunctam, vel disiunctam accipi oportere, vt
Paulus scribit *in l. alienatione. 28. in fin. eod.* † Nec nego 4
interdum accidere, vt coniuncta pro disiunctis, & è contrario disiuncta pro coniunctis accipi oporteat, si vel iuris ratio vel voluntas testatoris aut contrahentium aliam interpretationem aequè commodam admittere non possit, vt in exemplis illis de quibus *in d. l. coniunctionem & d. l. saepe. l. si quis ita 30. de aur. & ar-*
gen. leg. † Sed hoc contendo, quoties coniunctio vel 5
disiunctio à testatore, aut à contrahentibus facta est, nec quicquam prohibet quominus coniunctio pro coniunctione, disiunctio pro disiunctione accipiatur, nihil causae esse cur liceat aut oporteat recedere à proprietate verborum, *l. non aliter. 69. de leg. 3.* neque cum in verbis ambiguitas nulla est, admittendam esse quaestionem voluntatis, *l. ille aut ille. 25. in princip. & §. 1. eo.* Quorsum enim verba, nisi vt demonstrent voluntatem dicentis? Aut cur credatur quisquam id dixisse quod non priùs animo, mentéque agitauerit? Inquit Celsus eleganter ex Tuberone *in l. Labeo. 7. §. vlt. de supellect. legat.* Proinde diligenter animaduertendum est quibus verbis concepta sit formula de cuius interpretatione disputatur, vt sciri possit quid sit id de quo quaeritur, vt Iul. scribit *in l. si is qui ducenta. 13. §. vtrum vers. animaduertendum. D. de reb. dub.* Neque verò facilè reperias apud Iureconsultos, siue de contractuum, siue de testamentorum interpretatione disputent, tātùm sibi eos atrogare, vt extra eum casum quem nos admisimus, coniuncta pro disiunctis accipere audeāt, vel contrà. Nam quòd in eam rem video à nonnullis adduci responsum illud elegans Scaeuolae in *l. Lucius 85. de hered. instit.* mihi videtur ad rem nullo modo
pertinere, vt sequenti capite ostendemus. † Dico ita- 6
que si fideicommissum à Titio relictum fuisset Sempronio sub duabus illis condicionibus alternatiuis, *si Titius sine liberis, vel sine testamento decesserit*, non potuisse quemquam ex prudētibus dubitare, quin mortuo Titio sine testamento, quamuis liberis superstitibus admitti fideicommissarius deberet, ita suadente natura disiunctionis, quae alterutram condicionem ex alternatiuis impletam vult sufficere, vt fideicommisso
locus fiat. † Hoc verò corrigendum Iustin. putauit, 7
tanquam iniquum, liberisque ex grauato susceptis nimium graue, qui eum exclusuri essent fideicommissarium si sub vna illa liberorum condicione fideicommissum datum fuisset, à fideicommissario tamen exclusos se vident, ob id solùm quòd eorum pater intestatus decesserit. Itaque constituit Iustinianus, vt disiunctio pro coniunctione accipiatur, vtraque condicio esse intelligatur, quae non aliter fideicommissarium admitti permittat, quàm si Titius neque liberos, neq; testamentum reliquerit, vt incertus successionis morientis exitus videatur certo substitutionis & restitu-
tutionis fine concludi. † Subiicit verò rationem, *Cur* 8
enim ferendus est intellectus si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit propter huiusmodi verborum angustias, liberos eius omni pene fructu paterno defraudari? Quae postrema verba illa sunt, ex quibus inferre soleo, quod alij etiam inferunt, qui nobiscum sentiunt, liberos in condicione fideicommissi positos non censeri ex fideicommisso vocatos. Non enim fructus paternus esset dicendus, sed auitus si ex fideicommisso auito nepotes ad ea bona inuito patre vocarentur. Nec sanè mala ratiocinatio est. Nā quod contrariae opinionis assertores respondent, nepotes

hereditatem aui ex fideicommisso percipientes, non malè posse dici eam percipere tanquam fructum paternum, propterea quòd censeatur et relicta contemplatione patris qui fuerit heres institutus, *arg. l. sed et si plures. 10. §. in adrogato. D. de vulg. & pupil. substit.* nullam certè habet rationem Non ob id solùm quòd in dubio si quid nepoti relictum sit ab auo præsumi debeat relictum contemplatione ipsius nepotis, non filij, indéque aduentitium non profectitium dicatur, vt bene disputat Alex. *cons. 185. nu. 16. volum. 2. ex l. vlt. in fin. C. de vsufr. l. quæsitum. 91. in princ.* vbi Accurs.

10 & cæteri *de legat.* 1. † Sed ob eam maximè causam, quod non nisi absurdè possimus dicere, fauore filij & ipsius contemplatione iniunctum illi ipsi onus fideicommissi hereditatis nepoti restituendæ Neque enim quisquam dubitat quin fideicommissum sit onus, eius qui rogatus est, *l. si adrogator. 22. §. 1. D. de adopt. l. 2. in fin. D. de suis & legitim* Fieri autem non potest, vt eiusdem fideicommissi respectu idem sit honoratus, & oneratus, non magis quàm vt sibi ipsi quis fideicommissi nomine sit obligatus, *l. cum filiofamil. 11. d. l. quæsitum. 91. de legat.* 1. neque possum videre quis in eo versetur fauor patris, vt proprio filio cogatur vel inuitus restituere hereditatem, quam habuit ipse à suo patre. Cum è contrario parentibus omnibus nihil sit odiosius aut periculosius quàm si de bonis suis erga liberos disponendis, non habeant liberam facultatē, quippe qui sciant eo potissimum metu amittendæ hereditatis posse iuueniles calores coerceri, & liberos in obsequio paternæ pietati debito retineri: *l. nec ei 17. §. pe-*

11 *nult. D de adopt.* † Quod autem illi replicant, posse videri relictum nepotibus ab auo contemplatione ipsorum nepotum potiùs quàm filij, cùm viuo auo nati, & ab ipso cogniti fuerunt, Iustinianum verò in *d. l.* generaliter loqui de nepotibus nascituris, qui ab auo cogniti non fuerint planè commentitium est. Non enim minor est aui pietas erga nepotes nasciturοs, quā erga natos, licèt dilectiores esse soleant nati & cogniti quam nascituri. Cuius rei non aliud præclarius testimonium quærere possumus, quam Papiniani qui in illa eleganti specie *l. cum auus. 102. D. de cond. & demonstr.* mouetur vnica pietatis auitæ coniectura, vt pro nascituro nepote, contra testatoris filium primi gradus audacter respondeat. Tum verò cur Iustiniani constitutionem generalem. & quam ille ipse ad extraneos quoque extendit restringere volumus ad eum casum, quo nepotes in condicione positi, numquam fuerint cogniti auo? An non potest auus qui iam nepotes natos habeat, notósque, filium suum heredem instituere, & ab eo sub his conditionibus, *si sine liberis, vel sine testamento decesserit*, fideicommissum relinquere? An eo minùs potest filius quādoque post mortem patris decedere sine liberis, quod liberos habeat tempore testamenti. Alioqui enim si pertinacior esse velis, & negare constitutionem Iustiniani ad hos nepotes pertinere, qui iam testamenti tempore nati fuerint, consequens fiet, vt quòd ad eos spectat, supersit hodie ius vetus, quod ante Iustinianum obtinebat, proindéque excludantur nepotes per fideicommissarium, si filius heres institutus, idéoque grauatus, sine testamento decesserit: Existente nimirum vna ex iis condicionibus sub quarum alterutra fideicommissum datum fuit. Sic eueniet, vt quo fauorabiliores facere velis nepotes, viuo auo natos & cognitos, eo duriorē ipsorum conditionem efficias, postponásque illos substituto, cui si post auum nati fuissent, ex Iustiniani cō-

12 stitutione præferrentur. † Minùs verò subtile est quod iidem aliter respondent, Iustinianum in hac lege non de illo quærere, An liberi positi in condicione sint vocati. sed hoc tantúm velle, Ferendum non esse, vt nepotes tam facilè possint fructu paterno defraudari? Id verò ne eueniat nihil meliùs aut accommodatiùs dici posse, quàm vt liberi in condicione positi, hoc ipso vocati intelligantur, quandoquidem ea ratione fiat, ne possint defraudari fructu paterno, id est, inquiunt illi, eo fructu qui à patre debuisset iure legitimo in filios ex communi parentum voto peruenire. † Quasi verò 13

id maximè agat & curet Iustin. ne possint nepotes in conditione positi defraudari fructu paterno à patre, ac non potiùs à fideicommissario, ad quem inuito etiam patre, non minùs quàm inuitis eius liberis in condicione positis bona omnia ex fideicommisso peruenire deberent, si Iustiniani lex non obstaret. Deinde secundum hanc interpretationem fatendum est, quod iam diximus, fructum auitum non paternum fore fideicommissum illud quod ex aui testamēto filius restituere nepotibus debeat. si eo defraudari nepotes non magis per filium heredem institutū possint, quàm per extraneum substitutum. Quomodo enim possis quantumlibet impropriè fructum paternum dicere, quem nepos inuito patre ab auo consequatur? † Nam 14

quod rursus iidem replicant, fructum paternum intelligi posse, quamuis ab auo fuerit relictus, quia fuit relictus per mediam personam ipsius patris, & quia talis fructus si non esset relictus ab auo debuisset ex communi parentum voto, & naturali charitate relinqui ab ipso patre ex *l. scripto. 7. in fi. D. vnd. lib. l. vlt. D. de bon. damnat. l. nam et si. 15. D. de inoff. testam.* † Hoc, inquam, 15

eodem recidit, & illud ipsum est quod nos iam refutauimus. sicut & quod iidem aiunt, posse textum illū reflecti & retorqueri, hac ratione quòd cùm Iustinianus eo loco absurdum putet liberos in condicione positos fructu paterno defraudari, necesse sit eos dicere tacitè saltem substitutos Ne alioqui possint facilè à patre defraudari vel per bonorum alienationem, vel per exheredationem, vel etiam per delictum ipsius patris, ex quo bonorum publicatio sequatur. Iam enim diximus, non id esse quod *Iustinianus* absurdum & iniquum putat, vt nepotes fructu paterno defraudentur à patre ipso, sed vt defraudentur à substituto. Quod enim ad patrem pertinet, quid rogo absurdi est minùs ab eo percipere liberos, siue sint illi exheredati dummodò iustè, siue deportationis sententiam pater passus sit, aut etiam alienauerit bona sua? Nihil penitus, nec magis cùm liberi positi sunt in condicione, quàm si non essent. Vtroque enim casu perinde sunt liberi, & ad parentum hereditatem ex parentum ipsorum voto vocati, sed non tamen iis inuitis ex fideicōmisso, vt constat ex iis quæ de patre deportato scribit Vlpianus, si bene intelligatur *in l. ex facto. 17. §. ex facto. ff. ad SC. Trebell.* Neque aliter potest absurdum videri, quòd minùs percipiant liberi à patre, qui vel eos exheredauerit, vel ex bonis suis quid alienauerit, vel deportatus sit, quàm si ponas & dicas habere eos debere bona illa ab auo non à patre *arg. l. 3. ff. de interd. & releg. l. emancipatum. 7. §. vltim. ff. de Senat.* Quo sensu consequens fiat Iustinianum dicere debuisse fructum hunc auitum, non, quomodo vocat, paternum. † 16

Quia verò iidem contra quos disputamus, respondere solent Iustinianum in hac lege non illud decidere, de quo quæritur inter nostros, An liberi in cōdicione positi cēseātur substituti, proinde sufficere vt ex aliis legibus probetur filios tacitè videri substitutos, Faciamus quæso, etsi nos quæstionē illā Decadibus nostris reseruamus, vt appareat decidi eā à Iustiniano, & quidem tam apertè, vt non potuerit apertius, nisi quòd

ita

ita deciditur quasi iàm satis antè decisa, nullámque
prorsus habens dubitationem. Nam si liberi positi in
fideicommissi condicione haberi possent pro voca-
tis. Quæro, qua igitur ratione fieri poterat, vt ante Iu-
stinianum excluderentur à substituto in illa specie,
17 si fortè pater intestatus decessisset? † Qui enim volunt
censeri vocatos, dicunt, Patre rogato, si sine liberis de-
cesserit, hereditatem restituere Sempronio, duplex es-
se fideicommissum. Vnum tacitum quo pater in ca-
sum superstitum liberorum grauatus sit iis restituere
hereditatem. Alterum & secundum expressum, quo
deficientibus liberis grauatus sit eandem heredita-
tem restituere Sempronio. Ex quo apparet, frustra de
secundo fideicommisso quæri an ei locus sit, nécne
quando priùs locum habere potest. Proinde quo iu-
re, aut quónam iuris colore poterat Sempronius fidei-
commissum obtendere, exclusis grauati liberis in con-
dicione positis, ob id solùm, quòd eorum pater inte-
status decessit, si ita ius erat, vt ex quo positi erant in
condicione liberi, vocati quoque viderentur? Sed
& Iustinianus ipse, qui vt his liberis faueat contra
iuris rationem vult particulam disiunctiuam accipi
pro coniunctiua, cur putauit egere illos noua sua
constitutione, vt à Sempronio fideicommissario non
excluderentur, si non ignorabat ex tacita patris vo-
luntate videri eos debere vocatos? Quid enim refert
fideicommissarij an is qui rogatus est, decesserit inte-
status, an cum testamento? An eo minùs iuris habet,
quòd heres rogatus non fecerit testamentum, in quo
alium heredem fortassis extraneum instituere potuis-
set? Illud námque constat, fideicommissarium non
heredi grauato succedere, sed testatori *leg. ...* 41.
§. cum filia de vulg. & pupil. substitut. leg. 1. leg. in fidei-
18 *commissaria. 18. & pass. ff. ad SC. Trebell.* † Et tamen
non putat Iustinianus, aliter fieri posse vt liberi in
condicione positi non excludantur per substitutum,
quàm si condiciones sub quibus alternatiuè vocatus
fuit Sempronius ad fideicommissum, coniungantur,
& in vnam eandémque condicionem illam degene-
rent, *si filius sine liberis & sine testamento decesserit*, vt
susceptis liberis, licet nullo facto testamento, dici pos-
sit fideicommissi condicionem, quæ vnica & indiui-
dua fuerit, defecisse. Non ergo credidit, Ob id tan-
tùm quòd liberi in condicione positi sint, videri eos
debere tacitè substitutos. Neque verò puto ad obie-
19 ctionem hanc posse vllo modo responderi. † Scio, eos
qui pro liberis pugnant, in ea esse sententia, vt putent
hanc Iustiniani constitutionem procedere, loquun-
tur, in casu singulari, quando filij positi sunt in vna
condicione, & alternatiuè fuerunt etiam adiectæ a-
liæ condiciones, inter quas illa sit, si filius sine testa-
mento decesserit. Vnde, inquiunt, ex eo quòd testa-
tor concessit filio testandi facultatem de bonis sibi
relictis, tacitè colligitur quòd voluerit liberos po-
sitos in condicione, posse per testamentum excludi,
& consequenter non aliter eos admitti, quàm ab in-
testato, vel ex testamento, si essent instituti. Nos au-
tem loquimur, aiunt illi, quando filij simpliciter po-
siti sunt in condicione, & in contrarium non subest
aliqua coniectura, ex qua concipi possit, quod non
intelligantur substituti. † Fatentur itaque vt arguere
20 mox possimus à confessis ad negata, Illo saltem casu
quo condicio illa sit adiecta, *si sine testamento decef-
serit*, liberos quantumuis in condicione positos non
videri vocatos. Quod summoperè notari volo, con-
tra plerosque, cùm quibus mihi aliquando de tota
hac quæstione in Italia tractare contigit. Viros sanè
doctissimos, & in receptionibus interpretum nostro-
rum traditionibus adprimè versatos, qui mordicùs
defendebant, Non eò minus intelligi debere liberos
in condicione positos tacitè substitutos, quòd testa-
tor in eum casum quo existeret condicio fideicom-
missi sub ea condicione relicti, *si sine liberis*, expressim
permiserat alienationem in præiudicium substituti,
vt non alia bona petere fideicommissarius posset,
quam quæ non reperirentur mortis tempore aliena-
ta. † Quasi permissio de alienando data in casum de- 21
ficientium liberorum, nihil haberet commune cum
illo casu, quo liberi superessent, neque ad eum porri-
gi deberet. Quidni enim similiter nobis liceat ex isto-
rum sententia contra alios disputare, condicionem il-
lam, *si sine testamento decesserit*, de illo casu intelligen-
dam esse, quo heres grauatus nullos liberos supersti-
tes relinqueret, non etiam de illo, quo aliqui ex ipso
liberi superessent. Præsertim verò cùm eam condicio-
dem, *si sine testamento decesserit*, distinctim conceptam,
Iustinianus accipi velit tanquam coniunctam cum il-
la, *si sine liberis*, quo casu multò probabilius defendi
posset, non perinde videri debere illam repetitam
in casum contrarium, quo filius grauatus, liberis su-
perstitibus moreretur. Nemo siquidem dubitare po-
test, quin eiusmodi condicio *si sine testamento decesserit*,
adscripta fideicommisso quod Sempronio relictum
fuit, contra Sempronium adscripta videri debeat,
vt ei testamentarius quilibet grauati heres præferre-
tur. Non contra eiusdem grauati liberos si quos su-
perstites relicturus esset. Sed & multò fortior ac pro-
babilior voluntatis coniectura capi potest ad exclu-
dendam taciti illius fideicommissi quod ex libero-
rum condicione inducitur, interpretationem si per-
missio testandi detur heredi in casum existentis iam,
&, vt loquuntur, purificati fideicommissi, quàm si ad-
scribatur per modum condicionis ad euentum fidei-
commissi excludendum, † Nam cùm interpretes qui 22
liberos in condicione positos volunt vocatos, non a-
lia coniectura voluntatis moueantur, quàm quòd
eos testator prædilexerit, ac prætulerit substituto, nec
proinde credendus sit voluisse vt patri liceret in eo-
rum præiudicium disponere de iis ipsis bonis, de qui-
bus in fideicommissarij minùs dilecti præiudicium
disponere non posset (quæ tamen disponendi licentia
in liberorum perniciem non aliter patri interdicta
esse queat, quàm si tacitum fideicommissum induca-
tur.) Prorsus consequens est Nullam voluntatis con-
iecturam facere pro liberis in condicione positis, eo
casu quo impunita sit in fraudem expressi substituti
bonorum fideicommisso subiectorum alienatio. Ne
alienatio. Ne alioqui eueniat, quod fuerit absurdissi-
mum, vt maior sit vis & potestas taciti fideicommissi
quàm expressi, ad alienationem heredi prohibendam
in tacito, quam testator expressim permiserit in ex-
presso. † Sed quamuis non dubitem verum esse quod 23
isti volunt, Condicionem illam fideicommisso insertam,
si heres sine testamento decesserit, sicut efficit vt grauatus
heres possit in præiudicium fideicommissarij dispo-
nere, & disponendo facere vt deficiat condicio fidei-
commissi. Ita debere vt eo saltem casu liberi in con-
dicione positi censeri non possint vocati. In eo ta-
men videtur mihi errare manifestè, quòd Iustinia-
ni legem hanc, quæ proculdubio generalis est coan-
gustant ad eum casum, quo ex pluribus condicioni-
bus alternatiuè adscriptis vna illa sit *si heres sine testa-
mento decesserit*, cùm apertissimum sit Iustinianum in
excludendo fideicommissario propter liberos in con-
dicione positos, id nihil minus quàm ab hanc te-
standi licentiam respexisse. † Nec enim apud Insti- 24

nianum refert, quas condiciones testator adscripserit,
& an ita dixerit, *si filius meus sine liberis aut sine testa-
mento decesserit, hereditatem Sempronio restituat*, an ita
potius, *si decesserit sine liberis*, *aut si nauis ex Asia non
venerit*. Vtroque enim casu ratio iuris veteris facit vt
superstitibus quoque ex filio liberis, admitti nihilo-
minus debeat Sempronius, si nauis ex Asia non vene-
rit, quippe tanquam substitutus sub duplici condi-
cione alternatiuè, quarum alterutram suffici at exti-
26 tisse. † Contrà verò, Iustiniani constitutio vtroque
casu excludit substitutum coniunctis casibus & in
vnam transfusis per commutationem particulæ dis-
iunctiuæ in coniunctiuam: Quia etsi scriptum esset
*si filius meus sine liberis decesserit, & nauis ex Asia vene-
rit, hereditatem meam Sempronio restitui volo*, dubitari
non oporteret, quin etiamsi nauis ex Asia non venis-
set, nihilo magis admitti Sempronius deberet si he-
redi rogato vel vnus filius vnáve filia superesset, quo-
niam vna tantùm esset condicio, ac proinde indiui-
dua, cuius vtramque partem impletam esse substi-
tutus probare deberet vt admitti posset *dict. leg. cum
pupill. 18. §. 1. De condic. & demonstr. dict. leg. si heredis
26 plures 5. Digest. de condic. constitutis*. † Nec sanè hoc ca-
su minùs locum habet ratio illa æquitatis qua Iusti-
nianus mouetur, quàm si pro huiusmodi condicione,
Si nauis ex Asia non venerit illa fuisset adscripta *si si-
ne testamento decesserit*. Nempe quòd ferendus non
sit intellectus, si forsitan nauis ex Asia non venerit,
liberos tamen grauatus filius reliquerit, propter istas
verborum angustias liberos eius omni pene fructu
paterno defraudari. Cur non æquè sit fauorabilis hoc
casu condicio liberorum quos testator in condicio-
ne posuit vt patri suo possint saltem ab intestato suc-
cedere excluso substituto? Quod si admittas, vt ad-
mittendum necessariò est, Iustiniani legem hoc et-
iam casu locum habere, illud quoque admittendum
erit ex superiore inductione, Liberos in condicio-
ne positos ne hoc quidem casu videri vocatos, licet
de testandi licentia heredi danda testator nihil cogi-
tauerit, qui condicioni liberorum non aliam adie-
27 cit, quàm hanc si nauis ex Asia non veniret. † Atque
ideò si quæratur, cur in ea specie Iustinianus non pu-
tet liberos in condicione positos censeri vocatos,
Non illam rationem reddi posse quam isti adferunt,
quòd heredi grauato liberam testandi facultatem
pater concesserit, sed illam potius quæ & generalior
est & speciebus omnibus legis conuenientior, quod
numquam possint aut debeant dici substituti, qui
28 tantum positi sunt in condicione. † Vnde apparet
etiam, nec illo quoque casu quo eiusmodi condicio
adscripta fuit *si sine testamento decesserit*, eam tamen
Iustinianeæ constitutionis rationem adferri posse quæ
ex faciendi testamenti data licentia proficiscatur,
sed quæ sumatur ex solo, meróque fauore liberorum
quibus subueniendum putauit Iustinianus contra ver-
ba condicionum, &, quod est consequens contra
ipsam iuris rationem quæ condicionum potestatem
non potest non æstimare ex vi & potestate verborum
quibus conceptæ sunt, denique contra substitutum
vt tametsi altera condicio vel condicionis pars exti-
terit, excludatur tamen per liberos grauati, vt pos-
sint illi etiam in iis bonis perinde ac in reliqua here-
ditate patris, succedere patri, siue ex testamento si-
ue ab intestato: sed contra patrem ipsum vt de here-
ditate liberis suis restituenda vllo casu rogatus videa-
tur, non item. Subuenit enim potiùs ipsi etiam pa-
tri, vt eo minùs grauatus videri debeat quasi sub vna
tantùm condicione rogatus, qui reuera sub duabus,
& quidem alternatiuè conceptis rogatus fuit. Cur ve-
rò subuenit patri, nisi vt in eius potestate sit mutuo fi-
deicommissario ea ipsa bona quæ restituere iussus e-
rat, liberis suis relinquere siue ex testamento siue ab
intestato id facere vellet? Is que demum paternus fru-
ctus proculdubio est, qui ex solius patris, non etiam
ex aui iudicio & voluntate, quamuis ex aui bonis, ad
filios peruenit. † Eam verò Iustiniani mentem fuisse, 29
quam nos diximus, vt liberis grauati heredis prospi-
ceret in omnem casum, quo postquam in condicione
positi essent, alia condicio alternatiuè subiecta pro-
poneretur, siue de testamento illa esset, siue de naui
quæ ab Asia expectabatur, Apparet satis non solùm
ex generali ratione illa quam retulimus, posita in vers.
Cum enim ferendus est, sed ex eo quoque quod non illas
tantùm condiciones exprimit, *si filius decesserit sine li-
beris aut sine testamento*, sed illam etiam *si sine nuptiis*, † 30
quæ licèt disiunctiuè poni non possit post illam *si sine
liberis* (quia fieri non potest vt non sine liberis dece-
dat, qui decedit sine nuptiis, cum ea condicio de iustis
liberis intelligenda sit, non de naturalibus duntaxat
vt scriptum est in *§. cum autem* eiusd. leg. iusti verò li-
beri sine nuptiis esse nequeant *l. septimo mense. 12. ff. de
stat. homin. ... De his qui sunt sui vel alieni iur.*) poni ta-
men potest ante vel post illam *si sine testamento* hoc
modo *si filius idemque heres meus decesserit sine nuptiis
aut sine testamento*. † Quo casu si filius nuptias contra- 31
xerit, nec tamen liberos susceperit, postea verò sine
testamento decesserit, perinde quæri potest, an substi-
tutus extraneus admittendus sit ad fideicommissum
excluso proximo eodémque legitimo successore, Ac
quemadmodum dubitari non potest, quin ex vi ver-
borum, meraque iuris ratione admitti debeat fidei-
commissarius, tanquam existente condicione fideicõ-
missi, si vel vna existat ex pluribus alternatiuis, ita &
fatendũ est Iustiniani legem perinde hoc casu locũ ha-
bere ad excludendum substitutum, fauore non libe-
rorũ qui nulli sunt, licèt positi fuerint in condicione,
sed ipsius grauati, vt non nisi vno casu & sub vnica eá-
que indiuidua condicione duas partes habente gra-
uatus intelligatur. Id enim est quod Iustinianus diser-
tè constituit, tunc valere condicionem, id est haberi
pro impleta locúmque fideicommisso fieri, cùm nihil
ex iis quæ in condicione posita sunt fuit subsecutum,
id est cum neque testamentum factum est, neque nu-
ptiæ intercesserunt. At apparet si vel alterutrum sub-
secutum sit, vt puta si nuptiæ intercesserint, tametsi
testamentum factum nõ sit, neque ex nuptiis suscepti
fuerint liberi, nullũ tamen fideicommissario locũ su-
peresse. Nam quod in sequentibus Iustinianus de reli-
cta posteritate loquitur, eam causam habet, vt tanto
apertior fiat iuris veteris iniquitas, quæ non tantùm
patri grauato iniuriam faciebat siue liberos suscepis-
set, siue non, sed & ipsis liberis si qui fortè ex ipso su-
peressent. † Cæterùm non potest ratio illa restringere 32
legis desionẽ generalẽ, præsertim cùm idẽ Iustinianus
statim subiiciat eã se legẽ fecisse quę tã patribus, quàm
liberis grata esset, vtrisq; scilicet simul si pater liberos
superstites reliquerit. Patribus verò solis, si fortè libe-
ros quidẽ susceperint, quorũ respectu patres per rela-
tionẽ dici possint, sed qui tamẽ postea prædecesserint.
Nec enim eò minùs patres videri debent, iustásq; nu-
ptias contraxisse vt fideicommissi onere liberati sint,
quemadmodũ si ita scripti essent, *vósque liberi charissi-
mi hoc fideicommisso teneri volo, donec binos liberos educa-
ueritis*, quo casu sufficeret ad excludendũ fideicõmis-
sum binos liberos procreatos fuisse, quãuis postmodũ
prædefunctos, *l. heredibus. 77. in princip. D. ad S.C. Tre-
bellianum*.

bellidium. Sed nec iis minùs fauere Iustinianus voluit qui liberos numquam susceperint, licèt dicat velle se patribus fauere. Possunt enim dici patres eo respectu quod patres esse potuerunt. Quid enim referre potest an liberos susceperint nécne, si verum est condicionem fideicommissi defecisse? † Atqui verum il-
33 lud est, defecisse condicionem si is qui fideicommisso grauatus est sub hac condicione, *si sine nuptiis vel sine testamento decesserit*, aut nuptias contraxerit, aut testamentum fecerit, postquam placuit Iustiniano disiunctionem pro coniunctione accipiendam esse. Verba namque constitutionis non modò generalia sunt, sed etiam in rem concepta, cum sint huiusmodi, *firmiter res possideri, & non esse locum substitutioni earum, vel restitutioni. Si enim nihil ex iis fuerit subsecutum, tunc valere condicionem, & res secundum verba testamenti restitui, vt incertus successionis morientis exitus videatur certo substitutionis, vel restitutionis fine concludi.* Sensus enim est, huiusmodi condicionibus omnibus adscriptis, iam inde ab initio certum ius esse, vt non aliter fideicommissarius admitti vnquam possit, quàm si omnes simul condicione extiterint, ac proinde siue liberos aliquos superesse contigerit, siue nullos: cùm nihil vetet incerto manente eo, an liberi aliqui futuri sint nécne, certam tamen iam inde ab initio fieri exclusionem fideicommissarij siue contractis iustis nuptiis, siue facto testamento. † Illud planè non possum videre, quomodo
34 possit esse grata patribus constitutio Iustiniani, si eo sensu donetur quo donandum volunt, qui patrem nouo ac tacito erga proprios liberos fideicommisso constringunt, quem tamen cogantur fateri ab onere fideicommissi expressi, quod extraneo relictum fuerat, esse iam liberatum. Plerumque enim acerbius grauiusque fuerunt parentes si propriis liberis, inde fortassis lædendæ pietatis occasionem & audaciam capturis, quàm si extraneis obligentur *argument. dict. leg. nec ei 17. Digest. de adopt. leg. cùm oportet. 6. circ. princip. Codic. de bonor. quæ liber. leg. si quando. 35. illud Codic. de inoffic. testament.* Accedat quod Iustinianus subiungit, non tantùm filiis & nepotibus velle se per eam legem subuenire, sed etiam eorum exemplo aliis personis, licèt extraneæ sint, de quibus tale aliquid
35 scriptum proponatur. † Itaque instituto herede, rogatóque de restituenda hereditate Sempronio sub his condicionibus alternatiuis, *si sine liberis, aut sine nuptiis, aut sine testamento decesserit*, dicendum est ex Iustiniani lege deficere condicionem fideicommissi, prorsúsque excludi Sempronium, si extraneus ille heres nuptias contraxerit, aut testamentum fecerit, licèt sine liberis decesserit, aut contrà si testamentum quidem non fecerit, sed tamen iustos liberos ex iustis nuptiis susceperit. Quibus casibus perinde locum habebit ratio illa Iustiniani, quòd iniquum sit liberos propter verborum angustias omni penè fructu paterno defraudari: neque tamen similiter possis dicere fructum hunc re vera esse auitum, dicique paternum, quod officium aui erga nepotem ex officio patris erga liberos pendeat, cùm testator extraneus sit, & heredi, & consequenter nullo pietatis aut coniunctionis vinculo liberis scripti heredis teneatur.
36 † Itaque apparet hîc clarius verum esse quod dicimus bona ista per heredis instituti personam ad liberos in condicione positos non nisi ex patris iudicio & voluntate peruenire siue testatus decesserit, siue intestatus, non item ex iudicio primi patris, siue auus ille fuit siue extraneus: nec tanquam bona aui, aut primi illius testatoris, sed tanquam bona patris, ob idque non immeritò fructum paternum appellari. † Hic verò non possum mihi temperare, 37
quin subiiciam, quod ad Iustiniani legem intelligendam maximè pertinet. Errare grauiter eos, qui ex illa notant disiunctiuam particulam *vel* positam inter condiciones negatiuas resolui in coniunctiuam, idque fauore liberorum. Illæ namque condiciones *si filius intestatus decesserit aut sine liberis aut sine nuptiis* affirmatiuæ sunt non negatiuæ, ideóque resoluitur *aut* in *&* non in *neque*, quomodo resolui deberet si condiciones essent negatiuæ. † Pluresfiquidem con- 38
diciones negatiuæ coniunctim sic conceptæ essent. *si filius neque testamentum fecerit, neque liberos susceperit, neque nuptias contraxerit, leg. si is qui ducenta. 13. §. vltim. De reb. dub.* vbi quod magis est, ita locuto testatore *si quis mihi filius aut filia gignetur heres mihi esto, si mihi filius aut filia heres non erit, Seius heres esto,* negat Iulianus satis apertè declaratam esse à testatore suam voluntatem, an non aliter extraneum heredem esse vellet quàm si neque filius neque filia heres esset. Hoc enim modo, inquit, concipi oportuit, *si mihi neque filius neque filia heres erit.* Nec sufficit quod non omissa negatio fuisset in condicione sic concepta *si mihi filius aut filia heres non erit.* Tantum abest vt dictio *sine* posita cum verbis affirmatiuis *si decesserit* faciat condiciones negatiuas. † Etsi vi- 39
deo Tribonianum illo etiam loco disiunctiuam accipere pro coniunctiua ad extraneum, vt ille loquitur, excludendum. Tota namque illa clausula *sed proclivior est testatoris voluntas sic esse interpretanda, vt sine filius siue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit*, proculdubio Triboniani est, vt docui libr. 12. respicientis fortasse ad eam Iustiniani constitutionem, de qua nunc tractamus. Fuit enim Triboniano familiare disiuncta pro coniunctis accipere, vt & in cæteris ferè omnibus peruertere iuris veteris rationem, † vt videre est in *leg.* 40
penult. Codic. de verb. signific. vbi hercle suauis est, cùm vt nouæ constitutioni colorem quærat ex iure vetere non erubescit affirmare, in illa edicti parte quæ est de eo quod vi aut clam factum erit, dixisse prætorem *aut* pro *&*, quo falsius nihil dicere potuit. Ita enim sequeretur, non aliter interdicto locum fore quàm si probaretur opus & vi & clam simul factum fuisse, cùm tamen alterutrum probari sufficiat. Neque verò facilè possit contingere, vt & vi & clam simul quid factum sit, siquidem vi fecisse dicitur, qui prohibitus fecit, Clam verò qui prohibitionem factam timuit aut timere debuit, nec eo minùs fecit, *l. 1. l. 3. in*
princ. & §. vlt. ff. quod vi aut clam. † Quãquã nõ inficior 41
posse interdum euenire, vt & partim vi & partim clã quid fiat in eodem tempore, vt puta, si cùm probiberem fundamenta posuisti, posteà cùm conuenissem ne reliquum opus fieret, absente aut ignorante me reliquum opus perfecisti, vel contrà, Fundamenta clam fecisti, Deinde cætera me prohibente ædificasti. Hoc iure vtimur vt etsi vi & clam factum sit, hoc interdictum sufficiat, inquit Vlp. in *leg. is qui in puteum. 11. §. interdictum. 5. eod. tit.* Quo verbo *sufficiat* an non ostendit manifestè hoc fieri ex sententia prætoris, potiùs quàm ex verbis edicti, quæ quoniam disiunctim non coniunctim concepta erant, ad hunc casum pertinere non videbantur? Alioqui non erat cur Vlpianus scriberet sufficere interdictum eo casu qui præcipuus ac potissimus edicti verbis comprehensus fuisset, potiùsque dubitare debuerat an sufficere posset interdictum eo casu quo disiunctim vel vi vel clam opus factum probaretur.

Capvt XIX.

Interpretatio l. Lucius. 85. ff. de hered. institut.

SVMMARIA.

1 *Huius legis explicandæ occasio.*
2 *In eius legis specie duas esse disiunctiones per particulam* aut *repetitam conceptas.*
3 *Particulam* aut *in verbis illis* aut quod abominor *pro disiunctiua non pro coniunctiua accipiendam esse.*
4 *Quod in* d. l. *liberorum Titij in concipienda conditione mentio facta est, ad eum duntaxat casum pertinere, quo ante aditam hereditatem liberis relictis Titius decessisset.*
5 *Posteriorem disiunctionem quæ est in verbis illis,* aut filium filiámve ex se natum *&c. pro coniunctione accipiendam esse.*
6 *Cur ibi disiunctio pro coniunctione accipiatur?*
7 *Ratio propter quam vulgares substitutiones post aditam hereditatem expirant.*
8 *Conditionem illam,* si prius morietur quàm hereditatem meam adierit, *cum alia ratione* si filium filiámve ex se natum natámve scriptus heres non habebit, *coniunctim* in d. l. *accipiendam esse.*
9 *An si testator vulgariter, pupillariter & per fideicommissum sub his ipsis conditionibus substituisset defuncto ante aditam hereditatem superstitibus liberis Titio, substituti excludi debeant.*
10 *Liberos Titij* in d. l. Lucius, *in conditione positos neque directo institutos nec substitutos videri.*
11 *Interpretum contra sententiam ratiocinatio & illatio ex illis Scæuolæ verbis,* quam prudens consilium &c.
12 *Duo absurda ex hac illatione secutura.*
13 *Testatorem in* d. l. Lucius *non modo Titium ex testamento, sed etiam Titij liberos ab intestato substitutis prætulisse.*
14 *Ita tamen heredis instituti liberos vocari vt non idcirco grauatus sit heres scriptus erga proprios liberos, nec ei de tota hereditate pro arbitrio disponendi interdicta potestas sit.*
15 *Non fratre testatoris sed extraneo herede instituto non similiter censeri testatorem substituto heredi scripti & eius liberos prætulisse.*
16 *Fideicommissariæ substitutionis hoc casu diuersam rationem esse.*
17 *Aliud esse substitutum excludi per liberos in conditione positos, aliud verò eos ipsos per quos excludatur vocari aut præferri.*
18 *Scæuolam in* d. l. Lucius, *non de fideicommissaria sed de vulgari substitutione tractare.*
19 *Examinatur species* leg. si quis ita. 82. ff. de heredit. instit.
20 *In quo differat ea species ab ea quæ in* d. l. Lucius, *tractatur?*
21 *Ad excludendum in specie* d. l. *substitutum sufficere si liberi supersint licet heredes esse nolint, aut non possint.*
22 *Non interesse an illi liberi patruo adhuc viuo an verò defuncto concepti sint.*
23 *Nec absurdi quicquam in eo esse si testator fratris filios ab intestato prætulisse dicatur, quos quia se viuo concepti non fuerint, heredes ab intestato habere non possit.*
24 *Adeundæ hereditatis tempora breuia plerumque & angusta esse.*
25 *Vix in* d. l. *fieri posse vt heres institutus ante aditam hereditatem decedat ijs superstitibus liberis qui non fuerint viuo testatore concepti.*
26 *Non eo minùs prudens animaduerti testantis consilium, licet in* d. l. *specie ponamus nullos ex fratre filios viuo testatore conceptos fuisse.*
27 *Viri cuiusdam docti ad hanc legem coniectura refellitur.*
28 *Vno illo casu, quo inter suos successio est, non alios posse succedere, quam qui mortis testatoris tempore vel in rebus humanis iam fuerint, vel saltem concepti sint.*
29 *Liberos in* d. l. *non fauore patris in conditione positos fuisse.*
30 *Negatur eos tanquam ex fideicommisso vocatos fuisse.*

DE † huius loci sententia necessariò hîc nobis tra- 1
ctandum est, non solùm quod ad eam quæstionem maximè pertineat, de qua iam aliquid dicere cœpimus De liberis positis in condicione, quos qui putant vocatos hoc potissimùm responso niti solent, sed etiam quia vulgo creditum est ex illo etiam loco probari, quod nos superiore cap. negauimus, Iureconsultos disiuncta sæpe pro coniunctis accepisse, tùm etiam cùm nihil prohiberet quominùs coniunctim, &
proprie acciperentur. † In ea specie de qua Scæuola 2
respondit, proponebantur Titius à testatore fratre suo heres ex asse institutus, eique cum libertate substituti Stichus & Pamphilus sub tribus condicionibus disiunctim conceptis, *Si Titius heres esse nollet, aut si prius moreretur, quàm hereditatem adijsset aut filium filiámve ex se natum natámve non haberet*, Sic enim testator scripserat *Titius frater meus ex asse mihi heres esto, Si mihi Titius heres esse noluerit, aut, quod abominor, prius morietur quàm hereditatem meam adierit, aut filium filiámve ex se natum natámve non habebit, tunc, Stichus & Pamphilus serui mei liberi & heredes sunto.* in quibus verbis, vt nemo non videt, duæ sunt disiunctiones conceptæ per illam repetitam particu-
lam *aut* quæ est disiunctiua. † Priorem ibi positam 3
aut quod abominor prius morietur, quidam accipi volunt pro coniunctiua acsi scriptum esset *& quod abominor* à quibus ego prorsus dissentio. Neque enim dubito quin si Titius heres esse noluisset, suámque in eam rem voluntatem expressa repudiatione declarasset, admittendi fuissent substituti, licet aliqua ex aliis condicionibus defecisset id est licèt Titius ante aditam
hereditatem mortuus liberos superstites reliquisset. † 4
Nam quod liberorum Titij mentio facta est in concipienda condicione non ad hunc casum pertinet repudiatæ expressim hereditatis, in quem scilicet casum alternatiuè & vtiliter dati fuerant substituti, *sed* ad illum duntaxat quo ante aditam hereditatem decessisset liberis relictis, vt Scæuola ipse interpretatur iis verbis, *Quos eo amplius noluit heres esse si frater prius quam hereditatem adiret, decessisset liberis relictis.* Nec enim quisquam propriè ac partitè loquendo dixerit decessisse Titium ante aditam hereditatem si decesserit post eam repudiatam, cùm verba illa *ante aditam* præ se ferant adiri adhuc posse, quod non est post repudiatiooem, quæ scilicet delarionis per legem factæ totam vim & potestatem extinguit. Delata siquidem dicitur hereditas quam quis adeundo consequi possit, *leg. delata. 51. D. de verb. signific. iunct. leg. sicut. 4. C. de oblig. & act. leg. 1. § decretalis. D. de success. edict.* Et tamen si prior illa disiunctiua *aut* pro coniunctione esset accipienda consequens fieret, vt etiamsi Titius hereditatem repudiasset, perinde tamen excludi deberent substituti superstitibus ex Titio liberis, acsi hereditatem quam repudiasset, adiisset. Id nimirum euincente

vi &

vi & potestate coniunctionis, quæ vnitas iunctásque
condiciones simul impleri vult, vt substituti qui sub
iis vocati sunt, admitti possint *leg. si heredis plures. 5. ff.
de condic. instit. leg. cum pupillus. 78. §. 1. De condic. & de-*
5 *monstr.* † Posteriorem verò disiunctionem quæ est in
illis verbis *aut filium filiámve ex se natum natámve non
habebit*, fateor vtique pro coniunctione accipiendam
esse, vt fatetur non obscurè Scæuola suprascriptis ver-
bis, cùm vtraque condicione iuncta eam vult fuisse
testatoris volūtatem, vt exclusi essent substituti si fra-
ter priusquàm hereditatem adiret decessisset liberis re-
lictis. Alioqui duabus condicionibus alternatiuè ad-
scriptis, sufficere posset substitutis quòd alterutra eue-
nisset, siue mortuo Titio ante aditam hereditatem, si-
6 ue superstitibus ex eo liberis. † Sed tamen dico hoc
ideo fieri, quia substitutio de qua tractat Scæuola,
cùm sit directa & vulgaris non potest fieri in casum
aditæ hereditatis, nec sub ea condicione *si heres post a-
ditam hereditatem sine liberis decesserit*. Is enim casus est
fideicommissariæ non directæ substitutionis cùm fie-
ri nequeat, vt qui semel heres fuit, vnquam heres esse
desinat. *l. ait prætor. 7. §. sed quod Papinianus. ff. de minor.
l. ei qui soluendo. 88. hoc tit. D. hered. instituit.* nec rursus
vt eo manente herede substitutus admitti, herésque
fieri possit, ne contra iuris regulam vni duo in solidū
sint heredes *leg. quin contra. 141. §. vni duo De regul. iur.*
7 † Quæ ratio est eius quod dici solet, Post aditam he-
reditatem vulgares substitutiones expirare, *leg. post a-
ditam. 5. Cod. de impub. & aliis substitut. leg. verbis ciuili-
bus. 7. De vulg. & pupill. substit.* Proinde mirum non est
si hoc casu disiunctio pro coniunctione accipiatur,
quæ tanquam desiunctio valere non potest. Nam
si pro disiunctione acciperetur, admittendus esset
substitutus vulgaris (vnus ille sit an plures nihil re-
fert) in eum quoque casum, quo Titius hereditatem
adiisset, si modò postea sine liberis decessisset, quod à
iuris ratione & regulis, vt dixi, penitus abhorreret.
8 † Porrò sicut condicio illa *si filium filiámve natum na-
támve ex se non habebit*, nullum per se habet effectum
in casum aditæ hereditatis, ob idque necessariò con-
iungenda est alteri condicioni *si prius morietur quam
hereditatem meam adierit* ne frustra & inutiliter adie-
cta esse videatur, ita nec prior illa *si prius morietur
quam hereditatem meam adierit* separatim accipienda
est ad substiturum admittendum in casum heredita-
tis non aditæ; sed necessariò coniunctim cum alia
condicione *si filium filiámve ex se natum natámve scri-
ptus heres non habebit*. Pluribus enim condicionibus
simul quamuis disiunctim adscriptis, fieri certè nequit
vt posterior priori coniuncta videri debeat, quin
prior etiam posteriori in vtrumque casum coniunga-
tur. Ita fit vt testator qui vulgariter substituit sub
hac duplici condicione *si Titius prius morietur quam
hereditatem adierit, aut liberos non habebit* vnam tan-
tùm condicionem expressisse intelligendus sit, eám-
que simplicem, & indiuiduam, haud secus acsi dixis-
set vnica oratione *si Titius ante aditam hereditatem
9 decesserit sine liberis.* † At finge non de vulgari tan-
tùm substitutione facienda, sed de fideicommissaria
quoque cogitasse testatorem, datis vt hodie fieri solet,
substitutis, vulgariter, pupillariter, & per fideicom-
missum, idque sub his ipsis conditionibus ita conce-
ptis *si Titius prius morietur quàm hereditatem adierit
aut filium filiámve ex se natum natámve non habebit*, An
perinde dicemus defuncto ante aditam hereditatem
superstitibus liberis Titio, substitutos excludi omni
modo debere? Minimè, vt ego quidem arbitror. V-
traque enim condicio in hoc casu separatim ef-
fectum suum habere commodè potest, quamuis in
aliam atque aliam causam, illa quidem *si prius morietur
quàm hereditatem meam adierit* in casum vulgarem.
Altera verò *si liberos ex se non habebit* in casum fidei-
commissi, hoc est aditæ hereditatis. Et adeò nulla
hîc subest necessitas commutandæ disiunctionis in cō-
iunctionem, ne fiat iniuria voluntati testatoris, qui
vtique condiciones æquè facilè coniunxisset, si con-
iunctas voluisset. Atque hæc quidem nondum fortas-
sis ab alio tam accuratè explicata ad Scæuolam adno-
tasse sufficiat, quod ad coniunctionum aut disiunctio-
num vim, & potestatem pertinet, ne quis credat Scæ-
uolam alioquin iuris religiosissimum adeò facilem,
ne dicam audacem fuisse, vt coniunctionem pro dis-
iunctione acciperet aut contrà, nisi ea mera necessita-
te, id est eo casu quo aliter nobis interpretantibus e-
ueniret vt alterutra condicio inutiliter ac superuacuò
adiecta reperiretur. † Sed illud multò minūs ferre 10
possum, quod tot interpretes video existimare, proba-
ri ex eo loco, liberos in condicione positos hoc ipso
vocatos intelligi debere. Nam cùm tota ea lex, vt &
totus ipse titulus sit de institutionibus directis, non
de fideicommissis, fatendum erit Scæuolam si in ea
fuit opinione, vt Titij heredis instituti liberos voca-
tos crederet, non dubitasse, quin habendi essent pro
institutis. At quibus obsecro verbis, cùm nulla insti-
tutionis verba quod ad eos attinet, testamento inser-
ta proponantur? Illis nimirum condicionalibus in
substitutione concipienda expressis, *aut si filium filiám-
ve, ex se natum natámve non habebit*, aut si nonnullis,
prorsus nullis. Atquin ij ipsi interpretes qui volunt
liberos in fideicommissi condicione propositos intel-
ligi substitutos, fatentur ferè omnes, non posse tamen
fieri vt ex verbis condicionalibus directa institutio
vnquam inducatur, ex *leg. si quis eum. 16. §. vltim. ff. de
vulg. & pupill. substit.* quia heredis institutio non nisi
expressis & ciuilibus verbis fieri potest, *leg. heredes pa-
lam. 21. ff. qui testament. fac. possess.* inspecto saltem iure
vetere, quod fuit temporibus Scæuolæ & ante con-
stitutionem illam Imperatoris Constantini. quæ extat
in *leg. quoniam indignum. 15. Codic. de testament.* neque
possunt in eam rem sufficere coniecturæ, vt probant
illi ex *leg. 1. ff. si tab. testament. extab. leg. iubemus. 19. C.
de testam.* Ergo illud dici nullo modo potest, liberos
Titij positos in condicione apud Scæuolam videri
debere directò, vel institutos, vel substitutos. † Nec 11
me mouet quod iis verbis *nam prudens consilium testan-
tis animaduertitur, qui non solum fratrem prætulit substitu-
tis, sed etiam eius liberos*, videtur Scæuola eandem con-
stituere rationem Titij & liberorum, vt ex testatoris
voluntate nō minus liberi quam pater substituto præ-
ferantur. Ex quo inferunt interpretes, Videri ergo li-
beros Titij substitutis prælatos ex testamento, & con-
sequenter saltem ex fideicommisso, quemadmodum
& Titius ipse sine dubio ex testamento iis præfertur,
vt verbum illud *prætulit* positum duo determinabilia
vniformiter ea determinet, quomodo iidem loqui so-
lent vulgari brocardico, quod desumunt ex *leg. iam
hoc iure. 4. de vulg. & pupill. substitut.* † Nam vel ratioci- 12
natio hæc inepta est, vel si habeas eam pro bona &
probabili, nec dicam concludenti, perinde cogant te
fateri liberos Titij nec pro fideicommissariis, nec pro
directis substitutis habendos esse, sed pro institutis,
quoniam nec alio quàm institutionis iure testator Ti-
tium fratrem prætulit substitutis. Ita euincam videri
liberos patri coheredes datos, quod tamen non magis
verum esse potest, quàm si quis diceret substitutos ob
id solùm quòd ex vulgari substitutione succedere ne-

queant in casum aditæ hereditatis, ad eiusdem here-
ditatis partem veluti coheredes admittendos esse.
Contra quàm placeat Scæuolæ, qui repugnantem te-
statoris voluntatem ex eo conicit, quòd Titius sue-
tat ex toto asse institutus, vt & non valdè dissimiliter
argumentatur Papinianus in *dict. leg. verbis cuilibus.*
13 7. *De vulgar. & pupill. substit.* † Proinde concludendum
est quod Accursius bene animaduertit ad *dict. l. Lu-
cius* in verb. *prætulit*, testatorem in proposita specie. nō
modo Titium prætulisse substitutis, & quidem ex te-
stamento per institutionem expressam, sed etiam Titij
liberos ab intestato, quia tales erant, qui eo intestati
iure patruo possent succedere faciente nimirū patruo
exitum intestati eo casu quo frater heres scriptus nol-
let adire ex institutione. In eóque vel maximè pru-
dens elucet illud consilium testantis, quod tantopere
Scæuola commendat: Cùm substitutis prælati sunt
liberi heredis instituti ad excludendam quidem sub-
stitutionem, sed ita tamen vt non idcirco per fidei-
commissum grauatus fuerit pater de relinquenda iis
hereditate. Via namque fideicommissi est, nota cuili-
bet, nec iam ferè quicquam est vulgarius: Estque
prætereà iis omnibus qui onerantur, nec minus patri-
bus, fortassis etiam magis quàm cæteris molesta. Sed
substitutum ita vocare vt non tantùm institutus ei
14 præferatur, sed etiam liberi heredis instituti, † hoc
ipsum verò ita tamen vt non idcirco grauatus sit he-
res scriptus erga proprios liberos, nec ei sit interdicta
potestas de tota hereditate pro arbitrio disponendi,
prudentis sanè testatoris est, nec adeò cuique obuium,
siue de vulgari tantùm substitutione loquamur cum
Scæuola, siue de fideicommisso quod sub illa condi-
15 cione *si sine liberis* relictum proponatur. † Itaque si
fingas non fratrem testatoris heredem scriptum fuis-
se, sed extraneum, cuius liberi non possint ab intesta-
to succedere testatori, non similiter patiar te dicere,
quod ait Scæuola, testatorem non tantùm heredem
scriptum, sed & eius liberos substituto prætulisse, ne
quidem ad exclusionem substituti, quia cùm vulgaris
substitutio fiat in casum hereditatis non aditæ, fieri
nullo modo potest, vt heredis qui repudiauit, aut an-
te aditam decesserit, liberi, qui ab intestato succede-
re nequeunt, substituto prælati esse videantur. Fa-
teor non eò minus facturos eos vt excludatur substi-
tutus tanquam defectus condicione, si substitutionis
condicio non eum duntaxat casum complectatur, quo
hereditas non sit adita, sed etiam illum, quo he-
res institutus sine liberis decesserit ante aditam he-
reditatem. At non ex eo fiet vt liberi prælati di-
ci possint, qui nec ipsi vllum ius in iis bonis habere
possint, neque ex testamento, quia non sunt vo-
cati, neque ab intestato, quia testatori sunt extra-
nei, neque ex persona patris, magis quàm ex pro-
pria, quia nec quicquam iuris in iis bonis pater ha-
16 buit, aut habere potuit, non adeundo. † Fideicom-
missariæ substitutionis diuersa ratio est in eo, quod
cùm fiat in casum aditæ hereditatis, facit proculdubio
vt eius qui rogatus est liberi, quamuis extranei testa-
tori, non modò excludant substitutum per defectum
condicionis, sed etiam admittantur ipsi ab intestato
& succedant non equidem testatori, cuius heredita-
tem aditam fuisse ponendum est, ne alioqui fideicom-
missum intercidat, sed patri, licèt non ex nouo pro-
prióque fideicommisso. Sed tamen probare non pos-
sum, quod ab iis etiam admissum video, qui nobiscum
sentiunt, liberos in condicione positos non esse in di-
spositione. Hoc quoque casu dicendum testatorem
prætulisse substituto non tantùm heredem rogatum,
sed & eius liberos. Quandoquidem non aliud efficit
voluntas testatoris ponentis Titij heredis instituti li-
beros in condicione fideicommissi, nisi vt si superui-
xerint patri, excludant substitutum *l. filius familias. 114.
§. cùm erit rogatus de legat. 1. leg. cùm pater. 77. §. volo de
legat. 2.* Sed vt præferantur substituto etiam ab inte-
stato, non facit, quia quod patris grauati hereditas ab
intestato peruenit ad eius liberos, & consequenter cū
hereditate illa etiam bona quæ ad substitutum perue-
nire debuerant, si grauatus sine liberis decessisset, non
fit ex voluntate, iudicio, & prouidentia testatoris, sed
ex beneficio legis, quæ parentum intestatorum here-
ditates liberis defert. Nec minùs meo iudicio ridicu-
lus est, qui liberos in condicione positos, ob id quòd
excludant substitutum, dicit à testatore prælatos esse
substituto, quàm si quis diceret testatorem qui here-
dem suum rogasset de restituenda hereditate, *si Titius
proximis Calendis Ianuariis Consul factus non esset, aut si
nauis ex Asia non venerit*, videri prætulisse substituto
non solùm heredem rogatum, sed etiam Titium, aut
quod multò absurdius fuerit, nauim quæ ex Asia ve-
nerit. † Aliud enim est substitutum excludi per libe- 17
ros in condicione positos: aliud verò eos ipsos, per
quos excludatur vocati aut præferri. Excludatur siqui-
dem substitutus non tā ob personas liberorum, quos
testator in condicione posuit, quàm ob defectum con-
dicionis. Eo prorsus modo quo excluderetur si non
personæ liberorum in condicione positæ essent, sed
aduentus nauis ex Asia, vel quid aliud simile & ina-
nimatum, in quod nulla cadere possit adfectio testa-
toris ad fideicommissum tacitum ex coniectura indu-
cendum † Longéque aliud est, quod Scæuola in spe- 18
cie ibi proposita respondit, prudentem testatorem,
non modo fratrem prætulisse substitutis, sed & ipsius
liberos. Tractat enim, vt iam diximus, non de fidei-
commissaria substitutione, sed de vulgari, quæ cùm
fiat in casum non agnitæ hereditatis, si addatur con-
dicio non existentium liberorum, qui sint capaces suc-
cedendi intestato testatori, facit proculdubiò, vt qui
positi sunt in condicione liberi videantur prælati, a-
deóque tacitè vocati, licèt non nisi ab intestato. † Non
aliter quàm si testator ita scripsisset, *si legitimus heres 19
vindicare nolit hereditatem meam, Seius heres esto*, quo
casu noster idem Scæuola respondit in *l. si quis ita. 82.
eodem titu.* deficere condicionem testamenti legitimo
hereditatem vindicante, atque ita esse potiorem cau-
sam legitimi quàm testamentarij successoris, adeóque
ex testatoris voluntate non quasi legitimum illum
successorem, si heres esse vellet, institutum esse, aut
pro instituto habendum voluerit, quem tantùm po-
suit in condicione, sed quia ponendo eum in condi-
cione ad excludendum institutum, vtique prætulit
eum instituto, quamuis ab intestato. † Etsi meo differt 20
species illa ab hac quam nunc tractamus, quod si legi-
timus heres hereditatem vindicare nolit aut non pos-
sit in specie *dict. leg. si quis ita*, institutus omnimodo
admittur, tanquam in eum ipsum casum scriptus. At
in specie *l. Titius*, fieri potest vt Titij heredis liberi
nolint aut non possint patruo succedere ab intesta-
to, nec tamen eo minùs excludant substitutos vulga-
res propter vim & potestatem condicionis, quæ non
ita fuit concepta *si Titius prius moreretur quàm heredi-
tatem adisset aut eius liberi heredes esse nollent*, sed ita,
*si prius moreretur quàm hereditatem adisset, aut liberos
non haberet.* † Vt proinde ad excludendum substitu- 21
tum sufficiat liberos superesse, licèt heredes esse no-
lint aut non possint, quandoquidem sola eorum, vt
ita dicam, superexistentia, facit deficere condicionem
vulgaris

vulgaris substitutionis. Commutata disiunctiua in
coniunctiuam propter eam rationem quam diximus,
acsi substitutio facta esset in vnum illum casum, quo
Titius ante aditam hereditatem sine liberis morere-
tur, vt idem ipse Scæuola noster interpretatur. Quo
casu dubitari non posset quin superstitibus liberis ex
Titio ante aditam hereditatem defuncto, substituti
omnimodò excluderentur, tanquam defecti condi-
cione tametsi liberi illi patruo intestato succedere
vel noluissent, vel non potuissent, *d. §. cùm erit roga-
tus*, quamuis locus ille sit de fideicommisso, non de
vulgari substitutione. Nulla enim hac parte inter
vulgarem & fideicommissariam substitutionem diffe-
22 rentia est, vbi eadem vtriusque condicio est. † Ex eó-
que apparet quàm parum ad rem faciat quod aduer-
sus glossæ sententiam, quam nos probamus, plerique
obiiciunt nimis restrictum iri Scæuolæ responsum si
ad eos Titij heredis instituti liberos coarctetur, qui
patruo intestati exitum facienti succedere possent ab
intestato. Quoniam, inquiunt, non alij fratris filij al-
teriúsve gradu agnati aut cognati ad legitimam suc-
cessionem admitti possint, quam qui eo viuo iam cō-
cepti fuisse probentur, *l. 1. § si quis proximior. ff. vnd. co-
gnat. l. Titius 6. cum seq. ff. de suis & legit.* Cùm tamen
non eò minus verum sit decessisse Titium superstiti-
bus liberis quòd ij fuerint concepti post mortem pa-
trui atque ita defecisse condicionem. Fateor enim æ-
què excludi substitutos ob defectam condicionem,
quotiescunque Titius liberis superstitibus decesserit
ante aditam hereditatem siue concepti illi fuerint pa-
truo adhuc viuo, siue illo iam defuncto, quia positi
sunt in condicione tanquam liberi & superstites, non
etiam sub ea condicione si possent aut vellent esse he-
23 redes. † Nec rursum nego testatorem non posse dici
prætulisse ab intestato fratris filios, quos quia se viuo
concepti non fuerint, heredes ab intestato habere nō
posset. Sed nego quicquam in eo absurdi esse, quoniā
ad tuendam testatoris voluntatem, & vt verū sit quod
ait Scæuola testatorem non modò fratrem, sed & fra-
tris liberos prætulisse substitutis, sufficit quòd testa-
menti tempore potuerit testator cogitare de fratris
liberis qui se viuo concipierentur, etiamsi nullosdum
fortassis eo adhuc tempore conceptos haberet frater.
Illud enim postea facilè poterat euenire vt viuo auo
conciperentur ij quos exinde concipi contingeret, si-
ue quòd aliud plerumque sit tempus testamēti, aliud
mortis testatoris; nec quicquā prohibeat multis post
factum testamentum annis superuiuere testatorem,
siue quòd in facienda vulgari substitutione testator
eum casum necessariò expressisset, cuius euentus non
poterat in id tempus differri, quod à die mortis testa-
toris longè distaret, nempe *si Titius ante aditam here-
ditatem sine liberis decessisset*. Non enim multo post te-
statorem tempore potest decedere, qui decedit ante
24 aditam hereditatem, † quoniam adeundi tempora, vt
plurimùm breuia sunt & angusta, vel quia heres cum
cretione sit institutus, id est sub condicione illa, quæ
olim vulgaris frequénsque fuit, *si intra centum dies he-
reditatem meam adierit, cernitóque*, vt est apud Vlpia-
num *tit. 22. l. Pomponius 86. D. de acquir. hered. l. cretio-
num 17. C. de iur. delib.* Vel quia cunctante herede, &
aditionem in longiorem diē differente solet ei à præ-
tore præstitui tempus intra quod vel adire debeat vel
repudiare. Id videlicet postulantibus creditoribus le-
gatariis & aliis si qui sunt quorum intersit quàm citò
aditam esse hereditatem. Quod tempus vt plurimùm
solebat olim esse centum dierum *l. 1. 2. & pass. ff. eod. tit.
de iur. delib.* sicut & intra centum dies bonorum pos-
sessio ex edicto prætoris erat admittēda, præterquàm
in liberis & parentibus, quibus tanquam ad bona pe-
nè propria venientibus erat annus in eam rem præfi-
nitus *leg. 1. §. largius & seq. D. de success. edict. tit. l. vlt.
D. quis ord. in bon. poss. seruet. leg. pen. D. rat. rem hab.* † 25
Itaque vix esse potest vt heres institutus decedat ante
aditam hereditatem superstitibus iis liberis qui non
fuerint viuo testatore concepti, possétque id euenire
multo faciliùs in fideicommissaria substitutione, cui
condicio illa adscripta esset, *si heres grauatus quando-
que sine liberis moreretur*, cùm possit heres multis post
aditam defuncti hereditatem annis vxorem ducere,
liberos suscipere, tum iis superstitibus mori, nullis
scilicet temporis angustiis eo casu coarctatus. † Deni- 26
que tametsi ponas in specie huius legis nullos ex fra-
tre filios viuo testatore conceptos fuisse, non eo mi-
nùs tamen verum est, quod vult Scæuola prudens
animaduerti consilium testantis, qui non tantùm fra-
trem suum, sed etiam fratris liberos prætulerit substi-
tutis, Relatione scilicet facta ad id, quod euenire po-
tuit, potiùs quàm ad id quod euenit. Nec proinde
quicquam causæ est cur cum interpretibus contrariæ
sententiæ assertoribus dicamus liberos in condicio-
ne positos, censeri debere hoc casu vocatos, vt præfe-
rantur substituto. Cùm abundè sit satisfactum & ver-
bis condicionis & voluntati testatoris, si excludant
substitutum, quomodo excludunt proculdubiò omni
casu, licèt ipsi non admittantur. † Neque enim defen- 27
di potest quod aliquando, vir quidam alioqui non in-
subtilis, dicebat, in specie huius legis singulari quo-
dam iure admittendum esse vt patruo possint ab in-
testato succedere, illi quoque fratris liberi, qui non
nisi mortuo iam auo fuerint cōcepti, si modò eo tem-
pore concepti reperiantur quo incipiat ex lege defer-
ri legitima hereditas. Quæ in proposito sicuti non
priùs deferri potest quàm testator fecerit exitum in-
testati: Ita nec priùs quàm frater heres institutus ex-
clusus sit per mortem ab adeunda hereditate. Nam
etsi in id vsque tempus pendet causa testati, quam pē-
nitus extinctam esse necesse est, priusquàm de legiti-
ma successione quæri possit, *l. si is ad quem 22. l. quandiu
39. D. de acquir. hered.* non ideò tamen fit vt capax fit
succedendi ab intestato is qui non fuit conceptus vi-
uo patrefamilias cui succedere velit. † Vnde illud etiā 28
est, quòd quamuis in suis sit successio vno illo casu
quo post testatoris mortem delatio legitimæ heredi-
tatis ex aliqua causa manserit in suspenso (sufficit e-
nim vt alij nulli ante illum, qui ab intestato succede-
re vult delata sit legitima hereditas, *l. 1. §. sciendum D.
de suis & legitim. l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. & irrit.
fact. testam. l. scripto 7. D. vnd. lib.*) non alij tamē possint
succedere, quàm qui mortis tempore vel in rebus hu-
manis iam fuerint, vel saltem concepti, *d. §. sciendum
in fin. d. l. Titius & seq. D. de suis & legitim.* † Sed illud 29
multò minùs ferre possum, quod alij volūt apud Scæ-
uolam, qui de vulgari tantùm, vt diximus, substitutio-
ne loquitur, non fuisse liberos positos in condicione
fauore patris cùm positi fuerint in eū casum, quo pa-
ter ipse ante aditam hereditatem moreretur, sed ipso-
rum liberorum intuitu vt substitutis præferrentur, à
quibus alioquin exclusi fuissent: indéque fieri conse-
quens, vt eo saltem casu intelligantur ipsi vocati ex
testamento, vt quamuis non possint admitti tanquam
heredes directò instituti, tamen admitti debeant iure
fideicommissi cùm habeant claram voluntatem de-
functi, qui eos proprio ipsorum non alterius fauore
posuit in condicione. Non nego quòd illi aiunt, non
posse videri liberos in hac specie positos in cōdicione

fauore patris, quomodo viderentur vtique si de fideicōmissaria non de vulgari substitutione tractaremus. Sed nego fuisse ideò vocatos, cū nihil prohibeat fuisse positos in condicione ad excludendum substitutū, vt ei ab intestato præferrentur, vtque causa intestati præcederet hoc casu causam testati: quemadmodū & in specie *d. l. si ita quis*. † Illud verò multò magis nego,
30 vocatos illos esse tanquam ex fideicommisso, non solùm quòd fideicommissi verba nulla proponantur, Sed etiam quia nec fideicommissum vllum comminisci possumus, quin persona aliqua sit, à qua relinqui darique potuerit. A quo autem in proposito datū præstandúmque dicemus? An à patre qui nunquam heres fuerit? Minimè. Fiūt.n. fideicōmissa in casum agnitæ hereditatis, nec aliter valere possūt quàm si hereditatis ex testamento adita proponatur, quoties fideicōmissū testamento relictū fuit. *l. si nemo 9. D. de testam. tutel. l. ea quam 14. C. de fideic.* An verò à substitutis?. At ne hoc quidem dici potest, cùm exclusi sint vulgares substituti per defectum cōdicionis, sub qua fuerant vocati. Neque verò si semel admissi essent, fieri vnquam posset vt ad liberos in condicione positos bona recurrerent, siue testamentariæ, siue legitimæ successionis, aut fideicommissi iure. An deniq; à legitimis heredibus? Atqui ponimus, non alios fuisse testatori legitimos heredes agnatósve proximiores, quàm hos ipsos fratris instituti liberos positos in condicione, quos etiā dicimus prælatos fuisse ab intestato. Concludendum igitur est, Nullos prorsus casu liberos positos in condicione, vocatos dici posse ex testamento, neque directò, neque per fideicommissum, siue directa substitutio facta sit, siue precaria.

CAPVT XX.

Ad §. ex facto l. ex facto 17. ff. ad SC. Trebel.

SVMMARIA.

1 *Ex hoc §. probari, liberos in fideicommissi condicione positos, non censeri esse in dispositione.*
2 *Species eius §.*
3 *Distinctionis in h. § propositæ effectus.*
4 *Quid sibi velit ICtus in d. §. quum ait, liberis in condicione positis ante deportationem conceptis bona deportati nonnisi cum sua causa fisco esse vindicanda?*
5 *Quomodo Interpretes accipiant quod d. §. ait Liberos ante deportationem susceptos efficere vt fideicommissi conditio deficiat?*
6 *Ex Vlpiani sententia liberos post deportationem conceptos quasi ab alio susceptos fisco non prodesse.*
7 *Ante deportationem conceptos in hoc fisco ex eiusdem Vlpiani sententia prodesse vt fideicommissi conditionem deficere faciant.*
8 *Fideicommissi conditione deficiente fiscum omnia deportati bona retinere.*
9 *Clausulam illam* d. §. cùm bona cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda, *ad superiorem casum non pertinere.*
10 *Vlpianum in* d. §. *nullo modo dubitasse an liberi in conditione positi vocati censerentur, & otiosam huius §. quæstione fore, si in cōditione positi vocati censerentur.*
11 *Clausulam illam*, maximè cùm bona cum sua quodammodo causa &c. *non bene collocatam fuisse.*
12 *Deportati an bona omnimodo & perpetuo cum omni causa sua & onere ad fiscum deuolui.*
13 *Superiorem illam clausulam imo & totum illud eius §. responsum Triboniani esse.*
14 *Liberos in specie* d. §. *non minus post quàm ante deportationem conceptos ad extinguendam fideicommissi conditionem prodesse debere.*
15 *Verum esse non posse quod sub Vlpiani nomine Tribonianus in* d. §. *dicit, liberos post deportationem conceptos quasi ab alio susceptos non prodesse.*
16 *Conditionem illam si sine liberis decesserit, in* d. §. *propositam defecisse videri, superstitibus ex iusto deportati matrimonio liberis, licet post deportationē conceptis.*
17 *Aliam esse deportati rationem, aliam eius qui pœnæ seruus factus est.*
18 *In specie §.* si quis. d. l. ex facto *necessariam esse distinctionem an liberi eius qui seruus pœnæ factus est ante vel post pœnam patri suo irrogatam concepti sint.*
19 *Hanc distinctionem superuacuam esse post Iustiniani constitutionem quæ hominem liberum pœnæ seruum per sententiam fieri vetat.*
20 *Distinctionem de liberis ante vel post deportationem conceptis reijciendam esse.*
21 *Iacobi Cuiacij de hac quæstione sententia refellitur.*

QVoniam † huius loci mentionem aliquam fecimus in præcedentibus, de ipsius quoque sententia dicendum nobis est. Nam & occurrit inter cæteros, de quorum interpretatione tractant nostri, cùm disputant, Vtrum liberi in fideicommissi condicione positi, sint etiam in dispositione, Ex eóque mouentur qui nobiscum negant esse, nec malè meo iudicio. Idipsum enim probat, nisi fallor, apertissimè. † Rogauerat 2
quædam mulier filium suum, vt si sine liberis decederet hereditatem restitueret fratri suo. Is postea deportatus, in insula liberos susceperat. Quærebatur apud Vlpianum, an fideicommissi condicio defecisset. *Placet* Vlpiano, Conceptos quidem ante deportationem licèt posteà edantur efficere vt condicio deficiat, post deportationem verò quasi ab alio susceptos non prodesse. Maximè, inquit, cùm bona etiam cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda. † Quis verò hu- 3
iusmodi distinctionis effectus est? Vnus ille, quòd cùm fideicommissi condicio deficit, propter liberos ante deportationem conceptos, bona omnia deportati ad fiscum pertinent ex sententia deportationis, quæ bonorum omnium publicationem semper comitem habet. Ad quem tamen pertinere non possent, si fideicommissi condicio extitisset, quia in bonis fideicommisso subiectis fideicommissarius fisco præfertur, & cùm nō possint ad fiscum peruenire bona cuiusquam nisi cum suo onere, necesse est, vt perueniant cum onere fideicommissi, si quod debitum esse proponatur, *l. vnic. C. pœn. fiscal. cred. præf. lib. 10. tit.* 7. † Atqui si liberi positi in condicione hoc ipso voca- 4
ti intelligerentur, dicendum esset eos, qui ante deportationem concepti fuissent, non magis fisco prodesse ad augendum publicationis emolumentum, quàm si post deportationem concepti probarentur, quia ipsi non modò fideicommissarium excluderent tanquam defectum condicione, sed etiam fiscum, hactenus saltem, vt si fiscus vniuersa deportati bona ante susceptos liberos occupasset, fideicōmissum tamen ad quod illi vocati essent, iisdem restituere teneretur. Id enim est quod lex ait, bona deportati non nisi cum sua causa fisco esse vindicanda. Et ita Bartolus locum hunc intelligit, ac post eum cæteri veteres ferè omnes qui nec dubitarunt, quin positi in condicione liberi nullo modo vocati viderentur. At illi quibus contraria sententia placet, negant rectam esse interpretationem. † Volunt enim hoc ipsum, quod lex ait, 5
Liberos ante deportationem susceptos efficere, vt deficiat condicio fideicommissi, sic accipi debere, vt ipsi commodum sentiant ex fideicommisso illo tacito, quod in bonis testatoris post patris mortem iis relictum intelligatur: Propterea quod non potuerint

fisco deferri nisi cum sua causa. Húncque sensum es-
se illorum verborum, *maximè cùm etiam bona quodam-
modo cum sua causa fisco sint vindicanda.* Clausula enim
illam in fine responsi positam, ad omnia præcedentia
referri debere *ex leg. talis scriptura 30. in fin. de legat. 1.*
Quomodo illi contra Bartolum ratiocinantur. Sed
6 parum subtiliter si quid video. † Nam quod Vlpianus
ait, filios post deportationem conceptos quasi ab alio
susceptos non prodesse, nullum penitus alium sensum
habere potest, quàm vt non prosint fisco, De quo e-
nim alio Vlpianus sensisset? An fortè verendum erat,
ne quis putaret eos prodesse patri deportato ad eu-
tandam pœnam, quæ iam inde antequam suscepti es-
sent fuerat irrogata non solùm per sententiam, sed
etiam per subsecutam sententiæ executionem? Nimis
verò ridiculus ille esset, qui vel per somnium id puta-
ret. Ergo cùm Vlpiani sententia manifestissima illa
sit, vt liberi post deportationem concepti, quasi ab a-
lio suscepti, non prosint fisco. In liberis verò ante de-
portationem conceptis licèt post editis, aliud consti-
7 tuendum putauerit. † Prorsus consequens est vt non
dubitauerit, quin liberi ante deportationem concepti
fisco prodesse deberent. In quo autem prodesse? Nisi
in eo vt facerent deficere fideicommissi condicioné.
Contra quem igitur, nisi contra fideicommissarium
ad eum excludendum? Atqui non prodessent fisco, si
ius ita esset, vt illi ipsi qui fideicommissarium exclu-
derent per defectum condicionis, ad fideicommis-
sum inuitati censerentur. Quid enim propter eos lu-
craretur fiscus, qui in vtrumque casum aut fideicom-
missario fratri heredis rogati, eiusdémque deportati,
aut ipsius liberis fideicommissum restituere deberet?
Aut quid eius potest interesse, an illi an istis fidei-
8 commissum restituat? † Igitur vt verú sit quod Vlpia-
nus ait, prodesse fisco liberos qui ex deportato ante
deportationis sententiam concepti sunt, licèt posteà
sint editi, omnimodo sic intelligi debet, vt deficiente
propter eorum existentiam condicione fideicommis-
si, quod à deportato relictum fuerat sub ea condicio-
ne, *si sine liberis moreretur*, fiscus vniuersa deportati
bona retineat, quæ alioquin fideicommissario resti-
tuere debuisset, si aut sine liberis ille decessisset, aut
eos tantùm liberos reliquisset, qui post deportatio-
9 nem concepti fuissent. † Nam quod in contrarium ob-
iicitur, clausulam illam quæ habet bona deportati
quodammodo cum sua causa fisco esse vindicanda,
referri debere ad omnia præcedentia, ideò quòd in
fine responsi posita sit, prorsus improbabile est. Nec e-
nim ad alium casum referri potest, quàm quo relictú
fuerit fideicommissum à deportato. Vlpianus verò
non aliud fideicommissum ab eo relictum supponit,
quàm quod condicionem illam habuerat, *si is sine li-*
10 *beris moreretur*. † De ipsis autem liberis an vocati es-
sent nullo modo dubitauit, at ne quidem de ea du-
bitatione cogitauit, quæ in illa vsque tempora nulli
vnquam ex prudentibus venerat in mentem. Immò
verò prorsus ociosa esset quæstio, & inanis si liberi
positi in condicione vocati censerentur. Nam siue an-
te, siue post deportationem suscepti essent liberi, fine
non deberent, vtique semper facerent, vt in omnem
casum fiscus omnimodo excluderetur: Soláque inter
liberos in condicione positos, & fideicommissarium
quæstio superesset, An pro liberis haberi deberent ad
extinguendam fideicommissi condicionem, liberi illi
qui ex deportato editi fuissent, siue ante, siue post de-
portationem concepti. Atqui non potest negari quin
Vlpianus de iure fisci dispntet, concludátque liberos
in condicione positos, si modò concepti sint ante de-
portationem fisco prodesse, non sibi, vt iam probaui-
mus. Probat ergo hic locus apertissimè, Liberos in có-
dicione positos, licèt ab ascendente non censeri vo-
caros, ne quidem quod magis est ad fiscum excluden-
dum, tametsi fideicommissarium excludant: † Illam 11
certè clausulam, *maximè cum etiam bona cum sua quo-
dammodo causa fisco sint vindicanda*, fatebor parum ac-
commodatè his verbis conceptam esse subiectámque
ei quod proximè dictum erat, susceptos post deporta-
tionem liberos, quasi ab alio susceptos, fisco non pro-
desse. Nam etiamsi bona non nisi cum sua causa per-
uenire ad fiscum possint, non eò minùs tamen pro-
dessent fisco liberi ad fideicommissarium excluden-
dum, bonáque retinenda, si ante deportationem con-
cepti proponerentur. Itaque nihil commune habet
ratio illa cum dicto: Et contrà, illo etiam casu quo li-
beri ante deportationem concepti, prodesse debeant
fisco, nó eò minùs verum est ad fiscum deuoluta fuis-
se bona illa deportati omnia cum sua causa. † Nec 12
rursus video cur in ea ratione interseri debuerit ea di-
ctio *quodammodo*. Quasi verò non omnimodo & per-
petuò verissimum sit bona deportati ad fiscum deuo-
lui, cum sua omni prorsus causa, & cum suo onere, vt
Paulus loquitur, in *l. in facto 60. §. fiscus. de cond. & de-
monst. l. cum fisco 9. D. ad SC. Silan. l. 2. §. vlt. D. si quis a-
liq. test. prohib. l. si seruus 50. §. si quis de legat. 1. l. 2. de ali-
ment. & cibar. legat. l. 3. in fin. l. recusare 6. § si fisco. D. ad
S. C. Treb. l. fiscus 6. l. dicimus 14. & pass. D. de iur. fisc.* † 13
Indéque nimirum conicicbam aliquando, quod núc
ferè ausim adfirmare Triboniani esse potiùs quàm
Vlpiani clausulam illam, paulatimque in illam quo-
que suspicionem veniebam, vt Triboniano totum re-
sponsum adscriberem, ab illis saltem verbis, *non igitur
hoc dicemus*. Neque enim sic Vlpianus loqui solet, præ-
sertim qui de se in singulari numero priùs fuerat lo-
cutus primis illis verbis. *Ex facto tractatum memini.*
Sed nec præcedentia illa redolent Vlpianum, *Quære-
batur igitur an in fideicommissi condicio defecisset.* Maxi-
mè verò subiecta statim & insulsè repetita eadem di-
ctione *igitur* in iis sequentibus, *non igitur hoc dicemus*,
quæ tamen omnia Triboniano, cæterísque composi-
toribus suam in omnibus autoritatem & sententiam
vltrò audactérque interponentibus, excidere facilè
potuerunt. Quamquam parum referret cuiusnam es-
set responsum, Vlpiani an Triboniani, si distinctio il-
la, de liberis ante vel post deportationem conceptis,
rationi iuris conueniret. † Sed me illud magis mouet, 14
quod abhorret à iuris ratione. Constat enim matri-
monium non solui deportatione, vel aquæ & ignis
interdictione *l. sed si alia 5. §. 1. D. de bon. damn. l. res v-
xoris 24. ver. sin autem. C. de don. inter vir. & vx. Nou. 22.
de nupt. cap. 8.* Nimirum si casus in quem maritus inci-
dit, non mutet vxoris adfectionem, vt elegantet & a-
pertè scriptum est in *l. 1. C. de repud.* Alioqui si mariti
fortunam sequi molier nollet, proculdubiò matrimo-
nium dissolueretur. *leg. si quis sic stipuletur 56. D. solut.
matrimon.* quæ sic omnino accipienda est. Cùm igitur
post deportationem quoque matrimonium, si vxoris
consensus duret, ac proinde idem numero matrimo-
nium sit & maneat quod fuerat ante deportationem,
planè non video cur liberi ex eo matrimonio quam-
uis post deportationem concepti, non debeant pro-
desse ad extinguendum fideicommissi condicionem,
haud secus ac si ante deportationem concepti essent,
cùm fieri nequeat, vt veri liberi & legitimi non sint,
qui sunt ex vero matrimonio, nec rursus vt ex alio ho-
mine suscepti videantur, qui ex eodem matrimonio
suscepti sunt. † Quomodo enim idem matrimonium 15

dici posset, si mariti persona per pœnam deportatio-
nis mutata esse intelligeretur? Aut quomodo nouum
& aliud matrimonium dici deberet, quod in eo sta-
tu, id est, post deportationem cum eo contrahi am-
plius non posset? Multa siquidem facta durant, quæ
fieri probibentur, & longè difficilius est contrahi
matrimonium, quàm quod iam contractum fuerat
retineri, *leg patre furioso.8.ff. de his qui sui vel alien. iur.
sunt*. Matrimonium enim non nisi inter ciues Roma-
nos contrahitur. *§.primo.Instit.de nupt.* Contractom
tamen inter eos quoque retinetur, qui ciuitatem Ro-
manam amiserunt, dummodò retinueriot liberta-
tem, quam certè retinet deportatus. *dict. leg.5.de bon.
damnat.* Ergo non potest verum esse quod sub Vlpia-
ni nomine Tribonianus vt hanc suam distinctionem
adstrueret, ita scripsit, *post deportationem verò susceptos,*
16 *quasi ab alio non prodesse.* † Cùmque certissimum
sit, quod iam sæpius alibi monuimus, condicio-
num verba naturaliter non ciuiliter esse accipienda,
*leg.qui heredi 44.leg.Mæuius.55.de condic. & demonstr.
leg. heredibus 77.§.1.ff. ad Senatusconsultum Trebellia-
num.* Planè non video cur huiusmodi condicio, *si sine
liberis*, non deficiat superstitibus ex iusto deportati
matrimonio liberis, licèt post deportationem con-
ceptis. Nam si naturales qooque liberi, id est, à na-
tura sola non etiam à lege cogniti faciunt, vt fidei-
commissi sub eadem condicione relicti condicio de-
fecisse intelligatur, quemadmodum in §.præceden-
te Vlpianus ex Papiniano scribit, vtique sunt isti
plus quàm naturales, qui etiam legitimi nascun-
17 tur, licèt non in patris potestate † Fefellit Tribo-
nianom quod in ea specie, quam Vlpianus tractat in
§. sequenti, talem distinctionem videtur probare iis
verbis, *sed si seruus pœnæ fuerit constitutus nullo antè
concepto filio.* Verùm debuit animaduertere quod ex
eodem illo §. probatur optimè & apertissimè, aliam
esse rationem deportati, aliam eius qui seruus pœnæ
factus sit. Deportatus enim licèt amittat ciuitatem,
retinet tamen libertatem, vt diximus, & consequen-
ter matrimonium. At is qui seruus pœnæ factus est,
puta in metallum damnatus, cum ciuitate amittit e-
tiam libertatem, & ideò cum exinde pro mortuo ha-
beatur, quia seruitus adsimilatur morti, *leg. intercidit
59. in fin. de condic. & demonstrat.* non magis retinere
matrimonium potest quàm contrahere, *dicta lege
quinta, de bonor. damnat. dict. leg. res vxoris 24. Codice*
18 *de donatio. inter vir. & vxor.* † Itaque in illo, qui
seruus pœnæ factus liberos reliquit, cùm esset roga-
tus hereditatem restituere, *si sine liberis moreretur*,
necessaria est illa distinctio, An liberi concepti
sint ante pœnam irrogatam ex condemnatione, an
post, quoniam qui postea concepti sunt non possunt
videri concepti ex eo homine, qui non modo matri-
monium liberósve habere non potuerit, sed nec vi-
tam habuisse intelligatur. † Sed hoc inspecta iuris ve- 19
teris ratione. Nam hodie post Iustiniani constitutio-
oem *Nouell.22 de nupt.dict.cap.8.* nulla hac parte diffe-
rentia est inter deportatos & in metallum damnatos,
postquàm placuit Iustiniano neminem bene natum
fieri posse seruum pœnæ per sententiam. Consequens
enim est, quod ibidem Iustiniaous constituit, vt nec
matrimonium quod antea bene contractum fuerat
per huiusmodi pœnæ irrogationem dissoluatur, at-
que ita vt siue ante, siue post sententiam concepti ex
eo liberi, prosint fisco ad excludendum fideicommis-
sariom tanquam defectum condicione, si fideicom-
missum petere quandoque velit. † Ex qoo magis 20
intelligimus, quàm verùm sit, quod nos contra Tri-
booianum disputamus, in eo herede rogato qui de-
portatus tantùm non etiam in metallum damna-
tus fuisset, huic distinctioni De liberis ante vel post
deportationem conceptis, locum esse nunquam po-
tuisse, quia nunquam ita ius fuit, vt deportatione
matrimonium dissolueretur, si modò casus mariti
non mutasset vxoris adfectionem, quam porrò mu-
tatam non fuisse necesse est, quoties post deportatio-
nem quoque mulier ex eodem marito liberos con-
cepisse proponitur. † In eoque miror errasse virum 21
doctissimum Iacobum Cuiacium, qoi supradictas
leges quasi pugnantes non aliter sibi visus est conci-
liare posse, quàm si diceret, matrimonium deporta-
tione non dissolui iure gentium, sed iure Qoiritium
dissolui, quod falsum esse constat satis ex superiori-
bus, sed constabit etiam apertiùs ex iis quæ de tota
illa quæstiooe pluribus tractaturi sumus in prima
parte operis nostri nondum editi, *nec absoluti*, cui ti-
tul. erit *Iurisprudentia scientia.* Cuius absoluendi e-
dendique studio mirabiliter vrgemur, nec labori vlli
parcimus, vt quod semper satagimus, nouo docendi
iuris, scribendique genere, studiosorum com-
moda & diligentiam, DEO OPTIMO
MAXIMO annuente, quantum
io nobis erit ad-
iuuemus.

ANTONII



ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARIJ,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus octauus.

CAPVT I.

Insignis Triboniani error in interpretanda Marcelli ad Iulianum nota in l. quamuis. 8.§.si mulier.D.ad Senatusconsult. Velleian.

SVMMARIA.

1 *Muliere apud Primum pro Secundo, mox pro Primo apud creditorem eius interueniente duas intercessiones ex Iuliani sententia factas censeri.*
2 *Marcellum distinxisse vtrum hoc actum fuerit vt mulier initio in Primi locum subdatur, an verò quasi debitrix delegetur.*
3 *Primo distinctionis casu ex Marcelli sententia vnicam intercessionem esse.*
4 *Marcelli sententia contra Bartolum asseritur.*
5 *Quis sit huius quæstionis & distinctionis effectus?*
6 *Iuliani inductio in* d. §. *ex sententia sua quænam fuerit.*
7 *Quænam è contrario fuerit Marcelli sententia eo casu, quo nonnisi vnam intercessionem a muliere factam existimauit?*
8 *Primo distinctionis casu nullam pro Secundo apud Primum intercessionem esse, nec proinde vllam actionem Primo aduersus Secundum restitui posse.*
9 *Quid in sententia Marcelli interpretatione Interpretes (fefellerit.*
10 *Muliere à Primo eius creditori delegata, licèt duplicem intercessionem fingamus, vnam tantùm dari ex Velleiano exceptionem.*
11 *Delegatione debitoris ritè facta obligationē ex qua delegatus delegauti tenebatur, & delegantis qui proprio creditori obstrictus erat, more nouationis euanescere.*
12 *An Marcellus eo casu quo vnam duntaxat intercessionem à muliere factam existimauit, nullam mulieri daturus fuerit exceptionem aduersus Primi creditorem ex delegatione agentem.*
13 *Quis sit sensus horum verborum* d. §. Exceptionem ei Senatusconsulti Marcellus non daret?
14 *Primam visionem in* d. § *hanc esse, quam mulier quasi debitrix delegata est.*
15 *Versiculum,* sed condemnata, *vsque ad finem* d. § *si mulier a Triboniano Marcelli notam non intelligente perperam additum fuisse.*
16 *Reprehenditur quod in* d. vers. *Tribonianus ponit, mulierem condemnatam, aut omnino condemnandam esse creditori cui a Primo fuerat delegata.*
17 *Inauditum quoque esse quod ibidem tradit, mulierem condemnatam ei conuenire posse a quo delegata fuit.*
18 *Mulieri potius succurrendum esse aduersus eum cui obligata est, quam aduersus eum à quo fuit delegata ac proinde liberata.*
19 *Mulieri contra Senatusconsultū obligata tunc demum condictionem dari aduersus eum cui obligata est, quū vel iam soluit, vel pro eo haberi debet ac si soluisset.*
20 *Vlpianum in* d. *§. si condictionem dandam potuisset aduersus Primi creditorem cui mulier erat delegata daturum fuisse.*
21 *Marcellum eo casu quo vnam tantùm intercessionem à muliere factam putauit, non id egisse, vt mulieris conditionem duriorem faceret.*
22 *Velleianam exceptionem ei cui delegatio facta est perinde atque deleganti obijci posse.*
23 *Verba illa,* vbi quasi debitrix delegata est, *post hæc verba,* in prima visione *ab aliquo Interprete addita fuisse.*
24 Visionis *nomen veteribus ICtis prorsus insolens & nunquam vsurpatum fuisse.*

LPIANVS † *in l. quamuis. 8. §. si mulier. D. ad SC. Velleian.* refert ex Iuliano lib. 12. Dig. Si mulier apud Primū pro Secundo interuenerit, mox pro Primo apud creditorem eius, duas intercessiones factas esse, vnā pro Secundo apud Primū, alteram pro Primo apud creditorem ipsius, ideóq; & Primo restitui obligationē & aduersus eum. † Subiicit autē eam Iuliani sentētiam à Marcello, qui ad Iulianum notas scripsit, notatam fuisse, quasi in proposita quæstione distingui oporteat. Vtrum hoc agatur vt ab initio mulier in alterius locū subdatur, & onus debitoris à quo transferre obligationē creditor voluit, suscipiat, an verò quasi debitrix delegetur. *Scilicet,* inquit lex, *vt si quasi debitrix delegata est, vna sit intercessio.* Hæc verò interpretatio, vt hinc exordiamur, vera esse meo iudicio non potest. Nam si ponas mulierē hanc quasi debitorem Primi propter interuētionem quam apud Primū pro Secundo fecerat, delegatam esse creditori Primi, fatendū necessariò est duplicem esse mulieris intercessionē, Vnā ex qua parte delegata est à Primo creditori eius (intercedit namque mulier, quæ patitur se delegari ab eo cuius verè debitrix antea nō fuit, *l. debitrix. 24. D. eo. l. 2. C. eo.*) Alteram, ex qua parte *quasi debitrix Primi,* quia non potuit Primi debitrix esse tēpore secundæ delegationis, nisi quatenus apud Primum iam interuenerat pro Secundo. Ea namque interuentio fecerat debitricem Primi, vt mox creditori Primi quasi debitrix delegari posset.

3 † Neq; tamen negari potest quin Marcelli Iulianum reprehendentis mens illa fuerit, vt probaret altero distinctionis casu vnicã duntaxat intercessionẽ esse. Iulianus n. scripserat indistinctè duas factas intercessiones. Et certè ita est, vt vna tãtum intercessio facta videri debeat, si, vt habeat prima pars distinctionis, hoc actum proponatur, vt ab initio mulier in Primi locũ subderetur, & susciperet in se onus debitoris, Primi videlicet, à quo creditor trãsferre volebat obligationem, & consequenter, vt subtilior ita verior est Marcelli sententia, quàm Iuliani, licèt contrà Bart. putet. 4 † Etsi.n. ponimus vtroq; casu interuenisse mulierem etiã apud Primum pro Secundo, & quidem antequã interueniret pro Primo apud creditorẽ eius (alioqui non esset Marcelli ad Iulianum nota satis accõmodata:) non tamen facit ea interuentio vt omnimodo pro Secundo apud Primũ intercessisse videri debeat si nec habuit animum intercedẽdi, quomodo non potest videri habuisse cùm id egit vt ab initio intercederet pro Primo, .i. priusquàm de suscipiẽda Secundi apud Primum obligatione cogitaret. Siquidẽ nõ tã quid factũ quàm quid actũ sit inspici debet. quoties de illo quæritur, An in fraudem senatuscõsulti aliquid gestũ sit, nécne: Videturq; prima illa interuentio mulieris pro Secundo apud Primũ non aliã causam habuisse, quàm vt subsecutæ delegationi color quæreretur, ne cõtra Primi creditorẽ cui mulier delegabatur, posset illa iuuare se æquitate Senatuscõsulti, non secus ac si reuera Primi debitrix fuisset. Cùm tamen id omnino ageretur, vt nõ Primi debitrix fieret. sed eius qui Primũ habebat sibi obligatum. † Quis vero huius quæstionis & 5 distinctionis effectus esse potest, ne frustra Marcellus à Iuliano dissenserit, vnáq; hoc casu non duplicẽ scripserit factã esse intercessionẽ: is nimirũ, si bene coniicio, qui sit ei contrarius, quem Iulianus inducebat ex sua illa duplicis intercessionis assertione. † Indu- 6 ctio illa erat, vt quia duæ essent intercessiones, duplex quoq. fieret restitutio veteris & pristinæ obligationis. Vna in fauorẽ Primi aduersus Secundũ. Altera in fauorem præcipui creditoris aduersus Primum. Id.n. est q; ex Iuliano Vlp. scribit *& ideo & Primo restituit obligationem, & aduersus eũ.* † Ergo à cõtrario sensu Mar- 7 celli sententiã illã fuisse fatendũ est, vt quo casu non nisi vnã intercessionẽ à muliere factã existimauit, vnicã quoq. duplicem veteris obligationis restitutionem fieri crediderit. Cuiusnã autẽ? An illius fortasse quæ Primo competierat aduersus Secundũ? Minimè vero. Neq; n. hac parte intercessionẽ vllã à muliere factam esse Marcellus existimauit, nisi altero illo casu quem nos nõ tractamus, quo mulier tanquã Primi debitrix creditori eius fuerit delegata. Alioqui nõ possis dicere, quid ille sibi voluerit, cùm vnã duntaxat intercessionẽ factã esse scripsit, quádoquidẽ negari nequeat, quin reuera intercesserit mulier pro Primo apud creditorẽ, cui se delegari passa est pro debito alieno, cum 8 primo nihil ipsa deberet. † Vt proinde fatendũ necessario sit, vel duas semper esse intercessiones, quod Iulianus dicebat, vel nullã in proposita specie pro Secũdo apud Primũ: cui planè consequens est, vt nec vlla actio restitui possit Primo aduersus Secundum: quoniã ea demũ actio per prætorẽ restituitur quæ propter mulieris intercessionẽ prorsus extincta esset, nec vnquã resuscitanda si mulier senatusconsulti auxilio nõ adiuuaretur. Estq; omnino inauditum, vt vbi mulieris intercessio nulla est. restitutio aliqua fiat, quia necesse est, at ne quidem, vt ita dicã possibile restitui actionẽ, quia nunquã fuerit perempta. Nam & ob eã caussam restitutoria illa actio dicitur etiam rescissoria *in l. si mulier 16. C. ad SC. Velleian.* quód non nisi rescissa mulieris intercessione competat, & propter ipsam rescissionem. Adeò, vt si cùm nulla præcederet obligatio, mulier nihilominus id egerit intercedendo, vt quam obligationẽ alius contracturus erat ipsa in se susciperet, restitutoria actio creditori nulla dari possit. sed ea potiùs quæ instituat magis quàm restituat actionem, vt perinde obligetur is cuius futurã obligationẽ mulier suscepit, & eodem obligationis genere quo ipsa mulier est obligata: quemadmodum idem Vlp. noster tractat eleganter *§. si cùm essem pen. d. l. quamuis.* † Atq. 9 ita ni fallor Marcellum interpretati fuissent omnes, si ab illis verbis, *an vero quasi debitrix delegetur*, aliam planéq; diuersam interpretationẽ in ipso Vlpiani cõtextu obseruassent. Sed ne Marcelli & Vlpiani sensũ sanè perquàm subtilẽ essequi potuerint. Obstitit primùm clausula & interpretatio illa quã nos falsam esse iam docuimus, *scilicet vt si quasi debitrix delegata est, non sit intercessio.* Tum & multò magis quod sequitur, *Proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione vbi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei senatusconsulti Marcelli non daret.* Contra quem verò non daret? An contra Primum agentem ex interuentione facta pro Secundo? Atqui de exceptione quod ad Primum attinet, tractari nullo modo potest, quia neq; actio vlla est quæ Primo competat ex interuentione illa facta pro Secundo, nec proinde quæ possit elidi per exceptionem. † Ponimus. n. eandẽ mulierem mox 10 à Primo delegatam fuisse creditori, atq; ita per delegationem desiisse debitricem esse Primi, factámq; debitricẽ creditoris, qui à Primo ad mulierem transferre voluit obligationẽ. Itaq. tametsi secundũ Iulianũ duplex sit intercessio. non tamen in ea Iulianus fuit aut esse quisquam possit sententia, vt duplex etiã sit exceptio, quæ ex Velleiano detur aduersus duplicem illam intercessionẽ, cùm vna tantùm sit actio, nimirũ ex delegatione facta pro Primo apud creditorem eius, quæ sicuti mulierẽ obligauit Primi creditori, ita & à Primo eam liberauit. Fieri siquidẽ nequit, vt idẽ sit debitor delegantis & eius cui delegatur, imò verò per delegationẽ transfertur obligatio à delegante ab eo in cuius commodũ fit delegatio, *l. delegare est. 11. & duab. seqq. D. de nouat.* † Cúmq; delegatio nouatio sit, *l. si quis* 11 *absente 22. eod.* nemo dubitat quin delegatione personæ ritè facta, iure nouationis verostior cõtractus euanuerit *l. 2. § vl. & pen. C. eo* qui. n. debitorẽ suũ creditori delegat pecuniã dare intelligitur, *l. qui debitorem 18. D. de fideiuss.* & cõsequẽter eã ipsam pecuniã quasi breui manu à debitore suo accipere. Vnde fieri necesse est. vt vtrimque tollatur obligatio & delegati ex qua parte delegãti tenebatur, & delegãtis qui proprio creditori obstrictus erat, soláq. supersit obligatio illa quæ per delegationem nunc primùm contrahitur à delegatò in eius fauorẽ cui delegatio fit. Id. n. est quod *in §. interdum d. l. quamuis*, idẽ Vlp. noster subiicit, Soluere cũ quoq. [illegible] delegat: & Paulus *in l. inter caussas. 26. § abesse. D. mandat.* abesse intelligi pecuniã fideiussori etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori, licèt is soluendo non fuerit, quia inquit, bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum. † An er- 12 go supradicta Vlpiani verba sic intelligemus, vt non fuerit Marcellus mulieri daturus exceptionẽ Velleiani aduersus creditorem Primi agentẽ ex delegatione, nimirũ illo casu quo vnã dũtaxat intercessionẽ à muliere factã esse existimauit? At ne hoc quidem dici potest. Nullus. n. omnino casus est in quo Marcellus credere potuerit non intercessisse mulierẽ, quæ à Primo se delegari passa est, cùm fateatur omni casu saltẽ

vnam

vnā esse intercessionē. Nā vna illa vel prorsus nulla, vel
si qua est, ea est quæ inducitur ex delegatione. Quòd
si intercessio est, ergo admittit exceptionē senatuscō-
sulti quod de fœminarū intercessionib. factum fuit. †
13 Nec proinde dici potest quo sensu donari queāt verba
illa *exceptionem ei SCti Marcellus non daret.* Multò
minùs verò si ea retineas quæ præcedūt, *in prima visio-
ne vbi quasi debitrix delegata est*, cū sit verissimū quod
iam diximus & probauimus, eo casu quo mulier quasi
debitrix à Primo delegata fuerit duplicē haud dubiè
factā esse intercessionē. Huic.n. cōsequens est vt, quā-
uis nō idcirco duplex exceptio mulieri cōpetere pos-
sit, quoniā prioris intercessionis causa per subsecutam
delegationē tota perēpta est, tamen vna saltē exceptio
cōpetat, scil. aduersus obligationē & actionē illā, quæ
sola superest ex causa factæ delegationis. Igitur vel
nullo casu, vel hoc vno debuit Marcellus exceptionē
mulieri accōmodare. † Taceo quòd si verba illa *in pri-*
14 *ma visione* sic intelligas vt significent primā partem il-
lius distinctionis quā Marcellus probabat, nō possūt
cōuenire sequētia illa *vbi quasi debitrix delegata est*. Ita
enim Marcellus scripserat *differentiam aliquam esse v-
trū hoc agatur vt ab initio mulier in alterius locum subda-
tur, & omnis debitoris à quo obligationē transferre creditor
voluit, suscipiat, an vera quasi debitrix delegetur.* Secunda
itaq; nō prima visio & species illa Marcello fuit si mu-
lier tāquā debitrix delegetur: essétq; hic error ei per-
similis quē nos obseruauimus lib. 1. c. 3. in *l. Mæuio. 41.
§ n. de leg.* 2. quo loco verba illa, *vbi vir vxori relegat*, mo
nuimus addita esse ab imperito interprete, distinctio-
nē quā Iauolenus eo respōso tradit, malè ac perperam
accipiente, & ad primā distinctionis partē referente,
quod referre debuerat ad secundā. Neq; tamē simili-
ter possum persuaderi vt errorē hinc quē nunc primū
patefacio, adscribam interpreti. Quis enim interpres
quantūuis audax & imperitus tot verba, támq; longā
interpretationē textui inserere ausus vnquā fuisset? †
15 Triboniano potiùs succēseo, qui cū Marcelli notā nō
intelligeret, eámq; sic acciperet, quasi mulieri dānosa
esset in eo quod senatusconsulti exceptionē Marcel-
lus mulieri dare nollet, fauens ille more suo lōgè plus
æquo fœminis, putauit scil. vir bonus aut corrigendā,
aut certè temperandā Marcelli notā: addita etiam to-
ta illa clausula quæ sequitur, & ex qua tantò manife-
stiùs fiet, quod volumus neq; Vlpiani, neq; Marcelli
esse interpretationē hanc quā nos damnamus. Sic.n.
subiicit, *sed condemnata vel ante condemnationē condicere
vtique ei à quo delegata est poterit, vel quod ei abest, vel si
nondū abest, liberationē.* Quid obsecro dici potuit insul-
sius, adeóq; mulieri ipsi damnosius? † Ponit mulierem
16 cōdemnatam, aut omnimodo condemnandā, scil. cre-
ditori cui à Primo fuerat delegata, quasi secūdū Mar-
celli sententiam altero saltem distinctionis casu non
fuerit illa Velleiani exceptione adiuuanda: Cū tamen
neq; Iulianus, neq; Marcellus, neq; Vlpianus, nec de-
niq; alius quisquā ex prudentib. dubitare vnquā po-
tuerit, quin aduersus eam intercessionem quā pro Pri-
mo mulier fecisset, patiendo se delegari, iuuanda esset
æquitate senatusconsulti, non condemnanda. Nemo
autem negauerit longè vtilius fore mulieri si nō con-
demnetur quàm si cōdemnatæ aut condemnandæ ac-
cōmodemus cōdictionem, præsertim aduersus alium,
qui fortasse nō sit soluendo: quo saltem casu fatendū
est illusoriū & inane auxiliū illud fore, quod mulieri
præstat Tribonianus. † Quod verò idem ille vult, pos-
17 se mulierem ei condicere à quo fuit delegata prorsus
nouū est, & inauditū. Perinde naq; est ac si quis dice-
ret posse illā ei cōdicere à quo fuit liberata; cū per de-
legationem vt diximus contingat ipso iure liberatio.
Atq; fieri nō potest vt debitori qui delegatur nō sit v-
tilis delegatio ex qua parte liberatur à primo credito-
re. Nec igitur fieri vlla ratione potest vt aduersus eum
creditorem à quo liberatus fuit vllā eo nomine acqui-
rat actionem, multò minùs verò cōdictionem quę nec
alij dari solet q̄ ei qui est aut aliquando fuit creditor,
nec aduersus aliū q̄ debitorem, ipso iure potius q̄ ex
æquitate vlla liberatū. Fateor mulierem quæ delega-
tur, ita liberari à proprio creditore, vt tamen nouā o-
bligationē cōtrahat, & creditori creditoris sui fiat ob-
noxia, Ex eáq; causa nō nego æquissimū esse vt nil ob-
stante illa liberatione ipsi succurratur. † Sed hoc con- 18
tendo succurrendū ei esse aduersus illum cui obligata
est, nō aduersus eū à quo fuit liberata Nā & proditum
est his solis condicendū esse quib. quoquomodo solu-
tū fuit nō quib. solutio proficit, *l. his solis. 49. ff. de cond.
indeb.* Et rogo quænā causa satis iusta esse potest ꝓpter
quā succurrendū sit mulieri per condictionē siue ad-
uersus delegātē, siue aduersus eū cui fuit delegata, nisi
quia ꝓ alieno debito intercessit? At inducit ea res ex-
ceptionē senatuscōsulti, & quidē contra eū solum, cui
mulier obligata est, nō etiā condictionem. † cui vtiq; 19
locus esse nō potest nisi vno illo casu, quo mulier con-
tra senatuscōsultum obligata vel iā soluerit, vel ꝓ eo
haberi debeat ac si soluisset, puta si debitorem suum
delegauerit, vt idē Vlpianus subiicit *in d. l. quamuis. §.
interdum*, vbi quod ait interdum mulieri intercedenti
etiā cōdictionē dandā esse, an nō ostendit apertissimè
nullā eousq; ab Vlpiano tractatum esse casum, in quo
existimauerit cōpetere mulieri cōdictionem? Tantùm
abest vt in eo ipso §. qui proximè præcedit, condictio-
nem ille mulieri accommodauerit aduersus delegan-
tem Nā & illo casu quo dat mulieri cōdictionem, dat
vtiq; cōtra eum ipsum cui mulier fuit obligata & cui
soluit ipsa aut soluisse intelligitur. † Ergo & in ꝓposi- 20
ta specie si mulieri cōdictionem dandā Vlpianus pu-
tasset, dedisset vtiq; contra Primi creditorem cui erat
illa delegata, & qui per delegationem solus mulieris
creditor factus erat, non contra Primum à quo iam e-
rat liberata. Sed & in eo grammaticum mendum est
quod Tribonianus ait mulierem cōdicere posse quod
sibi abest: sibi enim scribendū erat non ei. Duo sunt q̄
Tribonianum videntur fefellisse. Vnum illud, quod
putauit Marcellū nō aliā ob causam à Iuliano dissen-
sisse, q̄ vt eo casu quo vna tantum mulieris intercessio
esset, Senatuscōsulti exceptionē mulieri denegaret. †
Cū è contrario non id egerit Marcellus vt duriorē fa- 21
ceret mulieris conditionē, sed potiùs vt negaret resti-
tuendā Primo actionē in Secundū, quam tamen resti-
tuendam esse dixerat Iulianus, in quo nullū mulieris
damnū est, cuius nec quicquā interest an ea actio Pri-
mo restituatur nécne, cui nimirū sufficit quod neque a
Primo conueniri potest interuētione facta ꝓ Secun-
do, quandoquidē ab eo liberata est per delegationē,
&, si liberata non esset, haberet nihilominus exceptio-
nē Velleiani, neq; à creditore cui delegata est, ꝓpter
exceptione perpetuā, quā habet ex senatusconsulto
aduersus intercessionē. † Iisq; secūdus Triboniani lap-
sus fuit, quod existimauit fortasse exceptionē senatus- 22
consulti quā obiicere mulier poterat aduersus Primū
agentē ex interuētione apud se facta pro Secūdo, non
posse obiici creditori cui facta est delegatio, *ex l. si quis
delegauerit, 12. ff. de nouat.* Nec animaduertit differre
hac parte exceptionem Velleiani, ab exceptione doli
Macedoniani, & cæteris huiusmodi, hactenus vt per-
inde possit obiici ei cui delegatio facta est atq; ipsi de-
leganti, quoniā in delegatione quoq; & secunda pro-

missione perinde ac in prima intercessio est, vt Paulus eleganter tractat *in l. dolo. 19. §. aduersum eod.* vbi subiicit eandē causam esse mulieris & minoris qui circūscriptus delegatur, quia, inquit, si etiā nūc minor est rursū circūuenitur. Aliter quàm si excesserit ætatem viginti-quinq; annorū, quāuis adhuc possit restitui aduersus
23 priorē creditorē. † Etsi autē videtur mihi tota illa additio Triboniano potius q̃ interpreti, vt iā dixi, adscribenda, probabile tamē est post ea Triboniani verba, *in prima visione* subiectam esse ab interprete imperitiore hanc interpretationē, *vbi quasi debitrix delegata est*, ne alioqui fatendū sit non solū cū Iuliano, Marcello, Vlpiano & Iurisconsultis omnibus, pugnasse Tribonianū, sed etiā cū seipso, qui ad primā visionē retulerat, non ad secundā, quod de Velleiani exceptione mulieri deneganda, tanquā ex tacita Marcelli sententia diuinauerat. Non. n. prima visio illa fuit Marcello, sed secun-
24 da, si mulier quasi debitrix delegetur. † Vt verò Triboniani manū agnoscā mouet me etiam hoc ipsum *visionis* nomē quod Triboniano familiare, prudentibus verò prorsus insolens est, & nūquam quod sciam vsurpatū. Nā quod *in l. sed etsi lege. 25. adeo autē. ff. de pet. hered.* scriptū legimus *tribus visionibus relatis*, itémq; *in l. si fideiussor. 29. § pen. ff. mandat. & l. cū de indebito. 25. § pe. ff. de probat.* mihi æquè suspectū est, facitq; vt illos quoque locos nō minus, quā hūc à Triboniano corruptos esse existimē. De quo dicā c. seq. Sanè eo *visionū* nomine Tribonianus vsus est in constitutione *De confir. D. §. si quid autē. 14.* in illis verbis. *& in his partibus in quibus perfectissime visiones expositæ veterum fuerant* Visiones latinè vocans quas græca cōstitutio θεωρίας appellat. Holander malè hic legebat *diuisione*. Pessimè Ioānes vetus glossator *fideiussione*, vt refert Azo, ex cuius glossa magna, si quis eā legere volet, facilè perspiciet q̃ parum sibi vterque satisfecerit in obscurissimi & corruptissimi loci huius interpretatione, nec ferè dubitasse Azonem quin Vlpiano aliquis manus intulisset, ab iis ipsis verbis quæ nos Triboniani esse contēdimus.

Capvt II.

Indicantur aliæ Triboniani additiones in l. sed etsi lege. 25. §. adeò. D. de pet. hered.

SVMMARIA.

1 *Eum qui hereditatem ad alium pertinentem bona fide possedit & consumsit non nisi in quantum locupletior factus est hereditatis petitione teneri.*

2 *An, si quis se ex asse heredem putans quum nonnisi ex parte esset, partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumpserit nec locupletior factus fuerit, de ea parte coheredi vel coheredibus teneatur?*

3 *Dubitandi ratio in illa quæstione quænam fuerit?*

4 *Triboniani esse quicquid in d. §.* adeò. *ab illis verbis* sed in proposita quæstione, *vsque ad finem eius §. legitur.*

5 Visionum *nomen in illa Triboniani additione pro opinionibus accipi.*

6 *Tres in proposita illa quæstione visiones seu opiniones à Triboniano afferri.*

7 *Variis rationibus probatur versiculum suprà notatum Triboniani totum esse.*

8 *Marcellum in d. § de tribus coheredibus non de duobus tantum tractasse.*

9 *Heredes illos ex æquis & virilibus partibus institutos præsuppomi.*

10 *Speciem a Marcello tractatam non solùm ad testamentarios, sed etiam ad legitimos heredes & intestati successores pertinere posse.*

11 *Marcellum in dicta specie & quæstione non adeo hæsitasse vt eam indecisam relinquere voluerit.*

12 *Heredem in proposita specie, si tantum consumserit quātum ex hereditate pro parte sua ad eum spectabat, totum reliquum restituere teneri.*

13 *Quatenus per SCtum, quod de hereditatis petitione factum est, bonæ fidei possessoribus consulatur?*

14 *Contra illud Senatusconsultum factum iri, si ex Triboniani sententia in specie d. §. ex coheredum portionibus decederet quod alius coheres ex hereditate supra partem suam consumsit.*

15 *Heredem illum licèt superiore casu ex hereditate, non ex consumtione locupletior factus sit, eo tamen lucro priuandum esse.*

16 *Grauata ære alieno hereditate, de coheredum portionibus aliquid decedere oportere.*

17 *Ita tamen vt possessor ille ob consumptionem bona fide factam nihil ex hereditate cum damno coheredum retineat.*

18 *Interdum fieri vt possessor hereditatis delatæ occasione pauperior reuera fiat, nec tamen eo magis quicquam ex hereditate retinere possit.*

19 *Huius rei exemplum petitur ex §.* si quis d. l. sed & si lege.

20 *Effectus differentia inter casum* d. § si quis. *& casum* §. adeò autem *tractatum.*

21 *Marcellum in* d. §. adeò autem *pro bonæ fidei possessore contra coheredes non respondisse.*

22 *Ratio dubitandi à Marcello ibidem proposita diluitur.*

23 *Respondetur ad rationem pro bonæ fidei possessore aduersus coheredes ab Accursio allatam.*

24 *Reprobatur quod Accursius in proposita quæstione tradit, mediam viam sequi oportere.*

25 *Quid Tribonianum & Accursium in proposita quæstione deceperit?*

PVdet sanè iā pigétq; toties Tribonianum accusare, quod tot iuris nostri locos malè corruperit: sed tamē facere non possum quin ex innumeris qui passim occurrūt, eos saltē patefaciā, quorū interpretatio ex ea causa nō solū obscurior, sed etiā prorsus inexplicabilis facta esse videatur. In eóq; mihi tātopere satisfacio, vt non alia meliùs & feliciùs à me obseruata esse putem, q̃ quæ in hanc sententiā cōtra Tribonianū sunt à nobis disputata. Insigne exemplū illud est, quod proximo capite protulimus. Cōuenient adprimè illa etiā quę nos nūc proferemus. † In *l. etsi lege 25. §. adeo ff. de pet. her.* Vl- 1
pianus noster tractās de eo qui hereditatē ad aliū pertinentē bona fide possedit & cōsumpsit, quē iā dixerat ex senatuscōsulto in eā rem facto nō teneri petitione hereditatis, nisi quatenus locupletior factus sit, Post varios casus propositos in quib. dubitari poterat an locupletior factus dici deberet, vtputa si donatione in aliquē collata eū sibi ad remunerandū saltē naturaliter obligasset, ab eóq; postmodū ἀντίδωρα fortassis accepisset, aut an ex hereditate posset deducere quod contēplatione delatæ sibi hereditatis paulo latiùs de suo patrimonio expēdisset, aut mutuam pecuniā accepisset, pignoriq; res hereditarias dedisset, † subiungit, 2
adeò nō teneri eum qui locupletior factus nō est, vt si quis putās se ex asse heredē cùm nō esset nisi ex parte partē dimidiam hereditatis sine dolo malo cōsumpserit, Marcellus tractet, vtrū nō teneatur quasi id quod erogauerit ex eo fuerit quod ad eū nō pertinebat, sed ad coheredes. † Dubitandi ratio alia erat quā ex eodē 3
Marcello Vlpianus subiicit, quod & si is qui nulla ex parte heres erat totū quod apud se fuisset cōsumpsisset, sine dubio non teneretur, quasi nullomodo locupletior factus esset. † Sequitur verò, *Sed in proposita quæstione tribus visionibus relatis vna prima, deinde alia posse dici totum*

tũ quod ſupereſt reſtituere eũ debere, quaſi ſuã parte cõſum-
pſerit, tertia vtriq; quod conſumptũ eſt decedere, an vtique
mina' il reſtituendũ. De illo tantũ dubitat, vtrũ totũ an par-
tẽ reſtituendũ dicat. Puto tamẽ reſiduũ integrũ non eſſe re-
ſtituendũ, ſed partẽ eius dimidiã. Hæc ego omnia Tribo-
niani eſſe dico nõ Vlpiani, aut Marcelli. Primũ ꝓpter
verborũ contextũ quẽ video prorſus inconcinnum &
5 patũ elegãtẽ more prorſus Tribonianeo. † Nã vt mo-
nui ſuperiore capite & ex ſequentib. quoq; apparebit,
quæ nos diſputauimus c. vlt. huius libri nomen illud
verſionis nunquã à prudentib. noſtris vſurpatũ eſt, neq;
ꝓ theoria & ſpeculatione, quomodo Antonius Augu-
ſtinus interpretatur, neq; ꝓ opinione. quomodo Ac-
curſius, & lõgè accõmodatiùs ad Triboniani ſenſum,
qui ꝓculdubio ille eſt, vt circa ꝓpoſitã quæſtionẽ tres
6 occurrant opiniones. † Prima illa q̃ ſupra relatis Mar-
celli verbis expreſſa eſt, vt cõſumpta pars hereditatis
tota coheredũ portionib⁹ imputetur. Secũda huic ꝓr-
ſus cõtraria, vt nõ niſi partem ſuã bonæ fidei poſſeſſor
cõſumpſiſſe intelligatur: ideóq; totũ qđ ſupereſt reſti-
tuere teneatur. Tertia media vt tã ex ipſius parte quã
ex coheredũ portionib. ꝓ rata decedat id omne quod
ex tota hereditate conſumptũ fuit. Secũdò, mouet me
verba illa, *vna prima.* Quid. n. dici potuit ineptiùs, præ-
ſertim ſi iũgas quę ſtatim ſequitur. *deinde alia poſſe di-*
7 *ci*, &c. quid ſolutius, & negligẽtius? † Quare nec dubi-
tat Accurſius, alioquin ſatis malus Latinitatis magi-
ſter, quin ſupplendũ aliquid ſit, & poſt ea verba, *deinde*
alia, interſerendũ. *qua contineatur*, aut aliud quid ſimile.
Debuit ſanè Tribonianus in præcedẽtib. ſcribere, *vna*
proxima. nõ *prima*, vt nõ ſolũ elegantiùs, ſed etiã aper-
8 tiùs & enucleatiùs loqueretur. † Tertio mouet me qđ
ſequitur, *Tertia vtriq. quod conſumptũ eſt decedere*, Præ-
ferũt. n. hæc verba ꝓpter dictionẽ *vtriq.* quæ binarium
duntaxat numerũ cõplectitur, de duab. tantũ portio-
nib. tractari, cũ tamen fatendũ ſit tractaſſe Marcellum
ſaltẽ de trib⁹, Nimirũ de portione bonę fidei poſſeſſo-
ris qui ſe putabat ex aſſe heredẽ cũ haberet coheredes,
Itẽmq; de portionib. coheredũ quæ nõ niſi plures eſſe
poterãt, & cõſequẽter ſaltẽ duæ, ſicut & plures cohe-
redes, de quib. in plurali numero Marcellus locutus
fuerat in ꝓponẽda quæſtione. Sic. n. ſcripſerat *quaſi id*
quod erogauerit ex eo fuerit quod ad eũ non pertinebat ſed
ad coheredes: Itaq; ſcribendũ erat *omnib. portionibus quod*
conſumptũ eſt decedere, nõ, vt ſcriptũ eſt *vtrique*. Inde et-
iã fit, qđ Triboniani manũ & inſcitiã ꝓdit apertiùs, vt
in definiẽda quæſtione, mẽtio facta ſit dimidię partis,
in illis verbis, *Puto tamen reſiduũ integrũ non eſſe reſti-*
tuendũ, ſed partẽ eius dimidiã, cũ tamẽ pars illa non niſi
9 tertia eſſe poſſit, † ſi ponas vt in dubio ponendũ eſt, ex
æquis & virilib. partib. fuiſſe heredes. Nã quæ ratio fa-
ceret vt ſi bonæ fidei poſſeſſor qui ſe ex aſſe heredem
putabat vnum duntaxat coheredem habuiſſet, par-
tem duntaxat dimidiam coheredi reſtituere de-
beret. eadem facit vt ſi duos coheredes habeat beſſem
iis reſtituere debeat, vnicuique ſcilicet trientem.
Etſi enim fieri potuit vt is bonæ fidei poſſeſſor, ex ſe-
miſſe heres inſtitut⁹ eſſet, alij autẽ coheredes ſiue duo
ſiue plures ex alio tãtũ ſemiſſe. In dubio tamẽ plurib.
heredib. ſcriptis ſine partib. aut ita vt quænã illæ par-
tes ſint ſciri nõ poſſit, nõ aliæ partes q̃ viriles & æqua-
les factæ intelligũtur. *l. quoties*, 9. *§. coheredes. D. de here.*
inſt. §. ſi plures. Inſt. eo. Eſſetq; diuinatio illa ꝓrſus im-
probabilis, ſi quis vellet dicere in ſpecie à Marcello
tractata bonæ fidei poſſeſſorẽ ex ſemiſſe ſolũ ſcriptũ
fuiſſe, coheredes verò plures ex reliquo: † Sed neque
10 poteſt ea diuinatio cadere in aliã ſpeciẽ q̃ in qua tra-
ctetur de heredib. teſtamẽtariis, cũ ab inteſtato fieri
nunquã poſſit vt nõ ſint æquales portiones eorum o-
mnium qui ſuccedũt, ſiquidẽ in eodẽ gradu ſuccedẽdi
& æquè ꝓximos omnes eos eſſe neceſſe eſt, aut ſaltẽ ſi
quis repræſentationi locus ſit, puta inter deſcendẽtes,
iure vetere inſpecto, ex illorũ perſona ſuccedere qui
in eodẽ gradu fuerũt. Atqui cõſtat Senatuſconſultum
quod de hereditatũ petitionib. factũ eſt, de quo in *l.*
item veniunt. 20. *§ præter hæc. D. de pet. her.* licèt de here-
dib. teſtamẽtariis locutũ ſit cõtra quos tantũ leges ca-
ducariæ locũ habere poterant, tamẽ ad legitimos quo-
que heredes & inteſtati ſucceſſores pertinere, *d. l. ſed*
et ſi lege. 25. *§. ſcire*, ſicut & ad priuatorũ petitiones, *l. 1.*
C. eo. licèt in publica cauſa factũ ſit, vt Vlp. monet in *d.*
l. item veniunt, §. in priuatorũ Vbi addit etiam pertinere
ad peculiũ caſtrẽſe & quãlibet aliã vniuerſitatẽ, tãetſi
non loquatur niſi de hereditate, Et verò multo facili⁹
poteſt euenire in legitima ſucceſſione q̃ in teſtamẽta-
ria, vt quis bona fide putet ſe heredẽ ex aſſe, qui tamẽ
habeat coheredẽ, aut vt ſe putet heredem ex maiore
portione quã ei ſit delata. Proinde nulla ratio eſt, cur
credere debeamus, Marcellũ de teſtamentariis here-
dib. concepiſſe quæſtionẽ quę in legitimis non minùs
accõmodatè aut vtiliter ꝓponi poterat † Mouet me 11
quartò q̃ nõ poſſum mihi perſuadere Marcellũ in ꝓ-
poſita quæſtione adeò hæſitaſſe vt eã indeciſam reli-
querit, nec rurſum quid ille tandẽ concludendũ pu-
taret, prætermiſſum ab Vlpiano fuiſſe. Cui tamẽ ſi ad-
ſcribes verſiculũ illum, *Puto tamen reſiduum integrum*
non eſſe reſtituendũ, ſed partem eius dimidiam, nõ ſolũ fa-
cies. vt mãcus fuerit in referẽda Marcelli ſententia, ſed
etiã vt contrà quã Marcellus ſenſerat, ſenſiſſe ipſe vi-
deatur. † Deniq; ne putes aut diſſenſiſſe prudentes in 12
hac quæſtione, aut diſſentiendi ꝓbabilem cauſam vl-
lã habuiſſe, me illud maximè & poſtremo loco mouet,
quod nõ exiſtimo poſſe defendi, vſq; adeò fauendũ &
indulgendũ eſſe bonæ fidei poſſeſſori in hac ſpecie, vt
nõ niſi partẽ reſiduæ hereditatis reſtituere teneatur.
Imò verò magis eſſe puto vt totũ reſtituere debeat ſi
tantũ conſumpſerit, quantũ ex hereditate ad eũ ꝓ ſua
parte ſpectabat. Cur nõ enim credẽdus ſit ſuã potiùs
portionẽ q̃ ex alienis quicquã cõſumpſiſſe, quantũuis
bonæ fidei poſſeſſor ꝓponatur? Aut quónam iuris vel
æquitatis colore poſſit recuſare, quominus ſuis cohe-
redib. nihil niſi portiones ſuas petẽtib. reſtituat quic-
quid ſupereſt ex hereditate, ſi coheredũ portionib. id-
ipſum reſpõdeat? Illud nãq; nemo negauerit ex iuris
tatione reſpondendũ fore, ſi bonæ fidei poſſeſſoribus
ꝓſpectum non fuiſſet Senatuſcõſulto, quod vtiq; nõ
fuerat neceſſariũ, ſi nõ anteà ius tale erat, vt quiſquis
alienã hereditatem nullo iure tenuiſſet, ſiue bona fide
ſiue ꝓ prædone, condemnatus eſſet ad pleniſſimã re-
ſtitutionẽ omniũ quæ percepiſſet, vtpote nullo pror-
ſus iure perceptorum, tametſi ea perceptione nullate-
nus locupletior fact⁹ ꝓponeretur. Quæ res cũ poſſeſ-
ſorib⁹ omnib. magnũ adferret damnũ, ꝓpterea quòd
ſolent ij quibus hereditas aliqua obtigit, tãquam di-
tiores facti grauiorib. expenſis ſe onerare, dum re ſua
ſe abuti putant. putauit Senatus conſulendum iis ſal-
tem qui bonæ fidei poſſeſſores fuiſſent. † Quatenus 13
verò conſulendum? An vt etiam lucrũ aliquod vel tã-
tillum ex hereditate ad alium pertinẽte conſequi aut
retinere poſſent? Minimè Sed hactenus tantùm, *ne in*
totum damno afficiantur, ſed in id tantum teneantur in quo
locupletiores facti ſunt. Sic enim idem Vlpianus noſter
loquitur in hac lege. *§. conſuluit.* Abundè igitur ſena-
tuſconſulto ſatisfactũ eſt, ſi bonæ fidei poſſeſſor qui
hereditatem, ſiue in ſolidum, ſiue ꝓ parte alienã con-
ſumpſit totam aut ex parte non verſetur in damno. h-

cèt nec lucri quicquã retineat. Atqui in pposita quæ-
stione, tametsi mecum sentias, & bonæ fidei possesso-
rẽ ad totius residui restitutionem cõdemnaueris, nul-
lo tamen eum damno affeceris, sed tantùm ei lucrum
abstuleris, quod alioqui ex hereditate sibi pro parte
delata & acquisita consecuturus erat: quod certe val-
dè diuersum est, longéq; ista differẽtia, *non in lucro ver-*
sari & damnum subire, l.3. in prin. D. de vi & vi armat. l.
14 *quod autem. 6. D. quæ in fraud. cred.* cum simılib. † At si è
contrario velis cum Triboniano coheredum quoque
portionibus decedere quod hic ex hereditate malè
consumpsit, vt non totum residuum, sed eius partem
duntaxat siue dimidiam, siue maiorem aut minorem
restituat, facies vt versetur in lucro, & aliquid ex ea
hereditate retineat, ex qua tamẽ tantũ consumpserit,
quantum partem suam faceret, si nihil consumpsisset.
15 † Dices fieri quidem eum locupletiorem, sed ex here-
ditate ipsa quæ superest, non ex consumptione, Sena-
tusconsulti autem propositum illud fuisse, vt de con-
sumptis ita demum bonæ fidei possessor teneretur, si
locupletior factus esset ex ipsa consumptione, quasi
consumptum videri non deberet quod in proprij pa-
trimonij corpus versum esset vt Papinianus loqueba-
tur in *l. idem seruandum. 72. de lega. 2. l. pater. 23. D. de ad-*
min. legat. Fateor, sed hoc contendo nihil absurdi fore
etiamsi lucrum illud omne quod ex ipsa quoque he-
reditate retinere velit, ei auferatur. Ne coheredũ dã-
no cedat quod ipse ex hereditate malè consumpserit,
sed ipsius potius qui consumpsit, ideóque ad eam vsq;
partem consumendi ius habuit. Debet enim illi suffi-
cere quod nullum idcirco damnum sentiat, non mo-
16 dò ex consumptione, sed ne quidem ex hereditate. †
Ponimus enim non esse alieno ære grauatam heredi-
tatem, neque ex alia causa obligatum hunc coheredẽ
eundémque bonæ fidei possessorem, vt quicquam de
suo præstet occasione hereditatis. Alioqui tanto mi-
nùs ad eum ex hereditate peruenisse dicendum esset
l. qui concubinam 20. §. cum ita 2. de lega. 3. libentérque
admitterem eo casu de coheredum quoque portioni-
bus tantum decedere oportere quãtum detracta pri-
mùm absumptáque huius portione detrahi necesse
17 esset, ne in damno moraretur. † Sed vt lucrum retineat
ex hereditate cum damno & dispendio coheredũ qui
ob dilapidationem ab eo quantumlibet bona fide fa-
ctam, portiones suas imminutas, tantóque minores
consecuturi sint, id verò ferre ego nullo modo possũ.
Essétque multò conuenientius tantò pauperiorẽ fieri
hunc bonæ fidei possessorem ex totius residui restitu-
tione, quantò locupletior ex hereditatis acquisitione
factus esset, vt in summa neque pauperior, neque lo-
cupletior factus dici posset, vt in specie *l. quod bonis. 15.*
§ ex donationibus D. ad l. Fal. in illis verbis, *nam ita fit*
18 *locupletior, vt tantò pauperior esse videatur.* † Quinimò
quod magis est, fieri etiam interdum potest vt occa-
sione delatæ hereditatis non solum non locupletior,
sed etiam reuera pauperior fiat hereditatis possessor,
nec tamen eò magis retinere quicquam ex hereditate
possit, tametsi futurum sit vt moretur in damno. Fin-
ge lautiùs eum re sua vsum contemplatione illius he-
reditatis sibi delatæ, nec tamen hereditatem attigisse:
An deducet ex hereditate quod plus impendit quàm
fuerat impensurus, si non existimasset eam sibi delatã
fuisse hereditatem? † Nequaquam, vt hac ipsa lege ex
19 eodem Marcello Vlp. scribit in *§. si quis re sua.* Finge
mutuam eum pecuniam accepisse quasi ditiorem fa-
ctum. Solent enim qui ditiores sunt, non solùm faci-
liùs inuenire creditores, sed etiam faciliores esse ad
pecuniam mutuam accipiendam, quam faciliùs quoq;
se reddituros & exsoluturos sciant. An si pecuniam il-
lam mutuam malè consumpserit, tantundem deducet
ex hereditate, ne alioqui propter hereditatem eatenus
pauperior factus existimetur? Minimè, sed ipse se de-
ceperit, vt Vlp. indubitanter concludit in seq. ver. *simi-*
li modo. Quid deniq;, si non solùm pecuniam mutuam
acceperit, sed etiam eius nomine res hereditarias pi-
gnori dederit? An non saltem hoc casu tantundem ex
hereditate deducet? Id quoque negat Vlp. propterea
quòd nec hoc casu videatur attigisse hereditatem cũ
ipse sit obligatus: non aliter autem deducere quicquã
potest ex hereditate, quam si eam attigerit. Quantò
minùs igitur permittendum ei est, vt ex coheredum
portionibus quicquam deducat, quamdiu aliter, id est,
sola propria portione cõsumpta, indemnis seruari po-
test? Quid enim aliud, obsecro, possit obtendere, nisi
illud fortasse, minùs se ex hereditate fuisse cõsumtu-
rum si non eam totam suam esse credidisset? Ac quî
iudex propitiis auribus eum audiat, si hanc suam cre-
dulitatem falsamque opinionem velit nocere cohere-
dibus, non se sibi noceat, sed vt sibi etiam prosit, lu-
crúmque etiam post consumptionem non tam ex he-
reditate, quàm ex coheredum incommodo consequa-
tur? Aut quænam maior ratio est, propter quã hoc ca-
su subueniendũ ei sit in præiudicium coheredũ, quàm
si opinione, & vt lex loquitur, contemplatione delatæ
sibi hereditatis lautiùs re sua vsus fuisset? Nam & eo
casu perinde verum est passum eum diminutionem
proprij quoque patrimonij, contemplatione heredi-
tatis, licèt eam nullo modo attigerit: nec eo magis ta-
men, vt ex Marcello & Vlp. diximus, deducere aliquid
ex hereditate potest. † Quòd si pro eo respondeas, dif- 20
ferentiam inter hos casus illã esse quò superiore casu
hereditatem non attigit, quam attigit vtique & ex
parte consumpsit in ea specie quã nũc tractamus, Re-
plicabo differentiæ huius effectũ nullum esse debere, vt
in hac specie possit deducere ex hereditate quod con-
sumpsit, nec proprij patrimonij iacturam inde vllam
subeat, quã subire cogeretur, si hereditatẽ nõ attigis-
set, quamuis non nisi opinione delatæ sibi hereditatis
proprium patrimonium diminuisset. Sed nõ similiter
illud etiam consequens esse, vt hoc solo quod heredi-
tatem attigerit, ac ex parte consumpserit, debeat ius
habere deducẽdi ex coheredum portionibus, id quod
ex propria deducendo possit assequi, vt neque sibi ne-
que coheredibus damnum vllum inferat, sed sua tan-
tùm commoda minuat, eiúsque lucri quod ex delata
hereditate sperabat, occasionem amittat, quam facto
suo sibi ipse præripuerit. † Et verò si prima illa Vlpia- 21
ni verba ponderes *Adeò autem is qui locupletior factus*
non est non tenetur, vt si quis putans se ex asse heredem par-
tem hereditatis (sic enim lego, sublata dictione *dimi-*
diam, tanquam irreptitia ex glossa interpretis quẽ fi-
nis *§. fefellerit*, secundùm ea quæ suprà diximus) *sine*
dolo malo consumpserit, Marcellus tractet, num non tenea-
tur, facilè animaduertes, Vlpiano visum fuisse nimirũ
quod Marcellus quæstionẽ hanc proposuerit, quasi q
dubitationẽ vix vllam haberet. Tantùm abest vt cre-
dẽdum sit Marcellum pro bonæ fidei possessore con-
tra coheredes respõdisse de residui dimidia duntaxat
portione iis restituenda, aut si aliter Marcellus sensit,
Vlpianũ à Marcello dissensisse. † Illa enim ratio du- 22
bitandi quã Marcellus pposuit, quod si is qui nulla ex
parte heres erat, totũ quod apud se fuisset consumsis-
set, sine dubio non teneretur, quasi qui nullo modo
locupletior factus esset, facillimè dilui potest ex eui-
dẽti ratione diuersitatis, quã nec Accursius ignorauit.
Cùm enim is qui nulla ex parte heres fuit aliquid vel
tantillum

tantillum ex hereditate consumpsit, alterutrum euenire omnimodo necesse est, vt vel ex hereditate ipsa deducatur totum id quod consumptum est, vel in dãno moretur bonæ fidei possessor, si quantum consumpsit tantundem de suo patrimonio petitori sarcire & restituere compellatur. Quod non perinde contingit, cùm is qui ex triente heres erat, existimans, se solum heredem, totum trientem consumpsit. Is enim non solùm si bessem residui, sed & si totum residuum reddere cõdemnetur, damnum nullum sentit, cùm nihil aliud amittat nisi portionem illam suam hereditariã quam consumpsit, & quam in lucro habiturus erat, si nihil consumpsisset. Cõtrà verò si totius residui dimidiam duntaxat, aut quam aliam portionem restituat, non modò in damno non morabitur, sed etiam lucrũ sentiet, quia quantum ex coheredum portionibus deducet, tantundem ille sibi habebit & retinebit, tanquam ex hereditaria sua portione, quasi quod solus ipse consumpsit, coheredes omnes simul consumpsisse intelligantur: quo neque absurdius, neque iniquius, meo iudicio, dici quicquam potest.
23 † Nam quod Accursio placet rationem illam facere pro bonæ fidei possessore, quòd cùm sit ex parte heres, incertum est vtrum de suo, id est, de sua duntaxat portione consumpserit, an de portionibus coheredum, ideóque meritò constitutum esse vt ex omnium portionibus pro rata decedat id quod consumptum est. Non puto satis probabiliter dici, quia imò verò certum est consumptum esse ex hereditate, non secus acsi possessor sciuisset hereditatis partem duntaxat suam esse: nec potest videri consumptum ex proprio patrimonio possessoris pro vlla parte, tametsi fuerit ille fortassis minùs impensurus, si non nisi partem hereditatis ad se pertinere credidisset. Nec enim sola illa opinio facit quo minùs verum sit ex hereditate consumptum. Cur non ergo ex sola cõsumentis portione potiùs quàm ex iis quæ spectabant ad coheredes quibus nihil penitus imputari possit? Nam & pars hereditatis hereditas est. *l. in singulis. 77. D. ad legem Falc. §. & cum quæsitum. Inst. eod.* quẽadmodum & pars fundi rectè fundus appellatur, *l. planè. 34. §. vlt. de leg.* 1. nec eò minùs verum erit consumptum ex hereditate quod habebitur pro consumpto ex sola consumentis hereditaria portione.
24 † Quod verò Accursius addit, mediam viam sequendam esse, ridiculum est. Solet enim dici, nec illepidè minùs quàm verè id esse iudicium rusticorum & imperitiorum, nisi ratio iuris mediam illam viam eligi suadeat, quod interdum euenit vt in *l. vlt. D. de iur. fisc.* In proposito autem non maior ratio est, vt bonæ fidei possessor residui partem quam vt totum residuum retineat. Neque puto Marcellum de eo dubitasse, quamuis sub Vlpiani nomine ita referat Tribonianus. Cui nimirum familiare est, vt suis opinionibus in Iureconsultorum responsa obtrudendis fenestram patefaciat, ea corrumpere, & quod illi pro certo habuerunt, sic exprimere, & immutare, quasi de eo dubitasse existimentur, vt videre est ex tot Tribonianismis à nobis iam antehac obseruatis. Sicut & vsitatum ei est mediam viam sequi, & mediocritatis laudem ambire in temperamentis plerisque inducendis, quæ tanquam à iuris ratione prorsus abhorrentia prudentibus placere nũquam potuissent, vt in *l. filio 7. ff. vt lega nom. caueat.* de qua scripsimus lib. 12. cap. 17. & aliis penè innumeris iuris nostri locis.
25 † Fefellit haud dubiè Tribonianum, vt & Accursium, quod ex rescripto Diui Marci scriptum & constitutum legimus in *l. T nuus. 54. ff. ad S.C. Trebell.* de facienda deductione in illius legis specie tam ex hereditate quàm ex patrimonio heredis. Quasi verò rescriptum illud Diui Marci quid simile aut commune habeat cum proposita quæstione. Quod tamen quàm alienum sit, apparebit facilè ex iis quæ proximo capite disseremus, vt ab eiusdem Triboniani inscitia vindicemus Vlpianum nostrum, cuius etiam præclarum responsum corrupit ille in alia quæstione de qua in *§. quod autem*, immediatè seq. Vlpianus tractat. Tantò enim clariùs apparebit, non sibi temperasse hominem, cui hac re licebat quicquid libebat, quin hic perinde ac illic impias & prurientes manus Vlpiano inferret.

CAPVT III.

Alia Triboniani additio in ead. l. sed etsi lege §. quod autem quis.

SVMMARIA.

1 *An quod bonæ fidei possessor ex hereditate erogauit ex hereditate totum decedat, an verò pro rata patrimonij possessoris?*

2 *Ex ratione in* d. §. quod autem. *allegata satis apparere quid Vlpianus ad propositam quæstionem responderit.*

3 *Verba illa* nam & Diuus Marcus *vsque ad finem eius §. non Vlpiani sed Triboniani esse.*

4 *Herede rogato quicquid ex hereditate supererit restituere, erogationes ex hereditate factas non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere, sed pro rata patrimonij quod heres habuit distribui oportere.*

5 *Rescriptum Diui Marci ad hanc rem pertinens nihil commune habere cum ea quæstione quam Vlpianus in hoc §. tractat.*

6 *Heredem rogatum restituere quicquid ex hereditate supererit, quadrantem illibatum fideicommissario ex Iustiniani constitutione seruare teneri.*

7 *Post eam constitutionem heredis ita grauati conditionem in quibusdam duriorem, in quibusdam verò meliorem quam antea esse.*

8 *Ad quas alienationes illud D. Marci rescriptum pertinuerit?*

9 *Summam fuisse eius rescripti æquitatem.*

10 *Non tam æquitatem quam strictè iuris rationem facere, vt in specie d. §. possessor, quod ad victum quotidianũ sumptusque in eam rem necessarios erogaturus fuerat petitori restituere debeat.*

11 *Ratio ab Vlpiano allata quomodo sit accipienda?*

12 *Alia diuersitas inter speciem huius §. & illam quæ in superiore Diui Marci rescripto tractatur.*

13 *Totum illum §.* quod autem *Triboniani, non Vlpiani esse.*

14 *Nimis generaliter conceptam esse quæstionem initio d. §. propositam.*

15 *Eam quæstionem prout concepta est contradictionem, aut euidentem absurditatem implicare.*

16 *Exemplum de penu hereditaria ebibita subiectum ad propositam quæstionem non pertinere.*

17 Penum *in masculino aut neutro genere nec ab Vlpiano, nec a quoquam alio prudentium vsurpatam fuisse.*

18 *Verba illa* statutis sumptibus *Triboniani manum prodere.*

19 *Græcismus Triboniano aliàs familiaris ibidem notatur.*

20 *Alia eiusdem §. verba constructionem non recipere.*

21 *An in versic.* & nunc igitur *noua quæstio proponatur?*

22 *Exemplum de penu hereditaria exhibita ad secundam eámque specialiorem quæstionem pertinere.*
23 *Quo sensu autor secundam quæstionem specialiorem & strictiorem dixerit?*
24 *Quomodo deductio facienda sit, quum æqualis est hereditatis & proprij patrimonij possessoris æstimatio?*
25 *Quæstionem in versic.* & nunc igitur *propositam dubitatione carere.*
26 *Frustra a Triboniano Diui Marci rescriptum in d. §. ad superiores quæstiones afferri.*
27 *Eo rescripto sumptus factos ab herede rogato restituere quod ex hereditate superesset, ex patrimonio heredis saltem pro rata, non autem ex sola hereditate deduci.*
28 *Reprehenditur quod in fine d. §. Tribonianus respondit & conclusit.*
29 *Ea quæ possessor ex hereditate erogauit, quæque etiamsi heredem se non putasset erogaturus fuisset, non quasi ex ipsius patrimonio sed velut ex hereditate decidenda esse.*
30 *Aliud esse*, sumptum expensum ferre patrimonio possessoris, aliud de ipsius patrimonio deduci.
31 *Cur in fine d. §. fieri non possit vt quæ possessor ex hereditate erogauit ex ipsius patrimonio decedant?*
32 *Quid Tribonianum impulerit vt etiam Vlpiani locum interpolaret?*

CAput hoc interserere cogimur, non solùm vt quæ
proximè disputauimus, appareant probabiliora,
sed etiam vt nobis tam sæpè Triboniani audaciam si-
mul & inscitiam accusantibus tantò maior adhibea-
tur. Præter id quod hic §. & ex eadem lege est, ex qua
is quem superiore capite emendauimus, & quod ma-
gis est eadem ferè orationis serie illi coniunctus. †
1 Quærit Vlpianus, An quod bonæ fidei possessor ex
hereditate erogauit, totum decedat ex hereditate, an
verò pro rata patrimonij possessoris. Vt puta, inquit,
penum hereditarium ebibit, verum hereditati totum
expensum feretur, an aliquid & patrimonio eius? Vt
nimirum in id locupletior factus videatur, quod sole-
bat ipse ante delatam hereditatem erogare: Id est, vt
si quid lautiùs contemplatione hereditatis impende-
rit quasi iam ditior, in hoc non videatur factus locu-
pletior. In statutis verò suis sumptibus, hoc est, qui
constitutam ac penè taxatam habent quantitatem, vt
in familia bene composita & ordinata fieri solet, vi-
deatur locupletior factus. Vtique enim etsi non tam
lautè erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianũ
2 erogasset. † Qua ex ratione apparet non obscurè, Vl-
pianum ad propositam quæstionem respondere, vt
prudentibus nostris plerunque moris est sententiam
suam tacitè quoque insinuare, sola expressione ratio-
nis, propter quam ita sentire quisque debeat. Neque
puto aliud quicquam eum subiunxisse quod ad pro-
positam quæstionem pertineret, quia nec fuit necesse.
† Itaque quicquid in hoc §. sequitur, dico Triboniani
3 esse, non Vlpiani, quod & contextus ipse verborum fa-
cilè indicabit, & ratio ipsa iuris, nisi me fallo. Verba
hæc sunt, *Nam & Diuus Marcus in causa Pythodori
qui rogatus erat quod sibi superfuisset ex hereditate redde-
re, decreuit ea quæ alienata erant, non minuendi fideicom-
missi, nec precium in corpus patrimonij Pythodori redijsse,
& ex proprio Pythodori patrimonio, & ex hereditate dece-
dere, non tantum ex hereditate.* † Idem sanè rescriptum
4 Diui Marci à Papiniano relatum est in *l. Titius. 54. D.
ad S.C. Trebel.* vbi tractans de fideicommisso quo quis
rogatus est restituere, *quicquid ex hereditate superesset*,
scribit Diuum Marcum credidisse huiusmodi fidei-
commissi verbis bonam fidem inesse & arbitrium bo-
ni viri, quod & ab eodem Papiniano scriptum est in *l.
3. § nonnunquam. D. de vsur.* & ideò iudicasse erogatio-
nes quæ ex hereditate factę dicebantur, non ad solam
fideicommissi diminutionem pertinere, sed pro rata
patrimonij quod heres proprium habuit, distribui o-
portere. Quod non tantùm æquitatis ratione, sed e-
xemplo quinque motum Imperatorem fecisse Papinia-
nus ait. Cùm enim, inquit, de bonis ab emancipato fi-
lio conferendis fratribus quæreretur, præcipuum au-
tem quod in castris quæsitum fuerat militi, relinqui
placeret: Consultus Imperator sumptus quos miles fe-
cerat, non ex eo tantummodò patrimonio quod mu-
nus collationis pati debuit, sed pro rata etiam castren-
sis pecuniæ decedere oportere constituit. † Sed quid 5
habent ista commune cum ea quæstione quam Vlpia-
nus tractat? Nam rescriptum Diui Marci rationem
præcipuam habet ex bona fide, cui certè non conue-
nit nec arbitrio boni viri, vt quicquid impendit heres
rogatus de restituendo omni eo quod ex hereditate
superesset, videri debeat ex solo fideicommisso impẽ-
disse, ne alioqui eueniat facilè vt fideicommissi vtili-
tas tota pereat fideicommissario. In quo etsi nihil fie-
ret contra testatoris voluntatem, si fraus nulla inter-
uenire, ita scilicet ferente conditione fideicommissi,
& ipsa verborum quibus relictum est, conceptione,
non tamen satis bona fide videtur facere heres qui
sumptus omnes à se factos fideicommissario imputa-
re vult, sibi nullos. Præsertim verò si per eam imputa-
tionem futurum sit vt fideicommissum illusorium fiat, 6
& ad nihilum prorsus aut penè redigatur. † Quod ne
eueniat, visum tandem est Iustiniano constituendum
esse vt quisquis rogatus est reddere quod superesset
ex hereditate, non nisi ad dodrantem vsque alienare
possit, quadrantem verò illibatum fideicommissario
seruare omnimodo teneatur, præterquam si ex causa
dotis vel donationis propter nuptias, vel redemptionis
captiuorum, vel denique sumptuum ad alimenta ne-
cessariorum quadrantis quoque diminutionem fieri
necesse sit *Nouella 108. de rest.* vnde sumpta est *Authen.
contra cum rogatus, C. ad S.C. Trebel.* Qua in constitu-
tione meminit Iustinianus supradictæ Papiniani sen-
tentiæ, itémque rescripti Diui Marci, sed ita vt & pru-
dentissimum Iureconsultum, & Imperatorem optimũ
ridere videatur. Etsi enim laudat Papiniani dictum
tanquam sapientissimum in eo quod heredi sic, vt di-
ximus, grauato permittit alienationes, reprehendit
tamen quod is velut ex studio in ænigmate proposue-
rit, vt tunc solùm oporteret prohiberi alienationem,
cùm ad soluendum fideicommissum ex studio fierent
ab eo qui esset oneratus, quasi hac in re nimis difficile
sit probare, adeóque inuestigare qua mente & quo a-
nimo accedat heres grauatus ad alienationem, an bo-
na fide, an gratia interuertendi fideicommissi. De Di-
uo autem Marco sic Iustinianus ibidem subijcit, *Et
tanquam philosophatus inter Imperatores Marcus tali
quodam proposito casu viri boni arbitrium videri inesse ta-
libus verbis disposuit.* † Proinde dubitandum non est 7
quin post eam constitutionem nullus rescripto Diui
Marci, aut Papiniani sententiæ locus relinquatur, du-
rórque hodie sit conditio heredis ita grauati, quàm
olim esset in eo quod vsque ad dodrantem duntaxat
ius alienandi habet. Et contrà, eiusdem quoque me-
lior in eo, quod vsque ad dodrantem liberam habet a-
lienandi facultatem, nec facti aut iuris quæstionem
pati potest an ex arbitrio boni viri alienatio facta sit
nécne. Cui consequenter euenit vt sumptus omnes
quos ex fideicommisso erogauit, dum ne dodrantem
excedant

excedant imputandi sint fideicommisso in solidũ, nec vt antea pro rata patrimonij quod heres habuit, distribuendi. Quod ius nouum etsi neque ratione aliqua iuris nititur, neque testatoris voluntate, quæ si fideicommissi verba inspicias potiùs repugnat, mihi tamen non reprehendum idcirco videtur, quod certè quam plures, ne dicam innumeras dirimit facti quæstiones, vt de quadam Iuliani sententia Vlp. scribit in
8 *l.1.§ si heres. ad S.C.Trebell.* † Quanquam non puto ea Nouella Iustinianum Papiniani Marciq; mẽtem satis percepisse: non enim ad eas alienationes rescriptum Marci pertinebat, quæ interuertendi fideicommissi consilio factæ essent, quas vtique constabat fideicommissario nocere non debere, ne ex parte quidem. *l. ded uilla 58. §. vlt. ad S.C. Treb.* Sed ad eas quæ sine dolo malo factæ proponerentur, propterea quod cessante quoque fraudis consilio & studio, vt loquitur Iustinianus, id tamen adhuc bona fides exigere videretur, vt ex vtriusque patrimonij quantitate erogatum dici deberet quod bona fide per heredem grauatum erogatũ fuisset. Quod & verba illa nostri §. demonstrant, *ea quæ alienata & ante non minuendi fideicommissi.* Cæterum negari nõ potest, quin Marci rescriptum à Pap. tantoperè laudatum, summa æquitate niteretur, ne grauatus heres tam facilè iniret alienandi consilium, quod videret tametsi ex bona fide rem gereret, non minùs sibi quam fideicommissario captiosum fore.
9 † Summa verò strictáque iuris ratione nõ nitebatur, quia si nihil nisi fideicommissi verba inspiceres, non poterat videri rogatus de vlla re restituenda is, qui nõ aliud restituere rogatus erat quàm quod ex hereditate superesset, si tota hereditas alienationibus exinanita fuisset, dũ ne quid dolo malo factum probaretur.
10 † At in ea specie quam nos ex Vlpiano nunc tractactamus, id est, cum bonæ fidei possessor erogauit ex hereditate penum aut quid aliud quod etiamsi nulla delatæ hereditatis opinio superuenisset, de suo tamen aliquatenus erogare debuisset, nõ tam æquitas quam stricta iuris ratio facit, vt quod ad victum quotidianũ sumptúsque in eam rem necessarios erogaturus fuerat restituere debeat petitori, cui & reliquum omne quod ex hereditate percepisset restituere deberet, si non aduersus nimiũ hunc iuris rigorem, auxilium ei propter bonam fidẽ porrigeret æquitas senatusconsulti, quæ hactenus cõsuluit omnibus bonæ fidei possessoribus, vt non nisi in quantum ex hereditate locupletiores facti sunt, restituere teneantur, quemadmodum superiore cap. dicebamus ex § *consuluit*, eiusd. le-
11 gis. † Itaque ratio illa quam Vlp. adfert, quòd possessor hic in tantum locupletior factus videatur quantũ de suo erogaturus erat ad victum quotidianum, si hereditatem non possedisset, nõ sic accipienda est quasi strictum ius hoc propter quod debeat ille teneri (stricti namque iuris ratio ob quam tenetur vna illa est, quòd quicquid ex hereditate ad se non pertinente erogauit ex re aliena erogauerit) nec rursum ita interpretanda vt nudæ æquitatis ratio sit, tanquam deficiente, vt aliis plerisque casibus, summo iure, sicut in specie *l.2.§ item Varus*, vers. *quanquam. D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* (neq; enim æquitatis auxilio indiget petitor, qui ipso iure tutus est, & securus) Sed eo pertinet, vt appareat possessorem hunc conuentum petitione hereditatis ad restitutionem eius totius quantitatis, quam ex hereditate erogauit, tametsi æquitatẽ senatusconsulti possit implorare, ne in damno versetur, id est, vt non in plus condemnetur, quàm quo locupletior factus est, pro ea tamen parte quam de suo erogare omnimodò debuisset, senatuscõsulto iuuare se non possit, cuius quippe æquitas potestásque deficiat, propterea quòd eatenus saltem locupletior factus ille sit: Qua porrò senatusconsulti æquitate ac potestate deficiente, illud vnum superest, vt eatenus quoque possessor non solùm summo iure, sed vtiliter quoque & efficaciter possit conueniri: perinde ac si quod ad hanc petitionis partem attinet senatusconsultum nullum extaret. Ex quo alia etiam diuersitas, 12
eáque longè maioris momenti colligi potest inter hãc speciem & illam, de qua Marcus rescripsit. Nam ex rescripto Diui Marci quod erogatum est ex bonis fideicommissariis quantumlibet bona fide, non solùm fideicommisso decedit, sed etiam proprio heredis patrimonio pro rata vtriusque patrimonij quantitate, vt Papinianus tractat in *d.l. Titius.* Itaque si ponas, vt exemplo res sit illustrior, æqualem esse vtriusque patrimonij æstimationem, æqualiter quoque decedet ex fideicommisso, & ex patrimonio heredis, id quod fuit alienatum. Finge mille esse in fideicommisso, mille in bonis heredis, alienatum verò fundum qui dignus fuerit aureis centum. Quinquaginta ex fideicõmisso, quinquaginta ex patrimonio heredis deducentur. At apud Vlp. nec fit, nec fieri, aut summo iure aut ex æquitate potest eiusmodi distributio pro rata patrimonij quod habuit bonæ fidei possessor. Eadem namque specie retenta, quod ad æqualem vtriusque patrimonij æstimationẽ, si fingas possessorẽ consumpsisse ex penu hereditatis ad centum vsque aureos, qui si non lautiùs contemplatione delatæ hereditatis re sua vsus fuisset, viginti duntaxat de suo impendisset. Nego debere ex eius patrimonio deduci quinquaginta. Sic enim fieret vt contra verba, mentem & æquitatem senatusconsulti teneretur de consumptis, suprà quam locupletior factus esset. Quid ergo? Viginti tantùm deducentur, quoniam eatenus tantùm locupletior effectus dici potest, cùm non plus de suo patrimonio fuerit impensurus. Idque ex primis ipsius §. verbis tam apertè sequitur, vt nihil meo iudicio dici possit apertius. † Vnde facilè nec inuitus in suspicio- 13
nem venio, prima etiam illa verba, totum denique §. Triboniani esse non Vlpiani. Non enim nisi ineptè ita concipi quæstio potuit, An quòd bonæ fidei possessor ex hereditate erogauit, totum decedat ex hereditate erogauit, totum decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij possessoris. † Primùm, quia sic proposita generaliter quæstio, non tantùm ad hunc 14
casum pertineret, sed ad omnes etiam cæteros in quibus hereditatis petitione ageretur. Dicendumque esset si exemplum rescripti Diui Marci ad rem faceret quicquid bonæ fidei possessor ex hereditate quam ad se pertinere crederet, expendisset partim hereditati, partim proprio eius patrimonio decedere oportere: quod tamen neque vsquam constitutum legimus, neque alio loco in dubitationem deductum. Obstat enim authoritas Senatusconsulti: quo, vt dixi, succursum est ex æquitate bonæ fidei possessoribus contra summi iuris asperitatem, ne nisi quanto locupletiores facti sunt restituere teneantur, vt proinde non iam de illo quærendum sit quid & quantum sit in hereditate aut in patrimonio heredis, sed in quantum factus sit locupletior is cui hereditas euincitur. † Deinde non 15
ita scribendum erat, *an totum decedat ex hereditate, an pro rata patrimonij possessoris*, sed sic potiùs, *pro rata hereditatis*, aut si mauis, *an verò pro rata ex patrimonio possessoris*. Implicat enim contradictionem, aut certè peruidentem absurditatem, vt dicamus fieri deductionem ex hereditate pro rata patrimonij bonæ fidei possessoris. Distributio illa dicenda esset non dedu-

ctio & consequenter ad vtrumque patrimonium nō
ad solum hereditatem referenda, si quis cum Papinia-
16 no in *d. l. Titium*, loqui vellet. † Sed & subiectum exē-
plum de penu hereditaria ebibita, prorsus alienum
est a proposita quæstione, & quæstio ipsa specialis,
quæ circa exemplum versatur differens omnino à ge-
nerali. Specialis enim illa est, vtrum quod ex penu he-
reditaria ebibitum est, totum hereditati expensum fe-
ratur, an & aliquid patrimonio possessoris. Aliquid,
inquam, id est, vt sequentia explicant, pro rata statu-
torū sumptuum portione, quos etiam nulla heredita-
tis delatæ opinione deceptus, ille de suo erogare ne-
cessariò debuisset. Cui & subiecta confirmatio illa
conuenit. *vtique enim etsi non tam laute erogasset, aliquid
tamen ad victum quotidianum erogasset.* Si aliquid dun-
taxat, Ergo non omnimodo pro rata patrimonij ea di-
stributio fieri debet. Non enim rata portio patrimo-
nij dicitur ex eiusmodi sumptuum necessariorū pro-
portione, sed ex hereditatis comparatione, quæ tamē
nihil commune habet cum iis sumptibus, quos nulla
quoque interueniente hereditatis contemplatione
fieri necesse fuisset. Illa igitur prior quæstio generalis,
*An quod bona fides possessor ex hereditate erogauit, totum
decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij possesso-
ris*, non modò superflua est, sed etiam inepta, & de
qua vix dicere vnquam possis ad quam speciem ac-
commodanda sit, nec si aliud exemplum perquiras
quàm quod de penu hereditaria sub Vlpiani nomine
17 Tribonianus hic proposuit. † Taceo quod *penum* in
masculino aut neutro genere neque Vlpianus, neque
alius quisquā ex prudentibus, aut prorsus latinitatis
autor vnquam dixit, quomodo hîc Tribonianus *pe-
num hereditarium*, sed semper in fœminino, vt videre
est in *l. 1. & tot. tit. D. de penu leg. l. 1. §. item si ita. D. ad
leg. Falcid. l. cùm fine. 19. l. si penum. 24. D. quand. dies le-
gat. ced.* & aliis omnibus locis quotquot in iure nostro
18 sunt de penu tractantes. † Sed & verba illa mihi non
parum suspecta sunt, *in statutis sumptibus*, pro eo quod
Tribonianus dicere voluit, *in necessariis*. Nusquā enim
alibi sic locutos video Iureconsultos, qui tamen de ne-
cessariis sumptibus tam frequēter tractant vt nihil a-
pud eos sit frequentius. Neque verò fieri potest vt ne-
cessarij sumptus certi sint & statuti, quantumuis di-
ligens & prouidus paterfam. proponatur, cùm pro tē-
porum & emergentiū in dies casuū varietate, plus mi-
19 núsve quotidie impendatur. † In sequenti verò clau-
sula, quā nos initio capitis Triboniani esse certiùs af-
firmauimus, nemo non videt græcismum Triboniano
qui Græcus fuit familiariorem quàm Vlpiano in illis
verbis, *non minuendi fideicommissi*. Adiecisset enim Vl-
pianus *gratia* vel quid aliud simile si Papinianeā ele-
gantiā imitari voluisset. Nā Papinianus in *d. l. Titium*,
ita scribit, *si non interuertēdi fideicommissi gratia* † Quis
20 verò siue græcus siue latinus grammaticus construere
vnquā possit contextū illū verborū *decreuit ea quæ a-
lienata erant non minuendi fideicommissi, nec preciū in cor-
pus patrimonij Pythodori redisse & ex proprio Pythodori
patrimonio decedere, & ex hereditate*. Quid enim est ad
quod referre possis verbum *redisse*? Sed etsi legas redi-
isset, nihil tamen profeceris, nisi in præcedētibus quo-
que aliquid immutes aut suppleas. Sed omissa huius-
modi verborum obseruatione, videamus de reliqui §.
sentētia, quidve tandē Tribonianus ex illo diui Mar-
21 ci rescripto inferre velit. † Subiungit enim, *Et nunc
igitur statuti sumptus vtrum ex hereditate decedent, e-
xemplo rescripti Diui Marci, an ex solo patrimonio viden-
dum erit*. At quænā obsecro noua hæc quæstio est, siue
priorem pro decisa velis haberi, siue pro indecisa?

Prior enim illa generalis concepta iis verbis. *An quod
bona fides possessor ex hereditate erogauit totum decedat ex
hereditate an verò pro rata patrimonij possessoris* vtiq; ad
sumptus omnes pertinebat quos possessor fecisset, ad-
eóque totos ex hereditate ipsa erogasset. † Subsequēs 22
autem quæstio quam suprà diximus specialiorem es-
se, & ad propositum exemplum accommodatam De
penu hereditaria ebibita, Vtrum hereditati totum id
expēsum ferri deberet an & aliquid patrimonio pos-
sessoris, ad omnes sumptus similiter non ad statutos
tantùm pertinebat, vt probat dictio *totum*. † Eamque 23
quæstionem specialiorem & strictiorem diximus, nō
eo respectu quasi non sit de omnibus sumptibus, sed
quia cùm in priore quæreretur An sumtus illi ex he-
reditate facti, pro rata vtriusq; patrimonij distribuēdi
essēt, in hac dubitatur duntaxat An eatenus deducē-
di sint ex proprio possessoris patrimonio, quatenus
fuerat ille de suo erogaturus. Quod in exemplo à no-
bis proposito multo minùs erat, quàm si pro rata v-
triusque patrimonij esset distributio facienda. † Po- 24
suimus enim æqualem fuisse & hereditatis & proprij
patrimonij æstimationem. Vtramque videlicet mille
aureorum, Erogatos autem fuisse ex penu heredita-
ria centum aureos à possessore, qui si ex delata sibi he-
reditate factum se ditiorem non putasset, viginti tan-
tum de suo impensurus fuisset. Aliud porrò longéq;
minus est quærere, An viginti duntaxat ex proprio
illius patrimonio deducenda sint, quod omnimodo
dicēdum est, cùm eatenus tantùm locupletior factus
videri possit, An potiùs quinquaginta, quod vtique
probandum esset si exemplum rescripti Diui Marci
ad hanc speciem trahi posset? Quanquam & è contra-
rio eueniret vt possessori esset longe commodius &
vtilius pati deductionē pro rata sui patrimonij quàm
pro rata sumptuum quos de suo facere debuisset si
poneres multò minùs esse in eius patrimonio, quam
de suo facere omnimodò debuerit ex causa aliqua in-
opinata maiorem esse vt contingit plerumque gra-
uioribus expensis quem inuitum onerari quam facul-
tatum suarum modus patiatur. † At quæ in proximè 25
relata clausula vltimo loco proponitur quæstio non
ad omnes sumptus pertinet qui ex hereditate facti
sint, sed eam tantùm partē quæ necessariis, & vt Tri-
bonianus loquitur, statutis sumptib. imputari possit.
Itaque pro reliqua sumptuū parte non dubitat Tri-
bonianus, quin tota hereditati expensa ferri debeat.
Et consequenter cùm de statutis duntaxat sumptibus
quærat quorum respectu iam diximus locupletiorem
factum possessorem, nullus quoque dubitandi locus
superest quin deduci non debeant ex hereditate. † De 26
illo verò quæri multò minùs potest, An pro vtriusque
patrimonij rata sint distribuendi exemplo rescripti
D. Marci, cùm hereditatem minuere nunquam possit
cōsumptio ex qua possessor locupletior factus sit. Pro-
inde tantò clariùs apparet causam hic nullam fuisse
propter quā deberet Tribonianus abuti rescripto il-
lo D. Marci, quod nihil aliud præterquàm sumptuum
pro rata vtriusq; patrimonij distribuēdorum æquita-
tem induxit. Sed multò absurdius illud est quod ita
loquitur *& nunc igitur statuti sumptus vtrum ex heredi-
tate decedent exemplo rescripti D. Marci*. † Quasi verò 27
Diuus Marcus constituerit vt sumptus facti ab here-
de rogato de restituendo omni eo quod ex heredita-
te superit deducendi sint ex hereditate, ac non po-
potius ex contrario vt deduci debeant ex patrimonio
heredis saltem pro rata, cùm antea non nisi ex here-
ditate deducerētur. Quamuis enim etiam post rescri-
ptum illud deducantur partim ex hereditate, non ta-
men

mē autoritate rescripti id fit, sed iure communi, quod
ante rescriptum quoque obtinebat, vt verò non ex
hereditate omnes deducantur, sed partim ex proprio
heredis patrimonio, factum est & constitutum à Di-
28 uo Marco. † Quid verò tandem respondet concludít-
que nouus hic noster Vlp. *Et verius est*, inquit, *vt ex
suo patrimonio decedant ea quæ, etsi non heres fuisset, ero-
gasset*. Malus profectò grammaticus in illis verbis, *ex
suo patrimonio*, scribendum enim fuerat *ex eius* si Val-
lam consulimus aut Priscianum. Malus etiam Iuris-
consultus in eo quod scribit *etsi non heres fuisset*. Quasi
bonæ fidei possessor, hoc ipso etiam heres fuerit quod
se heredem esse existimauit, licèt ad alium pertinuerit
29 hereditas. † Sed pessimus denique in eo, quod vult ex
patrimonio huius possessoris ea decedere, quæ fuerat
erogaturus etiamsi heredem se non putasset. Etenim
non negem eatenus hunc teneri, quatenus de suo im-
pensurus fuit, nego tamen ex eius patrimonio quic-
quam ideo deduci: Sed hoc contendo, Teneri eum
petitione hereditatis, vt quod ex hereditate percepit
& erogauit, restituat pro rata sumptuum quos de suo
erogare debuisset, tanquam eatenus locupletior fa-
ctus, ac proinde condemnandum illum esse ad eam
restitutionem non quasi ex proprio patrimonio, sed
vt ex hereditate ipsa faciendam, quia neque ex here-
ditate absumptum & diminutum videri debet, quod
in corpus patrimonij versum est, vt superiore capite
dicebamus ex Papiniano in *l. idem seruandam* 72. *De
leg. 2. leg. pater* 23. *Digest. de admin. lega.* Facit non ine-
leganter, quod Paulus scribit in *leg. pen. in fin. Digest.
de reb. eor. qui sub tutel.* Non valere quidem venditio-
nem fundi pupillaris, licèt exsoluendi æris alieni gra-
tia factam, si ex cæteris eius facultatibus solui æs a-
lienum potuit, sed etiamsi exsolui potuerit, si tamen
illæ res saluæ erunt ex quarum precio æri alieno sa-
tisfieri potuit, exceptionem doli obstaturam pupillo
qui lucrum captet ex damno alieno. Similiter igitur
quod saluum est totum patrimonium huius possesso-
ris qui ex hereditate penum erogauit quam alioqui
de suo erogaturus fuit, facere debet non vt ex ipsius
patrimonio quicquam deduci debeat, sed vt tantò lo-
cupletior factus existimetur ex ipsa hereditate, ideó-
que id restituere debeat, non tanquam suum, licèt de
30 suo, sed tanquam hereditarium. † Denique aliud
est sumptum expensum ferri patrimonio possessoris.
Aliud verò de ipsius patrimonio deduci. Cùm dici-
mus expensas ferri patrimonio possessoris, hoc signi-
ficamus intelligi illum factum locupletiorem ex he-
reditate quæ fecit vt patrimonium integrum potue-
rit ille sibi conseruare, quod alioqui diminutionem ex
eo sumptu passurum erat. At si ex patrimonio dedu-
ceretur, neque ex hereditate factus idcirco locuple-
tior possessor dicendus esset, qui tantò pauperior fie-
ret in proprio patrimonio *arg. l. quod bonis* 15. *§. ex do-
nat. omb. D. ad leg. Falcid.* neque ob eam causam peti-
tione hereditatis conueniri posset, sed alia actio quæ-
renda esset, quæ vel in ipsius personam vel patrimo-
nium ipsum dirigeretur, cum petitio hereditatis ni-
hil nisi hereditatem persequatur. Atqui dubitandum
non est in proposita specie quin quod ex penu here-
ditaria consumpsit bonæ fidei possessor ad exhibendā
familiam quatenus de suo in eam rem omnimodo e-
rat impensurus, tāquam eatenus locupletior effectus,
31 reddere debeat iudicio petitionis hereditatis. † Non
igitur ea Vlp. sententia esse debuit, aut potuit, vt ex
possessoris patrimonio idipsum deduci oporteret. Nā
etsi poneres aut nullum ipsius esse patrimonium, aut
tam exiguum, vt necessariis sumptibus ferēdis impar
foret, non eò minùs condemnandus esset petitori &
quidem actione illa petitionis hereditatis. Cum ta-
men si ex eius patrimonio deduci ea quantitas debe-
ret, non magis condemnari posset quam deductio fie-
ri ex patrimonio quod vel nullum, vel minùs ido-
neum esse proponeretur *arg. leg. penult. vers. quare si
nulla. D. de reb. cred. leg. 2. leg. quòd si nulla. 8. D. de hered.
vel act. vend. leg. cod. tempore. 50. D. de pec. leg. filiusfam.
19. de in rem vers.* † Credibile autem est Triboni a-
num cùm præcedentis §. de quo superiore cap. dixi- 32
mus, sententiam corrumperet, eadem manu vel totam
hanc quæstionem quasi coniunctam & finitimam de
suo sub Vulpian. nomine intexuisse, vel contextum
Vlpiani, si quid ille hac de re rescripserat, quod minùs
credo, corrupisse, & ad animi sui sensum potiùs quàm
ad iurisprudentiæ rationem accommodasse: captata
etiam occasione proferendi rescripti Diui Marci, vt
solet ille huius potissimùm Imperatoris & Diui Pij
rescripta referre, eáque sub prudentum authoritate
ad alias species quantumlibet dissimiles extendere.
Quod ab eo factum esse in specie *leg. Pamonius Au-
tus. 86. Digest. de acquir. hered. & leg. Pamphilo. 39. de
legat. 3.* nos docuimus & probauimus libr. 14. capit. 1.
& 3. Sed addamus etiam aliud exemplum nobilius,
necdum, quod miror, ab interprete vllo obseruatum
vt appareat quàm infeliciter Triboniano tanta cesse-
rit audacia. Depromemus ex *leg. mulier. quæ duobus. 22.
D. ad SC. Trebell.* Sed quoniam arduus, ne dicam
audax quoque hic noster conatus est, priùs dicen-
dum nobis est de sententia *§. Diui. 1 leg. filiusfamilias.
114. de leg.* 1. vt quæ posteà contrà Tribonianum di-
sputaturi sumus veriora cognoscantur.

CAPVT IIII.

Ad leg. filiusfamil. 114. §. Diui. 1. de legat. 1.

SVMMARIA.

1 *Rogatum fratris sui filiis sub condicione restituere, ne qui-
dem ipsis volentibus ante diem fideicommissi cedentem ex Seueri & Antonini rescripto restituere
posse.*
2 *Rescripti sensus & ratio.*
3 *Cur heres de hereditate sub condicione restituenda ro-
gatus etiam volenti fideicommissario ante condicio-
nis euentum restituere non possit?*
4 *Heredem qui in specie eius rescripti ante condicionis e-
uentum filiis petentibus & vrgentibus restituit, e-
iusmodi restitutione non liberari.*
5 *Cur Marcianus in d. §. addiderit* sui iuris consti-
tutis?
6 *Potissima ratio cur ex illo rescripto ante condicionis e-
uentum filiis volentibus restitutio fieri non possit.*
7 *Primam huius rescripti rationem sola iuris subtilitate
potiùs quàm æquitate aut testatoris voluntate niti.*
8 *Singulare fideicommissum etiam ante diem fideicom-
missario restitui posse, si modo non alterius quam eius
intersit.*
9 *Sub condicione relictum, licèt singulare sit, ante condicio-
nis euentum rectè solui non posse.*
10 *Fideicommissum relictum pluribus qui sint inuicem sub
stituti, vel cum hac alternatione,* aut ei qui euenié-
te die vel condicione superierit, *siue vniuersale si-
ue singulare, siue in diem certam vel incertam, vel
sub condicione relictum sit, non ante diei vel condicio-
nis euentum solui posse.*
11 *Variis legibus & rationibus hæc sententia confir-
matur.*

12 *Examinatur* §. à filia. leg. cùm pater 77. de legat. 2. *hanc in rem allatus.*
13 *Species & ratio* §. Seium l. vxorem 41. ff. de legat. 3.
14 *Superiorem sententiam etiam tunc obtinere quum persona fideicommissarij non mutatur, sed sui duntaxat persona.*
15 *Imperatores in* d. §. Diui, *non aliud rescripturos fuisse, etiam si non sub condicione sed ex die certa fideicommissum testator reliquisset, nec rursus etiamsi de singulari non de vniuersali fideicommisso quæstio fuisset.*

1 REfertur † in hoc §. probatúrque à Marciano re-
scriptum Impp. Seueri & Antonini quo placuit,
eum qui rogatus esset sub condicione fratris sui filiis
restituere ante diem fideicommissi cedentem ne qui-
dem ex eorum voluntate posse restituere his in pote-
state patris agentibus *cùm possit*, inquit Marcianus, *die
fideicommissi cedente sui iuris constitutis ipsis debere resti-
tui, vel si aliquis ex his decesserit, non omnib.* Sensus non
2 est obscurus, sed ratio non ita aperta est. † Sensus est,
Heredi rogato hereditatem restituere sub ea fortassis
condicione *si nauis ex Asia venerit*, non esse permittē-
dum vt ante cōdicionis euentum restituat fideicom-
missariis qui adbuc sint in patris sui potestate, nec si
velint ipsi, & consentiant, an propter eam rationem
quæ prima facie occurrit, quod futurum sit vt filiis
fiat iniuria si per eos acquiratur patri fideicōmissum,
quod iis relictum fuit non patri? Minimè, nam neque
volentibus & consentientib. iniuria vlla facta dici
posset *l. in diem* 9 *D. de aqua & aqua plu. arcend. l. nemo
videtur* 145 *de regul. iur.* neque dubitandum esset quin
si durante patria potestate condicio eueniret, altérve
dies fideicommissi cederet, non eò minùs tunc resti-
tui fideicommissum deberet quod futurum esset vt
patri per filios acquireretur, *l. cùm filiusfamilias* 11. *De
legat* 1. Sed quòd ante condicionis euentum heredita-
tis restitutio fieri non possit ex volūtate testatoris qui
non nisi sub ea condicione fideicommissum reliquit,
adeò vt ex eiusmodi præmatura restitutione quamuis
facta consentiētibus iis omnibus quorū potest inter-
esse, non transferantur actiones, quia non ita restitui-
tur hereditas vti testator rogauit, Inquit Caius in *l.
3 sed etsi ante diem* 10. *D. ad SC. Treb.* † haud secus ac si
sub condicione heres scriptus pendente condicione
restitutionem facere paratus esset. Is enim nihil age-
ret, vt loquitur Vlp. in §. *vlt. l. praced.* quod ego sic in-
telligo etiamsi consentiret is ad quem deficiente con-
dicione hereditas siue ex testamento, siue ab intestato
peruenire deberet: Nimirum quoniam actionum he-
reditarium trāslatio fieri nulla potest nisi ex Senatus-
consulti Trebel. autoritate *l. 1. & l. 4. l. mulier* 22. § *vlt.
& pass. D. ad SC. Treb* §. *Neronis quidem temporib. Inst.
de fideic. her.* Trebellianum autem senatusconsultum
de iis tantùm locutum esse qui fidei suæ commissum
sicuti rogati essent, restituissent, vt ex iis senatuscon-
sulti verbis apparet, quæ Vlpianus refert in *d. l.* 1. § 1.
Porrò non restituit sicuti rogatus est, qui cùm sub
condicione rogatus sit, ante condicionis euentum
restituit, non magis quàm si Titio hereditatem resti-
tuere rogatus, restitueret Sempronio, quamuis ex Ti-
tij voluntate. Quæ sententia & ratio Marcelli est in
l. si mulier 59. § *ex asse. D. de iur. dot.* vt scripsimus lib.
4 5. capit. 7. † Proinde cùm ex eiusmodi restitutione tā-
quam contra testatoris voluntatem facta, & senatus-
consulti auxilio destituta non trāsferantur actiones,
necessariò consequens est vt per eam non liberetur is
qui hereditatem ex fideicommisso restituere debuit,
tametsi filiis ipsis & petentibus & vrgentibus resti-
tuerit ante condicionis euentum. Siue iam tùm fue-
rint illi patria potestate liberati per mortem patris
aut emancipationem, siue eo restitutionis tempore
fuerint adhuc in sacris patris cōstituti. Vtroque enim
casu eadem ratio locū habet. Ideóque existente quan-
doque condicione si tunc reperiantur illi esse sui iu-
ris, perinde agent ex fideicommisso ac si nulla dum he-
reditatis restitutio facta esset. Id enim est quod ait
Marcianus *cùm possit die fideicommissi cedente sui iuris
constitutis ipsis debere restitui.* † Cur verò addidit *sui
iuris constitutis*, si verum est quod proximè diximus, ni- 5
hil interesse an præmaturæ restitutionis tempore sui
iuris fuerint néc ne? Nempe quia si eo tempore quo fi-
deicōmissi dies cederet, essent illi adhuc in patris po-
testate, persecutio fideicommissi non posset iis com-
petere, sed ex ipsorum persona patris, qui porro restitu-
tionem illam quantumlibet præmaturè factam, cuius
fructum & commodum percepisset, improbare nul-
lo modo posset. Cur enim ei permitteretur vt alie-
num factum improbaret, ex quo lucrum ipse sensis-
set? *arg. l. si extraneus.* 33. vers. *nec enim quisquam. ff. de
iur. dot.* Itaque sicut ratam restitutionem habere co-
geretur, ita & ex postfacto translatio actionum iam
inde ab initio facta intelligeretur, quemadmodum si
filij ipsi cedente fideicommissi die sui iuris constituti
eam restitutionem præmaturè ac in patris commo-
dum factam ratam haberent, *dicta lege sed etsi ante
diem decimum in fine.* † At non illa tantùm ratione 6
mouetur Marcianus vt probet rescriptum Imperato-
rum, nec patiatur ante condicionis euentum restitui
hereditatē filiisfamilias etiā volētibus, quòd possit die
fideicommissi cedente sui iuris constitutis ipsis debe-
re restitui, vt diximus, sed illa etiam quæ ad rem no-
stram magis pertinent, quòd si quis ex fratribus con-
fideicommissariis præcederet, siue durante adhuc siue
sublata iam patria potestate, priùs tamen quàm fidei-
commissi condicio existeret, fideicommissum ei soli
restitui deberet qui euenientis condicionis tempore
superesset, atque ita apparet malè anteà restitutum o-
mnibus fuisse fideicommissum quod non omnibus
debitum fuisset. Quę ratio iis Marciani verbis expres-
sa *vel si aliquis ex his decesserit, non omnibus*, multò ge-
neralior & potentior est quàm prima, ad præmaturam
fideicommissi restitutionem impediendam. † Primam
enim bonam facit sola iuris subtilitas potiùs quàm 7
aut æquitas aut voluntas testatoris, si tractemus de
hereditate cuius præmaturam restitutionem illud dū-
taxat impedire debeat, quòd fideicommissi dies non-
dum venerit, puta rogato herede vt post decenniū re-
stituat hereditatem. Nam si vel citra senatusconsulti
autoritatem translatio actionū fieri posset: vel sena-
tusconsulti verba paterentur vt ante diem quoque re-
stituta hereditate actiones transferrentur, vtique vo-
luntas testatoris non repugnaret, consentientibus sal-
tem iis omnibus quorum interesset. Vt dici solet cum
fundus extra familiā alienari prohibitus, ex consensu
omniū qui de familia sunt alienatur, *l. nihil propon.* 120.
§ 1. *de legat.* 1. *l. quoties ab omnibus.* 11. *C. de fideicommiss.*
Etsi nàque senatusconsulti verba ideo obstāt ne trans-
latio actionum fiat hereditate ante diem restituta,
quòd eo casu non sic restituatur hereditas quomodo
testator voluit, vt diximus, si tamen quæratur, quam-
obrem eiusmodi restitutio præmatura non valeat, ex
eáque translatio actionū nulla fiat, non illa ratio ad-
ferri potest quod voluntas testatoris repugnet aut v-
tilitas fideicommissarij cui prospicere testator vo-
luerit (vtrique enim plus quàm satisfacit is qui post

diem restituere rogatus ante diem restituit, quia &
plus præstat quàm debeat. nisi proponetes ipsius fidei-
commissarij potiùs quàm heredis gratia diem adie-
ctam fuisse, *l. Iulianus. 15. alias l. eum qui D. de ann. le-
gat. l. 3. §. cum Palladius. D. de vsur. l. si ita relictum. 43 §.
Pegasus de legat. 2. l. Seius Saturninus. 46. in fin. l. filia
64. §. alumno ad SC. Trebell.*) sed quia etiamsi consen-
tiant omnes ij quorum interest, nulláque vel iis vel
testatori fiat iniuria, semper tamen verum est verba
senatusconsulti obstare, ne restitutio ex Trebelliano
facta dici possit, quia illud quoque verum est, non esse
factam eam sicuti fuerat heres testamento rogatus,
quandoquidem pendet ea res ex verbis testamenti
quæ mutari post testatoris mortem nunquam possũt,
ne tum quidem cùm ratio iuris & voluntatis muta-
tur ob concurrentem eorum omnium consensum
8 quibus testator prospectum esse voluit. † Idque ita
esse apparet ex eo manifestè, quòd si non vniuersale
fideicommissum relictum proponeretur, sed singula-
re, quod proinde ad senatusconsulti Trebelliani au-
thoritatem non pertineret, ac in quo de translatione
actionum quæri nihil posset, proculdubio nihil ob-
staret quominùs restitui vtiliter diceretur, priùs et-
iam quàm dies fideicommissi venisset, si modò neque
alterius quàm fideicommissarij interesset, neque tam
fideicommissarij quàm heredis grauati fore restitu-
tionis longior dies dicta proponeretur, *d. d. leg. Iauole-
nus*, alijsque suprà citatis. † Loquimur autem, quod
9 obseruari volumus, de fideicommisso relicto in diem
certam non autem de eo, quod sub condicione, quia
si sub condicione fideicommissum, licèt singulare re-
lictum sit, tametsi cesset ratio illa quæ ex senatuscon
sulti authoritate sumitur, non tamen cessat ratio iuris
quæ impediat ne fideicommissi solutione heres libere-
tur. Nimirum quia non nisi eius quod debetur solu-
tione contingit liberatio, nihil autem debet qui sub
condicione debet priusquam condicio venerit, *leg. sti-
pulatio ista. 38. §. inter incertam De verb. oblig. l. sub condi-
cione. 16. l. qui promisit. 48 D. de condic. indeb.* quibus lo-
cis & alijs pleri sque similibus differentia hæc consti-
tuitur inter id quod debetur in diem certam, & quod
in incertam, aut, quod idem est sub condicione. Cedit
enim statim dies debiti in diem certam licèt nondum
venerit, non etiam dies debiti condicionalis, *l. cedere
diem. 213. De verbor. significat.* † At cùm fideicommis-
10 sum pluribus relictum est qui sint inuicem substituti,
aut cum hac alternatione *vel ei qui euueniente die aut
condicione superent*, siue vniuersale fideicommissum
proponatur siue singulare, siue in diem certam reli-
ctum siue in incertam aut sub condicione, non solùm
mera iuris ratio, sed etiam voluntas testatoris impedit
ne ante diei aut condicionis euentum solui fideicom-
missum possit, ne iniuria fiat ei qui eo tempore solus
supererit si non habeat totum quod ei testator totum
dedit, *arg. l. verbis. 7. De vulg. & pupil. substit. leg. heredes
mei. 57. § cum ita D. ad Senatusconsultum Trebell.* Hoc
enim casu licèt primi fideicommissi verbis fideicom-
missum pluribus relictum videatur, effectu tamen si
vnus tantùm supersit cùm dies venit. vel condicio e-
xistit, non alij quàm ipsi soli relictum videri potest,
nec proinde pro parte alteri soluta cui nihil vnquam
debitum fuit, potest dici contigisset liberationem, ta-
metsi mutuo omnium consensu omnibus solutio fa-
cta sit, quia non potuit consensus ille facere fideicom-
missarium eum qui non erat, nec rursus eius quem ex
euentu fideicommissarium esse constaret ius lædere
aut extinguere, ex cuius scilicet potestate non fuit, vt
condicionale fideicommissum prius repudiaret quàm
sibi delatum esset, *l. si ita sit scriptum 45. §. si sub condi-
cione De leg. a.* vbi additur, quod magis mirum est, nihil
hac parte referre an ex die certa, an sub condicione
relictum sit, quia vtroque casu verum est non perti-
nere ad legatarium aut fideicõmissarium rem quæ ei
relicta est, priusquàm dies venit, vel condicio exi-
stat: † Cui etiam conuenit quod scriptum est in *l. Ti- 11
tia cum testamento 34. §. Lucia Titia eod. tit.* in illis ver-
bis *Modestinus respondit fideicommissum ipso iure amissum
non esse quod ne repudiari quidem potest.* Ergo relinquitur
necessariò, vt quoties incertum est an vni fideicom-
missum relictum sit an pluribus, neque vni, neque
pluribus interim solui possit, sed expectandus omni-
modo sit euentus vt appareat cuinam debeatur. Quò
pertinet quod Papinianus refert *in leg. si patrono 5. §.
Imperator. D. ad SC. Treb.* rescriptum esse ab Imp. Ti-
to Antonino, In tempus directò data libertate non
esse repræsentandam hereditatis restitutionem quan-
diu persona nõ est cui restitui possit. Nam nulla quo-
que persona est quandiu nescitur quænam illa sit, an
futura sit. † Item quod idem Papin. respondit in *l. cum 12
pater 77. §. a filia de legat. 2.* si filia quæ à patre iussa e-
rat certa prædia cùm moreretur cui vellet ex filiis
suis restituere vni ex liberis viua donauerit. Non vi-
deri electionem certæ donationis, id est certam &
irreuocabilem, qualis esset si donationis iure valere
posset. Idq; propter incertum diem fideicõmissi relicti
in id tempus quo filia ipsa moreretur, vt & in §. *here-
ditatem filius*, eiusdem legis: Sed quandam potiùs de-
stinationem quæ in eum dirigi commodè potuit, qui
si neminem mater elegisset, fideicõmissum inter cæ-
teros filios habiturus esset: Non negat Papinianus va-
lere electionem (valet enim si modò duret vt idem
Papin ait in *l. vnum ex familia 67. in princip. eod.*) Sed
negat valere iure donationis id est irreuocabiliter, &
vt Accurs. loquitur, incommutabiliter, propter inco-
gnoscibilem fideicommissarij personam, non ob id
solùm quòd filius inter viuos electus præmori possit.
quod si eueniret, appareret nec electum eum fuisse
nec eligi potuisse, quia fideicommissi verba non pa-
tiuntur vt de alijs eligendi potestas fuerit quàm qui
vixerint moriente matre *d. §. hereditatem filius in fin.*
Sed quia etiam superuiueret, electio tamen in tem-
pus mortis filiæ per patrẽ collata, non potuit ante id
tempus consumi, hoc est vt Bartolus, licèt fortasse mi-
nus propriè, loquitur, fieri cum effectu, repugnante
scil. testatoris voluntate quæ in id expressim tempus
cõtulit electionẽ. Tametsi sufficere poterat iis verbis
relictum esse fideicommissum, quæ tractum temporis
haberent vt in *l. fideicommissa 11. §. hoc autem legatum l.
vxorem 41. §. Scæuola respondit de leg. 3. l. epistolam 75. §.
vlt. D. ad SC. Treb.* Secundum quod si non multò ma-
gis certè perinde dicendum est, Cùm quis iussus est
hereditatem restituere pluribus post mortem patris
eorũ, aut ei qui tũ ex ipsis supererit, fieri nullo modo
posse vt restituatur fideicommissum vtiliter & effica-
citer viuo patre, quia quandiu pater viuit, nesciri po-
test quis fideicõmissarius sit futurus. Intereà namque
nullus est. Eo autem tempore fieri poterit vt filij om-
nes sint fideicommissarij, scilicet si omnes erunt su-
perstites, aut vnus duntaxat, vel hic vel ille, nimirum
qui tum superstes reperietur. † In eamque rem extat
apertissimum Scæuolæ responsum in *d. l. vxorem 41. §.
Seium maritum de legat. 3.* vbi cùm proponeretur Seiũ
maritum ab vxore scriptum heredem, eique substi-
tutam Appiam alumnam, fideique heredis commis-
sum vt post mortem suam hereditatem eidem alum-
næ restitueret, aut si quid antè alumnæ contigisset,

Valeriano fratris filio, & quæreretur, an si Seius quicquid ad eũ ex hereditate peruenerat alũnæ restituisset secundum voluntatem defunctæ id fecisse videretur, præsertim cùm eadem alumna ei quoque substituta esset. Respondit Scæuola, Si viuo Seio Appia decessisset non esse liberatum eum à fideicõmisso, quod fuerat relictum Valeriano. Non alia vtique ratione quàm quod quandiu Seius vixit, variari potuit persona substituti vt Baldus loquitur, ideóque cogitare is debuit euenturum fortasse vt alius tandem fideicõmissarius inueniretur, quàm cui præmaturæ vellet
14 restituere hereditatem. † Quæ ratio tanta est vt idipsum iuris aliquando inducat tum etiam cùm persona fideicõmissarij non mutatur, sed ius duntaxat personæ quæ tamen re vera eadem maneat, Vt in specie illa de qua iam diximus ex *d. §. Dni. 1. l. filiusfam. 114. de leg. 1.* id est cùm quis Titij filiis in patris potestate constitutis hereditatem restituere iussus est sub condicione, *si intra annum nauis ex Asia venerit*. Etsi enim certum est Titij filios omni casu esse fideicõmissarios, si durante adhuc, siue iam sublata patria potestate fideicommissi condicio existat, perinde tamen acsi pro vario rei euentu variæ quoq; essent personæ fideicõmissariorum, impeditur heres grauatus ne ante cedentem fideicommissi diẽ filiis Titij in patris potestate adhue manentibus fideicommissum præstare possit, quia interim mutari potest ius filiorũ si fortè ante condicionis euentũ sui iuris effecti sint: quo casu quodammodo facti videbuntur, capaces videlicet petendi proprio nomine sibiq; acquirendi fideicommissi, quod si patriæ potestatis tempore solutum iis fuisset, nõ ipsis, sed patri fuisset acquisitũ, Non aliter quàm si vno ca-
15 su essent ipsi fideicõmissarij, alio pater. † Neque aliud rescripturos fuisse Imperatores credendum est etiãsi non sub condicione sed ex die certa fideicommissum testator reliquisset, Nec rursus, etiamsi de singulari nõ de vniuersali fideicommisso proposita quæstio fuisset. Nam quæ à nobis in superioribus facta distinctio est, an fideicommissum vniuersale sit, an singulare, & an sub condicione, aut quod idem est ex die incerta, an ex die certa relictum, an hunc casum non pertinet, in quo fideicommissarij siue ius, siue personæ variari potest, sed ad illum duntaxat in quo nihil sit præter inducendi Trebelliani necessitatem, meámque subtilitatem iuris, quod impediat fideicommissi præmaturam restitutionem.

CAPVT V.

Ad l. post mortem 12. C. de fideic.

SVMMARIA.

1 *Vnum duntaxat certumq; fideicommissarium in specie legis propositæ fuisse, eiq; hereditatem ante diem fideicommissi irreuocabiliter restitui potuisse.*

2 *Restringitur glossa ad §. hereditatem filius.* l. cùm pater ff de leg. 2.

3 *Duæ dubitandi rationes ad legem initio propositam obseruantur.*

4 *Fideicommissum in* d. l. post mortem, *condicionale esse.*

5 *Respondetur ad posteriorem dubitandi rationem.*

6 *Si fideicommissarius post factam ab herede fideicommissi restitutionem, licèt viuo adhuc herede decedat, non posse tamen in specie* d. l. *euentum illum facere, vt fideicommissi condicio deficiat.*

7 *Priorem dubitandi rationem in* d. l. *ex eo oriri quod ex SCto Trebelliano non aliter in fideicommissarium transeunt actiones, quam si grauatus heres hereditatem sicut rogatus est restituit.*

8 *Amplificatur ea dubitandi ratio seu obiectio.*

9 *Decidendi ratio a nonnullis Interpretibus allata remouetur.*

10 *Obiectionis soluendæ gratia tentatur fideicommissum sub mortis condicione debitũ fauorabilius esse, quam si ex die certa deberetur, hactenus vt ex eius restitutione præmaturè facta transeant actiones.*

11 *Rogatum post mortem suam hereditatem restituere, si eam hodie restituat, non alio die restituere videri quam quo rogatus est.*

12 *Superiorem sententiam tunc demum obtinere quũ non alterius quam ipsius heredis grauati, aut fideicommissarij interest vt fideicommissum tardiùs vel citius restituatur.*

13 *Fideicommissi in diem certam relicti restitutionem non ante rectè fieri quam totum medium tempus præterierit.*

14 *Respondetur ad* §. 1. l. si patroni. 55. ff. ad SC. Trebel.

SVpradictis † contrarium non est quod Philippis Imperatoribus placuit in *leg. post mortem. 12. C. de fideic.* Eum qui post mortem suam restituere hereditatem rogatus est, etiã priùs quàm fati munus impleat, satisfacere & hereditatem restituere si velit, non prohiberi. Etenim vt interpretes omnes bene obseruarunt vnus duntaxat, isque certus fuit in illa specie fideicommissarius, cui proinde nihil vetebat hereditatem restitui, priùs etiam quàm dies fideicommissi cessisset. Restitui, inquam, irreuocabiliter, quod addere libuit, † ne quem fortè decipiat glossator, qui in *dict. §. hereditatem filius* in verbo *existere* adnotauit, Grauatum post mortem suam restituere, posse & antè restituere si velit ex *dict. leg. post mortem*, dum tamen inquit voluntas duret ex *dict. leg. vnum*. Hæc enim adiectio, non ad speciem *d. l. post mortem*, referenda est, cùm vnus tantùm, vt dixi, fideicommissarius est, sed ad eam de qua in *d. § hereditatem*, si quis hereditatem filiis suis vel cui ex his voluerit cùm morietur restituere iussus sit. Nam vt Accursius noster notat ad *d. §. a filia*, volẽti statim restituere quod post mortem tantùm debuit, voluntas defuncti nullo modo aduersatur. Senatusconsulti potiùs autoritas iurísque subtilitas illa de qua proximo capite diximus, obstare videbatur, quasi ex Trebelliano actiones transire non possent, si heres rogatus aliter quàm sicuti rogatus esset hereditatem restitueret, quod contingeret hereditate ante mortem restituta, quæ post mortem duntaxat restitui debuerit. † Nam de fideicommisso vniuersali hereditatis
restituendæ lex illa est, non de singulari. Ad quam du- 5
bitandi rationem non videntur interpretes respexisse, sicut nec ad aliam quæ ex supradictis colligi potest, quòd fideicommissum condicionale ante condicionis euentum sit prorsus indebitum, ideóque nec solui ad aequirendam liberationem, nec repudiari vtiliter possit. † Hoc enim fideicommissum condicionale esse
non ambigitur, cùm relictum sit in diem incertum, id 4
est mortis. Dies enim incertus tã in testamentis quàm in contractibus pro condicione habetur *d. §. inter incertam leg. dies incertus. 75. De condic. & demonstr. leg. talis scriptura. 30. §. sed etsi sub condicione de legat. 1. l. cùm testator. 8. C. de testament. manum.* Nec ad rem pertinet si quis dicat, Esse quidem illam condicionem, sed tamen quam euenturam certum sit, quia heredem ipsum moriturum esse certum est, *l. si post mortem. 68. §. vlt. de legat. 1.* Cuiusmodi quæ sunt condiciones, id est quas omnimodo extaturas esse certum sit, ferè est vt pro non condicionibus habeantur *l. quod si ea condicio. 18. ff. de condict. indeb.* Quod enim certum sit moriturum heredem non facit vt perinde certum sit extaturum

rām condicionem, cū fieri possit vt fideicommissarius
præmoriatur, atque ita fideicōmisso extincto fideicō
missi quoque condicio euanescat, *l. Statius Florus 48.*
5 *§. Cornelio Felici. Digest. de iur. fisc.* † Sed tamen ad po-
steriorem hanc obiectionem respondeni meo iudicio
non minùs verè, quàm subtiliter potest. Esse quidem
condicionale huiusmodi fideicommissum hactenus,
vt neque ante grauati mortem peti possit, *dict. §. Scæ-*
uola l. vxorem. 41. de legat. 2. neque ad fideicommissarij
si præmoriatur heredem transmitti, *leg. si in personam*
21. Cod. de fideic. leg. 4. leg. si Titio 22. in princip. D. quan.
dies legat. ced. Sed non vsque adeò vt si ante grauati
mortem præstitum sit, dici possit indebitum, & tan-
quam indebitum repeti. quia verum est relictum esse
sub condicione omnimodò extatura, quæ si aliud ni-
hil concurrat, pro condicione non habetur, vt dixi-
6 mus: † & quamuis possit euenire vt fideicommissarius
præmoriatur, si tamen post factam fideicommissi re-
stitutionem, licèt viuo adhuc herede decedat, non po-
test euentus ille facere vt deficiat condicio fideicom-
missi, non ob id solùm quòd iam præstitum sit ei re-
stitutum (eadem enim ratio aliis quoque condicio-
nibus conueniret quæ post fideicommissi restitutio-
nem deficerent) sed quia post solutum fideicommis-
sum nihil causæ est cur euentus eiusmodi sperari aut
expectari debeat, cùm sit præter opinionem votúm-
que testatoris, qui licèt noluerit posse compelli he-
redem quandiu viueret, noluit tamen prohiberi cum
quominùs si vellet, hereditatē viuus restitueret, quia
nec cogitur aut sperauit futurum vt fideicommissa-
rius præmoreretur, quem alioqui votū illud gerens,
non nisi frustra & ridiculè post heredis mortē substi-
tuisset *l. Iulian 26. in fin. D. si quis omiss. caus. testam.* De-
nique solutio ipsa facit ne fideicommissum hoc sit in-
debitum. quod ante solutionem nullo modo fuit de-
bitum. Quemadmodum dicimus aliquando contin-
gere vt stipulatio seipsam committat, nec priùs sti-
pulationis condicio existat, quàm ex ipsa stipulatio-
ne condicionali actum sit, litisque contestata, *leg. cùm*
quærebatur 13. vers. proinde Digest. de iudic. solut. l. nuda 5.
C. de contr. & comm. stipul. † At difficilius illud vide-
7 tur, quomodo ad priorem obiectionē responderi pos-
sit, qua dicebamus non aliter transire actiones, quā si
grauatus heres restituat hereditatē sicuti rogatus est.
Quāuis enim quis admittat condicionē illam quę in-
est fideicommisso post grauati mortem præstando sic
accipi debere, vt sit omnimodo extatura, vix tamen
est vt idcirco fideicommissum quod ante mortem re-
stituitur, eo modo restitui videatur, quod ex testa-
menti verbis restitui debuerat, tametsi volūtas testa-
toris non aduersetur. Diximus enim impedimentum
illud translationis actionum, si quando aliter quis fi-
deicōmissum restituat, quàm sicuti rogatus est, non
tam ex testatoris voluntate proficisci quàm ex defe-
ctu autoritatis Senatusconsulti. quæ cùm necessaria
sit ad transferendas actiones hereditarias, ad alium
tamen casum porrigi non potest, quàm qui verbis i-
psis senatusconsulti expressus est, quo hereditas sicuti
8 testator iussit, restituatur. † Et verò quamuis fideicō-
misso ex die certa relicto, certum sit omnimodo &
tandem aliquando diem illam venturam esse, non eò
minùs tamen verum est impediri translationem a-
ctionum si ante diem restituatur hereditas, *dict. l. sed*
etsi ante diem 10. D. ad S. C. Trebell. Et consequenter;
quod magis mirum est fideicommissi repetitionem
competere acsi prorsus indebitum fuisset. Tametsi
soleat dici eū qui in diem debitor est, adcò debitorem
esse, vt si ante diem soluta, repetere nō possit, *l. in diem*
10. ff. de cond. indeb. Quis enim ferat valere fideicom-
missi restitutionem, & nihilominùs actiones omnes
tam actiuas quàm passiuas penes heredem remanere?
l. nam quod 14. §. non omnis. D. ad S. C. Treb. An non id
esset pro parte valere, & pro parte non valere? Quini-
mò cum hereditas in iure consistat non in corpore *l.*
hereditas 50 D. de petit. hered. ideóque actiones potissi-
mum comprehendat, præsertim cùm de fideicommis-
saria hereditatis restitutione tractatur, *l. si legatus 30.*
§. si quis bona ad SC. Treb. quomodo fieri potest, vt he-
reditatis restitutio habeatur pro facta ex qua nullæ
sint trāslatæ actiones? *d. §. non omnis.* Quòd si fideicō-
missum ex die certa relictū quod aliquando debitū iri
omni modo certum est, non alio iure hîc censetur,
quàm si esset condicionale, ac poterit maior vis esse
condicionis omnimodo extituræ? Nam nec maior est
aut esse potest, cùm quæritur de impediēda cōdictio-
ne, sed æqualis, quia tā quod in diem certam debetur
quā quod sub condicione omnino extatura, si interim
solutum sit, non repetitur, *d. l. in diem d. l. quod si ea con-*
dicione de cond. indeb. † Hic verò vellem ego interpre- 9
tes nostros subtiles agere, & in dissoluendo nodo me-
cum insudare. Nam quod vulgò tradunt id fieri sola
potestate cōdicionis quę sit omnimodo extatura, prę-
terquàm quod non aliter verum est, quàm si eo quo
diximus modo explicetur, quia potest condicio defi-
cere fideicommissario præmoriente, nō dissoluit prio-
rem dubitationem, nec facit vt idcircò videri debeat
facta restitutio quomodo testator voluit, si ante mor-
tem facta sit, non magis quàm si ante diem certam, in
quam fideicommissum relictum foret, & quam omni-
modo venturam esse certum esset. † Teotenus an 10
dici possit, imò verò fauorabilius esse hoc fideicom-
missum debitum sub huiusmodi condicione omnino
extatura, quàm si ex die certa deberetur. Hactenus
nimirum vt ex eius restitutione quamuis præmaturè
facta transeant actiones, quæ fideicommisso in diem
relicto nō transirent. An quod magis debeatur quod
sub condicione omnimodo extatura debetur, quam
quod in diem certum? Minimè. Neque rursum cū de
transferendis ex Trebelliano actionibus tractatur, il-
lud solum sufficit, vt fideicommissum debeatur, sed id
potissimum inspicitur an eo modo quo relictum fuit
restituatur. Sed quia cum in condicione qualibet duo
sint quæ faciant ne purè deberi videatur quod sub cō-
dicione debetur, quorum alterū est euentus ille incer-
tus ex quo præcipuè condicio æstimatur: Alterum est
tempus medium quod necessario præcedit euentum in
ea condicione de qua agimus, quam probauimus esse
ex earum genere quæ omnimodo sunt extituræ, nulla
euentus incertitudo cōsiderari potest, & ideò si aliud
nihil obstaret, id est nisi tempus quoque licet incertū
contineret, purè debitam dici deberet quod sub hu-
huiusmodi cōdicione deberetur, vt euenit cum quid
sub duabus condicionibus contradictoriis promitti-
tur, quarum alterutram euenire necesse sit, *l. Iulianus*
verum debitorem 60. D. eod. tit. de condict. indeb. At quod
ad tēpus attinet, dico nullam quoque eius rationem
haberi posse quominùs fideicommissum sub hac con-
dicione relictum si ante diem præstetur sua die præ-
stitum videri debeat, nempe quia tempus illud quod
inest huic condicioni, non solum incertum est quod
non sufficeret, sed etiam tale quod existere quan-
documque possit. Itaque condicio non tantùm om-
nimodo extitura est, sed etiam existere potest quan-
docūque. Singulis enim diebus quinimò horis ac mo-
mentis mori possumus, aut potius si veram non fu-
catam philosophiam amamus quotidie morimur, &

vnoquoque momento vitæ nostræ, nec quod vera il-
la & realis separatio animæ à corpore fit tardiùs, quæ
nec nisi semel fieri potest, facere debet, quominùs
prudentis cuiuslibet, præsertim verò Christiani ho-
minis sit, sic viuere assiduè vt se in singulas horas co-
gitet non modò mori posse, sed etiam moriturum.
11 † Proinde ne à proposito longiùs aberremus, qui post
mortem suam hereditatem restituere rogatus est, si
eam hodie restituat, non alio die restituit, quàm quo
rogatus est, quia & hodie non potest, quamuis fortas-
se non nisi post annum aut decennium sit moriturus.
Nam neque si verba & vim fideicommissi inspicias
cogitur ille expectare vt sit mortuus, ne alioqui fi-
deicommissum inutile fiat si à mortuo relictum vi-
deatur. Sed tum quoque cùm post mortem relictum
est perinde habetur, ac si relictum esset in id tempus
quo grauatus moreretur, aut, vt quibusdam locis scri-
ptum est, cùm mori inciperet, vel etiam *pridie quàm
moreretur, leg. scrupulosam 11. Cod. de contr. & commit. sti-
pul.* Nihil enim prorsus inter hæc interest, & siue his,
siue illis verbis testator vsus sit, fideicommissum vires
accipit, & radices in persona grauati, *leg. coheredi 41. §.
cum filia*, vers. *quod si heredem*, vbi Bartolus & alij *de
vulg. & pupill. substit.* quia & tempus ipsum instans-
que mortis vitæ computatur non morti, *leg. vltim.
Digest. de condic. instit. leg. qui diem 13. §. 1. Digest. de
manum. testam.* Siquidem fieri non posset, vt iam mor-
tuus homo moreretur. Cùm ergo possit fideicommis-
sum restituere pridie quàm moriatur, Cur non hodie
potest restituere qui planè nesciat an cras victurus
12 sit, an moriturus? † Illud enim semper memoria repe-
tendum est, nos eum casum tractare, in quo non al-
terius quàm ipsius heredis grauati aut fideicommis-
sarij intersit vt fideicommissum tardiùs vel citiùs re-
stituatur: Nam si alterius interesset, puta eius qui si
mortis tempore solus superesset, solus quoque ad fi-
deicommissum admitti deberet, nullus his nostris ra-
tionibus locus relinqueretur, sed ex aliis quas in
contrarium suprà disputauimus, mortis naturalis
diem expectari oporteret, ne ob præmaturam fidei-
commissi restitutionem alius admitteretur quàm qui
à testatore vocatus fuisset. Potest enim quilibet quod
ad se quidem attinet, sic viuere & tractare omnia,
quasi aut hoc ipso die aut cras moriturus sit, sed non
quod ad alios, aut vt iis noceat, quorum interest eum
13 viuere mortisque naturalis tempus expectari. † Fi-
deicommissi in diem certam relicti alia ratio est. Si-
cuti namque diem certam omnimodo venturam esse
certum est, ita & non priùs venturam esse quàm to-
tum tempus medium præterierit, vnde fieri necesse
est, vt si interim restituatur hereditas quæ ad diem re-
stitui debuit, præmaturè restituta intelligatur, & alio
tempore quàm quo testator voluit, atque ita per con-
sequentias nulla ex Trebelliano actionum translatio
fiat, quæ fit commodissimè quoties statim restituitur
hereditas per fideicommissum relicta sub condicione
quæ & omnimodo extitura sit, & quandocunque
possit existere, dum ne alterius tertij cuiusquam in-
tersit. † Neque obstat quod Papinianus scribit in *l. si
14 puerum 55. §. primo ad Senatusconsultum Trebellianum*,
rescriptum esse ab Antonino Pio in tempus directò
data libertate non esse repræsentandam hereditatis
restitutionem, quia non sit cui restitui possit. Ita in-
nuens à contrario sensu. Posse igitur repræsentari si
fideicommissaria libertas in tempus data sit. Nam id
rationem illam habet quòd eo casu non tam restitu-
tioni hereditatis tempus dictum sit, quàm fideicom-
missariæ libertati, quam porrò nihil impedit quomi-
nùs repræsentare possit heres, cuius gratia tempus il-
lud adiectum fuisse credendum est. Porrò repræsen-
tata libertate, nihil quoque vetat hereditatem statim
restitui, quia tunc purè ac sine vlla temporis præfini-
tione relicta reperitur, ideòque nec repræsentari dici-
tur, quæ suo tempore soluatur, petique tanquam de-
bita potest, cùm imputare sibi debeat heres qui ante
tempus libertatem præstitit, cui seruum manumitten-
do dederit ei petendi à se fideicommissi facultatem,
argument. l. filio 7. D. vt legat. nom. caueat. Cùm libertas
directò data est in tempus, non potest illa per here-
dem repræsentari, sicut nec hereditas, quia non com-
petit directa libertas nisi ex potestate sola legis, quæ
porrò subsequitur testatoris voluntatem vt Vlpianus
in Titulis scribit *titul. 1. leg. si cui 31. Digest ad S.C. Tre-
bellian.* Accurs. *in verb. in tempus* pessimè locum illum
explicat.

CAPVT VI.

Ad l. mulier quæ in duobus 22. in princip. D. ad Senatusconsultum Trebellianum.

SVMMARIA.

1 *Species & quæstio in principio dictæ legis proposita.*
2 *Responso præmittitur D. Marci decretum.*
3 *Decretum illud cum specie initio proposita nihil commune habere.*
4 *In ea specie fieri non posse vt fideicommissum quod post mortem patris filijsfam. relictum fuerat, bene eis viuo adhuc eorum patre soluatur*
5 *Ratio quæ eius fideicommissi repræsentationem impedit.*
6 *Non aliud iuris in dicta specie fore etiamsi verba illa* vel ei qui eorum superesset *adiecta non essent.*
7 *Superius Diui Marci decretum a specie ab Vlpiano proposita in multis differre.*
8 *In decreto Diui Marci tam matris voluntatem fuisse, vt statim atque filij patria potestate soluti essent, ad fideicommissi petitionem admitterentur.*
9 *Ex verbis illis* si morte patris sui iuris fuissent effe-*cti, colligi in specie eius decreti fideicommissum non tam practicè in tempus mortis paternæ, quàm in id tempus quo sui iuris effecti fuissent collatum fuisse.*
10 *Eam matris voluntatem probatam non præsumptam fuisse.*
11 *Cur in specie ab Vlpiano proposita rogatus Titij filijs post mortem patris eorum hereditatem restituere, ante diem mortis fideicommissum præstare non possit?*
12 *Differre fideicommissum relictum post mortem patris ab eo quod confertur in tempus quo filij sui iuris erunt, licet mortis patris intellecta mentio fuerit.*
13 *Filiisfamilias quibus post mortem patris eorum fideicommissum relictum est, ad fideicommissum illud statim post emancipationem admitti posse, si eam testantis voluntatem fuisse constiterit.*
14 *Probationem hoc casu non simplicem præsumptionem exigi.*
15 *Brocardicum ex hac lege ab Interpretibus elicitum refellitur.*
16 *Cur in specie ab Vlpiano proposita casus mortis ad casum emancipationis trahi non possit?*
17 *Ratio diuersitatis inter eam speciem & Diui Marci rescriptum.*
18 *Admissis in specie decreti D. Marci post emancipa-*

tionem

tionem & ante patris mortem filÿs, nullum amplius mortis casum superesse.

19 *Non ideò tamen instans emancipationis pro instanti mortis habendum esse.*

20 *Ad fideicommißum pluribus filÿsfamilias* post mortẽ patris eorum, *vel* ei qui tum ex ipsis superesset, *relictum, nullos alios inuitatos videri quàm qui mortis tempore supererunt.*

21 *In tantum mortis tempus spectari, vt in casu non dissimili mutata quoque persona tempus tamen præstandi fideicommißi mutari non possit.*

22 *Concluditur in specie ab Vlpiano proposita restitutionem fideicommißi ante mortem patris filÿs post eorum emancipationem factam inutilem esse.*

23 *Eam restitutionem fratris vel fratrum superstitum consensu non confirmari.*

24 *Diuersam esse hanc speciem & quæstionem ab ea quam ad* §. duo fratres. l. qui Romæ. 122. de verb. obli. *Interpretes tractare solent.*

25 *Multum in specie decreti D. Marci ad fideicommißi repræsentationem facere filiorum voluntatem, qui fideicommißum non expectata patris morte in iudicio petierunt.*

26 *Apud Vlpianum vltrò & sine iudice fideicommißum illud ante mortem patris restitutum fuisse, ac proinde minus valere eam restitutionem.*

27 *Nec ideò fauorabiliorem esse debere quòd tunc incertior erat fideicommißarÿ persona.*

28 *Verba hæc in* d. l. mulier. Scæuola refert. vsque ad §. 1 *Triboniani non Vlpiani esse.*

29 *Scæuolam a quo decretum D. Marci Tribonianus relatum dicit, ante D. Marci tempora decessisse.*

30 *Cur Scæuolæ nomen potius quàm alterius ICti Tribonianus supposuerit?*

31 *Imperatores pronuntiare aut ius dicere, non* iudicare *dicebantur.*

32 *Decreti contextum ab Vlpiani breuitate & elegantia longè abesse.*

33 *Mortalitatis nomen quomodo a Iurisconsultis accipiatur?*

34 *Vltima ratio propter quam verba superius notata Triboniano potius quàm Vlpiano adscribenda videntur.*

1 ELegans † species est, & digna, de qua quid Vlpia-
nus scribit, id est, quid ex iuris ratione sentien-
dum sit, inuito etiam Triboniano inuestigemus. Mu-
lier quæ duobus filiis in patris potestate relictis, alij
nupserat, posteriorem maritum heredem instituerat,
eúmque rogauerat liberis suis post mortem patris eo-
rum hereditatem suam restituere, vel ei qui ex ipsis
superesset. Eisdem emancipatis à patre suo vitricus
hereditatem restituisse dicebatur, mox alter ex filiis
viuo patre decessisse. Quærebatur an is ex filiis qui
supererat, partem fratri suo restitutam petere posset
2 quasi præmaturè datam. † Sed priusquàm ad quæ-
stionem hanc respondeatur, subiungit Vlpianus, si
nos Tribonianus non fefellit, Scæuolam referre
Diuum Marcum Imperatorem in auditorio de hu-
iusmodi specie iudicasse, *Brasidas*, inquit quidam
Lacedæmonius vir prætorius, cùm filiis suis ab v-
xore diuortio separata, *si morte patris sui iuris effecti
fuissent*, fideicommissum relictum esset, eos eman-
cipauerat. Post emancipationem fideicommissum
petebant. Decreuisse igitur Diuum Marcum refert,
fideicommissum eis repræsentandum, intellecta ma-
tris voluntate quæ quia non crediderat patrem eos e-
mancipaturum distulerat in mortem eius fideicom-
missum, non dilatura id in mortalitatem si eum e-
mancipaturum sperasset. Sequitur *secundum hæc dice-
bam & in proposita quæstione Diui Marci decretum esse
trahendum, & rectè fideicommissum vtrisque solutum.* † 3
Ego verò ausim dicere decretum illud Diui Marci
nihil cum proposita specie habere commune, neque
videri posse fideicommissum rectè solutum vtrique
pendente condicione fideicommissi, propter euiden-
tem rationem diuersitatis inter eam speciem de qua
consultus fuit Vlpianus & illam de qua Diuus Mar-
cus pronunciauit. Nam apud Vlpianum proponeba-
tur rogatus vitricus, idémque heres institutus à ma-
tre, non solùm vt testatricis filiis post mortem patris
eorum restitueret hereditatem, sed hoc etiam addito
vel ei qui eorum superesset: quibus verbis facta erat vul-
garis substitutio in fideicommisso inter fratres, vt si
alter eorum præmoreretur, tota hereditas ad solum
superstitem ex fideicommisso perueniret, ex *leg. vt he-
redibus 50. leg. cùm proponebatur 64. de legatis secundo.
leg. Scæuola septuagesimasexta ad Senatusconsultum
Trebellianum.* † quæ res faciebat vt quandiu pater vi- 4
ueret, incertum esset cuinam ex liberis fideicom-
missum quandoque restituendum foret. Cùm eue-
nire posset, quod & euenerat, vt alteruter eorum
viuo patre præmoreretur, atque ita soli superstiti to-
tum fideicommissum iam inde ab initio relictum vi-
deretur. Vt proinde non posset dici ex testatricis vo-
luntate, & ita vti oportuit restitutum fideicõmissum
quod repræsentatum esset, solutúmque ante diem ce-
dentem. Puto autem apparere satis superque ex supe-
rioribus, in ea specie de qua Vlpianus consultus fuit
fieri non posse vt fideicommissum quod non nisi post
mortem patris relictum fuerat filiisfamilias, bene iis
solui potuerit viuo adhuc eorum patre, licet iam tum
emancipatis, † quia quamuis emancipatio faciat, 5
vt ex eo tempore non magis ius personæ quàm per-
sona ipsa substituti variari possit (quod diuersum esset
si durante adhuc patria potestate fideicommissum re-
præsentaretur *d. §. Diui.*) Illa tamen tatio superest,
quæ fideicommissi repræsentationem semper impe-
diat, quòd fideicommissum hoc non solùm sub con-
dicione relictum est, sed in id etiam tempus quo fieri
possit, vt non plutes sint fideicommissarij, sed vnus
duntaxat, qui porrò quis futurus sit, planè ignoretur.
† Is enim futurus est qui moriẽte patre solus eo tem- 6
pore superstes inuenietur, propter verba illa fideicõ-
missi, *vel ei qui eorum superesset*, quæ tamen etiamsi non
essent adiecta, nõ aliud iuris fore putarem, quia sem-
per verum esset relictum fuisse fideicommissum sub
condicione cuius euenientis tempore, si vnus tantùm
filius superesset, is quoque solus admitti deberet. *d. §.
Diui in fin.* Quid enim refert an condicio illa adscri-
pta sit, *si nauis ex Asia venerit*, an quæ ex incerto die
mortis patris constituatur? Itaque cùm hoc casu dici
non possit factam esse restitutionem eo modo quo te-
stator voluit, saltem pro ea parte quæ præmortuo filio
soluta est. & quam & ex euentu apparet nunquam ei
debitam fuisse, nec illud etiam fieri aut verũ esse po-
test, quod sub Vlpiani nomine cõcluditur, fideicom-
missum rectè vtrique solutum fuisse. Est enim hic ca-
sus ex eorum numero in quibus quid anteà in rei ve-
ritate fuerit, non nisi ex euentu sciri potest, vt Paulus
tractat *in l. qui res 98. §. rem autem. D. de solu. leg. quædam
sunt 15 de reb. dub. l. huic scripturæ 15. §. 1. Digest. ad leg.
Aquil.* † Solùm igitur illud videndum superest, quid
responderi possit ad rescriptum Diui Marci quod ad 7
propositam speciem trahi posse & debere Triboniа-
nus voluit. Iam enim non ausim Vlpiano adscribere
responsum quod putem à recta iuris ratione tanto-

pere abhorrere. Monui autem iam in ipso ferè huius
capitis initio nihil cum specie nostra simile aut cōmu-
ne habere illā de qua Marcus pronunciauit, non id
solùm quòd non proponebantur ibi addita in fidei-
cōmisso verba illa, *vel ei qui eorum superesset*, quæ aper-
tiùs faciunt vt ante tēpus mortis patris prorsus incer-
ta fuerit persona fideicōmissarij (nam iis quoque ver-
bis sublatis idem admittendū fore diximus propter
8 solam condicionis potestatem ex *d. §. Diuus.*) † Sed etiā
quia in ea specie proponebatur & consequentet pro-
babatur ea matris voluntas fuisse vt statim atque so-
luti essent filij patria potestate ad fideicōmissi peti-
tionem admitterentur. Id enim est quod Tribonia-
nus ipse nec tacere potuit, *intellecta matris voluntate
qua quia non crediderat patrem eos emancipaturum distu-
lerat in mortem eius fideicommissum, non dilatura id in
mortalitatem si eum emancipaturum sperasset.* Nam si vo-
luntas illa matris non fuisset, & quidem probata ali-
ter quàm ex verbis fideicommissi, quæ potiùs repu-
gnabant, nullam sanè rationem haberet decretū Diui
Marci, pugnarétque manifestissimè, non modò cum
iuris ratione, sed etiam cum rescripto illo Imperatorū
Seueri & Antonini, quod Marcianus refert laudát-
que in *dict. §. Diuus.* Itémque cū *dict. leg. sed etsi ante. D.
ad S.C. Treb.* aliisque locis suprà citatis, quibus pro-
bauimus non posse fieri restitutionem ex Trebellia-
no, neque transire actiones si ante impletā condicio-
nem restituatur hereditas fideicōmissaria quę non ni-
si sub condicione relicta fuit. Præsertim verò ita con
cepta condicione, quemodo in specie illa Diui Marci,
si filij effecti fuissent sui iuris morte patris. Neque enim
æquè dici poterat, omnimodo exituram esse condi-
cionem illam, ac de illa diximus, cùm quis post mor-
tem suam restituere rogatus est. Hunc enim aliquan-
do moriturum esse certum est, atque ita condicionem
euenturam. At non similiter certum est filiosfami-
lias sui iuris effectos iri per mortem patris. Quid e-
nim si ante patrem moriantur? Quid si à patre eman-
cipentur? Quid si pater deportetur? *leg. Gallus 29. §. &
quid si tantùm de liber. & posthum.* † Neque parum
9 obseruatione dignum illud erat, quod in illa specie
fideicōmissum relictum fuerat filiis mulieris institu-
tæ non quomodo in casu nostro, *post mortem patris eo-
rum*, quibus verbis non nisi in tempus mortis patris
præcisè confertur dispositio, sed expressa figura con-
cionis hoc modo, *si morte patris sui iuris fuissent effecti*,
quæ verba præ se ferunt, non tam in tempus præcisè
mortis paternæ collatum esse fideicōmissum quàm in
id tempus quo filij effecti essent sui iuris. Sic enim
constructio ipsa verborū postulat, vt particula *si* quæ
condicionis figuram exprimit, referatur ad sequentia
illa, *sui iuris fuissent effecti.* Adiectā verò mētionē mor-
tis patris, quod non credidisset testatrix vnquā futu-
rum, vt eos emancipare pater vellet, nec proinde vt a-
liter quàm morte patris exirent de ipsius potestate.
Casus. n. ille deportationis, & alij si qui sunt similes,
tristiores sunt & abominabiliores quā vt de iis cogi-
tare testator vel potuerit, vel debuerit. † Etsi autē res
10 hæc facere ex se non potest, vt casus expressus mortis
trahi debeat ad casum emancipationis, faciebat ta-
men vt multò faciliùs & verisimiliùs probari posset
eam fuisse testatricis mentem, vt si patrem filios suos
emancipaturū sperasset, fideicōmissum in eius mortē
dilatura nō fuisset, sed condicionē ita simpliciter con-
ceptura, *si sui iuris effecti fuissent.* Quid enim testatricis
interetat an morte patris an emācipatione fierent illi
sui iuris? cum id tantum ipsa curaret, vt ipsis non etiā
ipsorū patri emolumētū fideicōmissi quæreretur. Di-
xi *probari* nō autem *præsumi*, quia nec præsumpta ma-
tris voluntate, motus fuit Imp. vt ita decerneret. sed
vt lex ait, *intellecta*, scilicet ex fide probationum,
non etiam tacitè subintellecta † Enimuerò cum nul- 11
lius condicionis figura expressa rogatus quis est Titij
filiis hereditatem restituere, *post mortem patris eorum*,
vt in specie ab Vlpiano proposita, licèt verba illa con-
dicionē faciant propter incertum diem mortis patris,
ante quem filij mori possunt, non tamen perinde pos-
sis dicere fideicōmissum videri sub ea condicione il-
lis relictū, *si facti erunt sui iuris*, ne quidem cum adie-
ctione illa, *morte patris*, quia in id solùm tempus præ-
cisè quod pater moreretur, collatum fideicommissum
est, nulla solutæ patriæ potestatis facta mentione.
Quod enim morte patris futurū sit vt efficiantur sui
iuris, fiet per consequentias, propterea quòd patriæ
potestatis vinculum patris morte dissoluatur. nec eò
tamen magis verum erit admitti filios ad fideicom-
missum, ob eam rationem quòd patria potestate li-
berati sint, sed ob illam vnicā quòd mortuo demùm
patre condicio extiterit, sub qua relictū fuerat fidei-
commissum. † Itaque si poneres patrem mortuum a- 12
uo superstite, in cuius potestate tam pater ipse quàm
liberi eius fuissent, nemo dubitaret, quin fideicōmis-
si *post patris mortem* præstandi condicio nihilominus
extitisset, quāuis non idcirco sui iuris effecti fuissent:
quod vtique diuersum foret, sic cōcepta condicione,
si patris morte sui iuris effecti essent: quia non esset im-
pleta condicio manentibus ipsis in aui superstitis
potestate: Vt appareat quàm diuersa sit potestas il-
lius condicionis, quæ tacitè ex incerto die mortis pa-
tris inducitur, relicto fideicommisso, *post mortem pa-
tris*, & illius quæ expressam figuram cundicionis ha-
bet, quæque collata est in tempus quo erunt filij sui
iuris, licèt interiecta mentione mortis patris. † Quan- 13
quā non nego, in illa quoque specie fideicommissi fi-
liisfamilias relicti, *post mortem patris*, idem iuris posse
constitui, si eadē probetur fuisse voluntas testatricis,
vt filios ad fideicōmissum admitti voluerit, statim at-
que patria potestate liberati essent, nec in tempus
mortis patris aliam ob causam fideicommissum con-
tulerit, quàm quod nec priùs nec aliter quàm per
mortē patris vnquam sui iuris futuros eos sperasset.
Voluntas enim testatoris illa est quæ in testamentis
omnibus, sed maximè in fideicōmissis & condicioni-
bus, totum facit, *leg. in condicionibus 19. de condic. & de-
monstr. leg. pen. de leg.* 1. etsi enim in verbis aut nulla aut
minor ambiguitas est, nulla quoque aut minor indu-
ci debet quæstio voluntatis *vulg. l. ille aut ille 25. §. cum
in verbis de leg.* 3. † Semper autem exigo probationem 14
voluntatis, quia non possum pati vt ex sola voluntate
præsumpta casus mortis trahatur ad casum emanci-
pationis, aut contra, cùm omnibus condicionibus
commune illud sit, vt impleri debeant in forma spe-
cifica, *vulg. l. qui heredi 44. l. Mænius 55. & pass. de con-
dic. & demonstr.* † Nec rursum vt ex hac lege quis infe- 15
rat, quod passim vulgares interpretes inferunt, Pro
expressè disposito haberi omne id quod verisimili-
ter disposuisset testator si de eo cogitasset. (Quo bro-
cardico mirū est quàm ineptè & imprudenter abutā-
tur plerique in defunctorum voluntatibus non tam
coniicieodis quàm diuinandis & supplendis) siquidē
rescriptum illud Diui Marci non præsumpta & veri-
simili testatricis voluntate nititur, sed ea quæ proba-
ta exactè fuerit, & bene intellecta, vt diximus. † Sed 16
& quod magis mirum est, atque ad inscitiam Tribo-
niani detegendam multò accommodatius, Dico, e-
tiam probata illa matris voluntate, quòd non fuerit
collatura

collatura fideicommissum in tempus mortis patris,
si cogitasset futurum vt filios emancipare pater vel-
let, fieri tamen nullo modo posse, vt decretum Marci
ad speciem nostram trahatur. Non quia fideicom-
missum post mortem patris relictum eandem volun-
tatis interpretationem & probationem non admit-
tat, quam admitteret sic concepta condicione *si mor-
te patris effecti essent filij sui iuris*, (admittit enim, vt iam
monuimus) sed propter adiecta verba illa, *vel ei qui
eorum superesset*. Finge namque & præsume quantum
voles, matrem si de futura emancipatione cogitasset,
non fuisse dilaturam fideicommissum in mortalita-
tem, vt Tribonianus loquitur. Nunquam tamen as-
sequeris, vt in hac specie casus mortis trahi debeat ad
casum emancipationis, quoniam ita fieret necessariò
vt illa quoque verba, *vel ei qui eorum superesset*, ad e-
mancipationem tempus referenda essent, iique ad fi-
deicommissum inuitati dicerentur, qui emancipa-
tionis tempore superessent. Quod tamen ne fieri pos-
sit impedimento est non solùm voluntas testatricis,
sed etiam potestas & vis verborum quæ ad fideicom-
missum vocat eum duntaxat qui moriente demùm
patre, solus superierit. Fieri autem facilè potest quod
& in Vlpiani specie contigerat, vt mortis tempore nó
nisi vnus supersit ex iis qui plures supererant tépore
emancipationis: cui vt sanè fiat iniuria, si non solus
admittatur ad fideicommissum ad quod solus voca-
tus fuit verbis disertis. Non enim quemadmodũ ca-
sus emancipationis interueniens facit ne casum mor-
tis quandocunque superuenientem attendi oporteat
quoties nimirum ratio iuris & voluntatis patitur vt
casus mortis trahi debeat ad casum emancipationis,
similiter possis dicere tempus emancipationis eo ca-
su incipiendum esse pro tempore mortis quasi in lo-
17 cum eius quodammodo subrogatum. † Et ratio diuer-
sitatis nó minùs euidens quàm elegans illa est, quod
non alia de causa mortis casus trahitur ad casum e-
mancipationis, quàm quia ei persimilis & adfinis e-
xistimetur, non quasi qui emancipat aut emancipa-
tur, mori videatur (quid enim habét illa commune?)
sed propter effectum illum qui vtroque casu idem
nascitur, tanquam ex similibus ac penè iisdem cau-
sis, vt liberi peræquè fiant sui iuris. Vnde fieri neces-
se est vt per casum emancipationis extinguatur casus
mortis, Non quòd eo minùs tandem moriturus sit
pater qui liberos suos emancipauit, sed quia fieri ne-
quit vt liberi per emancipationem soluti patria pote-
18 state, magis fiant sui iuris per mortem patris. † Ita-
que in emancipationis casum admissis ad fideicom-
missum ex probata matris voluntate filiis, qui non
fuerant vocati nisi post mortem patris, aut sub ea cō-
dicione, *si patris morte sui iuris effecti fuissent*, iam nihil
prorsus ipsorũ interest hoc nomine, victurúsne sem-
per erit pater, an tandem aliquando moriturus, fru-
stráque expectaretur casus mortis qui quandoque e-
ueniens nihil operaretur. Vt dici solet de alia condi-
cione qualibet, non esse expectandum eam cuius euĕ-
tus nihil noui allaturus sit, *leg. aliquando 13. §. vltim. D.
ad S.C. Velleian. leg. si quis ita scripserit 33. Digest. de he-
red. inst.* Proinde casus mortis in hac specie nullus su-
perest, quippe qui ob voluntatem testatricis mutatus
19 sit in casum emancipationis. † At non ideò fit vt in-
stans emancipationis habendum sit pro instanti mor-
tis. Aliud enim est instans mortis, aliud verò emanci-
pationis, sicut & alius effectus est mortis, alius eman-
cipationis extra causam patriæ potestatis. Et conse-
quenter iuris interpretatio quæ ex testantis volunta-
te, verbis licèt repugnantibus trahit casum mortis ad
casum emancipationis, non idcircò ad instans eman-
cipationis trahere potest instãs mortis, quia nec pos-
sibile illud est, nec rursum necesse, cùm non pendeat
ex illo effectu sublatæ patriæ potestatis, neque cum
eo cōmune quicquam habeat. † Proinde quoties fi- 20
deicommissum pluribus filiisfamilias relictum est nō
tãtùm post mortĕ patris eorum, & in casum illũ quo
morte patris fiăt sui iuris, sed cùm illa etiam adiectio-
ne, *vel ei qui ex ipsis tum supererit*, fieri tamen nunquã
potest, vt quamuis ex voluntate testantis admittendi
sint filij in casum emancipationis, alij tamen ex ipsis
inuitati videantur, quàm qui mortis tempore super-
erunt, cùm tempus illud expressum sit disertis ver-
bis, *l. epistolam 75. §. vlt. ad Trebell.* nec minùs denotata
extremitas temporis fuerit, siue particula *tum* adie-
cta sit, siue subintelligatur, *leg. 4. §. vlt. de condic. & de-
monstrat.* Neque rursum inutiliter expectetur tempus
illud cuius euentus facere possit, vt aliis relictum vi-
deatur fideicommissum, quam quibus relictum dici
posset si emancipationis tempus spectari oporteret.
† Cui non prorsus dissimile illud videtur, quod Papin. 21
respondit in *leg. cùm pater 77. §. ab instituto de legat. 2.*
grauato per fideicommissum extraneo herede insti-
tuto vt cùm moreretur, liberis testatoris certa præ-
dia redderet, quæ idem testator petierat ne ex familiæ
nomine alienarentur, si ad substitutũ hereditas deuo-
luta sit, substitutũ quidem ea prædia ex voluntate de-
functi perinde debiturũ esse, at non confestim, sed ita
vt coniectura ex testatoris voluntate capienda insti-
tuti mors expectanda sit. Nã si mutata quoque perso-
nã grauati non ideò tamen mutatur tempus præstãdi
fideicōmissi, tametsi posset dici nihil iam ipsius inter-
esse in cuius mortis tempus collatũ fuerat fideicom-
missum, cùm ad alium hereditas pertinere cœperit
(quæ videtur sola fuisse ad eum locum ratio dubitan-
di) cur mutabimus tempus mortis à testatrice præscri-
ptũ ob id solùm, quòd casus mortis mutari possit in
casum emancipationis? Scripsi *mutari possit*, non autĕ
mutatus sit, quia nō puto vllã hic fieri posse casuũ mu-
tationem, nec casum mortis trahi ad casum emãcipa-
tionis. Nã si adiectio illa de qua tractamus *vel ei qui
ex ipsis superesset* omnimodo efficit vt expectandum
necessariò sit tēpus mortis patris quòd sciri possit, an
pluribus liberis, an vni tantùm, & cuinam ex ipsis fi-
deicommissum relictum intelligatur (superuacuã .n.
eam esse aut delendam nemo certè dixerit) planè con-
sequens est vt casus mortis expressus in casum eman-
cipationis cōmutari nec possit, nec debeat, quia sine
effectu esset ea cōmutatio, quæ nec aliã ob causã fie-
ri solet, si quando fit, siue ex præsumta siue ex proba-
ta testantis voluntate, quàm vt statim post emancipa-
tionĕ eadem fideicōmissi petitio competat, quæ esset
cōpetitura si mortis casus contigisset. † Ergo cōclu- 22
damus tandem decretum illud Diui Marci, cæte-
ris quoque omnibus paribus, id est, etiam probata
eadem voluntate matris, ad Vlpiani speciem trahi
& accommodari nullo modo posse. Cessante autem
decreti potestate rationem iuris facere, vt ante mor-
tem patris facta filiis post emancipationem restitu-
tio inutilis fuerit, & per quam non potuerint ex
Trebelliano transferri actiones, nec proinde impe-
diatur is qui mortis tempore solus superstes reperi-
tur, quominus ex fideicommisso eam portionem
petat quæ fratri præmortuo fuit præmaturè restituta.
† Nam si quis putet eum aut ipso iure amisisse fidei- 23
commissi petitionem aut saltem quod est facilius ex-
ceptione doli repellendum esse ob id solùm quòd re-
stitutionis tempore contentus ille dimidia parte bo-

norum siue tacitè siue expressè consenserit, vt reli-
qua pars fratri restitueretur, arg. *l. Titia 34. §. Lucia de*
legat. 6. Iam diximus in superioribus nullius momen-
ti esse consensum illum cùm & contra senatusconsulti
autoritatē, & contra testātis voluntatem præstitus sit
ex *d. §. Diui*, in illis verbis, *ne quidem ex voluntate eorum*
quia mutuus fratrum consensus facere nō potest vt a-
lius sit fideicommissarius, quàm qui testamento vo-
24 catus fuit.† Longéque diuersa est hæc quæstio ab illa
quam nostri tractare solent ad *l. qui Romæ 122. §. duo fra-*
tres De verb. oblig. de fratribus fideicommisso per di-
uisionem renunciātibus. Tractant enim casum illum
quo fideicommissarius certus sit siue iam impleta, siue
adhuc pendēte fideicommissi condicione: In qua spe-
cie licèt fideicommissum condicionale quod nondum
competit repudiari nequeat, fieri tamen potest variis
ex causis, vt vel expresso vel tacito consensu remis-
sum esse censeatur. At nos eum casum tractamus quo
propter pendentem condicionem non solùm euentus
ipse fideicommissi incertus sit, sed incerta quoque
persona fideicommissarij, quam tamen nemo nega-
uerit certam esse debere priusquam fieri possit locus
quæstioni. An fideicommisso renunciatum sit nécne.
25 † Quòd si voluntas filiorum ex testamento vocato-
rum bonam posset facere restitutionem, siue ipso iu-
re, siue opposita doli mali exceptione, adhuc dicen-
dum esset, in specie Diui Marci multò magis id euen-
turum, quàm in specie Vlpiani. In illa enim filij om-
nes statim post emancipationem nec expectata patris
morte fideicommissum petebant, vt lex ait, id est, vt e-
go interpretor, & simul & in iudicio, atque ideò for-
tior erat ille consensus, non solùm tanquam mutuus,
sed etiam tanquam qui & expressus esset & iudicia-
lis, cùm in iudicio quasi contrahatur, *l. 3. §. idem scribit.*
D. de pecul. l. in iurib. 3. C. commun. vtr. iudic. l. liberum.
16. C. de fideiuss. Secutáque tandem sententia de fidei-
commisso omnibus repræsentando siue à supremo
Principe lata esset siue à magistratu etiam inferiore à
quo appellari posset, securus vtique est heres qui fi-
deicōmissum vtrique soluerit si non collusetit, nec ei
potest imputari cur non appellauerit *l. aut prætor. 7. §.*
26 *1. vers. puto autem. ff. de minor.* † At apud Vlpianum pro-
ponebatur fideicommissum omnibus, solutum vltro
& sine iudice, quod etsi non nisi scientibus omnibus
qui viriles tantùm accipiebant, fieri potuit, minorem
tamen vim habet ad inducendum consensum etiam
tacitum, quia dici potest omnes ideò tacuisse quod
scirent ius suum durare, *arg. l. sicut. 8. §. non videtur. D.*
quib. mod. vsus vel hypoth. soluit. d. l. Titia 34. § Lucia Ti-
tia de legat. 2. † Nec est quod quis dicat tanto fauora-
27 biliorē esse huiusmodi fideicommissi tacitam remis-
sionem quanto incertior tunc erat persona fideicom-
missarij cùm nesciretur an vterque ex liberis aut vter
patri superstes futurus esset, *arg. l. 1. C. de pact. l. de fidei-*
commisso. 11. C. de transa. ob idque minùs esse audiendū
superstitem si post patris fratrisque mortem dicat vni
tantùm fuisse fideicommissum relictum, vt ille vnus
ipse sit, quod viuo patre fratréque non fuerat dicturus
arg. l. si pater 12. C. de inoff. test. l. pen. C. de solut. Posset. n.
hæc obiectio vires aliquas habere si personæ fidei-
commissariorum certę fuissent, solus autem fideicom-
missi euentus incertus, vt in *d. l. 1. & d. l. de fideicommis-*
so. Vel si in fratrum potestate fuisset vt fideicommis-
sarium facerent eum, quem testator non fecisset. Sed
his omnibus cessantibus quæ nec ex facto, nec ex iure
sumi poterant, apparet nihil prorsus interesse an fra-
tri præmortuo restituta sit pars hereditatis inuito
fratre qui solus superstes fuit, an eo consentiente. V-
troque .n. casu & iuris stricti ratio & voluntas testa-
tricis & consequenter rei æquitas irritam facit pro ea
parte restitutionem. † Sic explicatis iis omnibus quæ 28
ad huius loci interpretationem pertinent, restat vt ex
ipsis verbis legis probemus, Triboniani legem esse nō
Vlpiani. Primum autem colligi id potest ex eo quod
textus habet decretum illud D. Marci à Scæuola re-
latum fuisse. † Constat .n. apud me, Scæuolam decessis- 29
se ante tempora Marci Imperatoris, nec ad eius ætatē
vsque peruenisse. Quā in rē vidēda sunt, quæ scripsi li.
14. cap. 4. Quare nec liber vllus Scæuolæ relatus est in
quo ita scripserit, sed, quod verò prudentes facere so-
lēt, præsertim cùm Scæuolā autorē laudant, sic simpli-
citer scriptū est *Scæuola D. Marcū*, &c. Sed nec pote-
rat Vlp. Scæuolæ autoritate moueri vt præmaturam
fideicommissi restitutionem haberet pro bona eo ca-
su quo fideicōmissarij persona tùm certa nōdū esset.
Neq; .n. ignorabat contrarium Scæuolæ responsum à
nobis supra citatum, quod in *d. l. vxorem 41. §. Seruos*
marit. de leg. 3. quo ipso loco longè accōmodatiùs po-
terat decretum D. Marci à Scæuola referri, si Scæuolæ
notum fuisset quam ab Vlpiano factū sit in *d. l. mulier.*
Quòd si quis iā miretur, † Cur ergo Scæuolæ nomen 30
Tribonianus hic supposuerit potiùs quàm alterius
Iureconsulti qui post Marci tēpora floruerit, duplex
impræsentiarū ratio mihi occurrit. Illa primùm quod
magni & post Papinianū fortasse præcipui inter om-
nes nominis erat Scæuola, nec immeritò sanè, tāquàm
qui & perspicacissimus fuisset, & suprà cæteros, quod
mihi mirū in modum placet, iuris religiosissimus, nec
poterat decreto Diui Marci maior laus & fides acce-
dere quàm si à Scæuola referretur & probaretur. Al-
tera quod meminerat fortasse Tribon. (vt mendacem
memorem esse oportet) alio Pandectarum loco corru-
ptum à se quoddā Scæuolæ responsum, vt aliud eius-
dem Marci rescriptum protraheret ad speciem longè
dissimilē, de qua fuerat Scæuola consultus. Locus est
in *l. Pamphilo 39. de lega. 3.* de cuius etiam sententia &
interpretatione scripsimus eo lib. 14. ca. 3. Vt. n. verisi-
mile fieret quod falsum erat. Scæuolam ad ea vsque
tempora peruenisse, in quibus Marcus solus imperas-
set, faciendum fuit vt qua alia iuris parte rescriptum
aliquod vel decretum Diui Marci aut à Scæuola re-
ferretur aut ab eo relatum diceretur. † Mouet me se- 31
cundò hiatus ille Vlpiano cęterisq; prudentibus inso-
litus, quem video in illis verbis, *Scæuola Diuum Mar-*
cum in auditorio de huiusmodi specie iudicasse refert Bra-
sidas quidam &c. Tertiò quod ait *iudicasse*. Verbum. n.
est indignum Imperatoria maiestate. Dicebatur nám-
que Imperator pronunciare aut ius dicere non etiam
iudicare, quod nec magistratibus maioribus licebat
salua dignitate, vt probat locus ille Marci Tullij ad
Quintum fratrē. *Quid? Prætor soléine iudicare deberi?*
† Quartò reliquus ipse cōtextus verborum & abun- 32
dans & intercisus, longè alius quàm soleat esse Vlpia-
ni, maximè verò in libris disputationum, in quibus
videtur ille Papinianeam & breuitatem & elegantiā
affectasse, vt ostendūt leges omnes quæ in Pandectis
extant iis ex libris desumptæ, quamquam nobilius e-
xemplum nullum proferri potest quàm quod ob-
uium est in eleganti illo *§. cum proponeretur*, aliisque 33
§§ eiusd. legis. † Quintò suspicionem auget dictio
mortalitatem, quæ etsi Iureconsultis nostris non est
incognita, diuerso tamen sensu ab iis accipitur, scili-
cet in abstracto potiùs, vt ita dicam quàm in con-
creto, vt in *l. illud quoque 40. Digest. de petit. hered.* & in
l. nam etsi 15. in princ. De inoffic. testam. quomodo & i-
diomate Gallico sunt ista separata *mort & mortalité*
† Denique

34 † Denique ne nimium Aristarchus videar si verba singula persequar, mouet me postremus ille versic. *Secundum hæc dicebam, & in proposita quæstione decretum Diui Marci esse trahendum.* Vlpianus enim proculdubio scripsisset *ad propositam quæstionem*, aut potius *ad propositam speciem* propter vim & constructionem verbi *trahendum*, non autem vt Tribonianus *in proposita quæstione*, sicut & in sequentibus illis, *& rectè fideicommissum vtrisque solutum* scripsisset multò elegantiùs *vtrique* non *vtrisque*. Neque rursum credibile est Vlpianum tam breuiter & ieiunè de Diui Marci decreto ad eam speciem protrahendo quæ tantoperè dissimilis esset sententiam suam expositurum fuisse, sed rationem aliquam allaturum quæ tot obiectionibus quas suprà fecimus aliqua saltem ex parte satisfaceret, ne quid temerè vel audacter & contra iuris rationem respondisse videretur, quod ipsum tamen parum curandum fuit Triboniano, cui satis erat semel monuisse in *constit. 2. de confirm. Digest. §. tanta autem.* 10. mutatas à se plerasque leges si quid visæ sunt habere non rectè, transpositúmque in melius etiam si quid aliqua imperiali antiquorum Imperatorum constitutione in aliam dictum fuerat formam, solis Iuteconsultorum nominibus seruatis, veneratione, vt ait, antiquitatis, sed legum veritate vt ipse gloriatur sub Iustiniani nomine facta sua, vt quicquid in Pandectis & in Codice legimus, sic accipiamus, quasi ex solius Iustiniani ore prudentiáque profectum.

CAPVT VII.

Ad §. vtrum autem l. apud Iuliaum. 11. D. eod. tit. ad SC. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Rescriptum Diui Pij in §.* vtrum d. l. *apud Iulianum ad dissimilem planè speciem a Triboniano tractum fuisse.*

2 *Quæstionem in* d. l. *propositam cum §. proximè præcedente nihil commune habere & dubitatione carere.*

3 *Absentis procuratori, si id desideret hereditatem ex Trebelliano restitui posse.*

4 *Non obstare quod per liberam personam alteri acquiri nihil possit.*

5 *Procuratorem hoc casu cum mandato esse oportere.*

6 *Cautionem de rato ab eo exigi quum de mandati iure & potestate dubitatur.*

7 *Procuratorem hic intellige merum & simplicem, non qui in rem suam constitutus est.*

8 *Tribonianus responsionem in* d. § *ad hanc quæstionem proculdubio pertinere, an absente fideicommissario heres per eius procuratorem cogi possit hereditatem, quam nolebat, adire & restituere.*

9 *Quum de fideicommissarij mandato & voluntate dubiũ nullum est, heredem æque per fideicommissarij procuratorem ac per fideicommissarium ipsum cogi posse, vt hereditatem adeat & aditam restituat.*

10 *Heredem qui a Prætore coactus adijt, & absentis procuratori restituit, nullo in damno morari, sed planè securum esse.*

11 *Heredem quum absentis voluntas minus euidens est, ne quidem si locupletissime ei caueatur adire cogendum.*

12 *Rationem illam* d. §. nec vereri heredem oportere ne in damno moretur, *accommodatiorem esse ad persuadendum heredi ante coactionem vt sponte adeat, quam vt post coactionem vllum ex aditione periculum vereatur.*

13 *Tribonianeus Græcismus in* d. § *indicatur.*

14 *Species rescripti Diui Pij in* d. § *relati.*

15 *Prima dubitatio in specie eius rescripti.*

16 *Seruo libertatem nondum consecuto licèt hereditas restitui non possit, permitti tamen adire Prætorem vt ad adeundam hereditatem cogat.*

17 *Quid in specie dicti rescripti obstaret quominus heres per Albinæ filiam ad adeundam hereditatem compelli possit?*

18 *Si seruus non à legatario, sed ab altero ex heredibus libertatem, ab altero fideicommissariam hereditatem accepit, neutro ex heredibus adire volente nullas partes Prætoris in compellendo esse.*

19 *Superiore tamen casu eum a quo relicta hereditas fuit ad aditionem & restitutionem interdum compelli.*

20 *In specie dicti rescripti, quia ad compellendum heredem Prætoris fideicommissarij nullæ partes erant, adeundum Imperatorem fuisse.*

21.22.23. *Triplicem in illa specie æquitatis rationem suadere vt ad adeundam hereditatem scriptus heres cogatur.*

24 *Tres illas rationes multò fortiore & iuris & æquitatis ratione superari.*

25 *Remedium in dicta specie nouum excogitandum fuisse ne heres adire coactus ex ea aditione damnum vllum sentiret.*

26 *Remedium illud à Diuo Pio excogitatum quodnam fuerit?*

27 *Eius rescripti casum specialissimum esse & ad aliam speciem vix trahi posse.*

28 *Aliæ species ponuntur in quibus Diui Pij rescripto locum non esse contenditur.*

29 *Nihil Diuum Pium à iuris regulis alienius constituere potuisse, quam vt bona defuncti heredem habentis quasi non habentis venderentur.*

QVod † à Triboniano circa decretum Diui Marci 1
tactum esse ostendimus in *l. mulier. 22. in prin. D. ad*
SC. Trebell. vt quamuis specialem haberet rationem
ex probata testantis voluntate deriuatam, ad aliam tamen prorsus dissimilem speciem protrahendum id esse diceret sub nomine Vlpiani: Idem ab eo nunc factũ esse probabimus citra rescriptum Diui Pij, de quo in *§. vtrum autem l. apud Iulianum. 11. eod. tit.* qui locus Vlpiani quoque nomen præ se fert, licèt meo iudicio totus sit Triboniani. † Quæstio illa proponitur, vtrum
præsenti an etiam absenti restitui possit hereditas procuratore adeunte prætorem. Proponitur verò his verbis *vtrum* coniunctim superiorib. quasi commune aliquid habeat cum iis in §. prox. præced. Idem Vlp. ex Iuliano tractauerat de confirmandis patris tabulis vt ex substitutione pupillari possit heres cogi adire & restituere hereditatem. Quod tamen quam dissimile & disparatum sit nemo videt. Hinc namque mihi faciendum visum est nostræ contra Tribonianum disputationis exordium. Ipsa autem quæstio, qualis sit & quam habeat dubitandi rationem non facile animaduerto. † Nemo enim vnquam ex prudentibus 3
dubitauit, quin etiam absentis procuratori si id desideraret restitui posset hereditas ex Trebelliano, saltem præstita per procuratorem cautione de rato si minùs euidens absentis voluntas preponeretur vt ex Iuliano Paulus tractat in *l. qui ita. 66. §. etiam absentis eod. tit.* Nihil enim refert an nobis an alij ex voluntate nostra restituatur hereditas siue mandauerimus siue ratum habuerimus, sicut & aliàs contingit quoties tractatur de solutione eius quod nobis debetur, *l. solutam. 49. & pass. D. de solu.* Restitutio enim hereditatis solutio debiti est, licèt etiam successio sit cum ex ea

obligetur is cui hereditas restituitur, qui sensus est *l.*
non enim.38. D. ad SC.Trebell. Imò nec interest cui no-
stro nomine restituatur, paterfamilias sit an in aliena
potestate, & an masculus an mulier, adeóque nec an
liber an seruus, quia perinde est ac si restituta mihi es-
set hereditas, quæ alij meo nomine restituta est, *leg.*
quamuis.40.§.vlt.cum duab.seqq.& l.seruo.65.§.vlt.eod.
4 *int.* † Nec quod per liberam personam alteri acquiri
nihil potest, *l.1.C. per quas person. nob. acquir.* impedire
potest restitutionem, quoniam procurator hoc casu
nihil nisi ministerium præstare intelligitur, vt in *l.&*
licet libera.15.D.de pecun.const.l. quod meo.18. D. de ac-
quir.poss. Præter id quod ex generali illa regula excipi-
tur caussa possessionis, quam placuit vtilitatis causa
posse acquiri per liberam quoque personam, *d.l.1.§.1.*
C.de acquir.poss. per possessionem verò etiam dominii
si proprietas à possessione separari non possit, inquit
l. per procuratorem.8.eod.l. si procurator.13. D. de acquir.
5 *rer.domin.* † Tractamus autem de vero procuratore
qui habeat mandatum. Nam si nullũ habeat, certũ est
non posse eum tanquam procuratorem agere vt here-
dem cogat restituere hereditatem, sicut nec quicquã
aliud in iudicio petere *l.licet.24. C. de procurat.* neque
6 si cautionem offerat de rato. † Cautioni enim tunc lo-
cus esse solet cùm dubitatur de mandati iure & pote-
state, *l.1.eod* aut cùm ea persona agit quæ potest agere
sine mandato, *l.sed & hæ personæ.35. D. eod.* non etiam
cùm apparet sine mandato eum agere qui non sit ex
coniunctis personis. Porrò cùm adest mandatum quę
nam dubitandi ratio esse potest, cur nõ absentis quo-
que procuratori restitui possit hereditas? Nam si man-
datum tale sit vt non talis euidens mandantis volun-
tas esse videatur, potest eo casu vtilis esse cautio de ra-
to, ne is qui procuratoris fidem sequitur periclitetur.
Etsi fideicommissario posteà ratum habente, apparet
vtiliter factam esse restitutionem, quia ratihabitio
mandato æquiparatur *l.vero procuratori. 12. in fin. D. de*
solut.l.vlt.C.ad SC. Maced. l. donationes quas parentes.
25.in fin.C.de donat.int.vir.& vxor. Sin ratum habere
nolet, inutilis quidem restitutio est, sed nullum ex eo
damnum sentit is qui restituit cùm perinde maneat
dominus rerum hereditariarum omnium ac si restitu-
tio nulla facta esset hereditatis quam sponte adierat.
Id enim est quod ait *d.§. etiam absentis. Quod si sponte*
7 *adierit hereditatem non magna captio est.* † Illud etiam
obseruandum est, loqui nos de vero & simplici pro-
curatore. Nam in eo qui procurator in rem suam con-
stitutus esset ratio illa restitutionem impediret, quod
non aliter transire actiones possint ex Trebelliano
quàm si restituatur hereditas ab herede ita vti testa-
mento rogatus est, & eo ipso modo quo testator vo-
luit. Quod non contingit cùm alij restituitur quàm
fideicommissario, id est in alterius quàm ipsius fidei-
commissarij commodum, quamuis ex fideicommissa-
rij voluntate vt in superioribus disputauimus ex *l si*
mulier.59.§.ex asse.D.de iur.dot.l.1 l. sed etsi antè. 10. D.
ad SC.Trebell. At in simplici procuratore neque dubi-
tatio neque dubitandi ratio vlla est propter quam va-
lere non debeat hereditatis restitutio facta procura-
8 tori absentis. † Videamus autem quid ad tam arduam
quæstionem Tribonianus respondeat, *Ego puto,* in-
quit, *absenti quoque fideicommissario cogi posse heredem a-*
dire & restituere, nec vereri heredem oportere ne fortè in
damno moretur. Responsio est vt apparet ad aliam lon-
géque obscuriorem quæstionem quàm quæ proposi-
ta fuerat, Nimirum ad illam, vtrum absente fideicom-
missario possit per eius procuratorem cogi heres, vt
hereditatem non solùm restituat quam sponte adie-
rit, sed etiam inuitus adeat quam sponte adire nolit.
In quo nemo non videt maius periculum versari he-
redis, qui adita hereditate mansurus sit implicitus o-
neribus hereditariis si non exoneretur per restitutio-
nem. Ideoque ipsius quam maximè interest vt de fi-
deicommissarij mandato & voluntate constet euidẽ-
ter. Nec si vel tantillum dubitetur æquum est com-
mitti cum incerto cautionis, id est, cogi adire ob id so-
lùm quod procurator paratus sit cauere de rato, pro-
pter fragilitatem cautionis, vt scriptum est in *d.§.etiam*
absentis: id est, quia fieri potest vt cautio quamuis prin-
cipio idonea, postmodum inanis fiat & elusoria fide-
iussoribus fortasse ad inopiam & egestatem elapsis.
Quo tamen casu non eo minus heres manebit, & im-
plicitus oneribus hereditatis qui semel fuit. Qua et-
iam de causa placuit nec eum quoque adire cogi pos-
se qui non nisi de pecuniario fideicommisso fuerit ro-
gatus, aut legato grauatus, tametsi cautio indemnita-
tis offeratur, inquit Hermogenianus in *l.nam quod.14.*
§.vltim. D. ad SC.Trebell. quia nemo se cogitur ad-
stringere oneribus hereditariis propter alium vt Pa-
pin. ait *l.non est cogendus. 53. eod.* Se autem adstringit
quisquis heres fit, si non subsequatur hereditatis re-
stitutio quæ iura omnia & heredi & in heredem cõ-
petentia transferat in fideicommissarium, *d. leg.1.leg.*
quia poterat.4.& pass.eod.tit. † Quod si ponas ita con- 9
stare de mandato vt de fideicommissarij voluntate
dubitari nullo modo possit, nec de rati cautione præ-
standa consequenter quæri oporteat, difficile sanè est
dicere quidni per fideicommissarij procuratorem æ-
què ac per fideicommissarium ipsum cogi heres possit
vt & adeat & restituat, cùm generale sit & perpetuũ
vt quod quis per alium facit per seipsum facere videa-
tur. Neque enim verendum est ne aditam heredita-
tem sibi restitui nolit fideicommissarius, qui per pro-
curatorem compulerit heredem adire. Quo namque
colore aut qua fronte id recusaret? Illud verò multò
minùs verendum est ne moretur in damno heres, si
priùs decesserit fideicommissarius quàm ei restituatur
hereditas. Nam vel heredem aliquem relinquet, vel
nullum. Si heredem habebit, idem iuris in herede ip-
sius constitu eodum erit quod in ipso constitutum est,
vt scilicet non possit recusare restitutionem quam re-
cusare non potuit is cuius hereditatem suscepit: Sin
decesserit sine herede hoc ipso tamẽ perinde habetur
hereditas pro restituta hactenus vt creditoribus here-
ditariis non minùs liceat vendere huius heredis bo-
na, & consequenter quicquid in restituenda heredi-
tate reperietur, acsi iam restituta hereditate decessis-
set. Vt non minus apertè quàm eleganter Marcellus
tractat in *l.postulante.44.iunct.l.si postulante.67.ff.eo.tit.*
ad SC.Treb. † Quid ergo est quod sequitur in *d.§.* 10
vtrum autem. Potest enim ei per prætorem succurri siue
cautum ei fiat, siue non, & ante decesserit fideicommissarius
quam ei restituatur hereditas. Præ se ferunt namque ver-
ba ista, fore, vt in damno moraretur heres si non ei
per prætorem succurreretur: quod tamen euidenter
falsum est, vt diximus. Cum dubitari non possit quin
fideicommissum non modò purificatum, vt loquun-
tur, id est cuius dies vtiliter cesserit, sed etiam agni-
tum adeoque ita petitum vt inuitus heres adire coa-
ctus sit, transmittatur ad heredem licèt fideicommis-
sarius decesserit ante restitutionem. De illo namque
dumtaxat fideicommisso quæri solet an ad heredem
transmittatur, necne quod purificatum quidem fuit
sed non agnitum. De qua quæstione quid nobis vi-
deatur in sequentibus dicemus. Porrò non quod præ-
tor succurrat ei, qui ipso iure tutus est, nec video cur
necesse

necesse sit quærere rescriptum aliquod Diui Pij aut
alterius Imperatoris ex quo exemplum sumi possit vt
sciatur qua ratione aut via huic heredi succurrendum
sit quia adiit coactus. Nisi rursus velis ad eum casum
regredi, in quo is qui se procuratorem dixit, vel nol-
lum habuerit mandatum, vel habuerit minùs suffi-
ciens vt de fideicommissarij voluntate non satis con-
stet. His enim casibus, vtique dici non posset secutum
fore heredem qui inuitus & cogente tali procuratore
adiisset siue de rato aut de indemnitate cautum ei
fuisset, siue non. † Sed iam diximus, Non solum si mã-
11 datum nullum proferatur, sed etsi tale aliquod profe-
ratur ex quo minùs euidens sit absentis voluntas, non
esse cogendum heredem vt adeat nec si millies nec si
locupletissimè ipsi caueatur, propter cautionis quan-
tumlibet idoneæ fragilitatem *d. § etiam absentis*. Quã-
to minùs adire cogendus si nulla ei cautio offeratur?
Neque tamen possis dicere imputandum ei esse cur
tam facilè adierit, ac prius quàm ei bene cautum es-
set, cum de illo agamus qui non nisi coactus adiit, &
vrgente imperio prætoris, cui vtique parêre habuit
necesse. Adeò vt si quod damnum aut incommodum
ex eiusmodi aditione sentiret, non tam ei imputan-
dum esset qui bene paruisset, quàm prætori qui malè
12 coëgisset. † Quare non possum satis mirari rationem
illam præcedentem *nec vereri heredem oportere ne fortè
in damno moretur*. Ideo namque subiecta est ne quis
miraretur quòd proximè responsum erat cogi posse
heredem per absentis fideicommissarij procuratorẽ,
vt hereditatem adeat & absenti restituat. Quis enim
nescit non posse in damno morari heredem qui à præ-
tore compulsus adierit, quique prætorem ipsum, vt
ita dixerim, de indemnitate sua quodammodo habeat
obligatum? An non satis in eam rem prouisum est se-
natusconsulto Pegasiano quod ipsum cogendi heredis
ius induxit? Aut quid frequentius in *tot. tit. D. ad SC.
Trebell.* quam illud toties scriptum legere, neque lu-
crum, neque damnum vllum ex hereditate aut occa-
sione hereditatis, remanere penes eum debere qui cõ-
pulsus adierit? Itaque ratio illa, quòd vereri non de-
beat heres ne fortè in damno moretur, longè accom-
modatior est ad persuadendum heredi ante coactio-
nem vt sponte adeat, quàm vti ne post coactionem
existimet vllum sibi periculum ex aditione immine-
re. Itémque quod sequitur, *Potest enim ei succurri per
prætorem.* Quid enim prætore indiget qui pro se habet
13 autoritatem senatusconsulti? † Sed pergamus ad eo-
rum, quæ in textu sequuntur explicationem. Ait lex
*Est enim huius rei exemplum capere ex rescripto Diui Pij
in specie huiusmodi.* Videmus phrasim græcam & aper-
tè Tribonianeam, digniorem sanè quæ in Iustiniani
Nouellis constitutionibus, vbi & frequentissima est
quàm in prudentum responsis legeretur. Audiamus
verò rescriptum Diui Pij, & consideremus speciem ad
quam accommodatum fuit, vt inuestigemus an & in
quo similis sit ei, quam nos tractamus De herede per
fideicommissarij absentis procuratorem coacto adire
vt restitueret & ante restitutionem defuncto. † An-
14 tistia decedens Titium heredem instituerat, & Albi-
næ libertatem directam dederat, eique filiam per fi-
deicommissum reliquerat, rogaueratque vt filiã ma-
numitteret, sed & Titium rogauerat vt manumissæ
filiæ Albinæ restitueret hereditatem. Cum igitur Ti-
tius suspectam hereditatem diceret, rescriptum est à
Diuo Pio compellendum eum adire, quo adeunte Al-
binæ competituram libertatem eique filiam traden-
dam, & ab ea manumittendam, tutorémque filiæ dan-
dum quo autoritate restituatur hereditas filię statim,
quamuis sic fuisset rogatus ei restituere *cùm nubilem
ætatem complesset*. Cùm autem possit, inquit, euenire
vt antè decedat ea cui fideicommissaria libertas &
hereditas relicta est, nec oporteat damno adfici eum,
qui rogatus adiit hereditatem, remedium dedit, vt si
quid horum contigerit, perinde permittatur venun-
dari bona Antistiæ, acsi heres ei nullus extitisset. † 15
Hactenus rescriptum Diui Pij, in quo illud primum
mirum est, quod voluit ille compelli posse heredem
per Albinæ filiam cui fideicommissaria libertas & he-
reditas debebatur. Id enim à iuris ratione alienũ est,
an ob id duntaxat, quod liberam esse Albinæ filiam
opporteret, priusquàm eum cogeret, vt sentire videtur
Accursius? Minimè. Numquam enim dubitatum est,
cogi posse heredem institutum adire, & restituere he-
reditatem seruis, siue directa, siue fideicommissaria
libertas eis data fuisset, cùm asseruari heres non de-
beret personam cogentis, habet enim hic quoque a-
ditum, vt quamuis nondum petere fideicõmmissariã
libertatem possit, neque directam sibi vindicare, pro-
pter spem tamen libertatis aditum ad prætorem &
per se habeat *l. mulier quæ duobus. 22. § non est dubitatum.
ff. eod. tit. ad SC. Trebell.* † Illud certè fieri numquam 16
potest vt restituatur seruo hereditas priusquam liber-
tatem sit consecutus *l. si cui purè. 31. § 1. l. si res aliena. 51.
§. 1. eod.* Adeò vt nec sufficiat consecutum eum esse li-
bertatem si aliquo casu possit illa reuocari, puta exitũ
intestati faciente tandem testatore, vt Vlpia. innuit in
l. cogi. 16. §. vlt. eod. illis verbis, *& ob hoc in eam causam
res perducta est, vt is qui legauit, intestatus esse non possit.*
Sed cui non permittitur petere restitutionem here-
ditatis ante consecutam libertatem, permittitur adire
prætorem vt cogat heredem ad adeundam heredita-
tem, quò postmodum & libertas competere aut debe-
ri incipiat, & hereditatis restitutio fieri possit. † Illud 17
igitur duntaxat obstabat in specie rescripti diui Pij
quominus heres per Albinæ filiam compelli posset ad
adeundum, quòd regulariter non est cogendus heres
suspectam adire hereditatem ab eo, cui libertas à le-
gatario, & hereditas ab herede relicta est, cùm status
hominis ex legato pendeat, & nemo cogatur se ad-
stringere oneribus hereditariis propter legatũ. Quid
enim si inter moras non manumittente legatario ser-
uus decesserit? vt eleganter Papin. disputat in *l. non est
cogendus. 53. eod.* † Sed & quod magis est, si seruus non 18
à legatario, sed ab altero ex heredibus libertatem, ab
altero fideicommissariam hereditatem accepit, item
Papinian. respondit in *d. l. si res aliena. 51. §. 1.* neutro ex
heredibus adire volente nullas esse partes prætoris,
quia neque propter solam libertatem cõpellitur quis-
quam adire, neque is à quo libertas data non est, pro-
pter eum qui nondum liber est, vt adeat, cõpelli po-
test. Et locus est, inquit, senatusconsulto (non Trebel-
liano, vt Accurs. interpretatur, aut, quod potiùs dicere
debuerat Pegasiano, quod potiùs dicere debuerat Pe-
gasiano, quod coactionem induxit, sed alij quod de
manumissis factum esse Marcellus refert in *d. l. postu-
lante*) cùm ab omnibus heredib. directa vel fideicom-
missaria libertas, aut ab eo datur à quo hereditas quo-
que relinquitur. Sic enim puto legendum adiuncta
particula disiunctiua *aut*, cuius omissio Accursiũ no-
strum compulit vt præcedentia *ab omnibus heredibus*
interpretatus sit *ab aliquo omnium*. Prorsus ridiculè &
improbabiliter. † Planè tum quoque cùm ab vno ex 19
heredibus libertas, ab alio hereditas per fideicommis-
sum relicta est, fieri tamen interdum potest vt cogi
debeat & adire & restituere is à quo hereditas relicta
fuit, non solùm si fortè is à quo libertas data erat por-

tionem suam repudiauerit, vel condicione exclusus sit, ita vt portio eius ad alterum peruenerit, cùm nihil intersit quo iure debitor & libertatis & hereditatis idem esse cœperit, vt Papinianus ibidem subiungit, aut si in superiore casu datæ libertatis à legatario decesserit legatarius viuo testatore, quod cùm euenit, iã in heredis potestate est, vt manumisso restituat hereditatem *d.l. non est cogendus in fin.* Sed &, si ponas eum ex coheredibus à quo data libertas fuit, & adiisse hereditatem & libertatem dedisse, priusquam coheres portionem suam adiisset, de qua restituenda grauatus esset. Cùm enim hoc casu iam liber sit is cui hereditas fideicommissaria debetur, nihil prohibet quominus grauatum coheredem qui adire non vult cogat & adire & restituere *d.l.cogi.§.vlt.* vbi & rescriptum aliud diui Pij refertur, quo hoc ipsum constitutum est, sed ita tamen vt non tam nouum ius & extraordinarium eo rescripto inductum, quàm quod ex certissima iuris ratione iam obtinebat, confirmatum fuisse videatur.

20 † At in ea specie de qua nunc disputamus, & ad quã aliud eiusdem Pij Imper. rescriptum pertinet, de quo *in d.§.vtrum*, data erat libertas filiæ Albinæ, eidémque fideicommissariç, non ab vno ex coheredibus qui portionem suam agnouisset, ac testatoris voluntati satisfecisset (vnus enim tantum heres scriptus erat, qui præterea suspectam dicebat hereditatem) sed ab Albina matre eadémque libertatis suæ legataria, quæ ipsa tamen, neque dum libera erat, neque libertatem consequi poterat ante quàm adita esset hereditas; neque rursum heredem cogere vt adiret, cùm vt suprà dixi ex Papiniano nunquam compellendus sit heres vt adeat, seque actionibus hereditatis adstringat propter legatum. Ob idque vt puto, cùm Prætoris fideicommissarij nullæ partes essent, vt heredem compelleret, adeundus fuit Imperator, qui nouo casu extra ordinem prouideret, ac rei æquitate motus, nimiã

21 hanc iuris asperitatem aliquo remedio temperaret.† Occurrebat autem triplex æquitatis ratio, quæ suaderet vt ad hereditatem adeundam scriptus heres cogeretur. Prima illa, quòd duplicis libertatis fauor in hac specie versabatur, vnius directæ quæ ipso iure competitura erat Albinæ statim atque adita foret hereditas. Alterius fideicommissariæ, quam Albina facta libera, propriæ filiæ debitura erat statim atque filiam sibi ab herede ex fideicommisso traditam accepisset. Duplicis autem libertatis iacturam fieri siue ex pertinacia, siue ex meticulosa cunctatione heredis durius sanè erat, quàm si de solius fideicommissariæ liberta-

22 te tractandum fuisset.† Secunda, quòd minùs verendum erat, ne adita hereditate maneret heres implicitus oneribus hereditariis propter legatũ, si fortè mora fieret præstandæ libertati fideicommissariæ, atque inter moras decederet Albinæ filia, cui hereditas restitui debuisset: qua vna ratione mouetur Papin. in *d.l. non est cogendus*, vt neget cogendum adire heredem, cùm ab eo hereditas duntaxat, à legatario verò libertas relicta est. Quis enim crederet futurum vt Albina mater moram facere vellet in præstanda filiæ libertate? Nam si libertatis fideicommissariæ præstationem illud retardasset, quod in filia ipsa matri ex fideicommisso præstanda heres prior moram fecisset, imputare sibi deberet ille, postmodum defuncta interim filia ante restitutam hereditatem, cur non fuisset diligentior in præstando fideicommisso, sicut nec heredi succurri solet, quoties in eius potestate est vt si fideicommissarius ad libertatem perueniat, eique posteà hereditas restituatur, *d.l non est cogendus in fin.* Certum nãque est heredem qui morã faciat in filia ex fideicommisso tradenda matri quæ fideicommissariam libertatem dare debeat, moram quoque libertati fideicommissariæ facere videri, & consequenter restitutioni hereditatis fideicommissariæ, quæ pendeat ex libertate *l. si quis seruo. 84. de legat. 2. l. si cui legatum. 92. in fin. de condic. & demonstr.* Heres autem qui est in mora præstandi fideicommissi planè indignus est cui subueniatur, si non ex iusta causa distulerit restitutionem, *d.l. postulante in princip.* Itaque cùm in casu proposito non posset fieri mora restitutioni fideicommissi nisi per heredem ipsum, non erat cur hunc prætextum causaretur heres, ne hereditatem adire cogeretur.† Tertia 23
& præcipua ratio æquitatis, & quæ diuum Pium mouisse præcipuè videtur, illa erat, quod Albinæ filia, cui per fideicommissum restituenda erat hereditas, pupilla proponeretur, ideóque tãtò fauorabilior & dignior cui prospiceretur, cùm sibi illa propter ætatem prospicere non posset, quæ si pupilla non fuisset fortassis aut precibus, aut qua alia ratione impetrasset ab herede vt sponte adiret hereditatem. Nanc enim potissimam rationem fuisse quæ Pij rescriptum expresserit, non obscurè innuit Papin. in *l. seq.* cùm scribit de eo rescripto tractans, licèt in alia specie rogato herede ex parte instituto de portione sua restituenda sub condicione, constitutum esset ab eodem Imp. non esse constitutioni suæ locum, neque pupillum extra ordinem iuuandum, si nouum beneficium cum alterius iniuria postularetur. De quorum tamen verborum sententia, quoniam paulò obscurior est, dicendum nobis erit latiùs cap 9. infr.† Sed has omnes æquitatis machinas,
illa multò fortior & iuris & æquitatis ratio prosternebar, quòd nulla quoque mora facta, neque per heredem in fideicommisso præstando Albinæ, neque per Albinam in manumittenda filia, facilè tamen fieri poterat vt ante manumissionem filia eadémque fideicommissaria moreretur, atque ita maneret heres adstrictus oneribus hereditatis, quem non nisi coactus adiisset. Non enim ex eo solo onerari posset, quod per eiusmodi aditionem libertas Albinæ obtigisset, cùm neque Albinæ hereditatem restituere iussus esset, neque Albina postulante adire coactus fuisset, quæ nec ob solam libertatem sibi datam cogere illum potuisset, *l. si patrono. 55. §. qui fideicommissam, vers. nec ad rem pertinebit. D. eo.* Quis verò æquum putet aut patiatur, morari in damno heredem quem inuitum prætor adire coegerit? † Fuit igitur ob eam causam aliquod 25
medium excogitandum ne ius nouum & extraordinarium ei captiosum esset cui nihil posset imputari. Parum enim erat violari iuris rationem & regulam, in eo quòd postulante Albinæ filia quamuis nondum libertatem consecuta cogeretur heres adire, si modò indemnitati eius prospiceretur, ne damnum vllum ex aditione sentire posset, si fortè interim fideicommissaria decederet, cùm nec aliam ferè ob causam ius hoc ita constitutum sit, quàm huius periculi metu: posteaquàm fauore libertatis placuit, vt qui spem libertatis & hereditatis habet, licet interim seruus sit, aditum tamen & per se habeat ad prætorem, *d. §. non est dubitatum*, possitque heredem cogere vt adeat, & libertatem præstet & hereditatem restituat. Nimirum si heres idem & libertatem debeat & hereditatem. Vix enim ratio alia reddi possit, quàm hæc ipsa quæ a Papiniano reddita est in *d.l. non est cogendus*, si quæratur, quamobrem hoc casu non etiam illo quo libertas à legatario, & hereditas ab herede relicta sit, permittatur seruo vt cogat heredem.† Remedium autẽ à Diuo 26
Pio excogitatũ illud fuit vt perinde permittatur venundari bona Antistiæ testatricis, ac si nullus ei heres fuisset.

fuiſſet. Sic enim fit vt neque Albina, neque Albinæ filia iniuriam patiantur, quibus ſingulis libertas cuique ſua conſeruatur, Albinæ directa, filiæ fideicommiſſaria cum fideicommiſſo hereditatis, neque damno afficiatur heres qui vt prætoris imperio parêret coactus adiit, neque oneretur exiſtimatio defunctæ cuius bona veneunt, quoniam idem contigiſſet, ſi hereditatem quam ſuſpectam diceret heres adire compulſus non fuiſſet. Vtique autem non compuliſſet eũ prætor vel Imperator, ſi aliquo caſu vel tantillum dãni aut incommodi ex coactione ipſi accidere poſſe credidiſſet. Satiſque fuit hactenus faueri defunctæ inducto contra iuris rationem extraordinario auxilio de compellendo herede vt aliquo ſaltem caſu poſſet illa heredem habere etiam inuitum, quem alioqui nullum prorſus habuiſſet. Neque verò aliud quicquam erat quod D. Pius conſtituere poſſet, aut meliùs, aut æquiùs vt inuita iuris ratione, & inuito herede voluntatem defunctæ, & libertates teſtamento relictas,
27 ſine cuiuſquam iniuria tueretur. † Sed nemo non facilè iudicabit ex ſuperioribus quam ſpecialis hic caſus ſit, quamque proprias, & planè ſuas habeat rationes, vt non facilè ad aliam ſpeciem vllam trahi poſſit. Finge Albinæ filiam non matri legatariæ libertatis propriæ, ſed extraneo relictam eſſe per fideicommiſſum, & ab extraneo illo legatario datam ei fideicommiſſariam libertatem. Non erit locus reſcripto, quia nec duplicis libertatis fauor tùm concurret, nec tam facilè ſperandum erit manumiſſum iri Albinæ filiam à legatario, cuius tamen moram in manumittendo, ſicut non eſſet æquum nocere heredi, ſi poſt aditionem decederet illa in ſeruitute, ita nec ius nouum extorquere in fauorem fideicommiſſariæ, cui ius commune & ordinarium ſufficere deberet. Atque ita Papinianum ſenſiſſe apparet, ex *d. l. non eſt cogendus*, quæ vnica litura eſſet delenda, ſi ad eam ſpeciem reſcriptum D. Pij trahi poſſet: quod tamen à Papiniano ignoratum fuiſſe dici non poteſt, cum eius expreſſim meminerit in *d. l. ſed cùm ab herede. 12. cod. tit.* quæ ſumpta eſt ex eodem libro Papiniani, quo & *d. l. non eſt cogendus*, ſcilicet ex viceſimo quæſtionum. Nec ſanè minùs in ea ſpecie quàm in hac de qua tractamus, remedio locus eſſe poſſet, ne propter legatum maneret heres adſtrictus oneribus hereditariis, permiſſi nimirum venditione bonorum defuncti, ac ſi heredem non habuiſſet, ſi eadem ratio æquitatis facere poſſet, vt à iuris regulis diſcedere liceret ad neceſſitatem remedij vl-
28 trò inducendam. † Finge plures fuiſſe ſcriptos heredes, & ab vno datam libertatem, ab altero fideicommiſſariam hereditatem. Idem Papinianus in *d. l. ſi res §. 1. eod. tit.* negat vllas eſſe partes prætoris, in compellendis ad eundem heredibus, aut altero eorum ſi neuter adire velit, vt iam diximus. Negat igitur in ea quoque ſpecie locum eſſe reſcripto Diui Pij, ex quo ſcilicet dicendum eſſet cogendum vtrumque heredem & adire & reſtituere, tùm permittendam diſtractionem bonorum defuncti, ſi ante reſtitutam hereditatem fideicommiſſarius moreretur. Quid enim obſtare poſſet: Finge denique tractari de fideicommiſſario qui non ſit pupillus, vt in *d. §. 1. d. l. ſi res, & d. l. non eſt cogendus*. Tantus non erit fauor fideicommiſſarij, vt inuita iuriſprudentia cogendus ſit heres adire ſuſpectã hereditatem, aut vt poſt aditam quoque hereditatem, quod à iure non minùs abhorret defuncti bona perinde diſtrahantur, ac ſi hereditas adita non fuiſſet, *arg. d. l. ſed cum ab herede.* † Nam cùm hereditatis adi-
29 tio ſit facti *l. pro herede. 20. & paſſ. D. de acquiren. hered.* indeque fiat, vt qui ſemel heres fuit, nunquam deſinere poſſit heres eſſe, *l. an prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. D. de minor. l. ei qui ſoluendo. 38. D. de leg. auſtu.* nihil potuit Diuus Pius conſtituere, quod à iuris regulis alienius eſſet, quàm vt venderentur bona defuncti heredem habentis quaſi non habentis: vt ex eo apparet quod in hac ipſa *leg. apud Iulianum in princip.* ſcribit Vlp. noſter ex Iuliano, ſi legatum fuerit heredi inſtituto relictum hac condicione, ſi heres non erit, & ob hoc ſuſpectam dicat hereditatem ne perdat legatum, non eſſe illud admittendum, vt quaſi hereditatem nõ adierit quam adiit coactus, ſic legatum à coherede ſuo petat (adiit enim, inquit lex, licèt coactus, & coacta voluntas verè voluntas eſt, vt ad eum locum Accurſ. notat ex *l. ſi mulier. 21. §. pen. D. quod met. cauſ. l. ſi patre cogente. 22. D. de rit. nupt.*) ſed magis probandum eſſe vt offerri ei oporteat, præſtarique quantitatem legati à fideicommiſſario, tum eo facto adire compellatur: Quod & Paulus reſpondit in *l. debitor. 59. in fi. princ. D. eod.* Nec quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi mulier. 21. § pen.* Ei qui per vim vel metum coactus adiit hereditatem, hactenus per prætorem ſubueniendum eſſe, vt habeat abſtinendi facultatem, & conſequenter bona defuncti venire neceſſe ſit, quaſi non adita hereditate, vt & in *l. cùm hereditate. 55 D. de acquir. hered.* ad caſum de quo tractamus porrigi poteſt, in quo licèt coactus heres adierit, non tamen per vim & metum, ſed vigente imperio prætoris, cuius certè dignitati non conuenit, vt quod ipſe fieri iuſſit, eodem loco habeat, ac ſi per illicitam vim & coactionem factum eſſet: quod eueniret ſi pro non herede haberet illum quem inuitum heredem fieri coegiſſet.

CAPVT VIII.

Ad verſ. vlt. d. l. apud Iulianum, & ad l. ille à quo. 13. in princ. eo. tit.

SVMMARIA.

1 *Verba illa dicti verſiculi*, reſtituatur fideicommiſſaria hereditas *cum negatione legenda eſſe.*
2 *Emendantur illa eiuſdem verſiculi verba* ei qui compulit adire & reſtituere ſibi hereditatem.
3 *Accurſij interpretatio ad verbum* reſtituatur.
4 *Heredem in diem vel ſub conditione de reſtituenda hereditate rogatum, ſi coactus à Prætore ante diem vel conditionem reſtituerit, non remedio reſcripti Diui Pij, ſed Pegaſiani SCti authoritate indemnem ſeruari.*
5 *Sententiam* l. ille à quo. 13. ff. ad SC. Trebel. *cum* l. ſed etſi. 9. eod. tit. *coniungendam eſſe.*
6 *Heredem alio loco adire iuſſum, licèt Reipub. cauſa abſit, æquè cogendum adire & reſtituere vbi abeſt.*
7 *Præſentiam illorum contra quos decernitur tunc eſſe neceſſariam, quum eo decreto lædi poſſunt.*
8 *Heredem de reſtituenda hereditate rogatum, ſi adire iuſſus antequam declarauerit, dicat ſe deliberare, non eo minus ſtatim adire cogendum, etiamſi ſit in legatione.*
9 *Rogatum ſub condicione vel in diem, ſi ante diem vel conditionem coactus adeat & reſtituat, actiones ex Trebelliano SCto in fideicommiſſarium tranſmittere.*
10 *Vera ratio propter quam per illum heredem adire coactum ante diem & non expectata conditione hereditas reſtituenda eſt.*
11 *Verba illa* d. l. à quo. ſecundùm ea quæ oſtendimus. *Triboniani potius quam Vlpiani eſſe.*
12 *Fideicommiſſariam hereditatem in ſpecie dicti reſcripti filiæ relictam* quum nubilem ætatem compleue-

rit, non ex illo rescripto sed ex iure communi conis- stim & ante conditionis euentum restitui posse.

13 *Heredem rogatum, si sub conditione scriptus sit, non ante conditionis euentum restituere cogi.*

14 *Suspectam hereditatem dicere effectu nihil aliud esse, quam repudiare.*

15 *Repetitur ratio propter quam heres de restituenda hereditate sub conditione grauatus, ante conditionem restituere cogatur?*

16 *Differentia inter conditionem quæ institutioni, & eam quæ fideicommisso inscribitur.*

17 *Necesse non esse in specie d. §.* vtrum l. *apud Iulianum distractionem bonorum hereditariorum permitti.*

18 *Speciem in princip.* d. §. vtrum, *propositam in omnibus & per omnia a casu rescripti ibidem relati diuersam esse.*

19 *Non eo magis in dicta specie necessarium fuisse D. Pij rescriptum quòd procurator falsus a Prætore impetrauerit vt heredem cogere posset.*

20 *Casus quo in ipsa eius rescripti specie extraordinarium illud remedium de bonis post aditam hereditatem distrahendis necessarium non est.*

21 *Cur Diuus Pius in ea specie rescripserit heredi hactenus subueniendum vt Amistia bona per hereditarios creditores distrahantur?*

22 *Verba hæc* ex quibus casibus solet euenire in §. sed si quis 6. l. 1. ff. de separat. *Triboniani esse.*

23 *Rescriptum Diui Pij locum habere quum fideicommissarij persona nec vlla est, nec vnquam fuit.*

24 *Sententia Triboniani in verbis illis* d. §. vtrum cùm possit euenire. *&c. reprehenditur.*

25 *Multa in specie eius rescripti facienda esse vel saltem à Triboniano proponi facienda priusquam ex fideicõmisso restitui possit hereditas.*

26 *Quum de prima tenda in specie eius rescripti, bonorum defuncti & Amistiæ distractione quæritur, distinguendum esse, an ante, an vero post manumissionem fideicommissarius decesserit.*

27 *In primo rescripti capite, quod est de cogendo herede ad adeundum vt libertates conseruentur, nullam distinctionem adhibendam esse.*

28 *Peculiare SCtum necessarium fuisse, vt seruus cui libertas & fideicommissaria hereditas relicta est heredem ad hereditatis aditionem & restitutionem cogere possit.*

29 *Hereditate restituta manumisso qui coactionis tempore seruus erat, hereditarias actiones in eum ex dicto SCto transire.*

30 *Eo SCto manumissum tantùm non autem eius heredem comprehendi.*

31 *Totum illum* §. vtrum. *Triboniani esse.*

HÆc cùm ita sint quæ hucusque contra Tribonianum disputauimus, fateor ingenuè me non intelligere quid sibi velit vir bonus in vlt. illo versic. qui sic habet, *Cùm igitur demonstrauerit Diuus Pius succurri heredi instituto, qui compulsus adijt, dici potest etiam in cæteris causis exemplum hoc sequendum, sicubi venerit, restituatur fideicommissaria hereditas ei qui compulit adire & restituere sibi hereditatem.*† Primùm autem non
1 dubito quin scripserit ille aut scribere voluerit, *ne restituatur fideicommissaria hereditas.* Nam cùm restituatur hereditas ex fideicommisso, quænam obsecro, subesse potest æquitas aut necessitas inducendæ constitutionis D. Pij? Aut quis ex tempore vsus esse potest SC. Trebelliani, si in casibus omnibus restituendæ vel restitutæ hereditatis rescriptum Diui Pij locum habere debuit. Sed neque id esset sequi exemplum rescripti, vt Tribonianus loquitur, cùm in ea specie de qua Diuus Pius rescripsit, non fuerit restituta hereditas, eàque ratio sola remedij necessitatem induxerit, quod defuncta ante restitutionem fideicommissaria Albinæ filia futurum alioquin erat vt heres qui compulsus adierat, oneribus hereditariis mergeretur.† Secū- 2
dum quod non debuerat in sequentib. ita scribi, *et qui compulit adire & restituere sibi hereditatem.* Implicat enim contradictionem, vt hereditas non sit restituta ei qui compulerit hereditatam adire, sibique restituere. Sed sic potiùs, *ei qui compulit adire ad restituendam sibi hereditatem.* Fecitque is error fortasse vt negationem illam quam nos reponimus, sustulerit imperitus quidam interpres, vt verborum contradictionem effugeret, non animaduertens ita futurum, vt quod est longè indignius, sententia ipsa contradictionem habe-
ret.† Bonus verò Accursius non parum laborat vt se 3
expediat, ac primùm verbum illud *restituatur*, sic interpretandum esse ait, *restitui postuletur*, supplendo quod necessariò suppleri debere sensit, *nec tamen restituatur*, quod prorsus improbabile fuerit. Deinde magis probat, vt propriè accipiatur de hereditate restituta, sed ante diem aut condicionem fidicommissario posteà mortuo ante diei vel condicionis euentum, quasi sensus sit. Vbicunque vnus heres solus & purè institutus est, idemque rogatus hereditatem restituere in diem vel sub condicione, si ante diem vel condicionem restituat fideicommissario, qui ante diei quoque aut condicionis euentum decedat, indemnem heredem seruari oportere. Nimirum permissa distractione bonorum hereditariorũ, acsi nemo heres fuisset. Sic enim Accursium sensisse necesse est, vt accommodata sit interpretatio ad textum in quo scriptũ est, In huiusmodi causis omnibus sequendum esse rescriptum Diui Pij. Et ob id, vt puto locutus est de eo herede qui solus fuerit institutus, ne pugnet quod in *l. seq.* Papinianus scribit ab eodem Diuo Pio rescriptũ fuisse, non esse locum suæ constitutioni, si ab herede pro parte instituto fideicommissum sub conditione relictum proponatur. Et tamen apertè falsa est hæc inter-
pretatio.† Etsi enim heredem qui in diem vel sub cõ- 4
dicione rogatus hereditatem restituit ante diem vel condicionem, coactus à prætore, indemnem seruari debere verum est non tamen id fit eo remedio quod Diuus Pius induxit, vt defuncti bona perinde distrahantur, acsi adita hereditas non fuisset, sed authoritate senatusconsulti Pegasiani, quo sicut inductum est, vt cogi heres possit ad adeundum, ita & eo ipso prouisum ne ex eiusmodi coactione damnum vllum sentire debeat, sed transeant actiones omnes ex Trebelliano in eum qui coegit, *d. l. quia poterat. 4 l. cogi. 16. §. idem Marcianus quærit eod.*† Qui sensus est Vlpiani in 5
l. ille à quo 13. in princ. eod. cùm ait illum à quo sub condicione fideicommissum hereditatis relictum est non posse quid causari ne condicio deficiat & hæreat actionibus, id est, non posse eo prætextu recusare quominus ad adeundum cogi se patiatur, *cùm*, inquit, *nullum damnum sit futurum secundùm ea quæ ostendemus.* Est enim illa lex desumpta ex Vlpiani lib. 4. fideicommissorum, ex quo & *d. l. quia poterat*, itemque *lex sed etsi alio loco. 9. eod. tit.* in qua etiam tractat de herede suspectam dicente. & adire coacto: & cum qua potiùs videtur prima illa sententia *l. ille à quo*, coniungenda. Non ob id solum quòd in *§. vlt. d. l. sed etsi.* tractatur de herede scripto sub condicione At in *d. l. à quo*, de herede grauato sub condicione, sed etiam propter versi. qui sequitur in *d. l. ille à quo iam sequitur non desiderari heredis præsentia.*† Est enim id omnino alienum à præ- 6
cedentibus,

cedentibus, nisi referatur ad *d. l. sed etsi*, in qua idem
Vlp. scripserat, si heres alio loco iussus sit adire & rei-
publicæ causa absit, æquè cogendum eum & adire &
restituere vbi abest, ac proinde non esse necessariam
ipsius præsentiam, neque in loco vbi hereditatem, &
adiri & restitui defunctus voluit, neque apud præto-
rem ex cuius imperio & iurisdictione fiat coactio.
Nam sicut hereditatem recusare heredes non solum
præsentes, sed etiam absentes, & per epistolam pos-
sunt, ita & aduersus absentes eos postulatur decre-
tum, siue certior sit eorum voluntas recusantium adi-
re & restituere hereditatem, siue incerta, vt idem Vl-
pianus scribit in *l. recusare. 6. in princ. eod.* quæ ex eodem
quoque libro quarto fideicommissorum deprompta
7 est, *adeò*, inquit, *præsentia eorum non est necessaria.* † Nē-
pe quia tum solet necessaria esse præsentia illorum
contra quos aliquid decernitur, cum ex eo decreto lę-
di possunt. *l. nam ita. 39. D. de adopt. l. vlt. D. de natal. rest.*
l. de vnoquoque. 43 D. de re iudic. At extra omne damni
periculum est is qui per prætorem adire compellitur.
Quidni ergo aduersus eum licèt absentem & igno-
rantem decretum impetrari poterit? Nec enim faciet
decretum quominùs sponte adire possit si velit, quan-
diu non adiit coactus, saltem quandiu suspectam non
dixit, cùm etsi suspectam dixisset, ac pendente fidei-
commissi condicione adire coactus fuisset, Falcidiam
pœnitendo posset inducere: vt Papin. loquitur in *leg. si*
patron. 55. §. quid ergo, si non alij eod. tit. quamuis non e-
tiam si vel purè rogatus vel post impletam condicio-
nem dixisset suspectam, & adire coactus fuisset, *l. nam*
8 *quod. 14. §. qui compulsus eod. l. 4. in fin. C. eod.* † Vnde illud
etiam est quod si adire iussus antequàm voluntatem
suam declarauerit, dicat se deliberare, non sit audien-
dus, nec eò minùs cogendus vt statim adeat, etiamsi
sit in legatione, sed cum hoc tamen temperamento vt
non statim restituat, sed vt reuersus domum si puta-
uerit sibi expedire, commodo falcidiæ vel testamenti
vtatur, vel si non putauerit, restituat totam hereditatē
nec onera patiatur, *l. si legatus. 30. eod. tit.* vt apparet non
tam ad auferendum heredi beneficium iuris delibe-
randi coactionem hanc fieri, quàm ad collocandū in
tuto fideicommissum re ante aditionem decedens he-
res fideicommissarium decipiat, vt Vlp. loquitur in §
9 *1. d. l. ille à quo.* † Eademque ratio facit vt quamuis non
nisi in diem vel sub condicione fideicommissaria he-
reditas relicta sit, heres tamen statim cogi possit ad a-
deundum, ne alioqui fideicommissum facilè interci-
deret si dies aut condicio expectaretur, atque interim
heres moreretur. Nec eò minùs tamen verum est trā-
sire ex Trebelliano actiones. Nam quod dici solet, siue
ante diem, siue ante impletam condicionem restitura
sit hereditas, siue denique aliter quàm quomodo te-
stator voluit, impediri translationem actionum, *d. leg.*
sed etsi antè, l. si mulier. 59. §. ex asse D. de iur. dot. tunc ve-
rum est cùm heres sponte adiit, & restituit, non etiam
cùm coactus. Cur. n. aut quomodo possit translatio-
nem impedire coactio, quæ & senatusconsulti Pega-
siani autoritate fit, & imperio prætoris, nec ad aliū fi-
nem quàm vt actiones transferantur? Nam siue Sena-
tusconsulti Trebelliani verba inspicimus, propter quæ
potissimum id ius constitutū est, vt disputauimus in
præcedentib, non possunt illa obstare restitutioni, quę
fiat ex alio Senatusconsulto, id est, ex Pegasiano per
quod Trebelliani forma & potestas hoc casu immuta-
ta fuit, siue testatoris voluntatē attendimus, ad quam
maximè verba Senatusconsulti Trebelliani videntur
respexisse, non potest videri quicquam fieri contra
voluntatem, tametsi hereditas purè restituatur, quam
in diem aut sub condicione restitui voluit, cùm si ea
coactio non esset, tota voluntas intercideret destitū-
to testamēto. † Quamquam si quæratur, cur per heredē 10
adire coactum restituenda sit hereditas ante diem, &
non expectata condicione, verius ratio illa est, quod
frustra expectaretur condicio cuius euentus aut defe-
ctus nihil operaretur, *l. qui fundum. 87. §. si in ex parte*
ad leg. Falci. l. aliquando. 13. §. vlt. in illis verbis, *quo enim*
bonum est expectare condicionem vel diem cum in ea causa
sit prior iste debitor vt omnimodo ipse debeat suscipere actio-
nem? Dig. ad SC. Vellean. l. si quis ita scripserit. 33. ff. de
her. inst. Atquin etiamsi deficeret condicio sub qua
restituere rogatus fuit is qui adiit coactus, nō eò ma-
gis tamen hereditas remanere posset penes eum qui
coactus adiisset. Ergo neque quòd condicio possit de-
ficere, facere debet vt restitutio differatur, neq; quod
posteà condicio defecerit, potest eum effectum habe-
re, vt ex restitutione iam facta non possint videri trā-
slatæ actiones, *d. l. ille à quo in princip.* † cuius verba illa. 11
secundū ea quæ ostendimus, nequeas referre ad ea quæ de
rescripto Diui Pij proximiùs disputata sunt in *d. §. ve-*
rùm, quin adscribenda sint Triboniano potiùs quàm
Vlpiano Nō enim aut necessariū. aut conueniens est,
vt ad eā speciem qua heres rogatus sub cōdicione co-
actus fuerit hereditatē adire, statimque restituere, re-
scriptū Diui Pij accōmodetur, vt diximus, præsertim
ex qua parte permittit distractionē bonorū heredita-
riorum, tanquā non adita hereditate. † Nā in ea ipsa 12
rescripti specie placuit hereditatem confestim restitui
ex fideicommisso, quæ ex verbis testamenti non aliter
restituenda erat, quàm si Albinæ filia, eadémque fidei-
commissaria nubilem ætatem compleuisset: Quod ip-
sum non tam rescripto nouo quàm iuri communi &
ordinario tribuendum est, siue namque fideicommissi
dies incerta sit vt illa, *cùm nubilem ætatem compleuerit*,
ea obtinent, quæ modò diximus, quia pro condicione
est, *l. si cui legetur. 49. de leg. 1. l. si Titio. 22. ff. quand. dies*
legat. ced. Siue sit certa, non potest deficere, tantóque
faciliùs permittendum est, vt restitutio fieri possit cō-
festim cùm nihil intersit nisi propter fructus medij
temporis, quorum lucrū non magis retinere potest he-
res qui adiit compulsus, quàm aliud vllum commodū
quod ex eo testamento proficiscatur, *l. ita tamen. 27. §.*
qui suspectam, d. l. si patron. 55. §. quid ergo in fi. ad SC.
Trebell. † Planè si heres sub condicione scriptus sit, a- 13
liud est, & quamuis suspectam hereditatē dicat expe-
ctandus est euentus condicionis, si casualis illa sit aut
mixta, sin promiscua, vt Iureconsulti nostri loquūtur,
aut vt interpretes, potestatiua, cogendus est heres vt
eā impleat, si neque difficultatē habeat, neque turpi-
tudinē. Alioquin ab initio remittēda est, vt Caius scri-
bit in *l. facto. 63. §. si sub condicione. eod.* vbi rationē red-
dit, quòd absurdum sit plus à prætore tribui ei qui fi-
deicommissum petit, quàm testator voluerit. Vtrique
autē testator, nisi expleta condicione, neq; scriptū he-
redem ad hereditatē vocauit neque per hunc voluit il-
li restitui hereditatē. Prius siquidē est vt heredi delata
sit hereditas, quàm vt eā adire possit, siue sponte, siue
coactus, *l. delata. 151 de verb. signif.* aut etiā repudiare, *l.*
nec is 17. in fi. de acquir. hered. quia vt in *l. seq.* Paulus ait,
is repudiare potest qui & acquirere. † Quid porrò a- 14
liud est in effectu suspectā dicere, quàm repudiare? nisi
quod repudiatio fit solenniùs, quàm nuda recusatio?
Illa enim fit in iure duntaxat, *l. 3. & 4. C. de repud. her.*
hæc quoquomodo *l. recusari. 95. ff. eo. l. 16. ff. ad Trebell.*
aut quo modo hereditatē restituere potest is qui non-
dum potest adire? *d. l. sed etsi alio loco. 9. §. vlt. ad Trebel.*
† Dices, Hanc ipsam rationē facere debere vt ne pos- 15

fit heres cogi restituere statim hereditatẽ, de qua fuerit rogatus sub condicione, tametsi coactus adierit, quoniam cùm hoc fit plus tribuitur fideicommissario quàm voluerit testator. At respondeo, quod suprà iam attigi, fieri hoc ex necessitate, propterea quòd nihil prosit expectari euentum condicionis, quæ etiam si deficeret non inde tamen fieret, vt fideicommissum intercideret, cuius conseruandi gratia heres adire coactus fuisset, aut vt lucrum ex eo aliquod penes heredem remanere deberet, qui suspectam dicendo lucri spem omnem sibi præripuisset, si non ante condicionis euentum pœniteret *d. §. quid ergo*, quo loco quod Papinianus tractat de herede qui pendente condicione adire coactus sit, certum est ad eum pertinere, qui sub condicione non institutus fuerit, sed rogatus: quæ
16 & vna est ex Accursij expositionibus. † Denique condicio adiecta institutioni, suspendit aditionem & repudiationem, quousque impleta sit si non remittatur, iis nimirum casibus, quibus placuit ab initio remitti. At condicio inserta fideicommisso, nihil nisi fideicommissi petitionem & acquisitionem suspendit. Cui porrò suspensioni locus nullus relinquitur, cùm heres adire coactus planè indignus est, qui ex hereditate, adcóque ex testamento retinere quicquam possit. Imò dignus omnino est, cui damnum condicionis infligatur, quomodo idem Papinian. loquitur in alia specie multò dubitabiliore. *l. Imperator. 50 eod tit* Quod enim retinere heres non potest, qui iam adiit, prorsus necesse est vt in fideicommissarium transferatur, & fit vtrumque eiusdem senatusconsulti Pegasiani authoritate. †
17 Et consequenter vt ad Diui Pij rescriptum redeamus, nil necesse est hoc casu permitti distractionem bonorum hereditariorum, siue is qui sub condicione rogatus fuit, solus & ex asse heres institutus fuerit, siue ex parte cùm iuris ratio repugnet, quæ facit vt bona hereditaria per aditionem desierint esse hereditaria, factáque sint patrimonium heredis, *l. vlt. D. si pars hered. pet. l. sed si plures. 10. §. filio impuberi, & §. ad substitutos de vulg. & pupil. subst.* nulla verò æquitas nos cogat vt iuris rationem violemus ad succurrendum heredi adire coacto, qui facta restitutione tutus & indemnis est potestate senatusconsulti. Illa namque distinctio, An heres institutus sit ex asse, an ex parte non nisi ad eam speciem pertinet, de qua D. Pius rescripsit: vt sequenti capite dicemus. Alius igitur casus vel vnus saltem quærẽdus est, in quo possit locum habere quod in fine *dict. leg.* apud Iulianum scriptum est, sequendum esse exemplum rescripti. Præsertim cum verba illa legis, *in cæteris causis*, non obscurè innuant eiusmodi casum non vnum aut alterum, sed plures reperiri
18 posse. † An igitur, ne in aliis quærendis frustra laboremus, ille vnus saltem erit, cuius gratia tam longus de rescripto D. Pij nobis habendus sermo fuit? Illum intelligo de quo in primis verbis, *§. virum autem*, instituta est disputatio, si heres qui suspectam dixit, coactus sit postulante absentis fideicommissarij procuratore, vt & adiret, & restitueret. At qui casus hic in omnibus, & per omnia diuersus est à casu rescripti. Nam in illo non poterat ad adeundum heres cogi, neque per Albinam, quæ libertatis duntaxat legatum acceperat, neque per Albinæ filiam eandémque fideicommissariam, quamuis pupillam quod status eius ex legato penderêt *d. l. non est cogendus.* Ideóque fuit æquum succurri & duplici libertati, & pupillari ætati quantum citra heredis iniuriam & captionem fieri posset. At in casu nostro si verus procurator sit is, qui absentis fideicommissarij nomine vult heredem cogere, nihil causæ est, cur non habeat ius cogendi, perinde ac is ipse cuius est procurator, sin nullo modo procurator est, vel insufficiens, aut obscurum mandatũ habeat, nullo modo est audiendus, ne quidẽ oblata cautione de rato, vt suprà diximus. Deinde in casu rescripti ea ratio obstabat, ne & libertatibus & pupillæ fauere Imperator posset, tametsi vellet. quod euenire poterat vt ante datam fideicommissariæ libertatem fideicommissaria ipsa decederet, atque ita beneficium Principis in concedendo iure cogendi heredis esse captiosum heredi. Si non illud quoque remedium excogitatum fuisset, vt eo casu bona defunctæ vendi possent, acsi nullus ei heres extitisset. At in specie, de qua tractamus, nihil tale accidere vnquam potest. Nam si mandatum & idoneum & apertum non habeat is, qui cogit, cùm omnimodo repellendus sit nullus quæstioni locus relinquitur. Sin tale habeat, quale habere debet, vt audiri possit, vsque adeò fideicommissarium obligat, cuius est procurator, vt numquam possit ille posteà pœnitendo fideicommissi restitutionem recusare. Sed etsi fortè decesserit ante restitutionem, nihilo magis periclitari heres potest, quia vel fideicommissarium decessisse ponimus, aliquo herede relicto, vel nullo. Si aliquo, eadem vtique ipsius, quæ autoris ratio erit, vt recusare non possit restitutionem quam defunctus recusare non potuisset. Sin nullo, non ideò tamen erit necesse inducere rescriptum Diui Pij, quia non defuncti bona, tanquam defuncti vendenda erunt, sed fideicommissarij peræque acsi post restitutam hereditatem decessisset, *d. l. postulante. 44. leg. si postulante. 67. eod* † Nul- 19
lo igitur casu potest locus esse rescripto D. Pij, cùm heres & adire & restituere coactus est per absentis fideicommissarij procuratorem. Nam si poneres obreptum fuisse prætori, & procuratorem falsum quasi verus esset impetrasse à prætore vt heredem cogere posset (quo casu proculdubiò factum falsi procuratoris neque fideicommissario, neque heredi eius nocere deberet vt hereditatis restitutionem ex fideicommisso suscipere compellerentur) non putarẽ idcircò necessarium fore rescriptum D. Pij ad indemnitatem heredi præstandam, quia in promptu esset dicere nullius momenti esse decretum prætoris obreptitium, *l. tres tutores. 55. §. vlt D. de admin. & peric. tut. l. 1. §. 1. l. magis puto 5. § pen. De reb. eor. qui sub tutel.* ideóque vel pro nõ facto habendum esse ipso iure, vel saltem rescindendum per in integrum restitutionem *l. Diuus. 33. D. de re iud.* Esset. n. perabsurdum & periniquum deficere iuris auxilium ei qui à prætore priùs circumuento fuisset ipse circumuentus, eique captiosam fieri necessitatem quam habuit parendi *l. non videntur. 167. §. qui iussu De reg. iur.* cum is damnum dicatur dare qui iubet, eius verò culpa nulla sit cui parẽre sit necesse, *l. is damnum dat. 169. eo. l. si quis. 7. §. doli mali D. de iurisd. l. aut prætor. 7. § 1. D. de minor. l. quanquam 4. D. de aqua & aquæ plu. arc. l. iniuriarum. 13. § si quis quod. D. de iniur* † Sed & quod magis est in illa ipsa specie de qua 20
Diuus Pius rescripsit (quod nescio an quisquam adhuc obseruarit) facilè fieri potest vt non sit necessariũ remedium illud extraordinarium de bonis defuncti post aditam hereditatem distrahendis, Nec si ponas si fideicommissariam Albinæ filiam nondũ restituta hereditate decessisse. Nempe si post adeptam ex causa fideicommissi libertatem decesserit. Ex eo namque tẽpore cũ incipiat esse capax habendi patrimonij tanquã alia persona quælibet libera suique iuris, habeátque in bonis si non hereditatẽ ipsam fideicommissariam, saltem ius persequendi fideicommissi, desinit esse necessarium auxilium rescripti, quod in id vsque

tempus

tempus necessarium fuerat ad heredis indemnitatem, quoniam siue decederat illa cum herede non magis heres poterit recusare restitutionem quàm ipsa potuisset. Si verò sine herede parata erit actio creditoribus non tantùm ipsius fideicommissariæ, si qui sint, sed etiam hereditariis in bona omnia per fideicommissarium relicta, in quorum numero etiam illa continebuntur, quæ fuerunt in hereditate restituenda ac si fuisset restituta *d. l. postulante*, idque non iure aliquo extraordinario, sed communi, quod ita est comparatum vt quisquis heredem coegit ad adeundum hoc ipso perinde obligetur hereditati & actionibus hereditariis omnibus, atque si eo ipso instanti facta restitutio fuisset, *d. l. si postulante. 67. in princip. D eo.* Maximè verò, si tale quid contingat quod impediat ne post aditionem restitui amplius hereditas possit, etsi non video quisnam eiusmodi casus excogitari queat præter hunc ipsum de quo nunc agimus quo fideicom-
21 missarius decesserit sine herede ante restitutionem.† Itaque si quis quærat, Cur Diuus Pius in illa specie rescripserit subueniendum heredi, hactenus vt Antistiæ bona per hereditarios creditores distraherentur, nō illa ratio adferenda est, quod fideicommissaria decesserit sine herede, sed quod decesserit sine bonis, ac prius quàm bona vlla habere posset, nimirū ante adeptā libertatem. Sic enim fit vt non possit permitti creditorib. hereditariis distractio bonorū. quæ nulla sunt fideicōmissarij, qui nec ipse vllus intelligitur, quādiu liber non est, quia quod attinet ad ius ciuile & prætorium, serui pro nullis habentur *l. quod attinet. 32. D. reg. iur.* iunct. *l. qui testamento. 20. §. serui quoque ff. qui testam. fac. poss. l. nullo modo. 7. D ad l. Corn. de fals.* extra casum *d. l. mulier. 22. §. non est dubitandum D. ad SC. Treb.* Idq. est quod Vlp. scribit in *l. 1. §. sed si quis suspectam. D. de separ.* vbi de eodem D. Pij rescripto loquitur nō
22 esse hoc casu personā cui restituatur hereditas.† Quāquam Tribonianū quoq. iudicio meo valde redolent in eo § verba illa *ex quibus casibus solet euenire.* non solùm quia scripsisset potiùs Vlp. *ex quibus causis*, sed etiam quia, vt probauimus, nullus omnino casus est in quo possit euenire vt postquàm heres coactus adiit persona non sit cui restituat, extra casum ipsū rescripti. Cùm si iā liber factus fideicōmissarius decedat ante restitutā hereditatē habeatur restitutio pro facta *d. l. postulante. & d. l. si postulante*, ideóq. bona ipsius venduntur non defuncti. Sufficit. n. aliquando fuisse per-
23 sonam licèt iam nulla sit. † At rescriptū D. Pij locum habet cùm fideicommissarij persona nec vlla est, nec vnquam fuit. Ac proinde cùm nō possint distrahi bona fideicōmissarij quæ nulla sunt, nec bona quoq. heredis disti alii æquū sit qui adiit cōpulsus à prætore, illud vnū relinquitur vt defunctæ bona vendi oporteat
24 quasi nunquā adita hereditate. † In quo seipsū decepisse videtur Tribonianus in *d. §. verum*, cùm ita scripsit, *cùm autem possit euenire vt antè decedat ea cui fideicommissaria libertas & hereditas relicta est, nec oporteat damno adfici eum, qui coactus* (sic. n. scribere Tribon. debuit, non *rogatus*) *adiit hereditatē, remedium dedit vt si quid borū contigerit, perinde permittatur, &c.* Scilicèt si sic intellixit, vt remediū necessariū fuit in omni casu quo Albinæ filia ante restitutionē decesserit: quomodo eum sensisse probant verba illa *vt ante decedat* iunctis iis sequentib. *si quid borū contigerit.* † Nā in præce-
25 dentib ponit multa facienda esse priusquā ex fideicōmisso restitui possit hereditas. Primum cogendum heredem adire vt directam libertatem Albina possit tibi vindicare, deinde ipsi Albinæ tradendā esse filiam ab herede ex fideicōmisso. Tertiò à matre ipsa manumittendā. Quartò tutorē filiæ impuberi & manumissæ dādū, quo autore posteà restitui possit hereditas. Postremò vt ea restitutio petatur non per tutorē sed per pupillā ipsam tutore autore *l. restituta. 37. §. vlt. cum duab. seqq. eo. tt.* In quibus omnib. faciendis, nemo non videt mora opus esse & tēpore, præsertim verò in dādo tutore filiæ post manumissionē, petendaq. per pupillā tutore autore hereditatis restitutione. Ideoque facilè potuisse euenire vt fideicōmissaria decederet ante re-
stitutā hereditatē. † Errauit itaq. Tribon. in eo quod 26
distinctionē illā ex mente D. Pij recipiendā esse putauit. An fideicōmissaria decesserit ante an post restitutionē: cùm illa duntaxat distinctio adhibenda fuerit, An illa decesserit ante an post manumissionē: i. an persona aliqua sit, cui hereditas restitui possit, an non sit, vt Vlp. loquitur in *d. l. 1. §. sed si quis suspectam. D. de separ.* Nimirū quod attinet ad rescripti remedium reducendum permittendamque distractionem bonorum
defunctæ Antistiæ. † Nam quod ad primum rescripti 27
caput de cogendo herede ad adeundū vt libertates cōseruentur, concurrente præsertim fauore pupillaris ætatis in persona fideicommissariæ, nulla distinctio adhibenda est, sed id tantùm obseruandū ne rescripti ius tā nouū & extraordinariū ad aliā vllā speciem trahatur, quia nec alia vlla species potest occurrere. quæ valde dissimilis non sit, aut in qua etiamsi maximè similis videatur non aliud ius constitui oporteat, vt apparet ex *d. l. si res. 52. §. 1. & d. l. non est cogendus. 53. eod. tit.* Et sanè non fuisset inducta primo rescripti capite coactio heredis si non fuisset excogitatum remedium alio rescripti capite introductum: Sicut nec fuisset necesse nouū ius cōstitui in herede cogendo cuius indēnitati ex solo senatusconsulto Pegasiano consultū fuisset, quia senatusconsulti ius cōmune sufficere potuisset, antecedēte scilicet autoritate alterius senatuscōsulti de quo Marcellus in *d. l. postulante*, quo cautū fuit vt si postulantē seruo cui & libertas & hereditas ab herede relicta fuerit, heres adire coactus sit, non possit manumis-
sus recusare quominus ei restituatur hereditas. † Fuit 28
n. senatusconsultū illud necessariū, non quod alioqui sit in potestate illius qui cogit heredem adire vt post aditionē recuset accipere hereditatē, aut quòd noua ipsius volūtate opus sit ad exonerandū heredē, (nā, vt diximus, quisquis heredē vt adeat cogit siue per se siue per procuratorē, hoc ipso se obligat oneribus hereditariis quandoque per restitutionem suscipiendis,
si talis persona sit quæ obligari possit) †, sed iure prorsus singulari persona manumissi, qui cùm coactionis 29
tempore seruus fuerit, nec nisi propter spē consequēdæ libertatis & hereditatis aditum habuerit ad prætorem, neque tunc potuit se obligare ciuiliter & efficaciter, quia liberorum hominum adeoque Romanorū propriū ius illud est vt obligentur, quemadmodum vel ipsa obligationis diffinitio demonstrat in illis verbis *secundum nostræ ciuitatis iura, Inst. de oblig. in princ. l. nec seruus. 41. de pecul.* neque rursus ex antegesto, id est ex eo quod in seruitute fecisset post manumissionem conueniri posset; *l. 1. & tot. tit. an seruus pro suo fact. post manum. ten. C.* atque ita consecutus libertatem heredi impunè illuderet quem hereditariis actionibus hęrere necesse esset, si non in eam rem senatusconsultum
factum fuisset, † Senatusconsultum, inquam, non 30
Trebellianum vt vulgo interpretes sentiunt aut Pegasianum (fuerunt enim illa generalia, & ad heredes omnes & fideicommissarios pertinentia) sed aliud quod de manumisso duntaxat locutum fuit, adeò vt nec manumissi heredem complexum sit, quemadmodum Marcellus scribit in *d. l. postulante*, vbi & hu-

ius omissionis rationem eam reddit quòd ferè fit vt quisquis coactus adit hereditatem confestim eam restituat, aut vt si non statim restituat hocipso moram contrahat, ex qua si damnum posteà sentiat sibi debeat imputare: sed tamen si iusta ex causa restitutionẽ distulerit, veluti si pecuniam ei defunctus debuit quã retinere malit ipse quàm petere sicuti non potest videri moram fecisse, *l. sciendum. 22. ff. de vsur*. ita & eodem senatusconsulto iuuandus est contra heredẽ manumissi, vt non magis restitutionem hereditatis recusare possit heres ille manumissi, quàm manumissus ipse posset si viueret *d. l. postulante*. Quòd si sine herede manumissus decesserit, & consequenter sine hereditate, quia non facit lex hereditatem nisi vt faciat heredem, quemadmodum alibi scripsimus, quoniam tamen non decedit sine bonis, nullum periculum est ne moretur heres in damno, cùm bona hereditatis quæ ex fideicommisso restitui debuit perinde possint distrahi per creditores hereditarios, & quidem tanquã bona fideicommissarij non tanquam bona defuncti, acsi manumissus post restitutam sibi hereditatem decessisset, vt ibidem Marcellus subiungit. Idque iure communi & ordinario, non quòd vel eodem illo senatusconsulto inductum sit de manumissi herede nihil dixerat, ita neque de eo casu quo manumissus decederet sine herede) vel induci debeat ex rescripto D. Pij ad hanc speciem quasi similem protrahendo. quãdoquidem ex eo rescripto permittenda esset distractio bonorum non fideicommissarij, sed defuncti *d. l. t. §. sed si quæ suspectam. D. de separat*. quod longè totoque cœlo diuersum est. Et sanè si quis vsquam casus esset ad quem tanquam similem rescriptum illud porrigi deberet, vel maximè hic vnus esset, vt iam dubitari non oporteat quin tota illa disputatio *d. §. sed virum*. & interiecta tractatio de rescripto Diui Pij, tribuenda sit Triboniano, qui non magis rescripti vim & necessitatem quàm iuris rationem ipsam perceperit.

31 † Quod ex superioribus in quibus coacti fuimus esse longiores tam apertè constare arbitror, vt nihil dici possit apertiùs, siue verborum sententiam quis perpendat, siue verba ipsa prorsus inconcinna & impropria. Primum in vers. sic. *ego puto absentis quoque fideicõmissario cogi posse heredem adire & restituere*. Quis enim sic loquitur *absenti adire*? Sed cùm de restituenda tantùm hereditate proposita esset quæstio, Tribonianus verò omnino ineptè de aditione tractandum haberet, vt ad quæstionem accommodaret rescriptum Diui Pij, coniunxit verba illa *adire & restituere*, nec animaduertit, verbo *adire* alium casum ex grammaticæ regulis accommodari debuisse, alium verbo *restituere*. Secundò in vers. *est enim res huius exemplum capere* in quo iam græcismum obseruauimus. Tertiò in vers. *nec oporteat damno adfici heredem qui rogatus adijt hereditatem*, vbi pro *rogatus*, scribi proculdubio debuit *coactus*. Quartò in illis verbis *vt si quid horum euenerit:* voluit enim Tribon. scribere *si quid tale*, quæ tamen alia, longéque diuersi sensus locutio est. Postremò in vltimo illo vers. *sicubi venerit restituatur fideicommissaria hereditas ei qui compulit adire & restituere sibi hereditatem*, de quorum verborum ineptitudine & contradictione diximus etiam quid nobis videatur. Fient autem superiora omnia probabiliora ex iis quæ in sequentibus dicturi sumus.

Capvt IX.

Ad l. sed cùm ab herede. 9. D. eo. tit.

SVMMARIA.

1 *Hanc legem ad Diui Pij rescriptum pertinere.*

2 *Summa eius rescripti repetitur.*

3 *Huic rescripto etiam in specie quam in l. præcedente Tribonianus retulit locum non esse, si heres de restituenda hereditate sub conditione rogatus, pro parte dumtaxat institutus fuerit.*

4 *Duplici damno affectum iri coheredem alterũ qui sponte adijt, si alter rogatus sub conditione, ante eius euentum fideicommissariam hereditatem restituere cogeretur.*

5 *Pupillum è contrario duplex lucrum & commodum ex illius rescripti beneficio sensurum.*

6 *Aliud obseruari quum vnus heres sub conditione rogatus est vbi differentiæ ratio redditur.*

7 *Dispositionis* d. l. sed cùm *vel ideò potissimùm locum esse debere, quòd ex Iustiniani constitutione deficiens portio coheredis a quo fideicommissum nominatum relictum fuerat, heredi cum onere fideicommissi adcrescat.*

8 *Primus casus ad quem Accursius dictam legem* sed quum, *accommodari posse putat.*

9 *Eum casum neque verbis legis neque iuris rationi conuenire.*

10 *Restitutionis auxilium quo sensu* extraordinarium *dicatur?*

11 *Extraordinarium remedium rescripto Diui Pij excogitatum solius fideicommissarij, non etiam heredis rogati fauorem respicere.*

12 *Beneficia & priuilegia à bono Principe ita concedi debere vt nemini sint captiosa, nec ad iniuriæ occasionem trahi possint.*

13 *Indicantur verba quædam obreptitia in* §. 1. l. nam quod. 14. ff. ad SC. Trebel.

14 *Quam parum iuris rationi conueniat primus casus ab Accursio ad legem initio propositam accommodatus.*

15 *Secundum casum ab Accursio positum, licèt accommodatior videatur, non posse tamen cum casu legis proposita conuenire.*

16 *Tertium casum a Papiniani sensu alienissimum esse.*

17 *Non mutari casum in illis verbis* d. l. sed quum, neque pupillum extra ordinem iuuandum.

18 *Ius nouum rescripto D. Pij inductum, pupillaris potissimùm fauoris ætatis inductum fuisse.*

19 *Casum* d. l. sed quum. *ad speciem illius rescripti pertinere.*

PErtinet † hæc etiam lex tota ad rescriptum Titi
Antonini Pij, de quo proximè scripsimus tam 1
multa, mirúmque est non fuisse id animaduersum ab Accursio aliísque interpretibus, qui vulgò sic sentiunt, vt ab illis verbis *nec pupillum extra ordinem iuuandum*, putent mutari casum, in quo inuestigando mirum in modum se exercent, nec quicquam proficiunt. Accursius adfert tres casus quos ex ordine singulos referemus & refellemus faciliùs si priùs exposuerimus quid nobis Papinianus sensisse videatur. † Retulerat Tribonianus sub Vlpiani nomine
in §. *vltimo lege præcedent*. rescriptum illud Diui Pij 2
quo contra iuris ordinarij rationem inductum erat fauore duplis libertatis tuendæ, itemque pupillaris ætatis commiseratione, vt postulante pupilla fideicommissaria, cui libertas à matre legata erat, & hereditas per fideicommissum ab herede relicta erat posset heres cogi ad adeundum, nil obstante eo quod euenire poterat vt post aditionem & ante restitutam hereditatem fideicommissaria moreretur, excogitato nimirum in eam rem nouo remedio, vt si tale quid accideret, permittenda esset creditoribus hereditatis

ditatis distractio honorum defunctæ testatricis, acsi
3 nemo ei heres extitisset.† Subiicitur in *l. seq.* ex Papi-
niano rescriptum fuisse ab eodem Diuo Pio non esse
locum suæ constitutioni, ne quidē in specie suprascri-
pta, si ponas heredem à quo fideicommissaria hereditas
relicta sit sub conditione, *si pupilla fideicommissaria nu-
bilem ætatem complesset*, non solutum & ex asse insti-
tutum fuisse, sed pro parte duntaxat, puta ex semisse,
addito etiam aliū semissē coherede Ratione illa quod
ferendum non sit vt pupillus extra ordinem iuuetur
& contra iuris communis rationem, quoties nouum
beneficium cum alterius iniuria per eum postulatur.
Id verò contingeret, si heredem pro parte institutum
à quo fideicommissaram hereditatem consequi vel-
let, cogere posset ad adeundum. Ita enim fieret vt coa-
ctus heres qui ex eo tempore nullum ex hereditate
lucrum & commodum spetare deberet, cogendus et-
iam esset ad repræsentandum, præstandúmque purè fi-
deicommissum qood relictum fuisset sub condicione,
quandoquidem frustra expectaretur euentus condi-
cionis, quam etsi deficere contigeret, non eo magis
aut hereditas peoes heredem remanere posset aut ex
postfacto reuocari translatio actionum, quæ per fidei-
commissi restitutionem licèt repræsentatā facta fuis-
4 set. † Atqui coheres ex alio semisse institutus quem
ponimus sponte adiisse hereditatem pro sua portio-
ne, duplici damno ea ratione afficeretur: In eo pri-
mùm quod adcrescendi ius amitteret, ex quo tamen
repudiantis coheredis portionem consequi deberet, *l.
vnic. C. quand non petent. part.* Aditione quippe heredi-
tatis ius illud adcrescendi intercidit, *l. vnic. §. his ita
diffinitis. C. de caduc. tol.* Deinde in eo, quod portio-
nem illam coheredis sibi adcrescentem liberam ha-
bere ab onere fideicommissi quod vtique intercide-
ret tanquam defecta condicione, si fideicommissariam
decedere cōtingeret antequam nubilem ætatem com-
5 pleuisset.† Proinde & è contrario fatendum est futu-
rum vt si ad hanc quoque speciem rescriptum Diui
Pij traheretur pupilla duplex lucrum & commodum
ex nouo & planè extraordinario beneficio sentiret
cum iniuria coheredis. Primùm in eo quòd fideicom-
missi sui causam saluam faceret, ac in tuto collocaret,
coacto adire herede atque ita extincto iure adcres-
cendi, per quod debuerat illa portio ad coheredē per-
uenire. Rursum in eo quod non modò ante impletam
fideicōmissi cōdicionē fideicōmissum consequeretur,
sed ea quoque deficiente, quod esset intolerabilius,
hereditatem nihilominùs retineret, in quo certè non
tantùm coheredi fieret iniuria, sed etiam voluntati te-
statricis quæ illa proculdubio fuit vt nisi expleta priùs
condicione fideicommissum non deberetur. *leg. facta
63. §. si sub condicione in fin. D. eod. leg. Publia. 56. §. Titia
6 codicillis De cond. & demonstr.* † Nec contrarium est
quod vnico duntaxat herede scripto aliud obseruatur
& omnimodo fideicommissum repræsentatur, siue
condicionem posteà existere, siue deficere contingat.
Non enim videri potest eo casu quicquam fieri contra
testātis voluntatem, cùm nec aliter conseruari ea pos-
sit quàm compulso herede ad adeundum vt tota de-
functi voluntas rata constituatur, *l. si patroni. 55. §. qui
fideicommissam. D. ad SC. Trebell.* nec æquum sit aut
voluntati ipsi testantis consentaneum, vt qui destituit
supremas defuncti preces, totumque testamentum
quantum in se fuit, euertere cogitauit, quicquam ex
voluntate consequatur, vt ibidem Papinianus tractat.
At cùm plures heredes instituti sunt, quorum alter
vel iam sponte adierit, vel in eo sit vt adire velit, non
est verendum ne testamentum destituatur, quod vti-
que vel ex minimæ portionis aditione totum confir-
matur, *l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus, l. ita tamen,
27. §. qui suspectam in fin. & §. à patre eod. leg 3. §. vt pa-
tronis. D. de bon. libert. leg. quæsitum. 40. D. de acquir. he-
red.* ideóque nulla ratio est propter quam fideicom-
missario quisquis ille sit, indulgere debeamus, vt ad fi-
deicommissi petitionem antequam impleta condicio
sit admittatur.† Præsertim postquam placuit Iustinia- 7
no vt deficiens portio coheredis à quo fideicommis-
sum fuerat etiam nominatim relictum adcrescat co-
heredi cùm onere fideicommissi, *l. vnic. §. pro secundo
& §. sin autem aliquid sub condicione. C. de caduc. tollen.*
Nam cùm iure vetere aliud obtineret siue viuo testa-
tore siue post ipsius mortem deficeret portio adcres-
cens, vt ex eo appareat quod Iustin. *d. § pro secundo*, ait
ita se constituere corrigendo ius vetus (de quo tamen
alio huius libri capite latiùs tractandum nobis erit)
durius sanè videri poterat deficere fideicommissum,
cuius tamen condiciò extitisset. Deficiebat enim hoc
ipso quod portio eius qui nominatim grauatus esset
adcrescebat coheredi non grauato, cui quippe satis e-
rat dicere grauatum se non esse. *l. si eius qui. 34. l. Lucius
78. §. tres heredes in fin. Dig. ad SC. Trebell. l. si alienus.
62. iunct. l. pater meus. 29. §. penult. & vltim. de leg. 2.* &
idcirco tanto æquius erat subueniri pupillæ fideicom-
missariæ si citra coheredis iniuriam id fieri potuisset.
At hodie tametsi non permittatur pupillæ vt eum ex
coheredibus, qui rogatus est de portione sua resti-
tuenda cogere possit ad aditionem, minus tamen da-
mni patietur, quæ scilicet actionem de fideicommisso
habitura est etiam aduersus coheredem non rogatum
cui rogati portio adcreuit. Et hæc sunt quæ ad Papi-
nianum adnotasse satis esset, nisi expositiones Accur-
sij essent etiam refellendæ.† Adfert ille, vt initio præ- 8
fatus sum, tres casus ad quos Papiniani lex accommo-
dari possit, omnes ineptos prorsus & improbabiles.
Primus est, si pupillus fuerit solus purè institutus &
sub condicione rogatus. Nā si fideicōmissarius petat vt
cogatur pupillus adire & restituere ante impletam cō-
dicionē, pupillus autem velit extra ordinē iuuari scili-
cet per in integrum restitutionem, vt non cogatur, ne
postquam adierit maneat implicitus oneribus heredi-
tariis fideicommissario quandocumque postea ante
condicionem impletam decedente, non est audien-
dus, inquit Accurs. cùm abundè illi consultum sit con-
stitutione illa Diui Pij, de qua in *§. vlt. legis præceden-
tis.*† Quæ interpretatio neque verbis legis conuenit, 9
neque iuris rationi. Non verbis, qoia Papinianus de
illo herede disertè loquitur, qui non nisi pro parte
scriptus sit. Accursius autem è contrario ponit solū pu-
pillū ex asse institutū, Itē quia negat Papinianus pupil-
lum extra ordinem iuuandū esse. § Accursius verò ne-
gat iuuandū per restitutionē in integrū, quasi verò nō
sit iuris ordinarij vt pupillus per restitutionē iuuādus
sit quoties læsus est, nec ei iure communi prospectum
esse potest.† Scio restitutionis auxilium dici extraor- 10
dinarium in *l in causa. 16. Dig. de minor.* sed ad differē-
tiam illius quod communi & mero iure competit vt
ea lex ait, non etiam vt nouum & insolitum videri
debeat, quare proculdubio illud est de quo Papin. sen-
sit cùm scripsit *pupillum non esse extra ordinem iuuan-
dum*, vt ostendunt sequentia illa *si nouum beneficium.* Et
verò prorsus nouum beneficium est planéque ante
Diui Pij constitutionem inauditum & extraordina-
rium, quod ille induxit, vt post aditam quoque here-
ditatem bona defuncti veodantur, acsi adita hereditas
non fuisset. † Quod tamen beneficium solius fideicō- 11
missarij fauorem respicit, non etiam heredis rogati

vt malè Accurs. existimat. Etsi enim heredi adire coacto consulere Diuus Pius voluit & debuit, ne actionibus hæreret si ante factam hereditatis restitutionem fideicommissarius decederet; id tamen non fecit nisi per consequentias vt fauore fideicommissarij posset heres cogi ad adeundum, neque iustam illam rationem haberet excludendæ coactionis, quod fieri posset vt adita hereditate in alterius commodum ipse oneribus & negotiis hereditariis inuitus mergeretur. Quid enim egebat rescripti beneficio heres, qui suspectam diceret hereditatem? Aut quid aliud fieri poterat per creditores hereditarios, non adeunte herede, nisi vt bona defunctæ venderentur? Quid denique obstare, quominùs ea venditio fieri posset iure communi, & citra rescripti vllius authoritatem? Fuit ergo nouum beneficium necessarium, non heredi, sed fideicommissario, vt fauor qui fideicommissario fieret ad heredis iniuriam non porrigeretur. Numquam enim iustus Imp. fideicommissarij gratia induxisset, vt contra iuris rationem cogi posset ad adeundum heres, à quo hereditas duntaxat non etiam libertas seruo quantumuis pupillo relicta esset, nisi proposito quoque remedio per quod heredis indemnitati abundè prospectum videretur. † Adeò cauere bonus Prin-
12 ceps semper debet, ne quæ vni beneficia & priuilegia concedit, alij cuiquam sint captiosa, vel ad iniuriæ occasionem trahi possint, *l. 2. §. meritò, & §. si quis à Principe. ff. ne quid in loc. publ. l. Paulus notat 8. ff. de præt. stip. l. nam quod. 14. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* vbi scriptum est, si herede repudiante hereditatem quam pupillo restituere rogatus erat bona defuncti venierint, prætorem nec pupillum quidem in integrum restituere debere nisi ex causa, idque etiam à Diuo Pio rescriptum fuisse, nempe quod id fieri non posset citra iniuriam eorum qui res hereditarias publicè ac sub hasta comparassent. † Quo tamen loco vide, vt hoc obiter moneã,
13 ne inepto interpreti potiùs quàm IC. tribuendum sit quod in prima § parte aditum est, *si iustæ causæ allegentur.* Nam is qui repudiauit hereditatem, perinde cogendus est adire postulante fideicommissario, ac si suspectam tantùm dixisset, nec aliam causam à fideicõmissario allegari necesse est quàm quòd suo periculo hereditatem adiri velit, vt & Accur. ad eum locum bene vidit. Ineptum interpretem fefellit quod vulgò iactari solet, non posse heredem adire hereditatem quam repudiauerit, *l. sicut C. de repud. her.* Sed id non pertinet ad hunc casum quo adire cogatur alieno, & lucro & periculo, sicut nec quod æquè vulgare & verum est, non esse quenquam cogendum vt adeat hereditatem sibi delatã, siue lucrosam, siue damnosam *l. 4. ff. ad SC. Trebell. l. nec emere. 16. C. de iur. delib.* Sed hoc obiter, vt præmonui & ferè extra rem dictũ sit. † At si
14 hæc prima interpretatio Accursij verbis Papiniani nõ conuenit, multò minùs iuris rationi. Nec enim vlla in integrum restitutione indiget heres siue pupillus, siue alius, vt non cogatur adire propter eum qui libertas à legatario, sola verò hereditas ab ipso herede relicta sit, quia cùm fideicommissarij status hoc casu pendeat ex legato, nec priùs possit ei hereditas restitui, quàm factus sit liber, non patitur iuris ratio vt heres adstringat se actionibus hereditariis propter legatum, quemadmodum in superioribus disputauimus ex Papiniano in *leg. non est cogendus. 53. iunct. §. vltim. leg. præcedent. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Et verò quandiu heres non adiit, quid obsecro esse potest contra quod possit petere in integrum restitutionem? Vtique enim obligationem aliquam subesse necesse est contra quam restitutio postuletur; *leg. creditorem* *18. Digest. de senatusconsulto Macedoniano, leg. qui contra. 11 Digest. de fideiussor.* Nemo autem dixerit obligatum esse heredem vt adeat, cùm pro se habeat regulam iuris quæ negat cogendum quemquam adire damnosam hereditatem, *leg. nec emere. 16. Cod. de iur. delib.* aut suspectam *l. quia poterat. 4. D. ad SC. Treb.* ne quidem ex Pegasiano, si quid sit quod impediat ne transire possint actiones omnes in cogentem, *dict. leg. non est cogendus, leg. nam quod. 14. §. non omnis. leg. cogi. 16. d. l. non est cogendus. 53. & pass. eod. tit.* Quòd si in herede quolibet hæc verè disputantur, quanto magis in pupillo hactenus saltem vt non sit deterioris condicionis quàm cæteri quibus hac in re ius commune patrocinatur? Quare nec in pupillo tractari hoc casu potest, quod ait Pap non esse iuuandum pupillum extra ordinem si nouum beneficium postulet cum alterius iniuria, quia non postulat nouum beneficium pupillus, qui iure communi patrocinante negat cogendum se adire. Nec cum alterius iniuria, tametsi ex eo futurum sit vt fideicommissũ intercidat, quia non videtur fraudẽ vel iniuriã cõminisci qui fraudẽ & iniuriã excludit, *l. cum pater. 77. §. Titius fratris amep. De legat.* 2. nec cuiquã interdictũ est vt omittat hereditatẽ sibi delatã si sine fraude id faciat, *l. quia autem. 6. §. si patronus in fin. D. si quis omiss. caus. test. l. si postulante. 67. §. 1. D. ad SC. Treb. l. quod autem. 6. §. 1. & §. si seruum. D. quæ in fraud. credit.* Denique constat pupillum vt & alium minorem quemlibet, non aliter in integrum restitui posse beneficio ætatis quàm si læsus probetur, *l. nam postea-quam. 9 § si minor. D. de iureiur. l. verum. 11. §. sciendum. l. quòd si minor. 44. § non semper. D. de minor.* Quænam autem læsio incidere potest in adeunda hereditate priusquam sit adita? Non ignoro minori qui dãnosam hereditatem adiit succurri solere vt possit abstinere, quia hic deceptus est, inquit Vlpian. *in l. aut prætor. 7. §. sed etsi hereditatem.* Sed antequàm adeat, nego posse illum tametsi velit restitui cùm non sit læsus, adeo vt neque testificatio vlla ei necessaria sit etiãsi agatur de paterna hereditate, in qua est ille suus heres ipso iure, *l. 1 & 2 C. si vt min. ab hered. se abstin.* Nimirum quia citra restitutionem habet minor quilibet beneficium abstentionis ex edicto prætoris quandiu se non immiscuit, *l. necessariis. 57. D. acquir. hered.* Sed etsi eum casum tractaremus in quo potuisset olim necessaria esse pupillo in integrũ restitutio ante rescriptum Diui Pij, tamen quid attineret post rescriptum illud quo heredibus omnibus in eiusmodi specie adire coactis succursum esset disputare de restitutione in integrũ, quæ heredi maiori annis vigintiquinque nec necessaria foret, nec vllo ætatis priuilegio concedenda? † Secundus casus 15
quem Accursius cõminiscitur accõmodatior videtur, vt si vnus ex heredibus purè institutus rogatus fuerit de restituenda hereditate pupillo sub condicione, & is spõte adierit non sit locus rescripto Diui Pij, ex qua parte iubet statim restitui hereditatẽ non expectato euentu condicionis, neque in eã rẽ iuuari pupillus debeat beneficio restitutionis in integrũ quando id fieri non posset, citra iniuriam rogati, quẽ cũ sponte adierit hereditatem, æquum non est teneri ad præstandum fideicommissum, cuius condicio vel nondum impleta sit vel iam defecerit. Sed tamen innumera sunt quæ nec hanc interpretationem patiuntur. Nam si ponimus heredem sponte adiisse, quid interest an solus an ex semisse fuerit institutus? Aut quænam dubitãdi ratio esse potuit propter quam vel hoc vel illo casu videtur fauendum pupillo hactenus, vt ei purè restitueretur hereditas quæ non nisi sub condicione relicta esset? Siquidem totum illud ius quod etiam ante re-

scriptum

scriptum Diui Pij obtinuisse suprà diximus, vt heres qui compulsus adiit etsi sub condicione fuerat rogatus, cogatur statim restituere, non ex alia causa proficiscitur, quàm quia non aliter satisfieri possit Senatusconsulto Pegasiano, quod non patitur vt penes eũ qui adire coactus est, aut lucrum aut damnum vllum remaneat ex hereditate: Deinde quonam, obsecro, colore posset hoc casu pupillus implorare in integrum restitutionem? cum nihil ipse fecerit, nec in vlla re læsus sit? Aut contra quem, vel contra quid? Siquidem nec aliud quicquam ab herede grauato factum ponimus, nisi quod sponte adiit hereditatem. Omnis autem restitutio, siue ex capite minoris ætatis siue ex alia qualibet edicti parte competat, non ad aliud dari non potest, quàm vt vel fiat quod factum non est, vel quod factum fuit rescindatur. An ergo in hoc læsus intelligetur, quod heres sponte adierit hereditatem, quam si coactus adiisset, fideicommissum vtique pupillo repræsentare non expectato condicionis euentu debuisset? At quis vnquam audiit cogendum quẽ fideicommissarij gratia, & vt plenior sit fideicõmissi restitutio adire coactum, tametsi sponte adire malit? An verò facit dolo, pupillúmve lædit heres qui sponte adit hereditatem, in eoque & suo & cõmuni ac perpetuo iure vtitur? *l. si dauo um 41. D. de act. empt.* Et è contrario an læditur pupillus qui similiter iure cõmuni vtitur, & hereditatem fideicommissariam sibi sub condicione debitam non recipit ante impletam condicionem? *l. vlt. C. de integr. restit. minor. d. l. facta 63. §. si sub condicione. D ad SC. Treb. l. inter eos 51. §. cùm inter. D. de fideiuss. l. nihil consensui 116. §. non capitur. de regul. iur.* Denique cum restitutio in integrum quælibet, vel erroris proprij veniæ petitionem, vel aduersarij circumuentionis allegationem contineat, vt Hermogenianus loquitur in *leg. praefecti 17. D. de minor.* quid est quod se, vel de herede conqueri possit pupillus fideicommissarius, cùm heres sponte adiit hereditatem, eámque non prius ex fideicommisso restituere vult,
16 quàm impleta sit cõdicio sub qua fuit rogatus? † Tertium casum fingit Accursius de pupillo qui fuerit institutus purè, & rogatus sub condicione, quem negat audiendum esse iuuandúmque rescripto Diui Pij, si post aditam sponte hereditatem, & defuncto ante condicionis euentum fideicommissario nolit ille teneri creditoribus hereditariis. Neque enim sine iniuria creditorum id ei posset indulgeri. Subinde tamen fatetur Accursius, quod & verum est, Posse hoc casu pupillum iuuari per in integrum restitutionem, si dãnosam adierit hereditatem ex *tit. Cod. si vt ab hered. se abstineat.* Sed expositio hæc omnium ineptissima est & à Papiniani sensu alienissima. Quid.n. hoc casu refert, an ex asse, an ex parte duntaxat fuisset pupillus institutus? Aut quid attinet tractare de rescripto Diui Pij, si pupillus sponte adierit? Cùm rescriptũ illud nõ aliud induxerit, nisi vt in sua specie cogi heres posset ad adeundum, quia alioquin cogi non poterat. Itẽ vt adire coactus indemnis omnimodo seruaretur, etiãsi fideicõmissarius ante decederet, quam ei restitui hereditas posset. Denique si verum est quod Accursius in aliis expositionibus scripsit, iuuari tunc pupillum extra ordinem cùm in integrum restituitur, an potest Papiniano conuenire interpretatio quæ det in integrum restitutionem pupillo, quem Papin. tam apertis verbis negat extra ordinem iuuandum esse? Aut quid effectu ipso interest, an pupillus per in integrũ restitutionẽ, an per Diui Pij cõstitutionẽ adiuuetur? † Er-
17 ror Accursij & cæterorũ interpretum in eo fuit quod existimarunt mutari casum, vt loquuntur in illis verbis, *neq. pupillum extra ordinem iuuandum*, quasi in præcedentibus nihildum tractatum esset de pupillo: non animaduertens imò verò cõstitutionẽ illam Diui Pij, de qua in *§. vlt. l. praeced.* pertinere ad eam speciem in qua hereditas per fideicommissum pupillæ relicta esset. Quod facilè obseruare poterant, non ex eo solùm quod inter cætera quæ rescripto continentur, illud vnum est, de tutore dando fideicommissariæ quo tutore posset ei restitui hereditas, Sed ex illo etiam quod fideicommissum sub ea condicione relictum proponebatur *cum ipsa nubilem ætatem compleuisset.* † Faten- 18
dúmque certè est ius illud tam nouum, & vt ita dicã exorbitans quod ex rescripto inductum fuit, nisi potissimùm fauore pupillaris ætatis, vt in superioribus à nobis dictum est, & hic Papiniani locus mirificè confirmat. † Itaque non alius quærendus erat casus de 19
quo Papin. intelligi deberet, quàm is ipse de quo rescriptum loquebatur, cuius potestatem cessare æquũ fuit, eo casu quo fauor pupilli vrgeret in dispendium alterius, non fideicõmissarij vel heredis vel creditorũ, vt in tribus illis casibus Accursij, sed cuheredis cùm fideicommissum ab eo relictum fuit, qui non nisi ex parte institutus erat, vt explicauimus. Ex quo apparet manifestiùs, quàm verum sit quod toties diximus, rescriptum hoc Diui Pij, sicut specialissimam habet rationem, ita suis finibus coercendum, nec ad aliã vllam speciem protrahendum. Æquè verò ridiculus est Accurs. cùm tantoperè laborat, an sequens *l. ille à quo*, cõiungenda sit cum hac *l. an eum §. vlt. l. apud Iulianum.* quorum neutrum sanè dici potest. Habet enim separatam sententiam, & cum iis potiùs coniungendam, quæ idem Vlp. eod. lib. 4. fideicommissorum tractauit in *l. 4. 6. & 9. eod. tit.* secundùm ea quæ hac de re scripsimus in præcedentibus.

CAPVT X.

Emendatio & explicatio §. si heres. l. cogi 16. D. eod. tit. ad SC. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Huius loci obscuritas.*
2 *Accursij interpretatio ad verba illa* vel legatarius, *reijcitur.*
3 *Differentia ab eodem constituta inter speciem huius §. & speciem* l. non est cogendus ff. ad SC. Trebell. *remouetur.*
4 *Fieri in* d. *§. non posse vt si vnus heres scriptus fuerit; eum Stichus ad adeundum cogere possit.*
5 *Ponendum esse in specie* d. §. si ego, *coheredem datum fuisse qui pro sua portione hereditatem adierit.*
6 *Dictionem* legatarius, *è verbis illis* vel alius legatarius, *delendam esse.*
7 *Quid Accursio in horum verborum interpretatione errandi transfactionem præbuerit?*
8 *Etiam verbis illis emendatis dubitationem in* d. §. *superesse cur Sticho permittatur vt me adire & restituere cogat.*
9 *Accursij solutio ad hanc dubitationem examinatur.*
10 *Verba illa eiusdem* §. Stichus cogere me possit *&c. cum interrogationis nota legenda esse.*
11 *Paragraphum vltimum* d. l. *cogi ad decisionem quæstionis in* §. si ego, *immediate præcedente propositæ pertinere.*
12 *Eam decisionem à Triboniano non ab Vlpiano relatam fuisse.*
13 *Ex primis* §. vlt. *verbis probatur in specie* d. §. si ego, *duos heredes scriptos fuisse.*

14 *Rescriptum Diui Pij in* d. §. vlt. *relatum quid dissimile habeat a specie* d §. si ego.
15 *Vlpiani sententiam in* d. §. si ego, *hanc procul dubio fuisse, vt Stichus heredem scriptum ad aditionem compellere non possit.*
16 *Tribonianum in vicem sententiæ Vlpiani, rescriptum illud D. Pij fauore libertatis supposuisse.*
17 *Tentatur totum illum* §. si ego, *Triboniani esse.*
18 *Interpretes a verbis illis* talis autem casus, *nouum* §. *vt plerisque alijs in locis inchoasse.*
19 *Nouus error inde ortus.*

1 Est † etiam locus hic perobscurus, & dignus cuius
nouam & emendationem & interpretationẽ hoc
loco subiiciamus, quia pendet ex superioribus. Vlpiani verba hæc sunt, *si ego heres institutus, & rogatus sim
Stichum manumittere, vel alius legatarius, fidei autem
mea commissum sit, vt Titio hereditatem restituam, deinde
fideicommissu vt Sticho eandem redderes, Stichus cogere
me possit adire & restituere hereditatem.* † Hic illud pri-
2 mùm explicari non potest quod ait lex, *vel alius legatarius.* Nam si sic intelligas, quomodo Accursius intel-
ligit, & verba ipsa fuerunt, vt Stichus hic legatus sit
alicui, à quo fideicommissaria libertas idẽ Sticho relicta sit, apertè falsum est, quod Vlpiano placet, posse
me Sticho postulante cogi ad adeundã, & restituendam hereditatẽ. Repugnat enim Papinianus in *l. non
est cogendus* 53. *eo* 11. *ad SC. Trebel.* vbi generaliter scribit non esse cogendum heredem, vt adeat postulante
seruo cui libertas à legatario, hereditas autem fideicommissaria ab herede sola relicta sit. Repugnat etiã
ratio iuris, qua ibidẽ Papinianus mouetur, quòd hoc
casu status hominis ex legato pendeat, nemo autem
cogendus sit se adstringere actionibus hereditariis
propter legatum, metu scilicet periculi quod subest
ne moram faciente legatario in præstanda libertate,
& inter moras defuncto fideicommissario priusquàm
potuerit hereditas ei restitui, necesse sit heredem periclitari, mergique oneribus hereditatis quam adiisse
reperiatur. Excepto vno illo casu singulari de quo
proximè tam multa scripsimus ex Diui Pij constitutione relata in §. *vlt. l. apud Iulianum* 11. *eo. t.* † Accur-
3 sius noster, cuius præcipuè cõditionem deploro, quoties virum bonum in istos Triboniani laqueos incidere video, vt hinc se expediat, ponit eam ab Vlpiano
speciem tractari, in qua solus ego sim heres institutus.
Apud Papinianum verò eam in qua habuerim coheredem, qui & sponte adierit, & nullo fideicommisso
fuerit oneratus. Hanc diuersitatis rationem adserens,
quòd priore casu futurum sit vt & libertatis legatum,
& hereditatis fideicõmissum intercidat, si non cogat
adire, cùm alius nullus sit, per cuius aditionem testamentum confirmari possit, nec consequenter legata
& fideicõmissa testamento contenta. Posteriore verò
casu contrà eueniat, vt adeunte meo coherede legati
confirmetur, & per cõsequentias fideicommissum libertatis à legatario præstandæ, vt proinde nil sit necesse cogi me adire, vt hereditas quoque Sticho præstari ex fideicommisso possit. Hunc enim Accursij sensum fuisse puto: Etsi non bene percipio quid ille sibi
velit, cũ tractans de posteriore casu scribit in hæc verba, *& sic intelligitur supr. eod. l. apud* §. *Antistia.* Quasi
verò in specie rescripti Diui Pij de quo in *d.* §. *Antistia*, ponendum sit duos fuisse institutos heredes. Cùm
tamen è contrario idem Imp. rescripserit non esse cõ-
stitutioni suæ locum, si duo heredes instituti proponantur, vt Papinianus monet in *l. sed eum ab herede* 12.
eod. & nos docuimus cap. præced. Nisi malimus pro
tuendo Accursio ea verba referre ad priorem casum,
hoc sensu vt tam in *d.* §. *Antistia*, quàm in hoc §. *si ego.* Vlpianus eum casum tractet, quo solus ego fuerim
heres institutus. Sed tamen non ideò assequi possimus, vt rectè ille aut hunc aut illum locum interpretatus esse videatur. † Tantùm enim abest, vt si solus heres 4
scriptus fuerim, possit me Stichus cogere ad adeundũ, vt contrà vel hoc maximè casu procedat quod Papin. scribit in *d. l. non est cogendus*, me non esse cogendum, licèt me non adeunte futurum sit vt & legatum
libertatis & fideicommissum hereditatis corruat. Nã
cùm habeo coheredem à quo libertas relicta sit, quáque sponte adierit, dubitandum non est, quin Stichus
libertatem ab eo nactus possit me cogere, vt adeã
& restituam hereditatem, quippe cuius ipse iam sit
capax, & quam tamen nõ aliter ex fideicommisso habere queat, quàm si hereditatem adeam ego quoque
pro mea parte. Siquidem me repudiante, aut quod idem est, suspectam dicente, futurum esset, vt quamuis
portio mea coheredi adcresceret, nihilominùs tamen
fideicõmissum hereditatis intercideret, vtpote quod
à me solo relictum esset, non etiam à coherede, qui
non fuisset rogatos, saltem inspecto iure vetere quod
ante Diui Seueri rescriptum obtinebat, cuius fit mẽtio in §. *Iulianus l. si Titio & Maeuio* 61. *de legat.* 2. & in
l. licet Imperator 74. *de legat.* 1. *l. cum suillam* 4. *C. ad SC.
Treb.* ne dicam, ante Iustiniani constitutionem in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* De quo dicemus infrà cap. Idq;
non tam inductum quàm significatum est rescripto
illo Diui Pij quod refertur in §. sequenti huius legis,
& de quo etiam mox tractabimus. † Ergo cùm in § *si
ego* quem nunc habemus in manibus, placet Vlpiano 5
posse me cogi postulante Sticho vt adeam, eique restituam hereditatem, licèt ab alio non à me libertatẽ
acceperit, necessariò ponendum est, fuisse mihi datum
coheredem, qui spõte adierit pro sua portione, adeóque qui libertatẽ subinde præstiterit, siue sua etiam
sponte, siue officio iudicis, siue interposito decreto,
quod in eam rem contra latitantẽ heredem interponi posse ait, *l. si seruus fuisset* 1. *C. de fideic. libert.* Alioqui
tametsi plures heredes instituti proponerentur, si tamen neuter adire vellet: nullæ partes prætoris essent
in alterutro cogendo, quia neque propter legatũ etiã
libertatis adire quisquam compellitur, neque propter
hereditatem restituendam qui nondum sit liber. Essétque expectandum, vt idem esse inciperet debitor
& libertatis & hereditatis, vt subtiliter Papin. disputat in *l. si res* 52. §. 1. *ad SC. Treb.* iunct. *l. si patrem* 55. §.
qui fideicommissum. vers. *nec ad rem pertinet eod.* † Itaque
non dubito quin apud Vlpianum in illis verbis, *vel a- 6
lius legatarius*, delenda sit dictio *legatarius*, tanquam
quæ in textum irrepserit ex glossa imperiti alicuius
interpretis, quæ præcedentem dictionem *alius* referre
debuerat ad coheredem non ad legatarium. Etsi non
ignoro, nec aliter grauari posse coheredem vt manumittat seruũ hereditariũ, in quo non nisi partem habeat iure hereditario quàm si primùm ei seruus legetur. Vt proinde meum hunc coheredem à quo ponimus relictã esse libertatem, eundẽ quoque legatariũ
esse necesse sit, vt & in ea specie quæ statim sequitur.
Nam seruo legato vni ex heredibus, data erat ab eo libertas per fideicõmissum & ab altero hereditas, vt
lex ait. Sed non ideò fit, vt alium illum Vlp. dicere debuerit, legatarium antè quàm coheredem, quia nec
quicquam vetat legari seruũ alteri quàm vni ex heredibus, eúmque legatarium, quamuis extraneus sit rogari vt seruum manumittat, quemadmodũ & in specie *d. l. non est cogendus.* † Inde que Accursio errandi

occasio

occasio nata est & scribendi, quod iam diximus, eam ab Vlpiano speciem tractari, in qua solus ego sim heres institutus. Cùm tamen sublata dictione illa, *legatarius*, dubitare non debuisset, quin alius ille coheres potiùs quàm nudus legatarius intelligendus esset. Hoc verò expurgato mendo, adhuc superest quod sententiam §. aut difficilem aut suspectam facere possit, etiamsi ponas quod & in dubio præsumendum est, coheredem illum meum sponte adisse hereditatem
8 pro sua parte. † Illa namque dubitandi ratio occurrebat, ne videretur permittendum Sticho vt me cogeret adire & restituere, quod non eram rogatus ego vt ipsi hereditatem restituerem, sed vt Titio, quamuis Titij quoque fideicommissum esset vt eandem Sticho redderet. Sed non videtur ea ratio obstare nequaquam possit me Stichus cogere recta via, vt circuitus vitetur, & celeritate coniungendarum actionum, quæ sæpe fit, actio vna occultetur, vt idem Vlp.
9 loquitur in *l. 3. § pen. de donat. int. vir. & vxor.* † In eámque rem adfert Accursius, quod Papin. scribit in *d. l. si patroni 55. § qui fideicommissum*, vers. *quod si prior ad SC. Treb.* Secundum quoque fideicõmissarium recta via posse postulare vt heres adeat, sibique restituat hereditatem. Verùm obseruandum est Papinianum ita respondisse casu illo, quo prior fideicommissarius recusauerit hereditatem suscipere ex fideicommisso. Sic enim scribit, *quod si prior recusauerit*, ita innuens priore fideicommissario non recusante, non esse permittendum secundo vt recta via cogat heredem. Cur non enim eum ordinem seruari oporteat quem testator præscripsit, cùm seruari commodè potest? Aut cur tam facilè inducamus, vt cogatur heres adire postulante eo cui nihil ipse debeat, aut hereditatem ei restituere cui non fuerit rogatus? *arg. l. si alienus 62. de legat. 2. l. quidam cum filiusfamilias 46. ff de hered. inst.* Quò etiã pertinere videtur quod in eo § idem Papin. paulò antè scripserat, si apud priorem fideicommissarium nulla hereditatis portio remansura sit, putà, si vel confestim, vel post tẽpus cùm fructibus reddere iussus sit, non esse cogendum heredem institutum adire solo priore fideicommissario postulante, sed vtriusque fideicommissarij volũtatem in herede cogendo necessariam esse. Multò igitur magis erit necessaria priori voluntas, si posterior solus heredem recta via cogere velit ad adeundum quãdiu saltem prior fideicõmissarius non recusauit. Ideóque putem postulante secundo cogi debere priorem, non vt fideicommissum petat, sed vt interrogatus respondeat apud prætorem, aut iudicem, qui de fideicõmisso cognoscere potest an fideicommissum suscipere velit, an recusare. Quod cùm ita sit, non facilè meo iudicio defendi ex iuris ratione potest, quod in hoc §. scriptum est, permittendum Sticho, vt quamuis non à me, sed à Titio fideicommissum hereditatis ei relictum sit, me tamen recta via cogere possit ad aditionem & restitutionem, nisi ponas, quod ex verbis §. colligi nullo modo potest, fideicommissum à Titio recusatum fuisse. At neque facilè persuaderi possum, vt existimem sic Vlpianum scripsisse. *Stichus cogere me possit adire & restituere.* Scripsisset enim potiùs, *posset*, aut *poterit*, non *possit*, quòd cùm sit verbum subiunctiui temporis, nihil tamen hic habet aut expressum aut subintellectum cui subiunctum videatur. † Quare, vt quod sentio, tan-
10 dem aperiam, probabiliùs arbitror, interrogantis & quærentis esse verba illa, non respondentis: ob ídque interrogationis notam quæ deest restitui debere, vt sic legamus, *an Stichus cogere me possit adire & restituere?* At, inquies, ita fiet, vt ad propositam interrogatio-
nem nulla sequatur responsio. † Hæc me ratio nimi- 11
rum cogit, vt quæ sequũtur, quasi distinctuum & vltimum huius legis §. efficiant, ad hunc §. existimem pertinere: ac quod magis est, à Triboniano nostrò subiecta fuisse non ab Vlpiano, vt more suo abuteretur alio rescripto Diui Pij ad propositam quæstionem decidendam, tanquam quæ sit de casu simili quantumlibet dissimilis reuera sit, vt probauimus in præcedentibus ab eo factum esse in specie *leg. apud Iulianum 11. § vtrum autem & l. mulier quæ duobus 22. in prin. ead. tit. l. sed etsi 25 §. quod autem. ff. de petit. hered.* aliisq; innumeris iuris locis. † Eodem enim prorsus modo
videtur mihi ad propositam quæstionem respondisse 12
his verbis, *Talis quoque casus a Diuo Pio terminatus est.* Id est, non hic ipse casus de quo nunc propositum quæstionem, sed alius non dissimilis, ex quo sumi possit argumentum, quid in proposito dicendum esse videatur. Et sanè vix est vt eo verbo *terminatus est* parũ meo iudicio, eleganti vsurus fuerit Vlpianus pro eo quod Tribonianus dicere voluit *decisus & definitus*. Sed videamus quisnam & qualis casus ille sit, vt sciamus an sit talis.
† Verba legis aut potiùs Triboniani 13
hæc sunt, *Nam seruo vni ex heredibus legato, per fideicommissum erat ab eo libertas data & ab altero hereditas.* Duo igitur erant scripti heredes, quod notari voluimus, vt nemo dubitare possit quin verum sit quod diximus, in hac quoque specie quam nos tractamus, ponendum esse datum mihi coheredem, cui legatus fuerit seruus ab eo ipso manumittendus.
† Sequitur, *Di-* 14
uus enim Pius rescripsit Cassio Dextro in hæc verba. Hermias si Moscho Theodoto ex parte herede instituto a Pãphilo testatore legatus est, eumque Theodotus postquam adijt hereditatem priusquam a coherede eiusdem Pamphili adiretur hereditas ad iustam libertatem perduxit, & ob hoc in eum casum res perducta est, vt is qui legauit antestatus esse non possit, Hermia postulante id, Euarestatus compellendus est eius periculo adire, & ex causa fideicommissi hereditatem restituere. In hac verò specie quanquam cætera omnia videntur similia, illud tamen dissimile est, quod Euarestatus rogatus erat vt Hermiæ ipsi facto libero restitueret hereditatem, non interposita alterius vllius persona per quam deberet hereditas ab Euarostato ad Hermiam peruenire. Itaque cessat hîc ratio illa propter quam nos in casu proposito negamus, permittendum esse Sticho, vt me recta via cogat adire & restituere, quia nimirum non fui rogatus vt ei restituerem, sed vt Titio, à quo proinde cogi debeo, siue solo siue adiuncta Stichi persona, saltem quan-
diu Titius ipse fideicommissum nõ recusauit. † Et sa- 15
nè si quid Vlpiani est in *d. § si ego*, id est, si non à Triboniano ipsa quoque quęstio proposita est, sed ab Vlpiano, (de quo tamen dubito) mihi probabilissimum fit, Vlpianum in ea fuisse sententia, vt negauerit indulgẽdum Sticho, vt me compellere possit ad aditionem, non magis quàm si non hereditarius seruus fuisset, sed meus, quamuis extra hunc casum intersit maximè an seruus meus sit, an hereditarius. *§. sed si seruo*
suo has ead. leg. † Sed cùm non placeret ea sententia 16
Triboniano, qui alia tam multa cõtra iuris rationem pro seruis induxit, solo prætextu fauoris, qui libertatibus debetũr, sublatum deletúmq; ab eo fuisse respõsum Vlpiani, & in eius vicem suppositum rescriptum illud Diui Pij, vt ex eo capta occasione magis, quàm iure pro Sticho respondendum videretur, quomodo & in *l. duobus 30. ff de liber. caus.* Tribonianus adiecit de suo totum illum vers. Commodius autem est, & contra expressam Vlpiani sententiam iis verbis testatam, *& ego sum*, quæ Tribonianus delere debuerat, si

cautiùs rem agere didiſſet. Et rurſum in *l. ſtatuliberum 9 in fi. ff. de ſtatulib.* cùm Vlp. apertè ſcripſiſſet, libertatis ſpem in ea ſpecie infringi, Tribonianus de ſuo etiam ſubiecit, *ſed adita poſteà hereditate ſpes libertatis*
17 *fauore ſui redintegrabitur.* † Vt autem totum hunc §. Triboniani eſſe coniiciam, facit verborum inelegans contextus. Scripſiſſet enim Vlpianus, *ſi ego heres inſtitutus ſim & rogatus*, aut, *ſi ego heres inſtitutus rogatus ſim*, non quomodo ſcriptum eſt, *ſi ego heres inſtitutus & rogatus ſim*. In ſequentibus verò, *vel alius legatarius*, ſi poſtremam dictionem hanc inuitis nobis retinere velis, (parum námque mea refert an imperito intepreti, an Triboniano tribuatur, dum ne Vlpiano) ſcribendum erat & apertiùs & elegantiùs, *vel coheres idem'q́; legatarius*. Idem quod ſequitur, *deinde Titij fidei commiſit*, conſtrui non poteſt, niſi ſuppleas *teſtator*, quod tamen ſatis durum fuerit, cùm præcedentia illa, *fides autem mea commiſſum ſit vt Titio hereditatem reſtituam*, impersonaliter prolata ſint, vt grammatici loquūtur, non ad perſonam teſtatoris relata. Taceo quod iam dixi de ſubiunctiuo *poſſit*, duriuſculè quoque poſito pro *poteſt* vel *poterit*, & quod etiam monui de dictione *terminatus*, parum in hoc ſenſu prudentibus noſtris familiari. Hoc vnum addo, ſi à caſu Vlpiani tranſeundū erat ad caſum reſcripti Diui Pij, potuiſſe ita ſcribi commodiùs, *Nam cùm ſeruo vni ex heredibus legato, per fideicommiſſum eſſet ab eo libertas data, & ab altero hereditas, Diuus [illegible] reſcripſit, &c.* non repetita dictione illa, *etenim*, quæ nec niſi inconcinnè, ne dicam impiè ſeparare debuit dictiones illas, *Diuus Pius*, à prudentibus noſtris ſemper coniunctas nec alio vllo, quod
18 meminerim, iuſtis loco diſcretas. † Facilè autem decipi potuerunt interpretes, vt ab illis verbis, *Talis quoq; caſus*, nouum §. inchoari putauerint, ſicut & paſſim ab iis citari video, *§. Braſidas, l. mulier 22. & §. Arteſius, l. apud Iulianum 1. eod. tit.* quaſi §§. ſeparatos, cùm tamen vnico contextu legendi ſint cum præcedentibus. Sed & aliis pleriſque locis videas ex vulgari corruptáque lectione factum eſſe, vt initium §. ſequentis ſumatur ex poſtremis verbis §. antecedentis, vt in *l. Gallus 29. §. et ſi [illegible] de lib. & poſth. §. ſecundum vulgarem. l. filiusfamilias 114. de legat. 1. l. pater 38. §. Tuſculanus de legat. 3.* & aliis pleriſque qui inter legendum paſſim occurrunt iis qui cum vulgati lectione conſe-
19 runt Florentinum. † Ex eo autem errore illud etiam factum eſt, vt qui ex interpretibus priores exiſtimarūt nouum eſſe §. in illis verbis, *Talis quoque caſus*, ſuſtulerint notam illam interrogationis & quæſtionis quam nos reponimus in illis verbis, *an Stichus cogere me poſſit adire & reſtituere*, ne nihil ad quæſtionem reſponſum crederetur, atque ita manſit dictio *poſſit* pro *poteſt*, aut *poterit*. Suauis verò eſt Tribonianus, cùm ita ſcribit, *Talis quoque caſus à Diuo Pio terminatus eſt*, quaſi in iis quæ proximè præcedebant aliquod reſcriptum aliud Diui Pij relatum fuiſſet. Quod tamē nullum reperias, in iis ſaltem legibus quæ deſumpta ſunt ex Vlpiani lib. 4. fideicommiſſorum ab eo de quo in *§. vlt. dict. l. apud Iulianum*. Adeò meminerat Tribonianus illius reſcripti, quod ſub eiuſdem Vlpiani nomine, ac tanquam ex eius libris deſumptum nobis ſubiecerat.

CAPVT XI.

Duo Tribonianiſmi ad Paulum l. qui ita 66. §. 1. & § vlt. eod. tit.

SVMMARIA.

1 *Nihil intereſſe an nobis, an alteri ex voluntate noſtra fideicommiſſaria hereditas reſtituatur.*
2 *Verba illa* ſed dicendum eſt, *vſque ad finem* d. §. 1. *Triboniani, non Pauli eſſe.*
3 *Pauli quæſtionem in* d. §. *hanc eſſe an abſentis procuratori hereditas reſtitui poſſit quam heres ſponte adijt.*
4 *Multò difficilius eſſe vt heres à procuratore abſentis ad aditionem quam ad reſtitutionem hereditatis cogi poſſit, quum de mandantis voluntate dubitatur.*
5 *Nullo vel minimo damno heredem affici qui fideicommiſſariam hereditatem falſo procuratori abſentis reſtituit.*
6 *Multò maius periculum in hereditatis aditione eſſe.*
7 *Suprascriptam Triboniani notam in* d. §. 1. *non quaſi falſam ſed quaſi ad Pauli reſponſum parum accommodatam reprehendit autor, & Triboniani eſſe probat.*
8 *Varios Tribonianiſmos à celeberrimis & perſpicaciſſimis ICtis hactenus obſeruatos non fuiſſe.*
9 *Totum* §. vlt. d. l. qui ita. *Triboniani eſſe.*
10 *Ineptam eſſe eius §. quæſtionem.*
11 *Distinctio ad quæſtionem adhibita reijcitur.*
12 *Ratio quæ Tribonianum mouit vt eam quæſtionem & diſtinctionem interſereret.*
13 *Fideicommiſſarium qui heredem compulit vt alio loco quam quo teſtator voluerat, hereditatem reſtitueret, in eo quoque loco conueniri poſſe.*
14 *Eam rem heredi qui compulſus adijt nocere non debere.*
15 *Fideicommiſſarium cui heres qui ſponte adijt hereditatem reſtituit ibi non eſſe conueniendum vbi heredem conueniri oporteret ſi hereditatem non reſtituiſſet.*
16 *Verba illa* d. §. vlt. conueniri & defendi *non bene à Triboniano coniuncta fuiſſe.*
17 *Examinatur Triboniani reſponſio ad propoſitam quæſtionem.*
18 *Fideicommiſſarium perſonali actione ibi conueniri non poſſe vbi res hereditariæ ſitæ ſunt, niſi defunctus ibi domicilium habuerit.*
19 *Aliam eſſe quæſtionem vbi de fideicommiſſo fideicommiſſarium agere oporteat, aliam vbi fideicommiſſarius à creditoribus hereditarijs conueniendus ſit.*
20 *Concluſio Triboniani in* d. §. vlt. *refellitur.*

ATtigimus † aliquid de huius loci ſententia in ſu- 1
perioribus, cùm tractauimus de fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutione abſentis procuratori facienda ſed nondum planè diximus quid de eo nobis videretur. Etiam abſentis procuratori, inquit Paulus, ſi id deſideret poſſe reſtitui hereditatem ex hoc ſenatuſconſulto Iulianus ſcripſit. Si tamen caueat de rato, ſi non euidens abſentis voluntas eſſet. Neque id dubitationem habet, ſiquidem nihil prorſus intereſt, an nobis, an alteri ex voluntate noſtra reſtituatur hereditas, ſicut nec an paterfamilias ſit is cui noſtro nomine teſtituitur, an in aliena poteſtate, mulier an maſculus, liber an ſeruus, quia perinde eſt acſi nobis reſtitueretur, ſiue mandatum præcedat, ſiue ratihabitio ſequatur, quæ mandato comparari poſſit, *leg. quamuis 40 §. vlt. cum duab. ſeqq. ff. hoc tit. ad SC. Treb.* † Sequi-
tur apud Paulum. *ſed dicendum eſt vt heres qui ſuſpectam* 2
dicat non ſit compellendus adire ſi incertum ſit an mandauerit, quamuis ei caueatur propter fragilitatem cautionis. Quod ſi ſponte adierit hereditatem, non magna captio eſt, ſed actiones ſi non mandauit, tranſibunt eo tempore quo ratum habuerit. Hæc verò omnia dico ego Triboniani eſſe non Pauli: † non enim de illo Paulus tractabat,
An poſtulante fideicōmiſſarij procuratore, cogendus 3
eſſet heres adire, Sed an procuratori hereditas reſtitui poſſet,

possset, nimirum quam heres sponte adisset. Prius enim vt sit adita necesse est, quàm vt de ipsius restitutione quæri possit. Planéque similis hic error est ei quem nos cap. septimo suprà obseruauimus in *d. l. apud Iulianum* 11. §. *vtrum autem eod. tit.* vbi ad propositã sub Vlpiani nomine quæstionem hanc ipsam, vtrum præsenti tantùm fideicommissario restitui possit hereditas, an & absenti, procuratore ipsius adeunte prætorem : similiter respondetur, absente quoque fideicommissario cogi posse heredem scriptũ adire.
4 † Quis verò nescit multò difficilius esse, vt cogi possit heres ad aditionem hereditatis quàm ad restitutionem? non equidem casu illo, quo certa sit & euidens voluntas fideicommissarij qui procuratorem specialiter constituerit ad hoc ipsum vt heres adire compellatur (nihil enim prorsus refert an cogat ipse per se an per procuratorem) sed si vel minùs idoneum vel paulò obscurius mãdatum proferatur, vt mandantis voluntate dubitari vel tantillum possit. Subest enim longè maius periculum in adeunda hereditate, quam in restituenda, ne scilicet suo periculo eam adeat, qui non nisi alieno adire velit. Nam si post aditionem appareret falsum fuisse procuratorem, aut minùs sufficiens mandatum habuisse, sicuti non posset dici obligatum esse ex eius facto fideicommissarium, vt inuitus hereditatem ex fideicommisso suscipere cogeretur. Ita euenire necesse esset, vt heres per aditionem quamuis coactam factus heres, maneret obstrictus actionibus omnibus hereditariis, nõn aliter quàm si vltro & spõ-
5 te adisset. † Cùm tamen si non nisi de restitutione absenti facta quæreretur, nullum aut perexiguum damnum heres sentiret. Cui nõ in alio noceret, quod procurator verus aut satis idoneus non fuisset, nisi quod ea ratione impedita esset actionum translatio, quæ alioqui per restitutionem accedente senatusconsulti autoritate secuta fuisset. Quid vero incommodi ei est, vt actiones omnes hereditarias penes se retineat, qui heres esse vltro voluit? quod si qua in re cõmodius ei foret hereditatem restituere quàm retinere, posset eius indemnitati & desiderio satisfieri præstita cautione de rato cuius exigendæ præstandæque verè hic casus est, quoties de mandati iure ac viribus dubitatur. *l. 1. C. de procurat. l. de pupillo* 5 §. *qui procuratorio. D. de oper. noui nunciat. l.* 3 §. *si procurator. D. vt in poss. legat.* Sed quia fragile est remedium cautionis, cũ eueniat persæpe vt fideiussores initio locupletissimi, postmodum ad egestatem delabantur, *l. si ab arbitrio* 10. §. 1. *D. qui satisd. cog. l. planè si noua* 4. *D. vt in poss. leg.*
6 † Periculum vero quod quis subit in adeunda hereditate, in qua fortasse multum lateat æris alieni perpetuum est, quia qui semel heres est, perpetuo heres manet, merito placuit oblatam cautionem de rato, non posse sufficere, vt inuitus heres cogatur, adire, nisi per restitutionem exonerari statim possit, nec si præter cautionem de rato indemnitatis quoque satisdatio offeratur, *l. nam quod* 14. § *nõ omnis. D. ad SC. Treb. l. cogi* 16. §. *idem quærit eod.* vbi scriptum est, non oportere sub incerto cautionis committere se aditioni hereditatis. Sufficere tamen vt postquam sponte adiit, restituere compellatur.
7 † Itaque suprascriptam Triboniani notam reprehendimus non quasi falsam, sed tanquam parum ad Paulum accommodatam, & de iure tam aperto vt eam addere nil fuerit necesse. Certè Tribonianni eam esse verba ipsa demonstrant. Quid enim attinebat ita scribere, *sed dicendum est*, si neque imperfecta, neque reprehendenda erat Pauli sententia prioribus § verbis expressa? Quid rursus addere, *vt heres qui suspectam dicat non sit cogendus adire*, si de eo herede qui suspectam diceret, neque Paulus tractauerat, neque vnquam quispiam dubitauerat? At cur non potiùs ita scripsit Tribonianus, quomodo Paulus proculdubio scripsisset, *sed dicendum est heredem qui suspectam dicat, non esse compellendum adire.* Deinde, quæ sequuntur, *si incertum sit animaduertis*, quæ ad fideicommissarium vtique referenda sunt, quis nõ videt, inspecto nudo verborum contextu referri potiùs debere ad heredem qui suspectam dicat, de quo sunt ea quæ proximè præcedunt? At si ne quid licèt supplere velis, quod exprimi debuit, & ita scribere *si incertum sit an fideicommissarius mandauerit*, nihilo melius feceris. Sic enim assequeris vt eadem constructionis ratione sequentia illa *quamuis ei caueatur* referenda sint ad fideicommissarium: quæ tamen relata sunt; omninóque referri debent ad heredem: de quo & illa sunt quæ subiiciuntur, *Quod si sponte adierit hereditatem.* Sed & æquè intricatus est versiculus ille vltimus *sed actiones si non mandauit transibunt eo tempore quo ratum habuerit.* Totus enim referendus est non ad heredem de quo sunt proximè præcedentia, sed ad fideicommissarium. † Quàm verò à prudentum elegantia 8
Tribonianeus hic loquendi mos alienus sit, scient omnes qui in libris nostris diligentiùs & attentius versati sunt. Nec satis mirari possum eruditiorum & acutiorum interpretum quos hæc nostra ætas tam multos tulit, sedulam, perspicacem, tamque accuratam industriam in tot Tribonianismis quos in hunc vsque diem obseruauimus discernendis nihil omnino vidisse. Sed minùs succenserem Triboniano si nihil nisi suas illas quasi Cæsareas distinctiones, & constitutiones sub prudentum autoritate insinuasset, si modò à iuris ratione minùs abhorrerent: quanquam dici non potest quot & quantis difficultatibus ea res miseram nostram iurisprudentiam onerarit, dum assiduè laborandum nobis est, vt vel quæ Tribonianus in Iureconsultorum libris corrupit quasi sic ab ipsis tradita ad veram iuris regulam accommodemus, vel, quod multò periculosius est, ipsam quoque iuris veteris rationem ex iis constituamus. Sed illud omnino intolerabile est, vt sub Pauli vel alterius Iurisconsulti nomine sententias & distinctiones Tribonianeas apertè falsas & iniquas obtrudi patiamur: cuiusmodi eæ sunt de quibus iam dicturi sumus. † Primùm autem 9
occurrit §. vlt. huius ipsius legis Nam de cæteris separatim & in sequentibus capitibus dicẽdum erit. Verba §. vlt. hæc sunt, *An vbi defunctus conuenire debuit, fideicommissarius debeat, videndum: Si sua sponte heres adijt & restituit hereditatem, an tribus locis fideicommissarius defendi debeat, vbi defunctus, & vbi heres, & vbi ipse domicilium habeat. Oportet itaque ibi fideicommissarium conueniri vbi vel domicilium habet, vel maior pars restituta hereditatis habetur.* Ego totum hunc §. Triboniani esse contẽdo Pauli verò ne verbum quidem. Video enim quæstionem prorsus ineptam. Distinctiunẽ quæ subiicitur de herede an sponte adierit an coactus, multò ineptiorem, Definitionem verò qua vtramque quæstionis partem dirimit, omni ex parte falsam. † Dixi 10
quæstionem primùm esse ineptam non ob id solùm quòd aliena sit à titulo (pertinet enim potiùs ad tractatum De iudiciis) sed etiam quia cùm fideicommissarius sit loco heredis, *l. postulante* 44. § 1. *eod.* § *restituta Instit. De fidei. hered. l. si filiusfamilias* 5. §. 1. *Digest. quod cum eo qui in alien. potest.* non differt quæstio hæc. Vbi fideicommissarius conueniendus sit, ab illa, Vbi heres: ac proinde sufficiebat ad propositam quæstionem sic respondere, Fideicommissarium ibi esse conueniẽdum, vbi, si verus & primus heres ille esset,

conueniretur. Vbi autem conueniri possit ex defun-
cti persona quisquis heres est, non fuit inter Iurecon-
sultos controuersum. Constitit enim ibi esse conue-
niendum vbi proprium domicilium habeat, aut vbi
domicilium defunctus habeat, aliáve de causa potuit
conueniri, si vel ibi heres reperiatur, *l. heres absens* 19
D. de iudic. vel cœpto iam iudicio defunctus sit is cu-
ius heres est, *l. si is qui Romæ* 34. *eod.* vbi ratio redditur
11 *quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est.* † Dixi
ineptiorē esse distinctionē illā quę subiicitur, An he-
res sponte adierit nécne, & eam quæ ex huiusmodi
distinctione conflatur dubitationem, An si heres
sponte adierit, tribus locis defendi fideicommissarius
debeat, vbi defunctus domicilium habuit, vbi heres,
vbi denique ipse fideicommissarius. Quid enim refert
an heres sponte adierit, an coactus cum non de here-
de disputatur, sed de fideicommissario? An verò fi-
deicommissarij condicionem meliorem aut deterio-
rem facere illud debet quod heres rogatus, aut spon-
12 te adierit aut coactus? † Sed Tribonianum vt ita di-
stingueret sicut & vt quæstionem istam in hoc loco
interfereret, mouisse illud videtur, quod in §. præced.
Paulus scripserat, Si legatus Romæ compulsus adie-
rit hereditatem, & restituerit, cogendum fideicom-
missarium Romæ actiones pati, quamuis heres ipse
non cogéretur. Inde namque inferri posse quasi à cō-
trario sensu fortassis credidit, Sponte igitur adita he-
reditate, ibi cogendum esse fideicommissarium actio-
nes suscipere vbi heres ipse cogi posset, omnino im-
probabili collectione. † Nam cùm heres compulsus
13 adiit, postquam placuit cogi eum posse vt etiam alio
loco adeat, quàm in quo eum adire & restituere te-
stator voluerat *l. sed etsi alio loco* 9. *eod. tit.* ea ratio no-
cet fideicommissario vt in eo quoque loco possit con-
ueniri, in quo hereditatem sibi restitui voluit. Siqui-
dem ipsa hereditatis restitutio est quæ creditoribus
hereditariis eum obligat. Nec probè recusare potest,
quominus eo iure vtatur quo in alium vsus est, licet
noua persona sit à qua conuenitur, argumen. *l. 3. §. hac
pœna D. quod quisque iur. in alium constit.* † At non debet
14 ea res nocere heredi qui adiit compulsus, quia cùm
iubente prætore adierit, deinde per restitutionem o-
mnes in fideicommissarium actiones trāstulerit, nul-
libi potest conueniri, magisque habendus est pro eo
qui repudiauerit aut se abstinuerit quam pro eo qui
adierit *d. l. si filiusfamilias* 5. §. 1. *quod cum eo qui in alien.
potest.* Nec quæ ratio fecit vt potuerit cogi adire Ro-
mæ & alio etiam loco quàm vbi testator voluerat, ni-
mirum quod nihil ipsius interesset translato subinde
in fideicommissarium toto effectu aditionis, Eadem
facere poterat vt si sponte adisset quocumque etiam
loco à creditoribus hereditariis conueniri posset. Tūc
enim sicut hereditatem sibi suóque & commodo &
periculo acquisiuisset, ita nec alibi cōueniri debuisset,
quàm vbi iuris communis ratio permisisset. Interest
namque non parū eius qui conuenitur, ne alibi, quàm
apud suum, & competentem iudicem inquietetur si-
ue fori priuilegium aliquod habeat siue nullum. † Sed
15 non inde fit vt heredis forum vllo casu sequi debeat
fideicommissarius, quia quod diximus esse illum he-
redis loco, non hunc sensum habet, vt in ius heredis
succedat tamquam ipsius successor, sed vt defuncti
personam æquè repræsentet, atque si iure ciuili heres
eius esset quia per fideicommissum non heredi succe-
ditur sed testatori, vulg. *leg. coheredi* 41. §. *cum filiæ De
vulg. & pupill. substitut.* Denique nec dubitandi ratio
vlla vel minima excogitari potest, propter quam puta-
res quisnam deberet ibi esse conueniendum fideicom-
missarium vbi heredem qui hereditatē restituit con-
ueniri oporteret si hereditatem non restituisset. † Sed 16
& illud à Triboniano parum cautè factum est, quod
proposita primùm quæstione, vbi fideicommissarius
conueniri debeat, subinde tractat, An tribus locis de-
fendi debeat, quasi eadem sint *conueniri* & *defendi*, quę
tamen sunt valde diuersa. Fieri namque potest faci-
lè, ac sæpenumero fit vt alio loco defendendus quis
sit, alio conueniendus, *l. non ab iudice* 64. § 1. *ff. de iudic.
l. 3. in princ. ff. iudic. solui.* & ponuntur ista tanquam se-
parata, in *d. l. heres absens*, licèt regulare sit vt non ali-
ter videatur res bene defendi quàm si ibi defendatur
vbi debet agi *l. nam tamen* 5 §. *vlt. ff. iudicat. solui.* † At 17
audiamus quid tandem ad propositam quæstionem
Tribonianus respondeat, *Oportet itaque, inquit, ubi fi-
deicommissarium conueniri, vbi vel domicilium habeat, vel
maior pars restitutæ hereditatis habetur.* Vnde verò ista
collectio? Aut quomodo quóve argumento id ex
præcedentibus inferre possis? Præsertim cùm in iis ne
verbum quidem sit vnum ex quo possit conijci quæ-
situm fuisse vnquam, vtrum in eo loco fideicommissa-
rius conueniri debeat in quo sita sit maior pars bono-
rum fideicommisso restitutorum: alioqui debuerat
Tribonianus in præcedentibus illis, *an tribus locis*
non de tribus locis quærere, sed de quatuor, id est,
an quatuor locis defendi fideicommissarius de-
beat, vbi defunctus domicilium habuit, vbi heres,
vbi fideicommissarius ipse habeat, vt vbi maior
pars restitutæ hereditatis habetur. † Et verò 18
cùm proposita quæstio sit de actionibus tantum
personalibus (nam de actionibus in rem dubitari non
posset quin eo quoque loco exercendæ essent in quo
res reperiretur *l. 1. & 2. C. vbi in rem act.*) planè non vi-
deo quo iure possit fideicommissarius cōueniri actio-
ne personali vbi res hereditariæ sitæ sint, nisi propo-
nas defunctum ibidem domicilium habuisse. Quam-
quam nec hoc sufficiet, nisi addas in eo quoque loco
fideicommissarium repertum fuisse, nam & in perso-
na heredis, cuius vices gerit fideicommissarius idem
obseruaretur, vt suprà diximus ex *d. l. heres absens* 19.
de iudic. Scio fideicommissum ipsum ibi petendū esse
vbi sita est maior pars hereditatis restituendæ, vel v-
bi heres domicilium habet *l. si fideicommissum* 50. §. *vlt.
cum duab. seqq. eod. l. vnic. C. vbi fideic. petat.* Et hoc for-
tasse fuit quod Tribonianum fefellit. † Sed obseruare 19
debuit longè diuersam esse quæstionem illam, vbi de
fideicommisso agere fideicommissarium oporteat, ab
hac, vbi fideicommissarius ipse à creditoribus heredi-
tariis conueniendus sit. Fideicommissi enim persecu-
tio licèt in heredis personam dirigatur, tamen in rem
quoque scripta est *l. actio* 28. *D. de obl. & act.* iunct. *l. pe-
cunia* 178. §. *actionis de verb. sign.* ideóque mirum videri
non debet si in eo loco exercenda sit in quo res sitæ
sunt, saltem maiori ex parte, quia & in legatis ac fi-
deicommissis omnibus generale est vt ibi præstari de-
beant vbi à testatore relicta res est *l. cum res legata* 47.
l. si seruus legatus 108. *de legat.* 1. Etsi aliud est quærere
vbi res præstari debeat, aliud vbi peti. Legata enim &
fideicommissa si per actionem personalem exigantur,
ibi petenda sunt vbi heres domicilium habet, nec eò
minùs tamen ibi præstanda sunt vbi res est. at si per a-
ctionem in rem petantur, vbi etiam petenda sunt vbi
res est *l. quod legatur* 38. *D. de iudic.* At cùm fideicom-
missarius ipse conuenitur à creditoribus hereditariis,
vtique conuenitur actione personali tanquam qui sit
iuris successor, & perinde ac conueniretur si heredis
nō solùm ius, sed etiam nomen haberet. Ibi ergo præ-
cisè conueniendus est vbi domicilium habet, aut vbi
defunctus

defunctus habuit si vel ibidem reperiatur, vel iudicium iam coeptum fuerat cum defuncto *d. l. heres absens*, & *d. l. si is qui Romae 34. eod.* Deniq; adeò verum est, quoties personalis actio exercetur, non esse inspiciendum vbi sitæ sint res hereditatis fideicommissariæ, vt si fideicommissarius non fideicommissum ipsum petat, sed satisdationem duntaxat fideicõmissi nomine non sit remittendus ad eum locum in quo res sitæ sunt, vt eleganter Vlp. scribit in *l. sed et si susceperit 52. §. vlt. eod. tit.*

20 †Conclusio igitur illa Tribonianea falsa est & à iure aliena in eo quod creditoribus hereditariis dat electionem vt fideicõmissarium possint conuenire in eo loco in quo maior pars fideicommissi sita est, mãca verò & mutila in eo quod non adiicit posse illum conueniri in eo loco in quo defunctus conueniri potuit & debuit, nẽpe secundum eam distinctionem quam proximè diximus ex heredis persona & exemplo ad fideicommissarium quoque trahendam esse.

CAPVT XII.

Ad §. tempestiuum est l. ille à quo 13. D. eod tit. ad SC. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Ex dictione tempestiuum infertur totum illum §. Triboniano non Vlpiano adscribendum esse.*

2 *Heredem fideicommisso grauatum si suspectam hereditatem dicat SCti Pegasiani autoritate per Praetorem fideicommissarium ad aditionem compelli.*

3 *Verba in* d. §. *Triboniani manum indicantia.*

4 *Quaestionem eius §. verbis nimis generalibus & ambiguis conceptam esse.*

5 *Quaestionem in eod. §. variatam fuisse.*

6 *Examinantur verba Triboniani quibus ad propositas quaestiones respondet.*

7 *Cognitionem in de fideicommissis eorumq; restitutionibus non Consulum aut aliorum magistratuum in vrbe sed Praetoris fideicommissarij fuisse.*

8 *Praetorem vel Consulem heredem institutum & de restituendo rogatum si de eo ad aditionem & restitutionem cogendo tractetur, non tanquam Magistratum sed tanquam priuatum censeri.*

9 *Principes quoque in his causis priuatorum iure vti.*

10 *Interpretatio* §. vlt. l. si legatus 30. ff. ad SC. Trebell.

11 *Probatur in* d. §. tempestiuum. *etiam Consules & alios magistratus autoritate praeditos, per heredem fideicommissarium sicut & quoslibet alios cogi posse.*

12 *Quid Tribonianum mouerit vt in* d. §. *crederet Praetorem per Praetorem, Consulem per Consulem ad fideicommissi restitutionem cogi non posse?*

13 *Refellitur Triboniani ratio: & quaedam ad* §. vlt. l. ff. de recept. arbit. *annotantur.*

14 *Praetoris, Consulis vel alterius magistratus dignitatem non laedi, quum hereditatem fideicommissariam restituere iubetur vel cogitur.*

15 *Magistratum quum in collegam ius dicit, non tanquam in collegam sed tanquam in priuatum ius dicere.*

16 *Reprehenditur Tribonianus in verbis* sed etsi ipse.

17 *Quis in specie* d. §. tempestiuum *Praetorem fideicommissarium heredem institutum ad aditionem & restitutionem cogere possit?*

18 *Eiusdem Triboniani conclusio in* d. §. *refellitur.*

1 TEmpestiuum † iam esset de Tribonianismis istis nihil amplius dicere, & in obscurioribus prudentum responsis interpretandis operam potiùs collocare: quod certè multò alacriùs, nec fortasse minùs feliciter praestaremus. Sed cogit nos vel ipsa dictio *tempestiuum*, quae huic §. principium dedit, vt hunc quoque superioribus addamus, & apertè falsam ineptámque sententiam, quae Vlpiano tribui sine scelere non possit, Triboniano adscribamus, *Tempestiuum est*, inquit, *perquirere per quem quis cogatur adire & restituere hereditatem.* Cur verò tempestiuum? nempe quia Vlpianus in §. prox. seq. quaesiturus erat, an per filiumfamilias praetorem cogi posset pater qui de hereditate restituenda rogatus esset. Sicut & in *§. vlt. l. qui ita 66. eod. tit.* de quo proximè diximus, tempestiuum Triboniano visum fuit quaerere, vbi fideicommissarius conueniri debeat, quia in §. praeced. tractatum fuerat de fideicommissario ibi conueniendo vbi heredẽ inuitum adire coegisset. †Quid autem intempestiuius, aut stultius quaeri potuit? 2 Quis enim nescit coactionem inductam senatusconsulti Pegasiani autoritate per praetorem fideicommissarium fieri debuisse? An non id Vlpianus ipse iam toties dixerat in legibus illis omnibus praecedentibus quae sumptae sunt ex eodem lib. 4. fideicommissorum, praesertim in *l. quia poterat 4. l. recusare 6. l. apud Iulianum 11. eo. tit.* Aut quid frequentius in toto isto tractatu de Senatusconsulto Trebelliano, quàm vt fiat mentio praetoris cogentis heredem qui suspectam hereditatem dicit vt eam adeat inuitus? Etsi senatusconsulti Pegasiani nomen suppressum fuit à Triboniano propter translatam Pegasiani potestatem in Trebellianum, vt Tribonianus ipse testatur in *§. sed quia. Instit. de fideic. hered.* vbi scribit omnes restitutiones hodie fieri ex Trebelliano etiam quae fiunt per heredem coactum. † Sed & vix est, vt alio 3 Pandect. loco videas vsurpatam dictionem illam *tempestiuum*, quae tamen idem Tribon. etiã vsus est Procemio Digest. *§. sed & ordines*, vt & Accurs. noster adnotauit. At neque *perquirere* pro *quaerere & disputare* alibi vspiam scriptum memini, praeterquam fortasse in *leg. facta 63. §. si heres ante hoc eod. titul.* quem etiam locum Triboniani esse docuimus libro 12. cap. 17. in quo tamen § non *perquirendi* verbo vsus est, sed *requirendi.* † Quaestio autem ipsa verbis non solùm nimis 4 generalibus, sed etiam ambiguis concepta est. Non. n. ad Praetores duntaxat aut Consules aliósve magistratus pertinet, sed ad alios quoslibet heredes institutos. Et tamen Triboniani meos fuit quaerere duntaxat de magistratibus, vt sequentia illa demonstrant, *veluti si praetor aut consul fuerit heres institutus*, sicut & cùm quaerit per quem cogi possit praetor aut consul, de illo duntaxat quaerit, per quem magistratum an per praetorem, an per consulem. Et tamen verba propositae quaestionis admittunt, vt responderi possit, Heredem institutum quemlibet siue praetor ille sit siue consul posse cogi per fideicommissarium. Nam & sic passim Iureconsulti loquuntur vt coactionem quae fit iubente praetore ac postulante fideicommissario, per fideicommissarium fieri dicant. †Subinde autem quod est 5 absurdius variat quaestionem Tribonianus, & immemor illorum verborum, *per quem quis cogatur adire*, postquam restrinxit quaestionem ad eum casum quo praetor aut consul heres scriptus fuit, subiungit *an eo cogi possit adire & restituere.* Nemo enim non videt diuersam esse quaestionem hanc *an cogi possit adire* ab illa *per quem cogatur adire.* † Respondet autem ad pro- 6 positas quaestiones. *Et dicendum est praetorem quidem in praetorem vel consulem in consulem nullum imperium habere, sed si iurisdictioni se subijciant solet praetor in eos ius dicere.* Constitutio verborũ faciebat vt propter illa praecedentia *& dicendum est*, scribi deberet in sequẽtibus *solere praetorem*, quomodo in mediis scriptum est per infinitiuum & rectè *nullum imperium habere.* At supradictis verbis nõ satisfacit certè dubitationi. Quid

enim si nolint illi se subiicere iurisdictioni? An nul-
lus erit magistratus qui in eos possit ius dicere? Dein-
de si nihil aliud obstat ne in eos ius dici possit, nisi
quòd neque par in parem, neque inferior in superio-
rem habeat imperium, quod prohibebit Consulem
tanquam maiorem magistratum ius dicere in præto-
7 rem? † Nec tamen id quisquam in proposito rectè di-
xerit, quia constat De fideicommissis eorúmque re-
stitutionibus in vrbe non fuisse cognitionem Consu-
lum aut alterius magistratus, sed solius prætoris in
eam rem constituti, qui & ob hanc causam prætor fi-
deicommissarius dicebatur: vt Tribonianus refert in
§ 1. instit. de fideicom. hered. cùm Diuus Claudius pri-
mùm duos prætores creasset qui de fideicōmissis ius
redderent, quorum alterum posteà Diuus Titus de-
traxit, vt Pomponius memorat in *leg. 2. §. capta deinde*
8 *Sardinia. D. de orig. iur.* † Sed neque videre possum
cur & prætorem & consulem cogere nequeat prætor
qui de fideicommisso cognoscit, cùm si prætor con-
súlve heres institutus sit, déque eo ad aditionem &
restitutionem cogendo tractetur, censendus sit, quod
ad hanc attinet tanquam priuatus, non tanquam ma-
gistratus. Proinde non potest ad rem pertinere ratio
illa quòd par in parem non habeat imperium, multó-
que minùs inferior magistratus in superiorem. Id e-
nim tunc verè dicitur, cùm prætor tanquam prætor
ius dicere vult in prætorem tanquam prætorem aut
in consulem tanquam in consulem, non etiam cùm
9 vel in hunc vel in illum tanquam priuatum. † Quid-
ni enim priuati iure vtetur prætor & consul, cùm in
huiusmodi casu ipse quoque Princeps eo iure vtatur?
l. cum heredes 7. C. qui testam. fac. poss. Nisi quod plerunq;
vt principalem maiestatem decet tractant Principes
liberaliùs, nec solum sponte restituunt, sed etiam to-
tum, id est ne retenta quidē quarta quam alius heres
quilibet etiam inuito testatore retinere posset, Aut si
præcepta vel retenta certa re vel summa rogati sint
restituere, licèt id minùs quàm quarta pars esset, non
patiuntur tamen quicquā amplius vindicari, vt Mar-
cianus scribit, & à Diuis Traiano, Hadriano & Anto-
nino rescriptum esse testatur *in l. si legatus 30. §. vlt. D.*
10 *ad SC. Treb.* † cuius loci nō dubito quin hic proprius
& germanus sensus sit, ab Accursio quoque bene per-
ceptus. Etsi video clarissimum Iureconsultum Iacobū
Cuiacium longè aliter interpretari ad Nouell. *De her.*
& Falc. Sic nimirum vt si heres iussus sit sine vlla per-
ceptione hereditatem restituere, nōnumquam condo-
nata ac remissa sit quarta rescripto Principis acceden-
te ad defuncti voluntatem. Quæ interpretatio sanè
improbabilis est. An enim dici possent Principes do-
nasse quartam quæ non iis sed heredi instituto debe-
batur? An non potiùs id esset eripere quàm donare?
Aut quodnam nouum genus liberalitatis videretur
id donare fideicommissario quod heredi eriperetur?
tur? Denique sine lege ac sine exemplo illud est, vt an-
te Iustinianei constitutionem potuerit Trebellianica
magis quàm Falcidia prohiberi: Obstabat enim quod
ad falcidiam autoritas legis falcidiæ: quòd ad Trebel-
lianicam autoritas senatusconsulti, nec credibile est
ei testatoris voluntati quæ contra legem & contra se-
natusconsultum esset, bonos Principes in dispendium
heredis fauere vnquam voluisse. Sed is tractatus ab
instituta disputatione alienus est. Nam id tantùm nūc
agimus vt ostendamus Principem quoque cùm heres
scriptus est & de restituenda hereditate rogatus ius
commune cum cæteris habere, quomodo loquuntur
11 Imperatores in *dict. l. cum heredes.* † Multò igitur ma-
gis fatendum est & prætorem & Consulem & cæte-
ros quantumuis maiores magistratus si heredes scri-
pti sint & rogati, debere vti iure communi, ac proin-
de pati vt per heredem fideicommissarium sicut &
quilibet alij heredes cogi possint. Quò etiam perti-
net. quod in *l. sed & qui 5. eod. tit.* ex Marciano scriptū
est, eos quoque qui magna præditi sint dignitate, vel
autoritate, harenarij quoque vel eius mulieris quæ
corpore quæstum fecerit hereditatem restituere com-
pelli. Ad quos enim melius id referre possit quàm ad
magistratus qui non tantùm dignitate magna prædit
sunt, sed etiam autoritate: Siquidem qui magistratus
non sunt, licèt anteà fuerint, puta viri consulares, di-
gnitatem duntaxat habent, sed autoritatem non ha-
bent. † Mouisse Tribonianum illud videtur quod 12
idem Vlpianus noster scribit in *l. 3. §. vlt. De recept. qui*
arbitr. arbitrum cuiusque dignitatis cogi per præto-
rem vt officio quod susceperit perfungatur, etiamsi
sit consularis, nisi fortè inquit in aliquo magistratu
vel potestate positus sit, consul fortè vel prætor, quo-
niam in hos (sic enim legendum est non *in hoc*) impe-
rium non habet Ratione illa quæ ex Paulo subiicitur
seq. quòd magistratus superiore imperio cogi possint,
at pari nullo modo: Nam & sic locus ille constituen-
dus est, & in illis verbis *aut pari imperio* legendum *at*
non *aut*. Falsum enim est quod alioqui verba sona-
rent, magistratus non magis superiore quàm pari im-
perio cogi posse, cùm eadem lex dicat inferiores ma-
gistratus per prætorem cogi posse. † Sed obseruare 13
Tribonianus debuit, Interesse quam maximè an aga-
tur de cogendo magistratu vt sententiam dicat, an
verò vt hereditatem adeat, de qua restituenda sit
rogatus. Arbiter enim quodammodo iudex est, & ar-
bitri sententiam dicimus sicut & iudicis, *leg. diem pro-*
ferre 27. §. stari & pass. eod. tit. quia redacta iam olim
fuerunt compromissa ad instar iudiciorum, *l. 1. l. non*
distinguemus 32. §. item si quis Romæ in fin. eod. l. rem non
nouam 14. §. patronus. C. de iudic. Proinde cùm publico
officio fungi videatur qui arbiter est, nec sit dubitan-
dum quin sententia à prætore vel à consule reddita
licèt tanquam ab arbitro multò maioris sit autoritatis
quàm si a priuato reddita esset, siue ante magistratū,
siue in ipso magistratu personæ huiusmodi arbitrium
susceperint rectissimè constitutum est vt neque præ-
tor neque consul per prætorem cogi possit, vt de cō-
promisso sententiam ferat, quoniam ita fieret, vt ea-
dem autoritas, quæ sententiam corroboratura esset
per iubentis prætoris coactionem & imperium quo-
dammodo violaretur. † At cùm prætor vel consul he- 14
res instituitur, & hereditatē per fideicommissum re-
stituere iubetur, nihil habet ea res commune cum po-
testate & autoritate qua præditus ille est iure magi-
stratus, ideóq; nihil fit contra decorum, nec magistra-
tus dignitas vllo modo offenditur, tametsi tanquam
alius quilibet priuatus hereditatem & adire & resti-
tuere per prætorem fideicommissarium, cuius propria
ea iurisdictio est, compellatur. † Sic dicimus Consulē
si minor sit annis viginti, seruos suos apud se manu- 15
mittere non posse, cùm ipse sit qui ex SC consilij cau-
sam examinat, non possit autem & consulis & priuati
vice fungi, ob idque apud collegam suum manumit-
tere debet vt idem Vlpian. scribit *in l. vnic. in fi. ff. de*
offic. consul. Et tamen actus ille manumittendi iurisdi-
ctionis est, quamuis voluntariæ non contentiosæ, &
hoc casu proculdubio ius dicit collega in collegam,
at non tanquam in collegam, sed tanquam in priua-
tum. E contrario dicimus non posse parem aut mi-
norem magistratum restituere in integrum aduersus
sententiam patris vel superioris magistratus, *l. præse-*
ctus 17.

ctis 17. cum l. seq. ff. de minor. quoniam à magistratu tan-
quam à magistratu fertur sententia, non tanquam à
priuato. Denique in omnibus ferè inspiciendum est
non tam quid à quo, quàm à quali fiat fieríve debeat,
id est, an quis faciat, faceréve quid debeat, tanquam
talis an tanquam quilibet *leg. si paterfamil. ss. 15. §. 1. ff.
de adopt. l. item eorum 6. ff. quod cuiusque vniuers. nomin.
leg. mulier. 22. §. vltim. leg. debitor. 59. §. vltim. ff. ad SC.*
16 *Trebell.* † Verùm inscitiam Triboniani prodit illud
apertiùs quod sequitur, *sed et si ipse prætor heres institu-
tus suspectam dicat, ipse se cogere non poterit. quia triplici
officio fungi non potest, & suspectam dicentis & coacti &
cogentis.* Quasi verò alia sit persona suspectam dicen-
tis, alia coacti, ac non idem ille cogendus sit adire,
qui suspectam hereditatem dicit. Suauis verò & cer-
tè nimis bonus est Accursius qui vt tam stolidum er-
rorem excuset, notat duo quidem officia tantùm
hîc interuenire coacti & cogentis, sed prima facie vi-
deri tria. Sed neque video quo sensu aut qua ele-
gantia, officio aliquo fungi dicatur heres siue cùm
hereditatem suspectam dicit, siue cùm adire cogitur,
officio planè suo fungitur prætor fideicommissarius
cùm eum adire cogit. † Illud vtique difficile est di-
17 cere quis in hac vltima specie prætorem ipsum fidei-
commissarium heredem institutum cogere possit ad
adeundum. Si collegam haberet, dici posset cogen-
dum esse illum per collegam *argum. dict. leg. vnic. De
offic. consul.* At iam diximus, ex duobus illis prætori-
bus fideicommissariis quod Diuus Claudius consti-
tuerat, alterum à Titio Imperatore detractum fuisse.
Igitur vel ad prætorem vrbanum debuit ea iurisdi-
ctio pertinere, qui licèt non superior prætore fidei-
commissario, potuisset tamen in eum tanquam pri-
uatum ius reddere, secundum ea quæ proximè dispu-
tauimus, vel ad præfectum vrbi, aut ad Consulem,
quorum maior iurisdictio fuit, Præfecti quidem vr-
bi, vt à prætore quoque appellari posset, *leg. AEmi-
lius Larianus 38. ff. de minor.* ac proinde tanquam supe-
rior *leg. 1. §. penult. ff. de appel.* Consulis verò vt man-
ca prætoris potestate subueniret quoties opus esset,
leg. cùm quidam 30. in princip. ff. de acquirend. heredit.
Neque dubitandum est, quin saltem apud maiores
& superiores compellari potuerint inferiores, si quan-
do ab iis tanquam priuatis exigendum quid fuit,
quod moram tantam non pateretur, vt magistra-
tus finiti tempus expectari possit, alioquin quid ob-
secro fieri potuisset, nullo dum in republica Romana
Principe constituto? Etsi non ignoro eo tempore
hanc de fideicommissi restitutione quæstionem inci-
dere non potuisse, siquidem constat ante Augusti
tempora nullum fuisse vsum fideicommissorum, sicut
neque codicillorum, vt Iustinianus præfatur in *prin-
18 cip. titul. de codicil. instit.* † Concludit verò tandem
Tribonianus in hæc verba, *Sed in his omnibus casibus
atque similibus principale auxilium implorãdum est.* Scri-
bere debuerat *Ergo* non aduersatiuè. Vtrouis tamen
modo inepta sententia est, quia, vt probauimus, potest
etiam consul cogi per prætorem tanquam priuatus,
saltem per superiores magistratus, quibus scilicet ob-
iici non possit illa ratio Triboniani, quod neque par
in parem habeat imperium, neq; inferior in superio-
rem. Frustráque aditur Princeps de ea re quæ per ma-
gistratum & iure communi expediri possit. Tum de-
mum enim autoritas Principis necessaria est, cùm
stricti iuris ratio non patitur, vt quid fiat. ne quidem
ex æquitate, quod tamen fieri æquitas suggerat, vt in
specie illa de qua Vlpian. in *l. cùm vero 26. §. vlt. cum l.
seq. De fideic. libert. iunct. l. 1. C. de legib.*

CAPVT XIII.

Ad §. vlt. l. facta 63. eod. tit. l. si non lex 83. §. 1. ff. de hered. inst. l. tractabatur 14. ff. de testam. milit.

SVMMARIA.

1 *Titulum de Senatusconsulto Trebelliano supra alios Pandectarum titulos maximè deprauatum & corruptum esse.*

2 *Species & quæstio* d. §. vlt.

3 *Responsum ad eam quæstionem in* d. §. vlt. *propositum ICti non esse.*

4 *Vera ratio propter quam in specie eius §. libertas seruo competere non possit.*

5 *Legem Aeliam Sentiam ita demum ei qui in fraudem creditorum heres institutus est libertatem conseruare, si nemo alius heres ex testamento esse potest.*

6 *Ad quem casum pertineat quod dicitur, ex pluribus seruis ab eo qui soluendo non erat institutis, solum eum qui primo loco scriptus est hereditatem capere.*

7 *Repetitur ratio propter quàm in* d. §. *libertas Sticho competere non potest.*

8 *Casus singularis, quo is qui soluendo non est seruus vnus cum libertate heres existit, & alius præterea heres adijcitur.*

9 *Ei qui seruus maneat hereditatem fideicommissariam restitui nunquam posse, nec eo postulante heredem ad aditionem compelli.*

10 *Reprehenditur quod in* d. §. vlt. *responsum est seruũ cui directa libertas, & fideicommissaria hereditas relicta est perinde haberi ac si solus liber & heres scriptus esset.*

11 *Nouum remedium proponitur quod in* d. §. vlt. *non solùm libertas sed & reliqua defuncti voluntas conseruari possit.*

12 *Obseruantur quædam de SCto quod exprimitur in* l. si non lex. §. 1. ff. de heredibus instit.

13 *Examinatur versic.* idem seruandum, in d. §. 1. d. l. *si non lex.*

14 *Quid eo SCto actum fuerit?*

15 *Versiculum supra notatum Interpretis alicuius vel Triboniani, non Scæuolæ esse.*

16 *In quo melior sit serui heredis fideicommissarij conditio ex superiore SCto, quàm ex lege Aelia Sentia?*

17 *Cur lex Aelia Sentia de directis tantùm libertatibus, non item de fideicommissarijs locuta sit?*

18 *Fideicõmissarios heredes non magis seruos quàm liberos ad petendam hereditatis restitutionem cogi posse.*

19 *Seruum à domino in fraudem creditorum cum alijs seruis manumissum, ex quo heredem ad restituendam sibi fideicommissariam domini hereditatem compulit necessarium quoque esse, sed aliter ac si solus vel primus heres institutus fuisset.*

20 *Quo alio sensu necessarius dici possit?*

21 *Quid in* d. l. §. vlt. d. l. facta. *Triboniano errandi occasionem præbuerit?*

22 *Species* §. vlt. l. neque 13. ff. de testam. milit.

23 *Cur in ea specie testamento militis non tantum faueatur vt verba fideicommissi obliqua ad directa trahantur?*

24 *An rescripto ibidem expresso locus foret, si heredes instituti & fideicommisso grauati viuo testatore decessissent siue eos decessisse testator sciuerit siue ignorauerit?*

25 *Militem qui cùm testamentum mutare potuisset, noluit, tunc demum videri cum eodem testamento decedere voluisse, quum testamentum vt eori-*

ualescat, nihil nisi eandem militis voluntatem, non etiam nouam formam requiris.

26 *Militis priuilegium in eo potissimum versari vt qualibet eius voluntas pro iusta & legitima habeatur, non etiam vt aliud sensisse & voluisse videatur, quam quod dixerit.*

27 *Vix fieri posse vt in* d. §. vlt. l. neque. *valeat illius militis testamentum qui sciens ac prudens fideicommissum à mortuis heredibus seruo reliquit.*

28 *Multo difficilius fideicommissariam libertatem à milite illo relictam eodem casu in directam verti posse.*

29 *Imperatoris rescripto opus fuisse vt in specie* d. §. vlt. l. neque. *fideicommissaria hereditas in directam verteretur.*

30 *Diuersa ratione in specie §. 1.* d. l. si non lex. *SCti autoritate opus fuisse.*

31 *Rescripto* §. 1. l. neque. *indistinctè locum esse siue miles soluendo fuerit, siue non fuerit.*

32 *Quid aliud in eadem specie ad sustinendam militis voluntatem Imperatores mouere potuerit?*

33 *Aliud ex parte in testamento pagani Imperatores rescripturos fuisse.*

34 *Affertur hanc in rem* leg. tractabatur ff. de testam. milit.

35 *Difficultas nata ex distinctione in* d. l. tractabatur *propositâ.*

36 *Testamentis paganorum ea in re nullo modo nulloque casu subueniendum esse.*

37 *Distinctionem in* d. l. *propositam Triboniani, non Marciani esse.*

38 *Diuersum esse casum rescripti in* d. l. neque, *relati, à casu SCti quod in* d. l. vlt. l. facta. *à Gaio allegatur.*

39 *Accursij obseruatio & monitum* ad d. l. tractabatur.

1 QVæ † à nobis, non in hoc solo Coniecturarum nostrarum libro, sed etiam in superioribus tã multa
iam obseruata sunt à Triboniano in Iureconsultorum responsis corrupta & immutata, probant manifestissimè vix alium in Pandectis titulum vllum esse
deprauatiorem, & digniorem in quo expurgando laboraremus. Neque tamen id nos hucusque assecutos
ausimus dicere. Adeò pleraq. inter legẽdum eiusmodi
occurrunt quotidie, & alij cuilibet. quo erit perspicaciór, eò plura occurrẽt. Nemo enim nescit quàm multa Iustinianus innouauerit, ad hunc de senatusconsultis Trebelliano & Pegasiano tractatum pertinentia
toto ferè iure illo quod prudentum temporib. obtinuerat ita perturbato, vt nec Trebelliani nec Pegasiani senatusconsulti autoritas vlla amplius superesse videatur, eo præsertim casu quo heres de restituenda
hereditate grauatus, aut adire nolit, aut ante aditã vel
restitutam hereditatem moriatur. Ad quem casum
pertinet *l. pen. C. ad SC. Treb. & Nouel. 1. de her. & falcid.* vt scripsi lib 5. c. 7. Sed non possum facere quin superioribus Tribonianismis hunc adiiciam, quem nouissimè obseruaui in *§. vlt. l. facta 63. hoc eod. tit. ad SC. Trebel.* vt ex eo potissimum appareat quàm malè in
2 principiis iuris versatus fuerit Tribonianus. † Tractatur in hoc §. de eo, qui cum soluendo non esset, Titium heredem instituit, & Stichum seruum suum liberum esse iussit. rogauitque Titium, vt ei restitueret
hereditatem. Quæritur autẽ, an si Titius hereditatem
adire recuset, cogi possit Sticho postulante. Et respõdetur, vix esse vt cogatur, ratione illa, quòd licèt desiderante seruo Titius adiret, siue sponte, siue coactus,
non tamen posset libertas seruo competere, quasi in
fraudem creditorum data, licèt Titius locupletissimus proponeretur, qua de causa nec hereditas ei restitui posset. Sed tamen ex sententia legis dicendum
esse, perinde habẽdum acsi is seruus solus liber & heres scriptus esset, nec Titius heres esset. † In quo re- 3
sponso, ne possis dicere, IC. responsum esse, illud primum à iuris ratione alienũ est, quod non alia de causa libertatem hanc competere negat, quàm quod data
sit in fraudem creditorum: Cùm tamen certissimum
sit lege Aelia Sentia quæ datas in creditorum fraudẽ
libertates valere non patitur, nec si heres locuples sit,
l. si locuples 57 ff. de manu. test. l. cum hereditas 5. ff. qui & à quib. manu. Permissum tamen esse debitori qui soluendo non sit vt vni ex seruis suis, & cui voluerit, libertatem dare possit, dummodo vni duntaxat nõ pluribus. Adeò vt etiamsi contra legẽ pluribus data sit libertas, ei tamen cõpetat qui priore loco scriptus fuit,
l. qui soluendo 60. ff. de hered. instit. Tunc. n. sibi obstant
inuicem, cùm nesciri potest quis prior nominatus sit,
puta si duo sint eiusdem nominis, vt in casu *l. qui soluendo 42. cum l. seq. eo. tit.* † Alia igitur ratio adferri de- 4
buit propter quam libertas in proposita specie seruo
competere non possit. Illa videlicet, quòd lex Aelia
Sentia non aliã ob causam permittit ei qui soluendo
non est. vt testamento vni ex seruis suis det libertatẽ,
nisi vt possit ille habere heredem necessarium, sub cuius nomine possint bona hereditaria distrahi sub hasta postulantibus hereditariis creditoribus, in eóque
famæ & existimationi defuncti ciuis Romani consulatur. Quæ origo fuit instituẽdorum seruorum vt necessariorum heredum, quemadmodum Iustinianus
scribit *in §. 1 tit. de hered. qualit. differ. & Instit.* † Vnde 5
est quod Paulus scribit *in l. si is qui soluendo 57. de hered. instit.* legem Aeliam Sentiam ita demum ei qui fraudem creditorum heres institutus est conseruare libertatem, si nemo alius heres ex testamento esse potest. Adeò vt si seruus cum libertate heres institutus
sit, & liber homo substitutus, incipiendum sit è substituto, vt eo loco Paulus ait, sicut & si quis primò Stichum, secundò eum cui ex fideicommissi causa libertatem debebat liberum & heredem instituerit, idem
Paulus ex Neratio scribit *in l. si is qui 55. eod.* Secundo
loco scriptum heredẽ fore, quia non possit videri creditorum fraudandorum causa manumissus, nec ferè
beneficium aliquod à defuncto consecutus, *l. si seruo 84. eo. tit.* † Nam quod diximus ex pluribus seruis ab eo 6
qui soluendo non erat institutis, solum eum qui primo loco scriptus est hereditatem capere, *d. l. qui soluendo 60.* ad illum casum pertinet, quo vterq; in fraudem
creditorũ manumissus fuerit, quo casu nihil est, quod
cæteris paribus dici melius possit, quàm quod legis
Aeliæ Sentiæ verbis ipsis cautum fuit, vt vti quisque
primus scriptus est heres sit. At cum alter primo loco
institutus est in fraudem creditorum, alter secundo
quidem loco, sed citra fraudem, propter debitam ex
anteriore fideicommissi causa libertatem, præferendus est secundò scriptus, vt citra creditorum iniuriam iustior defuncti voluntas conseruetur. † Cùm 7
igitur ex his appareat, non nisi ex necessitate permissum fuisse ei qui soluendo non esset, vt seruum suum
instituere posset, ac ita demùm si alium heredem non
haberet; consequens fit vt in proposita specie, id est,
Titio herede instituto rogatóque heredem restituere
Sticho, quem testator directò, non per fideicõmissum
voluerit esse liberum (valdè enim refert an directa Libertas data sit, an fideicommissaria, vt mox dicemus
contra Accurs. *ad l. si non lex 83. §. 1. ff eod. tit. de her. instit.*) non possit competere Sticho libertas siue vltrò,
siue desiderante Sticho Titius adierit hereditatem,
nõ quòd in fraudẽ creditorum data sit, siue locuples
Titius sit, siue non, sed quòd Titio herede existente

non

non possit fieri, vt ex testamento eius qui soluendo
non fuit, quisquam seruus libertatem consequatur.
8 † Vnus enim tãtùm casus est, isq; vel valde singularis,
quo euenit vt ei qui soluendo non est, seruus vnus cũ
libertate heres existat, & alius præterea heres adiicia-
tur, nimirum si seruo cum libertate herede instituto
sic adiectum sit, *Si mihi Stichus heres erit, tunc Titius
quoque heres esto.* Nam Titius antequàm Stichus ex te-
stamento heres extiterit, heres esse non potest: cùm
autem semel heres extiterit seruus, non potest adie-
ctus efficere, vt qui semel heres extiterit, desinat he-
res esse: quẽadmodum eleganter ratiocinatur Caius in
l. ex qui soluendo 88. eod. tit. In proposito autem casu cõ-
trà eueniret, si libertas seruo competere posset, vt ex
eo tempore inciperet competere, quo Titius iam he-
res esset, quod vtiq; lex Aelia Sentia nullo modo, nul-
9 lóq; prorsus casu permittit. † Illud verò semper me-
minisse oportet, quod in præcedentibus sæpius dixi-
mus, ei qui seruus maneat, hereditatem fideicõmissa-
riam restitui nunquã posse, nec eo postulante cogi he-
redem vt adeat hereditatẽ *l. si cuius l. si res aliena* 52. §.
1 *cum l. seq. ff. hoc tit. ad SC. Treb.* Nihil igitur aliud e-
rat quod ad propositã quæstionem responderi posset,
quàm ne postulante seruo qui libertatem consequi
non posset, cogi deberet heres ad adeundã hereditatẽ.
10 † Et tamen contrà respondetur in hæc verba, *sed ex
sententia legis dicendum est perinde habendum, ac si is ser-
uus solus liber & heres scriptus esset, nec Titius heres esset.*
Hoc verò alterum illud est, quod non puto ex iuris
ratione defendi posse. Nam si nihil nisi legis Aeliæ
Sentiæ verba, mentémq; respicias, dubitandum non
est quin sententia legis cõueniat cum verbis, nec ma-
gis ex sententia, quàm ex verbis libertas, de qua agi-
mus, competere seruo possit: Cùm id vnum legi pro-
positum fuerit, ne per institutionem necessarij here-
dis, cui cum hereditate libertatem obtingere necesse
esset, creditoribus fraudem fieri pateretur, nisi eo de-
mùm casu quo defuncti ciuis Romani famę & existi
mationi alia ratione cõsuli nõ posset, id est, quo alius
nemo ex testamẽto heres futurus esset: quod nõ eue-
niret Titio adeunte hereditatem, siue sponte, siue ius-
su & imperio prætoris. Dices. Imò futurum, si nõ pos-
sit Titius cogi ad adeundum Sticho postulante, vt te-
stator exitum faciat intestati, Ac proinde ex legis sen-
tentia non malè defendi, perinde habendum esse, ac si
is seruus solus liber & heres scriptus, nec Titius he-
res fuisset. Sed respõdeo, non fuisse cur lex succurrere
debuerit testatori, qui cùm beneficio legis vti potuis-
set, vnúmq; ex seruis suis heredẽ scribere in fraudem
quoq; creditorum, maluit tamen Titium extraneum
heredem habere, nec nisi fideicommissariã hereditatẽ
seruo dare. Sed & manifestissimè voluntas testatoris
offenderetur, si seruus cui fideicommissaria duntaxat
hereditas data esset pro directo herede haberetur, re-
iecta Titij persona, qui non modò primus, sed etiam
11 solus heres institutus reperiretur. † Neque tamen ne-
gare volo æquissimum fuisse in hac specie prouideri
ad conseruandam non solùm libertatem, sed & reli-
quam defuncti voluntatem, verùm eo remedio quod
à testatoris voluntate nullomodo, à iuris verò ratione
minùs abhorreret. Itaque manco legis Aeliæ Sentiæ
auxilio, quæ de directis tantum libertatibus locuta
fuerat, & senserat (quandoquidem fideicommissariæ
non aliter ex iure communi valere poterant, quàm si
aliquis heres non solùm institutus, sed etiam per adi-
tionem effectus fuisset, quo casu nec directã quidem
valere lex permittebat) mãca etiã autoritate SC. Pega-
siani, quæ nõ per alium cogi cohæredẽ patiebatur,

quàm qui liber esset, ac in vniuersum ius defuncti
per hereditatis restitutionem succedere posset, neces-
sarium fuit in eam rem fieri nouum SC. quod tempo-
ribus D. Hadriani factum fuisse refert Scæuola *in d. l.
si non lex.* § 1. eóq; cautum, vt si testator qui cùm mori-
tur soluendo non fuit, duobus pluribúsve libertatem
dederit, eisq; hereditatem restitui iusserit, & institutus
heres, suspectam sibi hereditatem dixerit, adire eam
cogatur, & ad libertatem perueniat is, qui priore loco
scriptus fuerit, eiq; hereditas restituatur Ex quo infert
Scæuola, si primo loco scriptus liber desideraret adiri
hereditatem, nullam esse difficultatem, sed si poste-
riores quoq. liberos se esse dicant, & hereditatem re-
stitui desiderent apud prætorem, quæri oportere an
soluendo sit hereditas, vt sciatur an omnes liberi facti
sint, & consequenter an omnibus eam hereditatẽ re-
stitui oporteat: Absente autem primo, sequentẽ desi-
derantem adiri hereditatem non esse audiendũ, quia
si primus velit restitui sibi hereditatem, præferendus
est, & hic seruus futurus. † Quibus ex verbis apparet, 12
senatuscõsultum illud nõ pro legis Aelię Sentiæ pro-
ducẽda ad hunc casum sentẽtia factum fuisse, sed po-
tiùs pro Pegasiano excludẽdo, quo primum fuerat in-
ductum ius cogẽdi heredis suspectã dicẽtis, ita tamen
vt legis quoq. mentem subsequi Senatus voluerit, in
eo præsertim ne pluribus seruis libertatẽ dare posset
is qui soluendo non esset. Itémq. vt pluribus data li-
bertate, vti primus quisquo liber scriptus esset, is prę-
ferretur. Cæterùm vel ex eo maximè senatusconsulto
constat, neq; anteà ius ita fuisse, vt in specie proposita
perinde habendum esset, ac si Stichus liber & heres
scriptus fuisset, neque hodie post Senatusconsultum,
ita esse. Nã si Stichus solus liber & heres scriptus pro-
poneretur, non posset ad adeundum compelli Titius,
qui non inueniretur institutus. Sicuti nec erat necesse
induci per senatusconsultum, vt compelleretur ille ad
aditionem, si ex sententia legis Aeliæ Sentiæ poterat
seruari libertas, sublata Titij persona, conuersáque
fideicommissariã substitutione in directam substitu-
tionẽ. Vt planè non possim videre qua ratione motus
Accursius, in huius loci intepretatione adferat Scæ-
uolæ responsum *in d. l. si non lex.* §. 1. quasi conueniens,
cùm è contrario manifestissimè repugnet. At neq. fa-
cilè possum mihi persuadere Caium, qui post Hadria-
ni tempora floruit, SC. illud ignorasse, aut si non i-
gnorauit, magis illud miror, tractantem illum hanc
ipsam speciem de qua senatusconsultum factum fuit,
nullam senatusconsulti mentionem habuisse. Itaque
vel hæc vna ratio sufficere potest, vt hunc locum non
tam Caio, quàm Triboniano adscribere debeamus. † 13
Illud tamen etiam me malè habet, quod *in dict. l. si non
lex.* §. 1. scriptum video nihil referre an directa liber-
tas, an fideicommissaria data sit seruo cui heredita-
tem restituere rogatus est Titius, qui non vult adire.
Is enim sensus est illius vertic. *idem seruandum in his
quibus per fideicommissum libertas data fuerit.* Vt nimi-
rum possit illo etiam casu cogi heres ad adeundum:
ne sit sine herede testator qui testamento suo prospe-
xerit, vt hereditas ad liberum hominem institutum,
mox per eius personam ad seruum quoq. ex fideicom-
misso perueniret. Quod tamen ne tam facilè possim
concoquere in causa illud est, quòd, vt iam attigi, Se-
natus mentem & voluntatem legis Aelię Sentiæ sub-
secutus est, itémq Senatusconsulti Pegasiani, quãtum
vtriusque ratio pati potuit coniunctionem hanc, no-
uámque constitutionem. Atqui lex Aelia Sentia nun-
quam permisit ei qui soluendo non esset, vt vni ex
seruis suis fideicommissariam libertatem dare posset.

in fraudem creditorum, sed directam tantùm, quo-
niam fideicommissaria libertas dari non poterat, quin
conferretur in eum casum quo eadem lex etiam dire-
ctam libertatem dari prohibebat, id est, quo alius ex
testamento iam heres esset. Ergo nec eo casu quo he-
res institutus adire nolit, adeátq. coactus, credendum
est permisisse Senatum, vt libertas ex fideicommisso
deberi possit. Ideò namque & eo solo colore Senatus
putauit subueniendum non tam libertati in fraudem
creditorum datæ quàm misero testatori, cuius alio-
quin bona sub hasta distrahi oporteret, quòd extra-
neo qui fuit institutus nolente adire, perinde futu-
rum sit vt exitum intestati faciat testator, si non ha-
beat necessarium heredem, acsi extraneum heredem
nullum instituisset. Cur ergo extranei instituti suspe-
ctam dicentis persona obstabit, quominùs seruo qui
eodem testamento liber scriptus fuerit, libertas com-
petat, quæ cõpeteret si extraneus ille institutus non
esset? Et tamen non potuit Senatus facere, vt compe-
teret nisi adita hereditate, cùm dies libertatis non
nisi ab adita hereditate cedat, *leg. heredis 7. § vlt. cum
l. seq. D. quand. dies legat. ced.* Non magis quàm vt dire
ctò institutus videri posset seruus, qui non nisi per fi-
14 deicommissum substitutus esset. † Proinde id vnum
Senatus fecit, quod facere commodius potuit, vt ex-
traneus institutus si hereditatem suspectam diceret,
cogi posset ad eam adeundã, desiderante seruo cui &
libertas ex aditione esset cõpetitura, & hereditas sub-
inde restituenda. Etsi.n. per eiusmodi aditionem coa-
ctam verè fit heres is qui suspectã dicebat, tamẽ cùm
periculo suo adire non debuerit, qui adiit compulsus,
non potuit Senatus eum habere pro herede, nisi quòd
ad ius & effectum hereditatis restituẽdæ pertineret,
cùm necesse sit in eius locum substitui alium in quẽ
iure omnia transeant, & qui à creditoribus heredita-
riis cum effectu conueniri possit, qui porrò alius esse
nequit, quàm is ipse quo desiderante coactus fuit adi-
re. At ille seruus est, nec in eum possunt vllo modo
transferri bona & actiones, nisi fiat liber. Igitur ne-
cesse fuit induci reluctantibus licèt verbis legis Æliæ
Sentiæ, vt hoc casu etiam in fraudem creditorum da-
ta libertas valeret & cõpeteret. (Estque hic casus con-
iungendus ei quem tanquam singularem obseruauit
Caius in *d. l. et qui soluendo*) At quomodo? Nimirum si
data esset directò. Nam nec si media interposita non
esset Titij persona, quæ ex lege Ælia Sentia obstat li-
bertati, aliter competere libertas posset, quàm si dire-
ctò data fuisset. An non ergo fieret euidenter contra
legem Æliam Sentiam, si plus iuris haberet seruus ad
consequendam libertatem in fraudem creditorum
herede alio instituto, quàm esset habiturus, si alius
nemo institutus probaretur? Denique soli domino
qui moritur non soluendo, lex Ælia Sentia permisit
manumittere, id est directam libertatem dare vt ne-
cessarium heredem habere posset. An nõ etiam ipsius
heredi, quia nec necesse aut possibile fuit heredem
ei dari, qui in alium iam haberet, nec æquum permit-
ti solo fauore libertatis, vt ea libertas deberetur quæ
contra primum caput eiusdem legis Æliæ Sentiæ in
25 fraudem creditorum data esset. † Quare non dubito
quin totus ille vers. *idem seruandum in his quibus per fi-
deicommissum libertas data fuerit*, inepti sit interpretis
non Scæuolæ si non Triboniani esse voles. Nam &
cætera quæ in ea lege sequuntur ad directã libertatẽ,
non ad fideicommissariam pertinent. Nec debuit siue
Tribonianus siue interpres ille fuit, ex eo moueri
quod alio senatusconsulto cautũ est, vt quoties ab eo-
dẽ herede libertas fideicommissaria & hereditas præ-
standa est, possit ille cogi per seruum ad adeundũ, *d. l. si
res aliena 52. § 1. ad SC. Treb.* Id.n tunc obtinet, cùm
fideicommissaria libertas vtiliter data est, non etiam
cùm in fraudem creditorum, & cõtra legem. Et verò,
an nõ satis est hactenus faueri seruo vt directã liber-
tatem perinde nancisci possit, alio licèt herede inter-
cedente, acsi primus ipse scriptus esset? † Imò melior 16
quoque serui huius condicio est ex senatusconsulto,
quàm futura esset ex lege Ælia Sentia, in eo quòd he-
res necessarius non est, quia nec liber necessariò, cum
non aliter possit ei libertas competere, quàm si heres
qui suspectam dicit, adire cogatur, qui porrò vt inui-
tus adeat non nisi hoc ipso seruo desiderante cogi po-
test. Vt verò seruus ipse aditi hereditatem desideret,
multò minùs cogitur, quoniã facto & volũtate ipsius
in eam rẽ necessario opus est, quod nõ euenit, cùm di-
recto data & libertas & hereditas est. Vtraque.n. tũc
competit & acquiritur sola iuris ciuilis autoritate. † 17
Quæ etiã ratio adferri potest ob quam lex Aelia Sen-
tia de directis tantùm libertatibus, non item de fidei-
commissariis locuta sit, quia nec necessariũ heredem
potuisset facere seruum, quem non potiùs aut eodem
saltem momento faceret necessario liberum, nec rur-
sum necessario liberum eum, cui non nisi ex fideicõ-
misso libertas deberetur, cùm non aliter fideicõmissa
valeant quàm si & ab iis quibus relicta sunt vltro a-
gnoscãtur, & per eos quorum fideicõmissa sunt præ-
stentur. † Nec quẽadmodum aduersus heredes insti- 18
tutos & rogatos remedium proditum est, si neque a-
dire hereditatem neque restituere velint, vt & adire
& restituere compellantur, Ita & contra fideicõmis-
sarios vllo omnino casu prouisum fuit vt ad heredi-
tatis restitutionem petendam cogi possint, nec magis
contra seruos quàm contra liberos. Idq; est quod Scæ-
uola scribit in *d. l. si non lex. § 1.* Si seruus primo loco
liber scriptus, nolit desiderare vt heres adeat heredi-
tatem, quam suspectam dicit, posse alium seruum se-
quenti loco scriptum id desiderantẽ adiri. † Planè nõ 19
inficior seruum quo desiderante coactus sit heres a-
dire ex quo instanti adita fuerit hereditas, sicut libe-
rum statim, ita & necessarium fore fideicommissariũ.
At non eodem modo nec eo sensu quo necessarius
heres esset, si vel solus, vel primus fuisset institutus. Il-
lo namque casu fuisset heres ipso iure, sicuti & liber.
In hoc vero, liber quidem est ipso iure, sed non here-
dis loco est tanquam fideicommissarius, nisi post fa-
ctam fideicommissi restitutionem. Præterquàm illo
casu quo & ante restitutam hereditatẽ, & sine herede
moriatur. Quod cùm euenit, perinde illius bona per
creditores hereditarios vendi possunt, ac si aditæ he-
reditatis restitutionem ante obitum accepisset, *l. po-
stulante 44. D. eod.* † Necessarius tamen fideicommissa- 20
rius dici potest, quia vel inuitus restitutionem heredi-
tatis accipere cogitur, nec ille tantùm, sed etiam illius
heres, licèt de solo manumisso Senatusconsultum lo-
cutum sit, vt Marcellus tractat in *d. l. postulante*. Sed id-
fit non iure aliquo speciali in seruorũ odium compa-
rato, sed iure communi ex quo quisquis fideicommis-
sariæ hereditatis obtinendæ gratia coegit heredem
ad adeundũ, recusare posteà non potest quominùs ea
hereditas vbi adita fuerit, sibi restituatur. Adeo vt si
plures fuerint fideicommissarij, & vno solo postu-
lante, coactio facta sit, in eum solum & in solidum a-
ctiones transeant qui cogit, *l. cogi 16. § idem Maecianus
eod.* Proinde eadem hoc casu serui quæ liberi homi-
nis fideicommissarij ratio est. † Sed hæc ad Scæuolam 21
adnotasse sufficiat, vt ad Caium & Tribonianum re-
deamus. Etsi namque iam satis superque probaui-

mus

mus Triboniani non Caij responsum illud esse quod
extat *in d.§.vlt.facta*,ne quis tamen de eo posthac du-
bitare probabiliter possit , indicendum à nobis est,
quid Tribonianum fefellisse videatur. Solet enim ille
non exemplo aliquo peccare. sed ex mendicatis exem-
plis,& Imperatorum rescriptis ad alias species quan-
tumuis dissimiles accommodatis , peccandi occasio-
nem magis quàm rationem quærere. † Quod & in
22 proposito factum ab eo fuisse coniicio ex rescripto
Impp. Seueri & Antonini quod Vlpianus refert in *l.
idem est.13.alias l.neque.§.cum miles.de testa.milit.* Nam
cùm miles in testamento suo libertatem seruo dedis-
set , eidemque & à primo & à secundo herede per fi-
deicommissum hereditatem reliquisset , tum & pri-
mus heres & substitutus ante aditam hereditatem de-
cessissent, rescriptum est ab Impp. non idcircò intestati
exitum fecisse militem, sed perinde habendum esse ac
si eidem seruo libertas simul & hereditas directò da-
ta esset, cùm negari non posset eam fuisse militis volú-
tatem, vt tam hereditas quàm libertas ad eum seruum
perueneri t. De illa namque voluntate enixa ex eo cõ-
stabat, quod non tantùm à primo herede , sed etiam à
secundo, id est, à substituto fideicommissariam heredi-
23 tatem huic seruo miles reliquerat. † Vt verò non tam
ipsi seruo, id est, libertati, quàm militi testatori, & testa-
mento subueniri æquum esset, illa ratio faciebat, quod
defunctus post testatorem heredibus vtrisque (vt ex
eo apparet quod Vlp. ponit eos decessisse ante aditam
hereditatem, siquidem viuo testatore, neque de adita,
neque ad adeunda hereditate tractari posset) nihil
imputari poterat testatori, id est, cur testamentum nõ
mutasset, directámque hereditatem pro fideicommis-
24 saria dedisset. † Qua ratione perinde admitterem re-
scripto locum esse debere , etsi heredes illi viuo testa-
tore decessissent , dummodò eo ignorante , quia nec
huic testatori quicquam imputari potest, cur seruum
heredem non scripserit, qui nesciebat heredes scriptos
decessisse. Nam si sciuisset, aliud proculdubiò respon-
deodum existimarem , neque paterer ad hunc casum
porrigi auxilium noui rescripti, quod propriam & fa-
uorabilem rationem illam vnam haberet, ne & serui
libertas & militis testamentum intercideret ob casum
inopinatum mortis contra quem testator à se proui-
sum crederet pluribus heredum gradibus adscriptis.
Quidni enim mutauit miles testamentũ, ex quo sciuit
defunctos eos à quibus fideicommissariam libertatẽ
25 seruo suo præstari voluerat ? † Si enim obiicias testa-
torem præsertim militem, cuius voluntas quæque te-
stamentum est, vt ait *l. eius militis.34.in fin.ff.eod.tit.* si
testamentum mutare potuerit, nec voluerit videri cũ
eodem testamento decedere voluisse, atque ita testa-
mentũ prius, quamuis ruptum & irritum factũ conua-
lescere quasi ex noua voluntate, vt de militis filiifami-
lias capite minuti testamento scribit Marcianus *in leg.
miles filiusfamilias.22.iunct. l.seq.& l.idémque erit.9.& l.
in fraudem.15.eo.tit.* Respondebo tum demùm id rectè
dici posse , cùm testamentum vt conualescat & iure
saltem militari valeat, nihil nisi nouam militis volun-
tatem requiri , non etiam nouam formam, diuersám-
que dispositionem. i.e. vt dicam apertiùs, cùm testa-
mentum tale est, quòd si à moriẽte milite iisdem ver-
bis, eodemque prorsus modo factũ esset , iure saltẽ mi-
litari valeret. † In eo namque solo militis priuilegium
26 versatur vt voluntas eius quælibet quantumuis iure
destituta pro iusta & legitima habeatur, non etiam vt
aliud sensisse & voluisse videatur, quàm quod dixerit,
putà vt cui fideicommissariã libertatẽ ab herede suo
dari voluit, ei directam ipse dedisse intelligatur. Vo-
luntas siquidem militis vt & alterius cuiuslibet testa-
toris, non nisi ex testamenti verbis petenda est , ne a-
lioqui facilè eueniat, non solùm vt in incerto semper
vagari non oporteat quoties inuestigabimus quid mi-
les voluerit, sed etiam vt dum à testamenti verbis re-
cedimus, pro voluntate militis tuenda in ipsam mili-
tis voluntatem offendamus: quòd ne vnquam eueni-
re possit, nullorum magis interest quam ipsorum mi-
litum , vt Traianus dicebat in eleganti illo rescripto,
de quo *in l. Traianus.24. D. eod.* † Atqui si miles re- 27
sciens defunctos eos quos testamento heredes scripse-
rat, expressim declarasset vel se cum eodem testamen-
to decedere, aut quod idẽ esset, si ab iisdẽ personis iam
mortuis eidem seruo directã quidẽ libertatem, sed ta-
men fideicommissariam dedisset, nemo diceret valere
testamentũ, siue cõmuni iure, siue militari, quia fidei-
commissaria hereditas, neque directæ iure deberi pos-
set, quæ à sciente & ita volente, per fideicõmissum re-
licta esset, neque à mortuo præstari qui iam nullus es-
set, *l. quidam referunt.14.*vers. *qua heres.ff.de iur.cod.* Ne-
que fauor militiæ aut libertatis facere deberet, vt ver-
ba obliqua quæ testator sciens & prudens directis
prætulisset, in sensu directo acciperentur. Alio certè
rescripto in eã rẽ opus esset quemadmodũ eo quoque
casu in quo & libertati & testamento subueniri æquũ
fuit , rescripti authoritatẽ interponi oportuit ad con-
firmandũ testamentũ, deficiẽte scilicet potestate prio-
rum illarũ constitutionũ , quæ de militariũ testamen-
torũ priuilegiis factæ fuerunt. Et sanè in testatore mi-
lite qui sciens ac prudens fideicõmissum à mortuis he-
redibus reliquisset , non haberet locũ ratio illa rescri-
pti , *quæ vtraque ad eum peruenisse testatorem voluisse ne-
gari non potest.* Eiusmodi nãque voluntas irrisoria po-
tiùs quàm seria videretur. † Sed etsi poneres ab hoc 28
milite non directã libertatẽ, sed fideicõmissariã seruo
datã esse, non putarẽ rescripto locũ fore, tametsi vel vi-
uo & ignorante milite, vel post eius mortẽ omnes he-
redũ gradus defecissent , quia longè facilius est vt ei
cui directa libertas data est, hereditas quoque directò
data intelligatur , quàm vt libertas fideicõmissaria in
directã cõuertatur, quia nec fideicõmissariæ libertatis
fauor vllus est. nisi subsistente persona à qua præstari
possit, vt præstetur ex testatoris voluntate, ex qua dire-
ctarũ quoque libertatũ & ius & fauor pendet quem-
admodũ Vlp. in Titulis scribit *tit.1.§.testamento*: nec
tã facilè potest lex aut Senatusconsultum aut etiam
Imperator fideicõmissariam libertatẽ ac directã adiu-
uare: quandoquidẽ directa ipso iure cõpetit , si modò
testamentũ valeat ex eóque adeatur hereditas, fidei-
cõmissaria verò omnimodo præstanda est, & quidem
ab eo cuius fidei fuit cõmissa. Facere autẽ lex vel Im-
perator cõmodè potest, vt testamentũ alioqui nullum
sustineatur, quod vnũ sufficit, vt directa libertas com-
petere possit. At non æquè vt is, qui iam mortuus est,
seruũ manumittat, nec rursus vt citra manumissionem
liber fiat is cui testator directã libertatẽ non dedit. † 29
Quãuis directa libertate data, facilè flectatur fideicõ-
missaria hereditas in directã, quasi in necessariũ ante-
cedens, quòd neque liber fieri possit is qui seruus fuit,
si nemo heres sit, nec alius quàm ipse heres esse , insti-
tutis omnibus prædefunctis. Fuit autem in hanc rem
necessaria authoritas rescripti , sicut & authoritas se-
natusconsulti *in d. l. si non lex.* §. 1. sed tamen diuersa
ratione. † Nam in casu senatusconsulti fuit succurren- 30
rendũ famæ & existimationi ciuis Romani, qui mo-
riens non soluendo venditionis publicæ infamiam
passurus erat. si eum saltem heredem non haberet, cui
& directam libertatem & fideicõmmissariam heredi-

tatem dedisset, herede instituto dicente suspectam.
Hîc verò subueniendum fuit voluntati militis, non
solùm quod hac in re soleant milites fauorabiliores
verùm etiam ad repentini casus iniquitatem emen-
dandam, vt loquitur *l.3. C.de inoff.testam.* Nam ex ea
causa interdum paganis quoque subueniri solet, vt in
specie *d.l.3.l.vlt.ff.de her.inst.* Sunt qui addant speciem
l.Titius.25.C.de liber.& posthum. Sed malè. Ibi enim a-
pertè Paulus respondet iure factam videri institutio-
31 nem, nec proinde auxilio vllo indigere.† Illud notari
volo in casu rescripti de quo agimus, non tractari de
eo milite qui fuerit non soluendo, sed indistinctè siue
miles soluendo fuerit, siue non fuerit, rescripto locum
esse debere ad voluntatem adiuuandam militis cui
nihil imputari possit. Idque Vlpianus non obscurè
demonstrat in *l. in fraudem. 15. eod.* cùm ita scribit, *in
fraudem planè creditorum, nec militem amplius quam vnũ
necessarium facere posse*, vt doceat nullum militis priui-
legium esse cùm agitur de libertatibus in fraudẽ cre-
32 ditorum datis.† Etsi non parum mouere Imperatores
illud potuit, vt in proposita specie militis testamento
subuenirent, quod iam sub Hadriano fuerat à Senatu
constitutum, vt ei quoque testatori licèt pagano sub-
ueniretur qui seruo libertatem directam, & heredita-
tem fideicommissariam dedisset, si heres institutus su-
spectam hereditatem adire recusaret. Indéque apparet
etiam manifestiùs, quàm verum sit quod in superiori-
bus docuimus, senatusconsulto locum esse non debe-
re si cum hereditate libertas etiam ipsa per fideicom-
missum non directò relicta sit, quando nec mi-
liti eo casu subueniretur.† Et porrò quod dicimus sin-
33 gulari militum priuilegio potiùs quàm aut iuris ra-
tione aliqua, aut aliorum priuilegiorum consequentia
niti rescriptum hoc Imperatorum, Consequens est, vt
si de pagani testamento tractetur, aliud prorsus respõ-
deri oporteat. Cur enim de milite, aut Vlpianus tra-
ctaret aut Imperatores rescripsissent, si in pagani te-
stamento idem iuris constitutum esse voluissent? *arg.
l.centurio.15.de vulg.& pupill.subst.l.precibus.8.C.de im-
pub.& aliis subst.l.in testamento.6.C.de testam.milit.l.qui
34 non militabat.78.ff.de hered.inst. cum simil.* † Quod &
distinctio illa probat, quæ ex Marciano ponitur in *l.
seq.* *Tractabatur*, inquit lex, *an tale aliquid & in pagano-
rum testamentis indulgendum esset. Et placet non sine di-
stinctione hoc fieri, sed si quidem viuo testatore & sciente
decessissent, nihil noui statuendum, si autem ignorante, aut
post mortem eius, omnimodo subueniendum.* Non enim po-
tuit scribi apertiùs differre hac parte testamenta mili-
35 tum & paganorum. † Quanquam non satis possum
videre in quo differentia sit aut quomodo explicari
possit. Nam si dicas cum Accursio, quod & Marciani
verba præ se ferunt, militis testamentum valere indi-
stinctè, pagani verò non nisi cum suprascripta distin-
ctione, iam in contrarium diximus, nec militis quo-
que testamentum ex rescripto defendi posse si & viuo
& sciente milite gradus omnes heredum extincti pro-
ponantur, non magis quã si eo tẽpore quo moreretur
miles tale testamentum condidisset. Rursum si nobis-
cum sentias eam distinctionem etiam in milite neces-
sariam esse. Verum se viuo prædefunctos esse heredes
suos sciuerit, vel ignorauerit, consequenter dicendum
erit vel nullam inter paganorum & militum testamẽ-
ta differentiam subesse, vel paganorum testamentis
hac in re nullo modo nullóque casu subueniendum
36 esse.† In quam sanè partem procliuior sum. Nã cùm
non modò libertatis, sed etiam militiæ coniunctus fa-
uor adeò nouum & extraordinarium rescripti auxiliũ
extorserit, nulla ratio est cur homini pagano, præser-
tim qui soluendo sit nec herede necessario indigeat,
subueniendum sit, tametsi nec in eo, qui soluendo non
sit aliud admittendum esse existimemus. Alioquin e-
ueniet absurdum illud quod Accursius notandũ pu-
tat, quasi singulare sit magis quàm absurdum, vt va-
leat testamentum sine institutione, contra certissimas
& manifestissimas iuris regulas quæ volunt heredis
institutionem & caput & fundamentum esse cuiusli-
bet testamenti *l.1.in fi.De vulg.& pupill.subst. l. vlt.ff.
de iur.codicill.* Sed neque in pagano sufficere potest ra-
tio illa quam Vlpianus de militis testamento tractans
probat *quod & libertatem & hereditatem ad seruum per-
uenire testatorem voluisse negari non possit.* quæ tamen vt
diximus sufficere potuit in milite adiecta rescripti au-
thoritate, propterea quòd multò faciliùs militis quàm
pagani voluntas, tum etiam cùm & iuris communis &
ordinarij priuilegij auxilio destituta est, defendatur.† 37
Quare de illo dubito quin tota illa distinctio sub
Marciani nomine tradita, potiùs sit Triboniani suo
more distinguentis, iurisque rationem parum curan-
tis: quod & verba ipsa ni fallor innuunt, illa præsertim
*si quidem, si autem, omni modo, nihil noui statuendum, sub-
ueniendum*, vt à nobis aliàs non vnó loco indicatũ est.
Nouam enim esse hanc distinctionem, id est ipsis quo-
que prudentibus etiam post rescriptum incognitam,
id ipsum probat quod lex ait, in primo casu distinctio-
nis nihil noui statuendum esse. † Cæterùm quàm di- 38
uersus sit casus huius rescripti ab illo, qui ex Caio tra-
ctatur in *d. l. facta §. vlt. ad Trebell.* non ex eo solùm
constat quod rescriptum hoc ad militum duntaxat te-
stamenta pertinet, sed ex illo etiam quòd præmortuis
heredibus omnibus & primis & secundis, multò mi-
nùs offenditur ratio iuris & voluntatis cùm perinde
habetur seruus cui & directa libertas & fideicõmissa-
ria hereditas data fuerat, acsi solus & primo loco & li-
ber & heres directò scriptus esset. Siquidẽ media ex-
tranei heredis persona nulla est, quæ obstet, quomodo
in specie *d.§.vlt.l. facta.* obstat Titius qui proponitur
& institutus, & rogatus, & superstes. Vnde etiam fit
vt in eadem specie obstet seruo senatusconsultum, de
quo *d.l.si non lex §.1.* cuius autoritas neque necessaria
neq; vtilis videri poterat si seruus fideicommissarius,
aut ex iuris ratione, aut ex supradicto Imperatorum
rescripto, aut denique ex legis Æliæ Sentiæ sententia
pro purè instituto haberi potuisset. † In eóque noster
etiam errauit Accurs. qui ad *d. l. tractabatur*, adfert 39
quasi similem quæstionem illam *d.l.vlt.* quæ tamen o-
mni ex parte dissimilis est. Illud vnum bene monet, e-
tiam hodie post *leg.pen.§.cum autem C.ad Treb.* neces-
sarium esse auxilium rescripti, quamuis Iustinianus ea
constitutione induxerit, vt citra restitutionem tran-
seant actiones ex Trebelliano quoties heres rogatus
ante aditam vel restitutam hereditatem sine successo-
re decessit, quoniam ad hunc casum illa constitutio
non pertinet, vel ob id maximè quòd hîc persona nul-
la est in quam actiones transire possint, cùm seruum
necesse sit ex seruo fieri liberum priusquam fideicom-
missarius esse possit, liber autem fieri nequeat nisi a-
dita demum hereditate, *l.vnic. §. in nouissimo. C. de ca-
duc.tollend.*

CAPVT XIIII.

Ad l.si Titio & Mæuio.61.de legat 2.l.1.§.vlt. de leg.3.l.2.§ vlt. ff.de suis & legit.l. 4.C ad S.C.Treb.

SVMMARIA.

1 *Quam sententiam antea secutus sit author in quæstione,*

ar

an pars coheredis legatis & fideicommissis grauata coheredi cum onere suo adcrescat?

2 *Eius sententiæ ratio, & collectio ex* §. Iulianus l. si Titio & Mæuio. ff. de legat. 2.

3 *Retractatâ sententiâ probat autor siue ante siue post Seueri rescriptum deficientem portionem coheredi tam legitimo quàm testamentario sine onere adcreuisse.*

4 *Legatis vel fideicommissis nominatim relictis ab eo cuius portio defecisset, heredi eam portionem quam ille repudiauit sine onere coheredi iure vetere adcreuisse.*

5 *Nominatim relictum legatum vel fideicommissum quando dicatur?*

6 *Sensus* l. cùm patronus 28. ff. de leg. 2.

7 *Vis huius clausulæ legatis & fideicommissis adiectæ,* quisquis mihi heres erit.

8 *Multum in* d. l. si Titio. 61. *interesse an ab vno ex coheredibus legatum sit nominatim relictum, an his verbis,* quisquis mihi heres erit?

9 *Reprehenditur Accursij sententia circa quæstionem, quid è contrario respondendum foret si in specie* d. l. *non Titius sed Mæuius adisset.*

10 *Ius vetus circa propositam initio quæstionem rescripto Seueri & Antonini abrogatum non fuisse.*

11 *Quid eo rescripto cautum sit?*

12 *Nihil eo rescripto de testamentariis aut legitimis coheredibus constitutum fuisse.*

13 *Ius adcrescendi à iure substitutionis dissimile distinctumque esse.*

14 *Rescriptum illud Seueri quod de substitutis duntaxat locutum est sola Prudentum interpretatione ad coheredes extendi non potuisse.*

15 *Multò minus ad legitimos quam ad testamentarios.*

16 *Non ideò quod paterfam. qui intestatus mori maluit, proximiores & legitimos tacitè instituisse videtur, perinde videri eosdem inuicem substituisse acsi expressim essent instituti.*

17 *Tacitam substitutionem nonnisi in expressa institutione contineri.*

18 *Tacitum quid dicatur?*

19 *Eos quibus secundo gradu legitima hereditas defertur pro substitutis haberi posse, & ad eum casum Seueri rescriptum extendi debuisse.*

20 *Successionem ante Iustiniani constitutionem in suis & agnatis non fuisse.*

21 *Quæstioni in* §. vlt. l. 1. de leg. 3. *propositæ Vlpiani temporibus locum esse non potuisse.*

22 *Quæstionem illam Triboniani non Vlpiani esse.*

23 *Confirmatur emendatio ad eum §. superioribus libris allata.*

24 *Coheredem legitimum coheredi legitimo tacitè substitutum non intelligi, nec ad eum casum Seueri rescriptum pertinere.*

25 *Clausulam illam* d. l. si Titio, sed post rescriptum *&c. Triboniani esse.*

26 *Cur Iulianus in* §. 1. d. l. si Titio. *de legitimis heredibus fuerit locutus.*

27 *Iuliani & Vlpiani temporibus adcrescentem coheredis legitimi portionem sine onere ad legitimum coheredem pertinuisse.*

28 *Respondetur ad* l. non iustam. C. ad SC. Trebell. *ex qua probari videtur coheredes testamentarios tacitè inuicem substitutos censeri.*

29 *Coheredes in ea lege expressim substitutos fuisse.*

30 *Etiam post Seueri rescriptum legata ab instituto relicta à substituto propter contrarias voluntatis coniecturas interdum non deberi.*

31 *Coheredem cui deficientis coheredis portio accrescit, non ex voluntate testatoris sed sola legis potestate in ea portione succedere.*

32 *Rationem à Triboniano in* d. l. si Titio. *allatam nec in testamentariis, nec in legitimis coheredibus locum habere posse.*

33 *Cur coheres ex tacita testãtis volũtate legata à coherede nominatim relicta non præstat si non fuerit expressim substitutus?*

34 *Probatur in specie* d. l. 4. C. ad Trebell. *coheredes testamentarios inuicem expressim substitutos fuisse.*

35 *Quænam fuerit in* d. l. 4. *dubitandi ratio?*

DEcepit † nos persæpe Tribonianus vt & alios omnes quotquot vnquã fuere, perspicaciores quoque iuris interpretes, sed numquàm callidiùs, quam cùm illa quæstio à nobis tractata est libr. 4. cap. 13. An pars coheredis grauata legatis & fideicommissis adcresceret coheredi cum suo onere, an libera & immunis ab onere illo legatorum & fideicommissorum, ab eo coherede cuius pars deficeret relictorum. Scripsimus enim ita comparatum fuisse ius vetus etiam ante Seueri & Antonini constitutum, de qua in *l. licet.* 74. *de legat.* 1. quæ induxit vt legata & fideicommissa ab institutis relicta à substitutis tacitè repetita intelligantur, vt coheredis portio adcresceret cũ onere scilicet si de testamentario coherede ageretur. In legitimo autem aliud obseruatum fuisse in id vsque tempus, quo ea Imperatorum constitutio fecit vt idem quoque ius in illo induci debuerit. † Quam in sententiam mouebat me præcipuè quod scriptum videbam in *l. si Titio & Mæuio.* 61. § *Iulianus de legat.* 2. vbi Vlpianus apertè scribit Iuliani sententiam illam fuisse, vt si alter legitimis heredibus portionem suam repudiasset, cùm essent ab eo fideicommissa relicta, coheres eius fideicommissa præstare non cogeretur: Sed tamen, inquit ille, post rescriptum Seueri & Antonini quo fideicommissa ab instituto relicta à substitutis debentur, & hic quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentem portionem. Quid enim scribi potuit apertius de iure quod & post Seueri rescriptũ obtinebat, nec solum in legitimis coheredibus sed etiam in testamentariis? Nam cur Iulianus de legitimo herede verbis disertis locutus fuisset, si non aliud in testamentariis existimesset? Cúmque substituto propriùs accedat coheres testamentarius, qoàm legitimus, quia succedit ex voluntate expressa testatoris, nec alia ratione nitatur rescriptum Imperatorũ quàm coniectura voluntatis defuncti, quid obstabat quominus in ea coniicienda idipsum sentirent Iureconsulti quod Imperatores? Atque ita tum ratiocinabar, Motus enim eram ex *l. non iustam.* 4. *C. ad SC. Treb.* quæ rescriptum illud trahit à substitutis ad testamentarios coheredes vt legata & fideicommissa ab instituto coherede relicta ab alio coherede ad quem deficiens portio prouenerit, tanquam à substituto debeantur. † 3
Nunc verò longè aliter sentio, neque dubito deficiétem portionem adcreuisse sine onere non solùm ante rescriptum Seueri, sed etiam post rescriptum toto Pandectarum iure siue de testamentariis siue de legitimis coheredib. ageretur. Video enim Iustin. in *l. vnic.* §. *pro secundo &* §. *sin autem aliquid sub conditione. C. de caduc. toll.* vetus ius corrigendo, vt ipse gloriatur, hoc ipsum sanxisse vt siue portio deficeret tanquam caduca, id est per mortẽ testatoris, siue tanquam in causa caduci, id est viuo testatore, vel remaneret penes eum à quo relicta esset, vel coheredi adcresceret cum onere, ratione illa æquitatis, quòd ferendus non sit qui lucrum amplectitur, onus autem lucro adnexum recusat. Aliter igitur comparatum ius vetus fuisse necesse est,

quod fuit correctum, alioqui corrigi neque debuisset, neque potuisset, sicut nec correctum est in iis quæ pro non scriptis habebantur, quorum semper ea conditio & natura fuit, si Iustiniano ipsi credimus, vt penes heredem sine suo onere remanerent, quod onus quoque perinde pro non scripto haberetur, nisi perrato, inquit Iustin. in *d. l. vnic. §. in primo*. Excipiendi enim sunt duo casus, de quib. in *l. vlt. D. de his quæ pro non script.* & in *l. cum vero 26. §. si pro non scripto de fideic. libert.*
4 † Porro autem iure vetere maximè interfuisse quibus verbis legata aut fideicommissa ab eo relicta fuissent, cuius portio defecisset. Nam si nominatim relicta essent, puta à Titio, & Titius hereditariam portionem repudiasset, eáque ad Mæuium coheredem peruenisset, vtique fideicommissum Mæuius non debuisset. Ratio illa est quam Celsus tradit in *l. pater meus. 29. §. quod à liberis de legat. 2.* quia quod heredis alicuius nominatim fidei committitur, videatur testator ita demum dari voluisse si ille heres extitisset. Vnde fit quod ibidem Celsus subiicit, vt heredi pars eius à quo nominatim legatum fuit, adcreuerit, non debeat filius præstare legatum, quod nec alius quilibet coheres præstare deberet.
5 † Porrò nominatim relictum legatum vel fideicommissum intelligi rum debet, cùm & vnus ex coheredibus nomine proprio & solus grauatus fuit. Nam si à Titio & Mæuio heredibus institutis relicta fuerint decem Sempronio, licet expressis nominibus propriis non appellatiuis, ita ius semper fuit vt Titio portionem suam repudiante Mæuius solus tota decem deberet, tanquam coniunctus in onere non minus quàm in ipsa hereditate *l. quidam referunt. 14. §. quod si duo ff. de iur. codicill. l. si duobus. 16. § heres l. cum à tribus. 122. §. Lucius Titius de legat. 1. l. cogi. 16. § cum quidam D. ad Trebell.* quumodo etiā accipiendū est, quod Papin. respondit in *l. cum pater. 77. §. cum pater. de legat. 2.* Illa enim verba, *eadémque prædia filio exheredato dari volui*, ostendunt potiùs relictum fuisse fideicommissū prædiorū ab heredibus omnibus sub nominib. appellatiuis, quàm à sola filia nominatim, à qua ita relinqui potuisset, cùm prædium esset hereditariū, ac proinde non de sola filiæ portione hereditaria præstari posset, sed de communi, vt idem Papin. loquitur, in *d. l. cum pater in prin.* & in *l. deducta. 58. §. acceptis ad SC. Trebell.*
6 † Nec aliter meo iudicio, accipienda est species illa quam Marcellus tractat in *l. cum patronus. 28. de legat. 2.* de fideicommisso relicto à patrono ex debita parte instituto, quod licèt præstare ipse non cogatur, si tamen omiserit institutionem, ab iis qui partem illam vindicant, præstandū est, quoniā singulare ius patroni ad alium nequaquam debeat pertinere. Id enim tū verè dicitur, cùm à patrono ex parte debita instituto, aliisque heredib. fideicommissū relictū fuit, siue sub propriis nominibus, siue sub appellatiuis, non etiam si à patrono nominatim.
7 † nisi pones subiectam clausulam generalem quæ olim vulgò in testamentis adiici solebat, (vix tamen post legata & fideicōmissa nominatim ab aliquo ex heredib. relicta) *Quisquis mihi heres erit*, cuius vis & potestas illa erat, vt quisquis heres esset, & in quocunque gradu illa etiam legata, & fideicommissa omnia deberet quæ vel à coherede, vel à priore gradu relicta essent. *d. §. quod si duo l. 14. De iur. codicill.* & in *l. 3. eod. titul. l. 1. §. id quod ex substitutione. D. ad leg. falcid. d. l. si Titio & Mæuio. 61. in princip. De legat. 2.* vbi Vlpianus scribit, Si Titio & Mæuio heredibus institutis, qui quadringenta reliquebat à Titio ducenta legauerit, & quisquis heres esset, centum, neque Mæuius hereditatem adierit, Titium trecenta propter legatum à se nominatim relictum, & centum partim pro sua parte, partim pro adcrescente coheredis portione.
† Ex quo responso appatet non obscurè quantum interesse Vlpianus putauerit an ab vno ex coheredibus legatum sit nominatim, an iis verbis, *Quisquis mihi heres erit*. Nam si in proposita specie nominatim à Mæuio legata fuissent quinquaginta, non additis verbis supradictis, vt. que Titius non nisi ducenta & quinquaginta deberet, v oec nisi centum si illa centum à solo Mæuio nominatim data proponerentur. Alioqui non erat cur Vlpianus ita loqueretur, *& quisquis heres esset, centum*, sed quemadmodum posuerat à Titio leg ta ducenta, ita ponere debuerat legata à Mæuio centum aut saltem quinquaginta, si perinde futurum erat vt omni casu à Titio trecenta præstanda essent, sicut & omni casu euenit vt tota hereditas ad solum Titium deuoluatur. Distinctio enim illa, vtrum & quantum ex sua, aut ex coheredis persona, præstare Titius debeat patum refert, nec de illo quærit Vlpianus, sed quantum legatario debeatur, solo Titio herede existente. † In eoque pu- 8
to valde hallucinatum Accursium, qui proposita quæstione, quid è contrario respondendum fuerit si non Titius, sed Mæuius adiisset, Respondet intrepidè, dicendum idem fore, scilicet vt Mæuius in tota trecenta teneretur, sed in quinquaginta iure suo, aut vt potiùs loqui debuit, ex propria persona, in residuum verò propter adcrescentem partem Titij heredis, mihi enim contra videtur, Repudiante Titio Mæuium ducenta illa non debiturum, quæ à Titio relicta fuerant nominatim, sed centum duntaxat tam ex sua quàm ex coheredis sui persona, propter illa verba, *quisquis mihi heres erit*, inspecto nimirum iure Pandectatum. Nam quod ad ius nouum spectat, conuenit mihi cum Accursio tota trecenta deberi ex Iustiniani constitutione. Sed de iure vetere tractamus, vt quid suis responsis Iureconsulti senserint, assequamur. Neque verò Accursius ipse dubitat quin hac in re ius vetus fuerit abrogatum, vt ex iis videre est quæ Azonē secutus ille tradit ad *dict. l. pater. §. vlt.* † Sed in eo tamen non tam errat quàm decipitur, in quo & nos ante hunc diem decepti sumus, quod existimat abrogatum fuisse ius vetus, quod ad rem hanc attinet per Seueri rescriptum illud de quo in *d. l. licet.* cùm tamen nihil prorsus immutatum fuerit ante nouam Iustiniani constitutionem in *d. l. vnic. C. de caduc. tollend.* 9
10
11
† Rescripto namque Seueri & Antonini aliud nihil cautū est, nisi vt legata & fideicommissa ab instituto relicta tacitè à substituto repetita intelligantur, ideóque deberentur quæ ante à non aliter debebantur quàm si expressim repetita essent, *d. l. quidam. 14. De iure codicill. l. seruo alieno. 113. § si ab impubere. De legat. 1.* si ex aliqua coniectura euidens videretur voluntas testatoris vt à substituto quoque præstarentur, puta si extraneo herede instituto, & extraneo etiam substituto, prædia quæ qui libertis reliquisset cùm institutus moreretur, ne ex nomine familiæ alienarentur, petiisset, vt in specie de qua Papin. in *d. l. cum pater. §. ab instituto de legat. 2.* Rescriptum enim non nisi in obscura testatoris voluntate locum habet vt Vlp. concludit in *d. l. licet, in fin. possuntque peti exempla ex l. ab exheredat. 126. §. vlt. de leg. 1. l. debitor. 81. § 1. de legat. 2.* † At de coheredibus si- 12
ue testamentariis siue legitimis nihil eo rescripto cōstitutum fuit, nisi per interpretationem velis extendere ad coheredes quod de substitutis cautum est, eo colore quòd cum coheredis portio deficiens coheredi etiam inuito adcrescat, videatur coheres quilibet in coheredis portione quodammodo tacitè substitutus, *dict. l. si Titio. §. Iulianus. & dict. l. non susta*m. Sed tamen hoc

hoc ipsum est quod ego mihi persuadere non possum
vt coheres siue testamentarius siue legitimus ille sit,
13 pro substituto habeatur. † Nemo enim nescit quàm
dissimile sit ius adcrescendi, distinctúmque à iure sub-
stitutionis. In eo præsertim quod ius adcrescendi cõ-
petit etiam inuito. Ius verò substitutionis nõ nisi vo-
lenti. Et qua differentia etiam illa nascitur. quod ius
adcrescendi transmittitur ad heredem, at ius substi-
tutionis non item, *l. si ex plurib. 9. D. de suis & leg. suc.*
l. qui liberis 8. §. vlt. de vulg. & pup. substitutio. l. toties 81.
de acq. her. Quarum differentiarum, aut nulla, aut cer-
tè perobscura esset ratio, si ius adcrescendi tacitæ quo-
que substitutionis iure censeri posset. Sed & illud cõ-
stat, frequentissimum olim illud fuisse vt coheres co-
heredi etiam volgariter substitueretur, id est in eum
quoque casum quo citra substitutionem adcrescendi
ius locum habere potuisset, vt in *d. l. si ex pluribus vers.*
alia causa est instituti heredis & coheredis substituti, l. co-
heredi in princ. l. qui discretas. §. qui patrem & §. coheres.
& pass. De vulgar. & pupillar. substitut. l. 1. §. ad quod ex
substitutione. D. ad leg. falcid. Hoc ipsum verò cur ita, si
nulla quoque facta substitutione coheres in deficien-
te coheredis portione pro tacitè substituto habendus
fuisset? Imo fiebant huiusmodi substitutiones, vt si
coheres idémque substitutus à sua portione adeunda
exclusus esset vel tempore vel repudiatione aut alia
de causa si qua esse poterat hereditatem ex substitu-
tione adire posset, in summa vt electionem haberet
vtro iure mallet succedere an institutionis an substi-
tutionis: vel ob id maximè quod fieri poterat, vt in-
stitutio magis quàm substitutio grauata reperiretur.
Vnde illa quoque distinctio, An pars onerata adcre-
scat non oneratæ, vel contrà pars quæ onerata non
est, oneratæ: De qua scripsimus ad *dict. §. ad quod ex*
14 *substitutione dict. cap. 13. lib.* 4. † Non igitur dici potest,
rescriptum Seueri de substitutis duntaxat locutum
sola prudentum interpretatione ac citra alterius re-
scripti authoritatem ad coheredes extendi debuisse.
Quidni enim testator coheredes inuicem substituisset
si substitutos eos voluisset? An non id facere tribus
15 illis verbis poterat, *eósque inuicem substituo*? † Quòd si
in testamentarijs quoque heredibus hoc verè dicitur,
an non multò verius in legitimis? Legitimi enim non
solùm expressim substituti non sunt, sed nec, quod
magis est, substitui possunt, cùm ab intestato vulgaris
substitutio nõ magis quã institutio fieri possit, siquidẽ
& ipsa nihil aliud est quã institutio vel secũda, vel se-
cundi heredis, vt Caius in Instit. definit. Quod igitur
expressè fieri non potest, cur aut quomodo tacitè fa-
16 ctum fuisse interpretabimur. † Nec est quod quis di-
cat Patremfamilias qui cùm facere testamentum pos-
set, mori maluit intestatus, hoc ipso tacitè instituisse
videri eos qui mortis tempore proximiores futuri sint
in causa successionis, & ab intestato successuri. *d. l. 3. l.*
conficiuntur. 8. in princip. D. de iur. codicil. Et consequen-
ter si plures, quod in eodem gradu constituti sint, le-
gitimi coheredes reperiantur perinde videri eosdem
substituisse inuicem acsi expressim essent instituti. Ne-
ganda enim est consecutio, quia non eadem hac parte
primæ institutionis & secundæ ratio est. Prima insti-
tutio quominus tacitè facta intelligatur patrefami-
lias intestato moriente, nihil impedit, quia medium
nullum est inter successionem intestati, & primi he-
redis institutionem, cùm fieri nequeat vt non moria-
tur testatus, aut intestatus, quisquis testamenti facien-
17 di ius habet. † At inter legitimam successionem &
substitutionem testamentariam medium illud est pri-
mæ institutionis sine qua fieri non potest vt ad secun-
dam perueniatur, non magis quàm vt à substitutione
incipiat testamentum quin substitutio euadat in in-
stitutionem, vt in *l. si is qui soluendo. 57. D. de hered. in-*
stit. l. cùm ex filio. 39. §. vlt. De vulg. & pupill. subst. Proin-
de si prima institutio nulla sit expressa, fieri nullo mo-
do potest vt tacitam vllam substitutionem continere
videatur. † Tacitum enim illud dicitur, quod in ex- 18
presso continetur vi ipsa & tacito intellectu, & quod
colligitur ex expresso: siquidem tacitum ex tacito
quod substantiam propriam nullam habet, colligi aut
inferri nunquam possit. Alioqui paulatim dici inci-
piet, Si pater duobus impuberibus ad intestato here-
dibus relictis decesserit, habendos eos esse pro tacitè
pupillariter substitutis, tanquã tacitè vulgariter sub-
stitutos, cùm ex Diui Marci constitutione substitutio
in alterum casum facta inter impuberes, in vtrumque
facta intelligatur, vulg. *l. iam hoc iure. 4. ff. de vulg. &*
pup. subst. quod tamen nemo vnquam dixit, nec nisi
perridiculè dicere quisquam possit. Expressam enim
esse vulgarem substitutionem necesse est, vt eam pu-
pillarem contineat, quam vulgares interpretes tacitã
vocant. Alij elegantiùs, à lege subintellectam. Simili-
ter dicendum est tacitè substitutos haberi non posse
coheredes qui non sint expressè instituti, quamuis
qui non sint expressè scripti habendi sint pro tacitè
institutis. Proceditque ratio hæc ita etiam præsuppo-
sito iure vt qui sunt expressè instituti tacitè inuicem
substituti intelligantur, quod nos iam negauimus nec
posthac vnquam concedemus. † Illud longè proba- 19
bilius defendi posset, eos quibus secundo gradu legi-
tima hereditas deferatur, pro substitutis haberi opor-
tere, cùm substitutio expressa ex secundo gradu æsti-
metur, ideóque & ad hunc casum extendi rescriptum
Seueri debuisse. Quemodo ratiocinati sumus libr. 4.
cap. 15. cùm tractauimus de emendatione *§. vlt. l. 1. de*
legat. 3. & negationem eam sustulimus, quæ erat in
verbis illis *fideicommissum non debere*. Cuius emenda-
tionis neque nunc nos pudet. † Sed vereor iam ne 20
Tribonianum potiùs quàm Vlpianum cuius ea lex
est emendasse videamur. Obseruo enim quod nondũ
obseruaram, non potuisse Vlpiani temporibus de spe-
cie ibi proposita disputari, quia cùm iuris veteris ra-
tio prohiberet ne qua in agnatis esset successio ante
nouam Iustiniani constitutionem de qua in *§. place-*
bat Instit. de legit. agnat. success. sicut nec in suis *l. 1. §.*
sciendum. ff. de suis & legit. fieri non poterat, vt repu-
diante primi gradus agnato à quo fideicommissum
relictum fuerat, successio ad sequentem gradum de-
uolueretur. Id enim erat, In suis & agnatis successio-
nem non esse, vt quamuis proximus ad hereditatem
inuitatus, aut spreuisset hereditatem aut ante aditam
decessisset, nihilo magis legitimo iure sequentes ad-
mitterentur, quemadmodum explicat Tribon. in *d. §.*
placebat & Vlp. in *d. §. sciendum* quoniam scil. potestas
legis in successione legitima siue suo siue agnato pro-
ximo deferenda, vnico actu, & vnica delatione con-
sumebatur. † Non ignoro quod obijcit Trib. in *d. §.* 21
placebat, eam iuris ciuilis asperitatem hactenus iure
prætorio temperatam & emendatam fuisse vt qui tã-
quã agnati admitti non poterant admitterentur tan-
quam cognati. Sed non patiuntur hanc interpreta-
nem verba illa Vlpiani, *si illo repudiante ad sequentem*
gradum deuoluta sit successio: nec enim ad sequentem
gradum deuoluta dici posset successio nisi quæ priori
gradui competisset, ac proinde legitima non prætoria
& honoraria. Planè si illa deessent *illo repudiante*, pos-
set locus fieri quæstioni, an sequentis gradus agnatis
fideicommissum deberet quod relictum esset à primi

gradus agnatum, siue ante testatorem, siue post testatorē
quidem, sed tamen ante delatam hereditatem defun-
cto. Nam & interdum id euenire potest, vt in specie
d. §. sciendum l. si quis filio 6. de iniust. rupt. l. scripto 7. ff.
vnd. liber. Neque. n. potestas legis hereditatem defe-
rentis priùs consumi potest quàm per ipsam heredi-
tas deferatur, quæ porrò viuentis hominis sicut nulla
est, ita nec deferri potest, *l. 1. ff. de hered. vel act. vend. l.*
donat. 29. alias l quidā § donationē ff. de donat. At vt pri-
mo gradu repudiante ad sequentē successio deuolue-
retur, fieri nullo modo poterat Vlpiani temporibus,
quia nec repudiari successio potest priusquàm sit de-
lata, *l. nec est. 17. in fin cum l. seq. l. illud. 77. & pass. ff. de ac-*
quir. hered. l. 1. §. decretalis. ff. de success. edict. Neq. proin-
de quæstioni locus relinquebatur, an fideicommissum
à primo relictum à sequenti deberetur. Ergo nec il-
lud explicari commodè potest quod sequitur in *d. §.*
vlt. & ita Imperator noster rescripsit. siquidem, vt dixi,
primus Imp. Iustinianus fuit qui in agnatorum suc-
22 cessionibus successionem induxit. † Quod cùm ita sit
illud vnum dicendum superest; vt ea quæstio Tribo-
niani sit, leges veteres pro suo more ad ius nouum ac-
commodantis, rescriptúmque Imp. Seueri quem Vl-
pianus Imperatorem suum solet dicere ad hunc quo-
que casum extendentis, vt legitimus quoque substitu-
tus, si sic dicere liceat perinde obligetur fideicommis-
sis à primo gradu legitimorum heredum relictis, acsi
per testamentum esset expressim substitutus. † Quo-
23 minùs dubitandum est quin sublata negatione Tri-
bonianus scripserit, agnatum sequentis gradus fidei-
commissum debere. Id n consentaneum erat alteri e-
iusdem Iustiniani constitutioni in *d. l. vnic. C. de caduc*
tollen. quæ extra causam eorum quæ pro non scriptis
habentur, vt diximus, constituit generaliter vt sentire
onus debeat quisquis lucrum sentit. Vnde fit etiam
mihi verisimile verba illa postrema *§. vlt. d. l. 2. ff. de suis*
& legit. cum onere fideicommissi, quæ nos delenda esse
probauimus lib. 6. c. 14. ab eodem Triboniano potiùs
quàm ab alio vllo interprete addita fuisse. Adeò sibi
placuit ille in iure vetere quod ad hanc rem pertinet,
24 etiam per iniuriam corrigendo. † Cæterùm quamuis
poneres ita comparatum fuisse ius vetus, vt fideicom-
missum à primo gradu legitimo relictum à sequenti
gradu tanquam à substituto saltem post rescriptum
Seueri præstandum esset, ac in necessarium antecedēs
vt legitima successio à primo gradu ad secundum ex
repudiatione deuolui posset nunquam tamen admit-
terem consequens fore vt perinde coheres legitimus
coheredi tacitè substitutus intelligi deberet: illud ve-
rò multò minùs vt id Seueri rescriptum ad eum quo-
que quasi substitutum protraheretur. † Itaque vt li-
25 berè dicam quod sentio, non puto dubitandum quin
Triboniani sit tota illa clausula *d. §. Iulianus, Sed post*
rescriptum Seueri quo fideicommissa ab instituto relicta à
substituto debentur, & hic quasi tacitè substitutus cum suo
onere consequetur adcrescentem portionem. Cui adnota-
tioni, vt via strueretur, necesse fuit in præcedentib. ita
scribere *Iulianus quidem scribit* adiecta dictione illa
quidem Triboniano nostro tantoperè familiari, Ab
Vlpiano enim fuisse illam interdictam non puto, si-
cut nec Iuliani sententiam notatam, nec denique Se-
uerum Imperatorem adeò iciunè proprio nomine ac
26 sine vlla honoris præfatione nuncupatum fuisse. † In-
spectione tamen dignum illud est, cur Iulianus de le-
gitimis heredibus fuerit locutus, an quod in testamē-
tariis aliter existimaret, vt nobis aliquando vide-
batur? Minimè, si non Vlpianus à Iuliano ea in re
dissentit, quemadmodū iam à nobis comprobatū est
ex princip. eiusdem legis. Sed quia in testamentariis
distinguendum esset, an expressim substituti essent
nécne, vt alia quoque distinctio induceretur, an à
substitutione fideicommissa repetita essent an non.
Vtrumque enim facto testamento frequentissimum
erat vt & coheres coheredi vulgariter substitueretur,
& à substituto legata fideicommissáque omnia repe-
terentur. Quibus distinctionibus locus nullus relin-
quebatur mortuo patrefamilias intestatu pluribus le-
gitimis heredibus relictis: cùm in codicillis aliáve vl-
la scriptura ad intestati successionem pertinente fieri
substitutio vulgaris & directa non posset, *l. Scæuola.*
D. ad SC. Trebell. §. vlt. Inst. de codicill. † Ideoque in le-
gitimis heredibus verum fuit indistinctè Iuliani & 27
Vlpiani temporibus, adcrescentem coheredis portio-
nem sine onere ad coheredem pertinuisse, tantùm a-
best vt verum esse potuerit quod Tribonianus credi-
dit, legitimos coheredes pro tacitè inuicem substitu-
tis haberi debuisse, qui nec expressim substitui potuis-
sent. † Quid ergo respondebimus ad *d. l. non iustam. 4.*
C. ad SC. Trebell. Is enim locus vnus est quo apertissi- 28
mè probari videtur coheredes testamentarios inuicē
tacitè substitutos videri, ob idque rescriptum Seueri
de tacita legatorum & fideicommissorum repetione
ad illos etiam pertinere. Dicendū est, necessariò fuisse
in illa specie coheredis inuicem expressim substitu-
tos, non illa solùm coniectura quòd eiusmodi substi-
tutio, vt diximus, vulgò fieri soleret, sed verbis quo-
que legis ita suadentibus. Siquidem non alia ratio ad-
fertur, quàm quod D. Antonino placuerit deberi etiā
à substitutis fideicommissum contemplatione iudicij
testatoris, quasi tacitè ab iis repetitum. † Quæ ratio
prorsus incepta esset ac incongruens, si non expressim 29
coheredes fuissent substituti: priúsque erat vt lex di-
ceret habendos eos pro tacitè substitutis, quàm vt re-
scriptum de substitutis factum ad coheredes accom-
modaret, aut saltem sic concipienda erat ratio, vt de
coheredibus esset tanquam tacitè substitutis, non de
substitutis simpliciter. Sed absurdum sanè fuisset ita
rescribi ab Imperatoribus vt tacitè repetita videren-
tur legata & fideicommissa etiam ab eo qui non nisi
tacitè quoque fuisset substitutus: neque possum vide-
re cur non de coheredibus quoque perinde ac de sub-
stitutis Antoninus rescripturus fuerit, si ad coheredes
quoque rescriptum suum pertinere voluisset. Erat e-
nim multò frequentius adcrescendi ius quàm substi-
tutionis, cùm & tacitum esset & necessarium ex sola
legis potestate, ideoque nec minùs rescripti auxilium
merebatur, si testatoris voluntas præsumpta coheredi
æquè ac substituto nocuisset. Substituto namque sub-
intrante locum & gradum eius à quo nominatim le-
gata vel fideicōmissa relicta fuerant, vix erat vt non
videri deberet ea fuisse testatoris voluntas ne melio-
ris esset condicionis substitutus quàm institutus, etsi
ante rescriptum Seueri non ita respondere Iurecon-
sulti potuissent, ne quidem ex coniectura subobscuræ
voluntatis, quoniam suppletione aliqua in eam rem
opus erat, nec sola interpretatio sufficiebat. Prudentū
verò munus erat, vt sæpiùs diximus, interpretari non
supplere. † Adeò vt etiam hodie post rescriptum Se-
ueri accidat sæpenumerò vt legata ab instituto relicta 30
à substituto non debeantur propter contrarias volū-
tatis coniecturas, vt Vlpianus tractat in *d. l. licèt Im-*
perator. 74. de legat. 1. quò etiam pertinet elegans illa
species quam Paulus tractat in *l. Latinus Largus. 83.*
de legat 2. vbi non de illo quæritur, An coheredi ad-
crescat portio coheredis cū onere, sed án patronus tā-
quā substitutus ex persona ancillarū debeat fideicom-
missum

missum ancillis ipsis relictum, hoc modo, *cùm ipsa manumissæ essent.* Placet autem non videri repertum fi-
deicommissum, quia ipsæ fideicommissariæ fuerant
substitutæ, nec in parte, sed in totum, qui vnus est ex
31 casibus exceptis, de quibus in *d. l. licet.* † At in cohere-
dibus quamuis testamentariis non idem tractari po-
test, quia coheres cùm adcrescendi iure consequitur
deficientem coheredis portionem non subintrat locũ
coheredis, at ne quidem ex voluntate testatoris suc-
cedit in ea portione, sed sola legis potestate fit vt &
ei inuito, & quod magis est, ipso etiam inuito testato-
re, si fortè contra leges adcrescendi ius prohibere vo-
luisset, deficiens portio adcrescat. Non enim potest
adcrescendi ius à testatore prohiberi, vt docuimus in
Decadibus. † Neque rursum in coherede, siue testa-
32 mentario, siue legitimo locum habet ratio illa quæ
Tribonianum perpetuò mouit quod ferendus non sit
is qui lucrum amplectitur, onus autem recusat. Siqui-
dem lucrum illud portionis deficientis tale est, vt et-
iam inuito eo heredi acquiratur, quod de substituto
non æquè dici potest qui imputare sibi debet, cur sub-
33 stitutionem agnouerit, si onus subire nolebat. † Pro-
inde nulla ratio est, cur dicamus ex tacita testantis vo-
luntate debere illum legata & fideicommissa quæ te-
stator à coherede nominatim reliquerat, si non fuerit
expressim substitutus, vt in *d. l. 1. §. sed quod ex substitu-
tione ff. ad leg. Falcid.* Nec illa solùm ratione quam su-
prà ex Celso attulimus in *d. l. 29. §. quod alicuius de le-
gat. 2.* quod qui vnũ ex suis heredibus nominatim gra-
uat, non aliter videatur præstari voluisse legatũ vel fi-
deicõmissum, quàm si ille heres extitisset (quæ etiam
post rescriptum Seueri, in coherede vera fuit, non etiã
in substituto.) Verùm etiã quia ex lege, vt dixi, magis
quàm ex testatoris iudicio succeditur, per ius adcre-
scendi, tum quoque cùm ius illud à testatore prohi-
bitum non fuit. Neque in eo vlla fit iniuria voluntati
testatoris, qui coheredem coheredi substituere pote-
rat si voluisset. Potéstque illi imputari cur non fecerit,
tum etiam cùm constat eum voluisse. Substitutionem
enim vulgarem tacitam prudentes nullam agnoscũt,
nisi quæ ex Marci constitutione inducta est, & de
qua in *d. l. iam hoc iure. 4. de vulg. & pup. subst.* Nam &
similiter dicimus eum qui fit coheres præter mentem
testatoris, ac proinde ab intestato, nullam partem de-
bere eorum quæ testator voluerat præstari ab illo quẽ
sibi solum successurum sperabat, qui succedit suo iure
non ex iudicio testatoris, *l. qui grau. 1. cum duab. seqq. l.
pen. ff. de iur. codicill. l. cùm pater. 77. §. cùm existimaret de
l. 2.* † Sed & in specie *d. l. 4. C. ad Treb.* fuisse coheredes
34 testamẽtarios inuicẽ expressim substitutos, conici po-
test ex illis verbis legis, *vt ad alium nepotem eundémque
coheredem deuoluatur portio.* Deuolui enim propriè di-
citur portio quæ ex substitutione acquiritur, quoniã
substitutio, vt dixi, ex secundo gradu delationis æsti-
matur, non etiã quæ per ius adcrescendi, cùm portio
adcrescat portioni non personæ, *l. si Titio. 33. §. 1. ff. de
vsufr.* nec proinde ad personam deuoluatur, si hoc quo-
que sensu eo verbo vti voles, sed ad portionẽ. † Illa i-
gitur dubitandi ratio erat in *d. l. 4.* non quod rescriptũ
Seueri de substitutis dumtaxat non etiam de cohere-
dibus locutum fuisset, coheredes autem expressim sub-
stituti non fuissent, sed vt ipsi lex ait, quod à coherede
eodémque substituto non fuissent nominatim repe-
tita legata vel fideicommissa quæ à coherede nomina-
tim fuerant relicta. Sed non fuit necessaria expressa
repetitio sufficiente tacita post rescriptum. Fuit tan-
tum necessaria substitutionis expressio, de qua tamen
si quis miretur nihil disertis verbis expressum fuisse

in *d. l. 4.* cogitare is debebit in plerisque aliis legibus Codicis idem vsuuenire vt multa in facto supplenda sunt quæ quòd in legibus expressa essent, in rescripto frustra fuissent repetita. Quanquam & ex ipsis verbis legis quæ nos in hanc rem ponderauimus, non obscurè probari posse videtur fuisse in illa specie expressam substitutionem. In eóque nos etiam errauimus, cùm eam legem interpretati sumus lib. 6. tit. 14. Cætera enim quæ ad eam legem pertinent videmur nobis eo loco non infeliciter explicasse.

CAPVT XV.

Emendatio l. pater meus. 29. §. vlt de legat. 2. & retractata quæstio l. 1. §. quod ex substitutione & § si coheredis ad leg. Falcid.

SVMMARIA.

1 *Hunc §.* vlt. dict. leg. pater, *præcedentis §. consectarium esse.*

2 *Cur in* dict. *§.* vltim. *Celsus de herede separatim tractet.*

3 *Reuocat autor quod antea de huius loci sententia proposuerat*

4 *Eam speciem à Celso in* d. *§. tractari in qua duo filiifamilias à patre fuerint ex semissibus instituti, à quorum altero nominatim extraneo legatum fuerit.*

5 *Accursij interpretatio ad verba illa* d. §. vlt. quod iure antiquo capit.

6 *Non posse in* d. *§. legatum ab eo capi cui portio deficiens aut repudiata sine onere adcrescit.*

7 *Emendatur locus ille & pro* capit, *substituitur* cadit.

8 *Per ius antiquum quid ibi intelligatur?*

9 *Post Seueri rescriptum de tacita legatorum repetitione factum, portionem coheredis nominatim grauati ad coheredem siue legitimum siue testamentarium sine onere peruenisse.*

10 *Duo casus excipiuntur.*

11 *Post illud Seueri rescriptum expressam legatorum ab instituto relictorum repetitionem necessariam non fuisse.*

12 *Cuiacij & autoris ratiocinatio ad* §. si coheredis. l. 1. ff. ad leg. Falcid.

13 *Eam quoque in* d. *§.* si coheredis, *speciem tractari in qua coheres coheredi fuerit substitutus.*

14 *Differentia inter speciem in* d. *§.* si coheredis. *tractatam, & eam quæ in §.* id quod ex substitutione. *immediatè præcedente proponitur.*

15 *Quid intersit inter eum casum quo coheredi qui propriam portionem iam agnouit, coheredis portio ex substitutione acquiritur, & eum quo coheres cuius portio erat integra, coheredis portionem legatis exhaustam ex substitutione vindicauit?*

16 *De secundo casu & explicatione* dict. *§.* si coheredis.

17 *Legata in specie* d. *§. ab instituto relicta à substituto expressim repetita fuisse.*

18 *Idem obseruandum in aliis iuris locis vbi agitur de portione coheredis grauata legatis, quæ ad coheredem cum onere legati peruenit.*

19 *Excipe, nisi legata à coherede qui repudiauit, non nominatim, sed suis verbis,* quisquis mihi heres erit, *relicta sint.*

28 *Ius vetus circa legatorum repetitionem post Diui Seueri rescriptum alio argumento probatur & confirmatur.*

21 *Ratio* l. si eius. 34. ff. ad SC. Trebell.
22 *Examinatur species* §. 1. leg. si res aliena. 52. ff. eod. tit.
23 *Cur in specie* §. vlt. d. l. pater. de legat. 2. *frater cui portio fratris vel extranei heredis adcreuit, legatum debere non possit?*
24 *Cur hoc* §. *Triboniano sit adscribendus.*

1 HIc † quoque locus nostra non tantùm interpre-
tatione, sed etiam manu indiget, vt explicari
possit. Nec enim hactenus fuit qui benè explicuerit,
si filio heredi, inquit Celsus, *pars eius a quo nominatim*
legatum est, adcrescit, non præstabit legatum quod iure an-
tiquo capit. Videtur hoc consequens ei sententiæ quæ
præcedit in §. *quod alicuius*, vbi generaliter scriptum
est. Quod alicuius heredi nominatim fideicommitti-
tur, posse videri testatorem ita demum dari voluisse,
si ille heres extitisset, Ad eorum legatorum & fidei-
commissariorũ differentiam, quæ non ab vno ex here-
dibus nominatim relicta essent, sed ab ipsa, vt ita di-
cam, portione, his verbis, *Quisquis mihi heres erit*, quo-
modo & cæteri quoque Iureconsulti distinxerunt, *l. si*
Titio. 61. in prin. de qua proximo cap. diximus, *eod. tit.*
leg. 1. §. ad quod ex substitutione. ff. ad leg. Falc. leg. qui-
2 *dam referunt 14. §. vltim. ff. de iur. codicill.* † Sed illud
primùm obscurum est cur de filio herede Celsus se-
paratim tractet, si alterius cuiuslibet heredis eandem
debere rationem esse existimauit. Nam quod Accurs.
tentat maiorem dubitandi rationem fuisse in filio,
quasi qui patris votum magis adimplere debuisset,
non videtur probabile, cùm neque tanquam heres,
neque tanquam filius durioris condicionis esse de-
3 beat quàm alius quilibet heres. † Nobis aliquando
placebat intelligendum esse locum hunc de portione
coheredis facta caduca non de repudiata, propter ea
verba, *quod iure antiquo capit*, quasi referenda ad legem
Papiam de caducis. quæ ius antiquum seruauerat libe-
ris vsque ad tertium gradum, *l. vnic. §. 1. C. de caduc. tol.*
Hoc sensu, vt portio defecta post testatoris mortem
ante apertas tabulas adcresceret filio coheredi cum
legato, quia nisi iure antiquo id caperet, legatum fie-
ret caducum sicut & hereditas, atque ita nihil inte-
resse legatarij videretur. Sed me nunc ab hac interpre-
tatione illud remouet, quod longè aliud est filium ca-
pere iure adcrescendi deficientem portionem cohe-
redis: aliud verò capere legatum quo deficiens portio
fuit onerata. Capit equidem portionem deficiente iu-
re antiquo, id est iure adcrescendi quod descendit ex
lege duodecim tabularum, saltem per prudentum in-
terpretationem, & quidem nil obstante lege Papia,
quæ liberis ad tertium vsque gradum imponere suum
iugum erubuit, vt Iustin. loquitur in *d. l. vnic.* Sed non
capit legatum quod non sibi, sed alij fuerat relictum.
4 † Puto igitur probabiliùs dici posse, tractari à Celso
speciem illam in qua duo filiifamilias à patre fuerint
ex semissibus instituti, à quorum altero nominatim
fuerit legatum extraneo. Nam si filio heredi pars e-
ius, supple filij (nam & rarius est vt filio heredi scri-
pto, extranea persona misceatur, etsi fieri interdum
potest, *l. si is qui. 13. §. vltim ff. de reb. dub.*) à quo nomi-
natim legatum est, adcrescat, eo scilicet abstinente,
non debetur legatum ab alio filio cui portio adcre-
scit, tametsi videatur heres extitisse, is etiam qui se
abstinuit, cùm dici soleat non esse sine herede illum,
qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem, *l.*
necessariis. 57. ff. de acquir. hered. l. 1. §. qui sunt in potesta-
te. ff. si quis omiss. caus. test. leg. cum quasi. 30. § sed etsi filius.
D. de fideic. libert. quia nimirum cùm post abstentio-
nem heredis loco à prætore non habeatur, *d. l. si neces-*
sariis. l. si filius. 12. D. de interrog. in iure fac. non potest
dici talis heres qualem eum fore pater sperauit & vo-
luit, cùm ab eo nominatim legauit. Et ideo perinde
est ex testatoris voluntate, acsi nullo modo heres es-
set, vt non debeat filius coheres, quod non deberet
si æquè nominatim ab alio coherede extraneo reli-
ctum fuisset. Idémque multò magis probandum est, si
ponas eum ex filiis à quo nominatim legatum sit, in-
stitutum fuisse sub condicione, vt vocant, potestatiua.
Hic enim rectiùs comparabitur extraneo cum ante
impletam condicionem non sit heres, nec ciuili iure,
nec prætorio, *l. 4. D. de hered. instit. l. 4. Cod. de inst. &*
subst. Itaque nec dubitandi ratio hoc casu illa est, quã
esse diximus, filio abstinente. † Sed illa tamen difficu- 5
las adhuc superest quid sibi velint verba illa, *quod iure*
antiquo capit. Accursius suauiter, & subtiliter, si diis
placet, interpretatur, *capit*, id est *caperet de iure antiquo,*
id est, ex lege duodecim tabularum si nemo esset institutus,
ac proinde ab intestato. Secundum quam interpreta-
tionem verum est legatum non capere filium, quem
capere lex ait. Imò nec capere posse ab intestato, quã-
doquidem, vt idẽ Accursius subiicit, fieri non potest,
vt filius qui patri heres extitit, suam portionẽ habeat
iure institutionis, adcrescẽtem verò ab intestato, cùm
ita fieret vt pro parte testatus pro parte intestatus pa-
ter decessisse intelligeretur. Quare confugit ille ad a-
liam interpretationem, & ait verbum *capit*, accipi pro-
priè in sensu modi indicatiui, quia filius hic heres ca-
pit iure antiquo quod capit ex testamento, quia capit
ex lege duodecim tabularum quæ confirmat testamẽ-
tarias successiones, *l. lege obuenire. 130. de verb. signif. leg.*
quoties duplici. 91. de regul. iur. Quibus verbis videtur
significare, filium hunc iure antiquo capere institu-
tionem, id est portionem ex qua fuit institutus, quam
quæ adcrescit ei à fratre coherede, quod vtramque ha-
beat tanquam heres & ex testamento. Atqui Celsus
non de institutione loquitur, sed de legato, cum ita
scribit *non præstabit legatum quod iure antiquo capit.* † A- 6
lia igitur interpretatio quærenda est, quia licèt legata
quoque per legem duodecim tabularum non minùs
quàm hereditates testamẽtariæ confirmẽtur, *lege ver-*
bis legis. 120. de verbor. signific. non tamen potest videri
legatum capi ab eo cui portio deficiens aut repudiata
adcrescit sine onere legati. Capit. n. ille hereditatem
non legatum. Adeò vt etiamsi legatum ipsi esset, le-
gatum tamen valere non posset, pro qua parte illi à
seipso legatum fuisset, *l. & quidem totum. 18. l. legatum*
est delibaratio. 116. § 1. iunct. l. planè. 34. §. si duobus de le-
gat. 1. Ergo nulla ex parte valeret si per coheredis re-
pudiationẽ tota hereditas ad eum peruenisset, quem-
admodum è contrario si legatarius idemque coheres
portionẽ suam repudiaret, totum legatum consequ-
retur, quia eo casu totum caperet à coherede, nullam
partẽ à semetipso, *d. l. & quidem totum. l. in quartam. 91.*
ff. ad leg. Falcid. † Puto ego subesse mendum in ver- 7
bo *capit*, potiúsque legẽdum *cadit*. Sensum autẽ hunc
esse, vt filius idémque coheres fratris se abstinẽtis, li-
cet iure adcrescendi consequatur deficientẽ portionẽ,
non tamen debere legatum, quod à fratre nominatim
fuerat relictum, quia id iure antiquo cadit, id est, in-
tercidit, siue defecta, siue repudiata portione quæ fue-
rat grauata Cur verò cadit? Nimirũ quia vacans por-
tio pertinet sine onere ad coheredem. † Iure antiquo 8
id est, quod obtinuit à primis ipsis temporibus le-
gis 12. tabul. & ad eam adhibitæ prudentum interpre-
tationis, non solùm vsque ad rescriptum Seueri, vt A-
zo & Accursius interpretati sunt, decepti ex *l. si Titio*
& Mæuio. 61. §. Iulianus de leg. 2. de qua proximo ca-

pite

pite scripsimus,sed vsque ad tempora Iustiniani, qui
primus constituit in *d.l.vnic.C.de caduc.toll.* vt nō mo-
dò quæ sunt in causa caduci,id est,quæ viuo testatore
deficiunt,sed etiam caduca omnia (quo nomine con-
tinebantur olim quæcunque mortuo testatore, siue
posteà deficerent, putà pendente aut defecta condi-
cione) vel remaneant penes grauatū,vel perueniāt ad
substitutū, vel iure adcrescendi coniuncto acquiran-
9 tur,sēper cū suo onere:Nā post illud quoq; Seueri re-
scriptū quod de tacita legatorū repetitione factū est,
idē semper hac parte & incorrectum mansit ius vetus,
vt siue deficiens,siue repudiata portio eius coheredis
qui nominatim esset grauatus, ad coheredem siue te-
stamentarium,siue legitimum sine onere perueniret:
10 † Exceptis duobus tantùm casibus. Quorum alter e-
rat si defecisset portio ex voluntate testatoris qui he-
res nomen induxisset, ea mente vt ipsius tantùm in-
stitutionem,non etiam legata & fideicommissa ab eo
nominatim data improbaret,*l.2.in princ.ff.de his quæ in
testamen.delent.* Alter ille de quo superiore capite tam
multa diximus, si coheres coheredi esset substitutus,
& à substitutione repetita expressim legata ante re-
11 scriptum Seueri. † Nam post rescriptum expressa re-
petitio necessaria non fuit:proinde non sit cur aduer-
sus hanc nostram sententiam quis obiiciat Paulum *in
l.1.§.quod ex substitutione ff. ad l. Falcid.* vbi tractat de
portione coheredis quæ siue grauata, siue exhausta
legatis ad coheredem ex substitutione peruenerit.
Tametsi non ponat expressim repetita fuisse legata à
substitutione,quia nec erat necesse,cùm celebre illud
Seueri & Antonini rescriptum passim iam obtineret.
12 † Illud subobscurius est,quod *in seq §.si coheredis*, idē
Paulus tractans de portione quæ legatis onerata vel
exhausta fuerit,& coheredis portioni adcreuerit, non
dubitat,quin legata etiā nominatim relicta ab eo cu-
ius portio vel defecta sit, vel repudiata debeantur,
sed de illo tantùm disputat , an confundendæ sint
portiones necnè,vt sciri possint an præstanda sit inte-
gra an deducta quarta.Nec enim videtur dici posse.id
accipiendum de coherede qui fuerit coheredi substi-
tutus, ne alioqui fatendum sit eandem quæstionem
quæ in §.præcedente tractata fuerat, in sequenti su-
peruacuo fuisse repetitam. Quomodo ratiocinatur
Iacobus Cuiaius, quem nos & retulimus & ea par-
te secuti sumus lib.4.c.11. Addens *in d. §. si coheredis*,
non solùm tractari de portione adcrescente nudo
iure adcrescendi non iure substitutionis, sed etiam de
portiona defecta non repudiata , sumens huius rei
coniecturam ex verbo,*vindicauero,arg. l. 5. de vulg &
13 pupill.subst.* † Sed tamen aliud mihi nunc iudicium
est,& quando in quæstione tam perplexa me cum vi-
ro doctissimo hallucinatum esse non pudet, cui pu-
debit in melius tandem mutare sententiam ? Dico
igitur in eo quoque §.*si coheredis*, illam quoque spe-
ciem à Paulo tractari in qua coheres coheredi fuerit
substitutus,cum aliter nullus potuerit locus esse quæ-
stioni , siue poneres nominatim relicta legata ab eo
cuius portio defecisset aut repudiata esset, quoniam
ea coheres non deberet,sine his verbis, *Quisquis mihi
heres erit*, quorum adiectio faceret sine dubio, vt in
ponenda legis Falcidiæ ratione omnimodo confun-
dendæ & miscendæ essent portiones : vt ostendunt
verba illa vltima *d. §. id quod ex substitutione scilicet si
ab eo nominatim data sint , non , Quisquis mihi heres e-
14 rit.* † An igitur eandem prorsus speciem & quæstionē
in vtroque §.tractatam fuisse fatebimur? Minimè. Nã
in § id quod ex substitutione, tractatur ille casus quo si-
ue deficiens , siue repudiata portio coheredis ad co-
heredem suum qui suam iam agnouerat , ex substitu-
tione peruenerit. At *in §. si coheredis*, ille tractatur in
quo coheres coheredi substitutus, antequàm portio-
nem suam agnosceret, deficientem coheredis partem
ex substitutione vindicauerit. Id enim significat ver-
bum *vindicauero*, quoniam cùm deficiens portio ad-
crescit iam agnitæ portioni,adcrescit etiam inuito co-
herede,& ipso iure nec vlla vindicatione opus est aut
ad acquirendum,aut ad testandam acquirendi volun-
tatem. Quod diuersum est cùm ante agnitam vnam
portionem alia defecit. Tunc.n. liberum est coheredi
eidémque substituto,incipere aditionē à portione de-
ficiente,nō à sua, quod non aliter facere possit quàm
si eam vindicet ex substitutione.Nā si substitutio nul-
la facta esset,quamuis alia portio defecisset antequàm
is qui heres esse vellet, propriam agnouisset, non ta-
men à coheredis portione posset aditionem incipere,
quippe qui in ea portione nihil prorsus iuris habe-
ret, nisi per posterius, id est, agnita prius propria
portione cui alia adcreuisset, † Quid autem inter hos 15
casus intersit,licet nemo fortassis adhuc dixerit,facilè
tamen ea ipsis Pauli verbis explicari potest. Etenim
cum coheredi qui propriam portionem iam agno-
uit,coheredis portio ex substitutione acquiritur & de
lege Falcidia disputatur , ea ratio videtur legatariis
nocere,quibus à coherede eodémque substituto fuit
legatum,ne ob id minus Falcidiā patiantur quòd pars
nō onerata oneratę accesserit Quia iā erat quęsitū ius
coheredi grauato,vt ex iis legatis Falcidiā posset de-
ducere, cùm placuerit in singulis heredib. legi Falci-
diæ locum esse,*l.in singulis.77.eo.* Contrà tamē Paulus
respondet, quia coheres hic ex semisse institutus,&
coheredi substitutus similis est heredi ex parte purè,
ex parte sub condicione instituto , siquidem substitu-
tio directa quælibet,nihil nisi condicionalis institutio
est.Nemo autem dixerit heredē ex parte purè,ex par-
te sub condicione institutū Falcidiā inducere posse in
legatis ex ea portione quæ purè data fuit præstandis:
si alterius portionis condicio tandem extiterit, atque
ita hereditas tota ad eum peruenerit , cùm vtraque
portio vnam tantùm hereditatē cōstituat vnius testa-
toris,nec nisi vnum faciat heredem.Quæ tamen ab eo
nominatim qui portionem suam omiserat,legata fue-
runt, non augebuntur.id est,non sine Falcidiæ detra-
ctione præstabuntur,si in persona coheredis repudiā-
tis Falcidia locū habere potuisset, quoniam heres qui
portionē suam agnouit , cum ea præstet tanquā sub-
stitutus,quia sc.tanquā coheres nulla deberet , præstat
illa ex persona coheredis , non ex sua. Eodem igitur
modo quo per ipsum coheredē præstanda essent. Nec
est contrariū quod ea debet tanquā à se tacitè repeti-
ta.Id enim facit duntaxat vt ea debeat,non etiam vt
ex sua persona,*l.qui fundum.87.§.qui filiam eod.tit.* Ne-
que potest quòd ad ea legata pertinet cōparari heredi
ex parte purè ex parte sub condicione instituto.Nam
si quis esset ex parte purè,ex parte sub condicione in-
stitutus nulla legata debere posset.nisi ex propria per-
sona,ideóque nec Falcidiam inducere posset,si modò
quadrantem totius hereditatis saluum haberet. Quod
secus est cum agitur de legatis præstandis quæ non ab
eo,qui totam hereditatem nunc possidet,relicta fue-
runt, sed ab eius coherede, cui fuerit ipse substitu-
tus.Etsi namque substitutio ipsa est, quæ facit vt he-
res ex semisse institutus,& coheredi substitutus,com-
parandus sit heredi partim purè,partim sub condicio-
ne instituto (quæ comparatio non similiter proce-
deret, nulla facta substitutione , tametsi ius adcre-
scendi locum haberet , vt intelligas coheredem licèt

testamentarium pro substituto haberi non posse) hæc ipsa tamen comparatio demonstrat, non quod ad alia legata posse eam habere iuris effectum, quàm quòd ad ea quæ ab ipso adeūte relicta sint, non quòd ad ea quæ ab eius coherede qui repudiaoit, quia si solus ille esset institutus ex parte purè, ex parte sub condicione, neque de coherede vllo, neque de legatis à coherede relictis quæri oporteret. Atque hic quidem sen-
16 sus est *d.§.id quod ex substitutione.* † At cū coheres cuius portio erat integra, coheredis portionem legatis exhaustam ex substitutione vindicauit, priusquam suam agnosceret, quē diximus casum esse de qoo tractatur *in d.§.si coheredis*, maior ratio suadet, vt cōfundendæ partes videantur secundum Cassij sententiam à Paulo relatam, quia cum incipiat aditio à portione exhausta, videtur coheres idemque substitutus aliá quoqoe portionem ex qua scriptus ipse fuerat habere ex eadem substitutione tanquam portioni iam agnitę adcrescentem, atque ita perinde esse ac si ex substitutione sola totam hereditatem vindicaret, quo casu nemo diceret Falcidiæ locum fore cum & nulla detracta Falcidia saluum & integrum totius hereditatis semissem esset ille habiturus. Sed aliud Proculo visū est, & Iuliano, quos Paulus quoque probat, qoia substitutio priùs agnita non facit, quominùs idem & substitutus & coheres aliam partem habeat iure propriæ institutionis, & consequenter quin legata à coherede qui repudiauit, nominatim relicta præstet ex persona coheredis tanquam ex solo semisse instituti, qui si purtionem suam agnouisset, vtique Falcidiam inducere potuisset. Dices Iuliani & Proculi temporibus ita ius fuisse, vt legata ab instituto relicta, substitutus non deberet, si non essent expressim repetita. Fateor, quia floruerunt illi ante tempora Seueri & Antoni-
17 ni.† Sed cum in omni quæstione præsupponendi sint termini habiles, vt interpretes loquuntur, nihil vetat supponere expressam repetitionem, quam & credibile est olim fieri passim solitam fuisse, indéque sumptam occasionem rescripti, sicut & plerisque aliis Imp. constitutionibus causam illud dedit, vt pro facto haberi voluerint, & pro conuento, etiam quod factum & conuentum non esset ob id solùm quod vt plurimum fieri & conuenire id soleret, *l. vlt. C. de fideicomm. l. vlt. C. quæ res pignor obl. poss. uenit. l. & quæ nondum. 15. §. quod dicitur. ff. de pig.* Et verò cùm nihil esset frequentiùs quàm vt coheres coheredi vulgariter substitueretur non solom vt haberet electionem vtrū ex substitutione vellet succedere an ex institutione, sed etiā & ob id potissimū ne portio fieri caduca posset, quemadmodum Iustianus testatur *in pr. d. l. vni. C. de cad. toll.* dubitandum non est quin prudens testator quilibet cùm id maximè ageret vt voluntatem suam in tuto collocaret, à substituto quoque legata repetere soleret, quæ videbat non aliter conseruari posse in casū euenientis substitutionis. Isque certè mihi none videtur verissimus Pauli sensus *in d.§.id quod ex substitutione, & d.§.si coheredis*, quem tamen non eramus assecuti cum priores nostras de responsi satis obscuri interpretatione coniecturas exponebamus lib. 4. cap. 13. quē locū ex hoc volumus, non modò suppleri, sed etiā
18 emendari. † Denique si quis alius iuris locus est in quo tractetur de coheredis portione grauata legatis quæ ad coheredem perueniat cū onere legatorū, *vt in l. quod si alterutro. 78. eo. tit.* dico ponendū esse necessario quod vel fuerit coheredi substitutus, & ab eo expressim repetita legata vel fideicōmissa, nisi eius IC. responsum sit qui Seueri rescriptum nō ignorauerit (tunc. n. substitutionem præsupponere satis est ad tacitam repetitionem inducendam) † vel fuerint legata 19
à coherede qui repudiauit, nō nominatim relicta, sed his verbis, *Quisquis mihi heres erit*, vt non tam persona ipsa coheredis, quā eius portio grauata dici possit. Nec enim necesse est nominatim relicta esse legata vel fideicommissa ab eo qui ex semisse scriptus est, vt sola eios portio grauata videatur, sed potest ita scribere testator, *Titius ex semisse heres esto, Mæuius ex alio semisse, Quisquis ex Mæuij semisse heres erit, Sempronio ducenta, Caio trecenta dato.* quo casu certū est solam Mæuij portionem esse oneratam, & tamen Titium, siue substitutionis siue adcrescendi iure semissem consequatur, legata omnia ex eo semisse relicta debiturum tanquam ab eo non tam repetita quàm data propter dictionem illam *Quisquis.* † Cæterùm, qoàm verum sit 20
quod & in hoc & in superiore capite disputauimus, ita fuisse comparatum ius vetus etiam post rescriptum Seueri & ante Iostiniani constitutionem in *d. l. vnic. Cod. de caduc. tollend.* ex illo quoque apparet quod pluribus heredibus institutis, & altero hereditatem restituere rogato, si is suspectam diceret, cogi poterat & debebat per fideicommissarium, vt adiret, ne alioqui fideicommissom intercideret, tametsi eius coheres qui grauatus non erat, iam adiisset, *l. cogi. 16. §. vlt. D. ad SC. Trebel. l. sed cum ab herede 12. eodem.* secundum eam illius loci interpretationem quam nos attulimus sup. cap 9. Quid enim esset hoc necesse, si suspectam dicentis & repudiantis portio non nisi cum onere fideicommissi ad coheredem adeuntem peruenire posset? Exemplo quod diximus, si duo heredes à patre instituti fuerint, & vtriusque fideicommissum vt exheredati filij hereditatem restituant satis esse vel vnum cogi adire ad patris tabulas confirmandas. Hoc enim facto etiam eum qui patris hereditatem adire & restituere compellendum, *l. apud Iulianum 11. §. 1. l. ita tamen 27. §. qui suspectam. & à parte, vers. quod si duo eo.* Nunquam enim cogendus quis est vt contra iuris regulas adeat hereditatem sibi suspectam, nisi cùm id necesse est ad conseruandum fideicommissum. † Etsi 25
videtur specialior quædam ratio locum habere in fideicommissis vniuersalibus quàm in singularibus & in legatis, quia non possunt actiones ex fideicommisso vniuersali transire in fideicommissarium, nisi restitutio fiat ex Trebelliano, quæ portò fieri non aliter potest quàm si restituatur hereditas, quomodo testator voluit, ac proinde ab eo ipso qui rogatos fuit. Quę videtur etiam ratio esse *l. si eius 34. eod.* † Eodémque re- 24
fero quod Papi. *in l. si res aliena. 52. §. 1. eo. tit.* tractat de adcrescente portione eius ex coheredibus, à quo fuerat relicta libertas, non eius à quo hereditas: quia si portio coheredis qui hereditatem seruo restituere rogatus erat, ei adcreuisset qui libertatem fideicōmissariā præstare debuerat, quod idcircò potuisset ille cogi vt adiret suā portionē, quia non eo magis factus fuisset debitor & libertatis & hereditatis, quandoquidē etiam adita portione sua, coheredis quidē portionem repudiatā adcrescendi iure cōsecutus fuisset, at liberā & immunē ab onere fideicōmissariæ hereditatis. Cur ego, inquies, cōtrà euenit, vt repudiāte portionē suam eo qoi fideicommissariam libertatem debuit, coheres cogi possit, tanquam qui ob adcrescentem portionem vtriusque fideicommissi debitor esse cœperit, & libertatis & hereditatis? An non ex eo appareret deficientem coheredis portionem à quo nominatim relicta fuerat libertas per fideicommissum adcrescere cohe- 23
redi cum suo onere fideicommissi? Sic sanè est, sed iure, vt puto, singulari non solùm fauore libertatis (si-
dem enim etiam in casu contrario dicendū esset si fa-

uor

tuor hic libertatis vigeret) sed ratione voluntatis, quia
fideicommissum hereditatis ab eo præstandæ qui totá
hereditatem nunc habet facilè includit fideicommis-
sum libertatis tanquam in necessarium antecedens
arg *l. pen. C. de necess. hered. instit.* Estque longè expedi-
tius vt debitor hereditatis fiat debitor libertatis,
quàm vt è contrario debitor libertatis fiat debitor
hereditatis. Quoniam quibet est, potest esse non he-
res, qui verò heres est, non potest esse non liber. Tātò
magis, quòd hoc casu adcrescens portio, non tam
onus quàm commodum adferre secum videtur.
Nam etsi coheres portionem suam agnouisset, non a-
liter tamen fideicommissariam libertatem præstare
potuisset, quàm si eam partem quam in illo seruo co-
heres habebat, ex legato prius accepisset, *d. l. cogi. §.*
vlt. Atque ita serui partem amisisset, fauore cohere-
dis qui solus libertum babuisset. Coherede verò repu-
diante, etsi eandem serui partem hic amittit, quam il-
lo adeunte amissurus erat, habet tamen libertum præ-
stita fideicommissaria libertate, ideóque negari non
potest, quin plus consequatur commodi, quàm incō-
modi ex adcrescente portione, etiam quod pertinet
23 ad seruum hunc manumittendum. † Ergò, vt ad Cel-
sum nostrum redeamus, fatendum est eo iure quod
Celsi temporibus obtinebat, si filio coheredi pars co-
heredis, siue frater, siue extraneus is esset, adeuntis
à quo nominatim fuerat legatum, non potuisse adeū-
tem debere legatum, quoniam eiusmodi legatum eo
iure cadebat & intercidebat: Idque significare verba
24 illa, *quod iure antiquo cadit.* † At cum ius antiquū dici
non possit, nisi ex comparatione iuris noui arg. *d. l.*
quotie duplici. 91. de reg. iur. l. tutelas. 7. D. capit. minut.
Ius autem nouum hic non aliud sit, vt probauimus,
quàm quod Iustiniani constitutio introduxit, de quo
tamen potuit Celsus cogitare: cogor dicere verba illa
Triboniano esse necessario tribuenda, id scilicet per-
petuò agenti vt ius antiquum ad Iustiniani constitu-
tiones accommodet, postquam ita Iustiniano placuit
vt quæcunque à prudentibus dicta sunt, perinde ac-
cipiantur, ac si à Iustiniano ipso dicta essent. Voluit
autem Tribonianus dicere Celsi quidem sententiam
veram fuisse temporibus Celsi quia iure antiquo le-
gatum nominatim relictum ab eo qui heres non esset,
deficiebat, nec præstandum erat ab eo cui deficiens
portio adcrescebat. Sed hodie aliud esse nouo iure
Iustinianeo, quo inductum fuit, vt deficiens portio
25 nunquam sine onere adcrescat, nisi cùm habetur pro
non scripta. Sed obseruare Tribonianus debuit, ita
loqui interpretem, aut etiam Tribonianum ipsum,
non item Celsum potuisse.

CAPVT XVI.

Emendatio l. r § penult. D. de his quæ in testam. delent.

SVMMARIA.

1 *Verborum eius §. obscuritas, & additio Accursij ad eo-*
rum explicationem.
2 *Refellitur eiusdem interpretatio ad illa verba* si fortè sit
substitutus.
3 *Vlpianum eodem de ademptione per testatorem ipsum*
non per legem facta loqui.
4 *Nullo casu fieri posse vt substitutus in pœnam cancella-*
tionis, quam inuito testatore fecerit, hereditatem a-
mittat.
5 *Test... instituti nomen inducente nec institutum nec*
substitutum ex ea hereditate emolumenti quicquam
capere posse.
6 *Eam inductionem cæteris coheredibus, legatariis & a-*
liis quibus eodem testamento quid relictum est non
nocere.
7 *Verba hæc* si forte sit Substitutus *Interpretis esse.*
8 *Legata quum adimuntur verè & propriè* adempta *di-*
ci, hereditatem vero quum adimitur non tam adem-
ptam *quàm* non datam *videre.*
9 *Heredi purè per testamentum instituto conditionem co-*
dicillis adscribi non posse.
10 *Quomodo accipiendum sit quod in* d. §. pen. *Vlpianus*
dicit, semel datam hereditatem non facilè adimi
posse?
11 *Respondetur ad* l. nihil interest. 16. ff. de adimend.
legat.
12 *Restituitur* dict. §. penult. *& cum præcedenti conte-*
xitur.

VLpiani † verba hæc sunt, *Et hereditatis portio a-* 1
dempta vel tota hereditas si fortè sit substitutus, iure
facta videbitur non quasi adempta, quoniam hereditas se-
mel data adimi facile non potest, sed quasi nec data. Quo-
rum verborum constructio ipsa per se primùm obscu-
ra est. Non enim dici potest ad quod substantiuum
referendum sit adiectiuum *facta* nisi cum Accursio
suppleas *ademptio.* Supplendum namque erit substā-
tiuum, quod in præcedentibus non fuit expressum,
licèt de portione adempta dictum sit, quoniam aliud
est dicere *portio adempta*, aliud *ademptio* Sed etsi pone-
res ita scripsisse Vlpianum, *Et hereditatis portio adem-*
pta vel tota hereditas si forte sit substitutus iure, facta a-
demptio videbitur. adhuc tamen non satisfaceres Pris-
ciano Scribendum enim erat *hereditatis portione adem-*
pta vel tota hereditate per ablatiuos absolutos qui à
nullo verbo reguntur, non per nominatiuos, quos ab
aliquo verbo regi necesse sit. † Sed & illud difficile 2
est explicare, quid sibi velint verba illa *si fortè sit sub-*
stitutus. Non enim placere potest interpretatio Accur-
sij, qui ea sic intelligit vt substitutus consciderit ta-
bulas inuito testatore; factique sui pœnam illam pa-
tiatur vt amittat hereditatem, argumen. *l. non est du-*
bium. 5 C. de legat. & l. penultim. eodem. & l. Paulus re-
spondit, Se certa. 48. D. ad S C. Trebel. Aliud siquidem
est adimi hereditatem, aliud amitti, nec video qua
ratione posset hoc casu dici adempta substituto here-
ditas quam facto dolóque suo amisisset. † Præsertim 3
cùm de ademptione per testatorem ipsum non per
legem facta Vlpianum loqui ex eo appareat quod se-
quitur, *non quasi adempta, sed quasi nec data.* Ademptio
enim quæ per legem fit, necessariò præsupponit da-
tionem adeóque delationem hereditatis, non etiam
illa quæ fit per testatorem: quia quandiu testator vi-
uit non defertur hereditas, nec proinde vlla dum le-
gis potestas est in ea adimenda. Cùm tamen verū sit
datam eam esse per testamentū, nemo dubitat quin
possit eam testator adimere quasi nec datam: ratione
illa quòd neque testamenti vis vlla est, sicut nec he-
reditas ante mortem testatoris, cuius voluntas inte-
rim est ambulatoria & ita reuocabilis, vt quod mor-
tis tempore ab eo datum non reperitur, siue heredi-
tas sit siue legatum testamento fortasse solemniter
reuocato, nunquam datum esse videatur. † Accedat, 4
quod nec fieri vllo casu potest vt substitutus in pœ-
nā cancellationis, quā inuito testatore fecerit amittat
hereditatē Nā siue totū testamentū cancellauerit, ip-
sam quoque substitutionē cancellatam & consequen-
ter inutilē factam esse necesse est, cùm in testamento
contineatur, siue quod probabilius facturus sit, in-
stitutionem tantùm cancellauerit vt sibi locum face-
ret ac substitutioni, æquè nihil egerit, quia tum etiam

cùm testator ipse instituti nomen induxit, & substituti reliquit, fieri non potest vt substitutus emolumentum hereditatis habeat, *l. 2. vers. sed si institutus*, vbi pro *institutus* quomodo habet recepta lectio, *substitutus* legendum esse Iac. Cuiacius non minùs eleganter,
5 quam verè obseruauit. † De instituto namque cuius nomen testator consultò induxerit dubitari non potest, quin nihil habere debeat, tametsi nomen substituti non fuerit inductum, cùm nihil vetet incipere testamentum à substituto vulgari, vt & in *leg. si is qui soluendo. 57. ff. de hered. instit. l. quidam testamento. 30. & pass. De vulg. & pup. substit.* At de substituto dubitari probabiliter poterat, cuius nomen inductum nō erat, propterea quòd cancellatio non aliis nocere soleat quàm iis quorum nomina cancellata sunt. *l. 2. & 3. hoc tit.* Sed tamen illa ratio substitutum quoque excludit, quòd non alia hereditas aut hereditatis pars ei data dici possit, quàm quæ data fuerat instituto: Id enim est substitui, in ea scilicet portione quæ alij data fuerat institui. Proinde cùm institutus hîc nullus sit quia nomen eius cancellatum fuit, nulla est etiam hereditas in qua substitutus datus videri possit: sed ea potiùs pars hereditatis data ei videtur (ponit enim lex institutum cuius nomen inductum est habuisse coheredes) quæ nulla esset, vt in casu *l. ex facto. 19. ff. de hered.*
6 *instit.* † in eóque propter hanc rationem deterior est condicio substituti quàm vel coheredum vel legatariorum & aliorum quib. eodem testamento aliquid relictum proponitur, quibus non nocet quod heredis nomen inductum sit, adeò vt ex illa inductione & cancellatione resultet potius tacita quædam confirmatio quæ faciat vt tantò magis valere debeant cætera non cancellata, siue ex testamento siue ab intestato, vt Paul. Castr. ratiocinatur *ad d. l. 3. in fin. hoc tit.* Apparet igitur verba illa, *si fortè sit substitutus*, neque ab Accursio aut alio interprete fuisse bene explicata, neque explicari commodè posse: proinde interpretis esse potius quàm Vlpiani. Quamquam nec facilè est dicere quid interpretem fallere potuerit, adeò sunt inepta, & ad rem iurisque rationē parum accōmodata. Nisi fortè putauit ille ademptionem hereditatis siue totius siue pro parte non aliter valere posse quàm si heres aliquis sit ex cuius persona confirmetur ademptio sicut & datio confirmanda esset, quemadmodum si de legatis aut fideicommissis ageretur, *leg. qui-*
8 *dam referunt. 14. ff. de iur. codic.* † sed cogitare debuit aliam esse hereditatis, aliam legatorum, legata neque dari, neque adimi posse, si heres nullus sit, à quo vel dentur vel adimantur, quia pendent ex institutione, ab eáque vires accipiunt, *d. l. 3. h. t. l. 1. in fin. De vulg. & pupill. substitut.* Hereditatem verò directam (aliud enim est in fideicommissaria) sicut non ab alio dari potest, quàm ab ipso testatore, ita neque datam adimi, & ob id cùm adimitur non tam ademptam, quàm nec datam videri, quia cùm non nisi testamento dari possit, *§. 2. Instit. de codic.* testamentum verò nullum sit sine institutione, *l. vlt. ff. eod.* non potest dici hereditas data heredi, cuius nomen ab ipso testatore inductum fuit. Ergò nec adempta, quandoquidem ademptio propriè sumpta præsupponit veram dationem, *l. 3. §. condicio & pass. ff. de adim. leg.* At legata cùm adimuntur, verè & propriè adimi dicuntur, cùm verè data fuerint testamento quod per eiusmodi ademptionem non minus subsistit licet in effectu verum sit etiam in legatis, id quod ademptum sic nec datum videri, *leg. si ita sit adscriptum. 14. De legat. 1.* Idque est quod Vlpianus ait hereditatem semel datam non facilè adimi posse, scilicet verè, & propriè saltéque testamento in quo fuerat data. † Codicillis enim adi- 9
mi non posse constat, *l. pen. §. vlt. ff. de cond. inst.* vbi ob hanc causam Modestinus scribit neque condicionem in codicillis adscribi posse heredi, qui testamento fuerat purè institutus, quia in defectum condicionis de hereditatis ademptione cogitasse testator intelligatur. Alio autem ritè ac solemniter facto testamento, non possis dicere ademptam hereditatem cùm prius ipsum testamentū solum rumpatur & irritum constituatur, *§. posteriore Inst. quib. mod. test. infirm. l. si quis priore. 29. ff. ad SC. Trebell.* atque ita fiat vt nunquam hereditas data censeatur. † Itaque quod Vlpianus 10
hoc loco scribit hereditatem semel datam non facilè adimi posse, modesto & prudētibus nostris familiari more loquendi, sic proculdubio accipiendum est, vt nullo modo nullóque casu adimi possit, si quis propriè ac partitè loqui velit, siue namque ponas heredē solum institutum fuisse à quo sit adempta hereditas, non potuit ei adimi à seipso non magis quàm dari, sicut nec heredi a semetipso legatū vllum dari aut adimi potest, *l. cùm filiusfamilias. 11. l. & quidem totum. 18. l. legatum est deliberatio. 116. §. 1. de legat. 1.* Sin ponas datos ei coheredes, non potest ea coheredum adiectio vtilem facere ademptionem hereditatis, quia non sicut legatorum, ita & hereditatis pars aliqua capitur à coherede. Multóque minùs datio substituti adēptionē eiusmodi confirmabit, quia præposterum est vt siue datio siue ademptio hereditatis à substitutione confirmetur, *l. ex pupillari. 44. De vulg. & pupill. subst. l. quod per manus. 10. ff. de iur. codic.* † Non est contrarium 11
quod Paulus scribit *in l. nihil interest. 16. ff. de adim. legat.* nihil interesse an inducatur quod scriptum est an adimatur, ex quo inferunt nonnulli hereditatē igitur adimi posse, quia & heredis scripti nomen induci potest, id enim de iis rebus debet intelligi quæ adimi possunt, id est de legatis & de fideicommissis, & aliis huiusmodi, nō etiā de hereditatibus, quæ nec adimi possunt nec induci. Planè ipsius heredis nomen induci posse non negamus, sed aliud esse dicimus, induci nomen heredis, aliud hereditatem, quia nec hereditatis mentio necessaria est ad concipiendā institutionem, sed tantùm nomen heredis, *l. 1. §. si autem sic scribat. ff. de hered. inst.* Prætereà tum quoque cùm heredis instituti nomen inducitur, admittimus equidem auferri ei commodū hereditatis, sed ita tamen vt non tam adempta quàm nunquā ei data hereditas existimetur, propter eam quā diximus ratione. † At quoniā 12
sublatis etiā illis verbis, *si forte sit substitutus*, quæ nos inepti interpretis esse probauimus, mendū illud manet quod huius capitis initio monuimus, vitiosæ constructionis. Puto non aliter posse locū restitui quàm si deleta quoque dictione illa *facta* contexamus hunc §. cum præcedenti continua serie orationis ab illis verbis, *& si quidem*, legamúsque hoc modo, *Et si quidem illud consciderit testator denegabuntur actiones. & hereditatis portio adempta, vel tota hereditas iure videbitur non quasi adempta, quoniam hereditas semel data facilè adimi non potest, sed quasi nec data.* Illa namque intermedia, *si vero aliud inuito testatore non denegabuntur*, etiam tollimus non tanquam falsi quid habentia, sed tanquam inepta, non ob id solùm quod elegantem alioquin futuram & continuatam orationis seriem interrumpūt (nisi quis probabilius putet vt parenthesi circumscribantur, quo tamen sensu scribendum fuerat *si enim nō si vero*) sed etiam quia prorsus ridiculum est monere, non esse denegandas actiones heredi cuius nomē inductū est si & ab alio quàm à testatore inductum sit, & inuito testatore. Quis. n. tam stultus esset vt de eo

posset

possët dubitare: Imò stultus fuit interpres qui scripsit *inuito testatore* cùm scribere potiùs debuisset *ignorante* quam *inuito*. Sufficit namque vt ignorante testatore cancellatio ab alio facta sit, ne prætextu cancellationis actiones denegentur, quando nec nocet cancellatio facta, si inconsultò facta sit, vt in §. præcedente Vlpianus scribit.

CAPVT XVII.

Explicatur tit. de his quæ in testam. delent.

SVMMARIA.

1 *Quæ ratio Accursium mouerit vt crederet hereditatem inductione ademptam siue nõ datam ipso iure acquiri heredi posse, vt tanquam scriptus per aditionem heres fiat?*
2 *Aliorum Interpretum distinctio in hac quæstione.*
3 *Cur inducto heredis nomine fisco locus fiat?*
4 *Toto testamento à testatore inducto testatorem legitimos heręs vocasse videri.*
5 *Nec eo casu legitimis heredibus probandum incumbere testatorem ideò tabulas incidisse vt intestatus moreretur.*
6 *Reprehenditur Castrensis collectio ex* l. vlt. ff. h. t.
7 *Solius heredis nomine inducto, si nulli alij coheredes adsint, præsumptionem non pro legitimis heredibus sed pro fisco esse.*
8 *Inciso & cancellato toto testamento legata à legitimis heredibus nulla præstari, nisi fuerint ab intestato expressim repetita.*
9 *Respondetur ad* l. 2 ff. h. t.
10 *Cancellationem & incisionem à mente capto factam nec heredibus nec legatarijs nocere.*
11 *Vnius vel plurium heredum nomine inducto legata non a legitimis heredibus sed a fisco legatarijs deberi.*
12 *Diluuntur quæ in* l. 3. h. t. *in simili specie ab Aduocatis fisci aduersus legatarios afferebantur.*
13 *Legatarijs eo casu legata non deberi si testatore a mente cóque sine heredum nomina induxerit vt intestatus decederet.*
14 *Quomodo ea testatoris voluntas probari possit?*
15 *Differentia inter ius ciuile & Prætorium quod ad heredum inductionem, ab Interpretibus constituta.*
16 *Heredis nomine inducto legitimos heredes non per testamentarium excludi, sed per fiscum quasi succedentem in locum & ius testamentarij.*
17 *Heredes legitimos eo casu tanquam indignos quoque excludi, tentatur.*
18 *Vt tanquam indigni excludantur requiri vt solenni testamento heres extraneus institutus sit cuius nomen à testatore inductum est.*
19 *Testamento minus solenniter facto legitimum successorem, quem testator excludere voluit pro indigno non haberi.*
20 *Vno casu legitimum heredem instituto comparari vt indignus fiat & fisco legitima hereditas acquiratur.*
21 *Solenni testamento facto in quo extraneus heres institutus est, proinde legitimus indignus iudicatus est, eam legitimi heredis indignitatem fisco locum non facere.*
22 *Testatore heredum institutorum nomina cancellante, non legitimis heredibus sed fisco ipsius hereditatem deferri.*
23 *Duplici ex causa deteriorem esse conditionem legitimi heredis, inducto nomine heredis solenniter instituti quàm esse debeat heredis instituti sublatá per testamentum spe legitimæ successionis.*
24 *Non ob id solùm legitimum heredem indignum esse desinere quod testamentarius cancellatione indignus sit iudicatus.*
25 *Multò difficilius hac parte testatoris voluntatem progredi quàm regredi.*
26 *Fiscum, siue vnius siue plurium heredum nomina testator induxerit, pro eorum portionibus quibus actiones denegantur admitti.*
27 *Etiam omnium heredum nominibus inductis potiorem esse fisci quam legitimorum heredum causam.*
28 *Nec distinguendum an totum testamentum, an sola heredum nomina testator cancellauerit.*
29 *Vtroque tamen casu legitimos admitti si probauerint testatorem intestatum decedere voluisse.*
30 *Hanc probationem legitimis heredibus semper incumbere, siue plures vnius testamenti tabulæ fuerint eodem exemplo scriptæ, quarum alteras testator deleuerit, siue vnæ.*
31 *Hanc distinctionem inter scriptum & legitimum heredem locum habere posse.*
32 *Testatorem qui ex pluribus testamentis vnum deleuit, perinde haberi ac si neque testatus neque intestatus decederet.*
33 *In hac perplexitate exclusis primùm legitimis heredibus hereditatem à scriptis auferri, mox fisco applicari.*
34 *Legem tamen eo casu legata, fideicommissa & portiones coheredum quorum nomina inducta non sunt, conseruare.*
35 *Fiscum hoc casu non quasi nullo facto testamento, sed quasi salua causa testamenti succedere.*
36 *Legatorum hoc casu conseruationem æquitati potiùs quam strictæ rationi accepto ferendam esse.*
37 *Variæ Doctorum interpretationes ad ea quæ in* d. l. 3. in fin. h. t. *dicuntur Etiam inducto nomine serui quem testator liberum esse iusserat, liberum eum nihilominus fore.*
38 *Ea verba de eo seruo accipienda esse qui non solùm liber, sed etiam heres scriptus fuisset.*
39 *In quo fauor libertatis ibidem versetur?*
40 *Refellitur vulgaris Doctorum ad hunc titulum interpretatio, & sententia ab authore superiùs proposita confirmatur.*
41 *Declarantur nonnulla in* l. 3 h. t.
42 *Respondetur ad §.* sed consultò. l. 1. ff. eod tit.

ILlud † autem in hoc tractatu mirum est hereditatem 1
tem quę non tam adempta quàm nec data intelligi
debeat, vt ex Vlp. nunc dicebamus, quòd vulgò inter-
pretibus placeet, ipso tamen ius acquiri posse heredi,
vt tanquam scriptus & hereditatis adeundæ ius habeat, & per aditionem heres fiat Sic enim Accursius
post Azonem ad eum locum notat, ratione illa quòd
alioqui non deferretur hereditas fisco, sed venientibus ab intestato, quæ tamen fisco defertur *l. 3. hoc tit. l. cùm quidam 12. l. cùm tabulis 16. § vlt. ff de his quæ vt indig.* Venientibus autẽ ab intestato ita demum si probent ea mente incisas testamenti tabulas, aut inductũ
nomen heredis vt intestatus moreretur, *l. vlt hoc tit* † 2
Quanquã non ignoro plerosq interpretes vulgò aliter existimare, solitóq. distinguere, qua ex causa nomen heredis testator induxerit, an tanquam indigni, vt hoc casu possit nihilominus heres fieri testamento, sed ita vt ei tanquam indigno hereditas auferatur, & fisco applicetur, adeò vt nec possit repudiare in fauorem legitimi heredis, quasi in fraudem fisci cessura esset ea repudiatio si locum faceret venientibus ab intestato, an verò neq. indignum heredem testator expressim dixerit, neq. iustam causam vllam habuerit

indignum eum existimandi, vt tunc & in dubio credatur potiùs irritas facere tabulas voluisse, vt decederet intestatus, quàm fiscum inuitasse, *ex l.1. §. pen. ff si tab. test. null. extab.* Sic enim Castrensis distinguit ad *d.*
3 *l. 3. num. vlt.* † Mihi tamen Azonis & Accursij sententia verior aliquando videbatur, neq. dubito quin inducto nomine heredis locus fiat fisco, quia lex pro indigno habet heredem, qui non retinuit defuncti voluntatem, sicut & legatarios qooq. ex eadem causa pro indignis haberet, vt Papinianus apertè sentit *in d l. cum quidam, & in d. l. cum tabulis. §. vlt.* nisi probetur testatnr in gratiam duntaxat legitimorum heredum mutasse voluntatem. Sed tamen alia distinctio mihi placebat, iurique conuenientior putabatur, an testator totum testamenrum induxisset & cancellas-
4 set, an solius heredis nomen. † Toto testamento inducto, admittebam non esse credendum testatorem voluisse intestatum decedere, atque ita legitimos heredes vocasse, cùm fieri nequeat vt valeat quicquam ex eo testamento, aut vt non voluerit intestatus mori qui totum testamentum cancellauit, quo admisso nnn nisi frustrà huius voluntatis probatio à legitimis heredibus exigetur. Eóque pertinet *d. l. 2. hoc t. d. l. 1. §. pen.*
5 *ff. si tab. test. nul. extab.* † Quibus non obstare dicebam quod Paulus ad Papinianum notat *in l. vlt. hoc tit.* non aliter scriptis heredibus auocandam esse hereditatem per eos qui ab intestato venire desierant, quàm si probēt testatorē ideò incidisse tabulas vt intestatus moreretur. Nā vt nō malè Castrēsis respōdet, plures vnius testamenti scripturæ in ea specie factæ proponebantur, & eæ duntaxat tabulæ quæ in publico depositæ fuerant deletæ, saluis cæteris ex quibus cùm perinde res gesta declararetur, nihil causæ erat cur testator eo animo fuisse crederetur vt intestatus decederet, si nō euidentissimè idipsum per legitimos heredes probaretur: quibus vtique probandi onus non similiter incumberet, si eas duntaxat tabulas habuisset testatnr
6 qoas deleuisset † In eo tamen Castrensem errare semper credidi, quod ex ea ipsa lege probari posse putat velut à contrario sensu, futurum eo casu quo vnę tantùm essent tabulæ eæque deletæ, vt pro legitimis heredibus præsumptio capi deberet contra fiscum. Non enim illo casu quæstio vlla incidere posset inter fiscū & venientes ab intestato secundum supradictam nostram distinctionem, sed tantùm inter hos & heredē testamentarium: cùm non solius heredis nomen inductum, ac tota testamenti scriptura cancellata pro-
7 poneretur. † At solius heredis nomine inducto, quæ altera distinctionis nostræ pars erat, sicut non potest dici testatorem à toto testamento recedere voluisse, & à tota voluntate, ita nec legitimos heredes ad successionem suam inuitasse siue alij coheredes adsint, quorum nomina non fuerint inducta, quiq; ideo testamentum sustinere queant, siue nulli, quia de legitimis heredibus vocandis non cogitat, qui testamentū suum aliqua ex parte vult valere. Ideóq; præsumptio est pro fisco, licèt alia causa nulla sit propter quam indignus videri possit heres nisi quia non retinuit te-
8 statoris voluntatem. † Et in eo rursum errat Castrensis quod Papiniani sententiam generalem quæ extat *in d. l. cum quidam & d l. cum tabulis. §. vlt.* cum sua distinctione accipiendā esse putat. Sed multò grauiùs in eo, quòd illo etiam casu quo ab intestatn succedatur legata deberi vult tanquam ab intestato repetita iure cuiusdam tacitæ confirmationis resultantis. vt ipse loquitur ex eiusmodi cancellatione, *arg. l. Tribunus 20. §. 1. ff. de testa. milit.* Nam cùm non aliter patiatur nostra distinctio locum fieri legitimis heredibus quàm

si vel totum testamentum fuerit cācellatum, vel probetur per eos inductum nomen heredis ea mente vt ab intestato succederetur, negamus fieri posse vt vllo ex his duobus casibus legata debeantur si non fuerint ab intestato expressim repetita. *l. 1. l. illud tractari 13. §. 1. ff. de iur. codic. l. generaliter 24. § ex testamento. ff. de fideic. libert.* Longéque diuersa species illa est de qua Iulianus *in d l Tribunus. §. 1.* vbi defenditur voluntas iure noui & militaris testamēti, non ab intestato. † Nec 9
illud rursum obstat, quod *in d. l. 2. hoc tit.* Vlp. scribit, tum etiā cum testator ob vnius heredis malum meritū totum testamentum delendum esse existimauit, legatariis tamen non esse in dubio denegandas actiones. In dubio.n & ambiguo rem esse Vlp. intelligit, cùm nō apparet an testator qui vnus duntaxat heredis nomen induxit, solū illum fraudare voluit hereditate, an verò causa illius totum testamentum infirmate. Nam si cōstaret eum de toto testamento infirmando cogitasse, non dubitaret Vlp. quin perinde legata ac coheredum institutiones corruere deberēt, vt ex eo apparet quod sicut in ambiguo legata deberi vult, ita & coheredū institutionem nō esse infirmandam, quā tamen infirmandā esse non dubitat siue testator; vel vnius heredis causa totum testamentū voluerit infirmare, siue putauerit ob vnius heredis malū meritū totum testamentū esse delendum. † Denique 10
prorsus eadē hac parte ratio est institutionis & legatorū incisisq; & cancellatis totis tabulis nū magis subueniri potest legatariis quàm heredibus institutis, quia ex eiusmodi tabulis hereditas adiri nullo modo potest, extra casum *l. vlt. ff. de inoff. rupt.* id est si ea incisio & cancellatio facta fuerit à testatore mente capto, quia hic & alius esse videtur, & haud dubiè facie incōsultò quicquid facit, nec vllā habere intelligitur voluntatem. Itaq; venientium ab intestato causa fauorabilior hactenus est quàm fisci, quod legata nulla præstant cum suo iure succedant, nec ab iis quicquam relictū sit, *d. l. illud 13. in pr. De iur codic.* cū similibus. † 11
Neq; hoc Castrensis ipse negaret si legitimos heredes non nisi in eo admitteret, quo totum testamentū esset cancellatum, non illo etiam quo testator vnius tātùm heredis nomen induxisset, quo casu fatemur quidem cum Castrensi legata deberi adeóque ea ipsa ratione qua ille mouetur. quòd testator cancellādo nomen heredis non etiā legata hoc ipso tacitè legata cōfirmasse credatur, ita vt nec distinguendum putemus an vnius tantùm heredis nomen inductum sit, an omnium, sed legata deberi volumus non vt ille, à venientibus ab intestato, quos hoc casu succedere negamus, sed à fisco qui & succedit. & cum suo onere, quia succedit in locum eius qui secūdū Castrensem ipsum non obstante nominis sui cancellatione posset heres esse ex testamento & quidem efficaciter si non ab eo tanquā indigno hereditas per fiscum auferretur, cùm neq; postquam ablata ei hereditas est tanquam indigno, desinat tamē heres esse qui semel heres fuit, *l. ex facto 43. §. Iulius Longinus De vulg & pupil. substit.* Nā si heres esse nollet vt legitimis heredibus locum faceret, aut etiam si ab intestato succedere ipse vellet tanquam agnatus proximior, non idcirco tamen ius fisci intercideret in cuius fraudem institutionis testamentariæ repudiatio facta videretur, vt iam supra ex eodem Castrensi diximus quem nos in eo probamus. Ergo nec legatariorum ius intercidere debet, nō magis quàm si adita iam hereditate fiscus succederet, cùm & perinde succedat ac si esset adita, & ideò succedat si credimus interpretib. quia potuit adiri. † Quę 12
ratio, si vera est, diluit omnes illas obiectiones quas

in specie *d.l.3.h.t.* aduocatus fisci contra legatarios ad-
ferebat, quod neque videatur voluisse testamentum
valere qui nomina heredum omnium induxit, neque
possit testamentum vllum valere quod heredem non
habet. Prior enim obiectio falsa est, cùm è contrario
humaniore interpretatione eredẽdum sit testatorem
ea duntaxat irrita facere voluisse quæ induxit, non i-
tem cætera quæ non induxit, vt tandem ab eo ipso
Imperatore qui obiectionem fecerat pronunciatum
est. Posterior verò etsi vera est in iure, tamen in facto
falsa est apud interpretes, quia præsupponit testamen-
tum non habere heredem, quoties heredum omniũ
nomina inducta fuerunt. Cùm tamen velint inter-
pretes, non eò minùs posse istos adire ex eo testamen-
to & per aditionem heredes esse, quod fieri non pos-
set si testamentum heres nullos haberet. Et verò, à
quo prohiberentur adire? An à fisco? Atqui fisci in-
terest potiùs vt adeant, sibique acquirant hereditatem
quam ab iis postmodum tanquam indignis sit abla-
turus. An à legitimis successoribus? Multò minùs,
quia cùm dici non possit à tota voluntate recedere
voluisse testatorem qui totum testamentum non can-
cellauit, licèt heredum omnium nomina induxerit,
13 † nec illud quoque dici potest eum voluisse decedere
intestatum, nisi ea mente, eóque fine nomina heredũ
inducta fuisse probent qui ab intestato venire desie-
rant. Hoc enim probato, vt iam dixi, non dubitarem
quin eorum potior quàm fisci aut heredum institu-
torum causa esse deberet, quia quæstiò hæc voluntatis
est magis quàm iuris vt apparet ex illa Imperatoris
pronunciatione. *Causa præsens videtur admittere huma-
niorem interpretationem, vt ea dũtaxat existimemus Ne-
potem irrita esse voluisse quæ induxit.* Et consequenter
fatendum est fieri non posse vt hoc casu legata de-
beantur, quãuis nõ fuerint inducta: nec locum habet
ratio illa Castrensis, quam & nos probauimus, quòd
quæ inducta non fuerũt, per aliorum inductionem &
cancellationẽ tacitè confirmata intelligantur. † Quæ-
14 nam enim potentior & expressior totius testamenti,
ac proinde legatorum quoq. & fideicommissorum o-
mnium testamento relictorum cancellatio esse po-
test, quàm si testator velle se mori intestatum decla-
rauerit, aut verbis dummodo solenniter ea declaratio
facta sit, & coram septem testibus (alioqui non vale-
ret ad testamentum quod ritè factum esset, reuocan-
dum) aut facto ipso, id est inductione nominum he-
redum, quæ quoniam verbis fortior est, aliam solen-
nitatem nullam desiderat ad totas tabulas infirman-
das, nisi vt eo animo factam esse constet? *arg. d. l. 1. §.
pen si tabul. test. null. extab.* † Illud planè interpretum
15 traditioni consequens est differre hac parte, vt & in
aliis plerisq. ius ciuile à prætorio. Id.n. quod aiunt he-
redem cuius nomen inductũ fuerit, non eo minùs ex
testamento heredẽ esse posse, si non fauore legitimo-
rum heredum id factum probetur, iure ciuili verum
esse volunt, at non etiam iure prætorio admitti potest.
Quoties namq. consultò inductum est nomẽ heredis,
indubitanter probatur, eum petere bonorũ possessio-
nem non posse, quemadmodum non posset is qui he-
res scriptus esset non consulto testatore. Nam vtroq.
casu pro nõ scripto est quem scribi testator noluit, in-
quit idem Vlpian. noster *in l. 2. si consulto De bonor. poss.
secund. tab.* Idémque est si linũ quo ligatæ sunt tabu-
læ, incisum sit à testatore, quia non videntur signatæ,
l. 1. § si linum eod. Et verò cur prætor bonorum posses-
sionem secundum tabulas ei daret, cui etiam post a-
ditam iure ciuili hereditatem actiones denegaret? sci-
licet tanquam indigno. Nam quod prætor interdum
quoque bonorum possessionem secundùm tabulas
dat, etiam quæ sit sine re, vt Vlpianus loquitur in Ti-
tulis, puta secundum tabulas in quibus præteritus sit
filius in potestate, si modo septẽ testium signis signa-
tæ, nec cancellatæ proponantur, quia id vnum exigit
prætor, vt extent tabulæ quæ vitium in forma, &, vt
aiunt, visibile nullum habeant, *leg. 1. § sufficit. eod. tit.*
ad hunc casum pertinere non potest, in quo is qui bo-
norum possessionem petat pro non scripto habeatur.
Quod si ita est, illud etiam erit consequens, vt quod
Iulianus scripsit *in leg. si ita scriptum 8. § is autem eod.*
eum cuius nomen in testamento voluntate testato-
ris inductum productũmque est, sicut ad adeundam
hereditatem ita & ad petendam bonorum posses-
sionem scriptum non intelligi, licèt nomen eius lega-
tur, non eò pertineat vt hac in re sit exæquandum per
omnia ius ciuile cum prætorio & ius adeundæ here-
ditatis cum iure petendæ possessionis, sed vt potiùs
ad rei effectum respexerit Iulianus, quia etiam ciuili
iure non potest hereditatem adire cum effectu he-
res, cuius nomen consultò inductum fuit, cùm ab eo
tanquam indigno hereditas per fiscũ auferatur, priùs
etiã quàm sit adita, quia sufficit fisco vt potuerit eam
adire is à quo aufertur. Alioqui si neges heredem cu-
ius nomen inductum fuit ius habere hereditatis a-
deundæ, planè non possis dicere cur ad eam admitti
fiscus debeat exclusis venientibus ab intestato, quos v-
tiq. cõstat nõ nisi per testamẽtum excludi posse. Quo-
modo Accursius cæteriq. interpretes passim ratioci-
nantur. Et in eo certè, vt tandem dicam quod sentio,
egregiè, ni fallor ego, falluntur. † Dicere namque de- 16
buerunt excludi legitimos heredes non per testamẽ-
tarium (qui si verum amamus, cùm pro non scripto
sit, ius adeundæ hereditatis iure ciuili non magis ha-
bere potest, quàm ius petendæ à prætore bonorum
possessionis, *d. § is autem*) sed per fiscum, quasi succe-
dentem in ius & locum heredis testamentarij, ex eaq.
causa habentẽ ius anterius ob indignitatem heredis
instituti. Nam quę ratio perimit ius heredis scripti, vi-
uo etiam testatore, quòd ex ipso instanti quo nomen
heredis inductũ fuit, indignus ille factus sit qui suc-
cedere vnquam posset ei testatori cuius voluntatem
non retinuisset, eadem ex tunc, vt ita dicam, inuitat
fiscum, facitq. vt moriente tandem testatore (quo de-
mùm tempore lex heredibus legitimis deferret here-
ditatem, si deferre posset) causam successionis præue-
nisse fiscus intelligatur, cuius respectu indignitas he-
redis vice testamenti est cùm perinde faciat, vt here-
ditas fisco deferatur. Cùm enim legitimorum here-
dum ius nullum sit nisi ex legibus, *l. 1. de suis & legit. l.
lege obuenire 130. de V. S.* Leges autem pro indigno ha-
beant heredem, cuius nomen à testatore consultò in-
ductũ est, *d. l. cùm quidam 12. ff. de his quib. vt indig.* ne-
mo non videt fieri nullu modo posse vt in proposita
specie lex vocet legitimos successores mortuo testato-
re ad eam hereditatem, quã inde iam viuo eo si aliud
testamentum non fieret, fisco destinabat, quámq. eo
mortuo statim fisco deferat ex præcedenti illa desti-
natione. Duobus namq., id est, & fisco & legitimo he-
redi simul & in solidũ singulis eam deferri impossibi-
le est, sibi verò inuicem eos obstare multò minùs dici
potest, cùm diuersam habeãt causam succedendi. De-
niq. nunquam lex seipsam destruit aut impedit, quod
hîc eueniret si hereditatem ad quam viuo adhuc te-
statore fiscum inuitauerat, legitimis heredibus post
testatoris mortem deferret. † Dicam ampliùs. Eadem
ratione excludendos hoc casu legitimos heredes, quia 17
heres institutus excluditur, id est, tanquam indignus

si indignus hetes dicendus est secũdum Papinianum
quisquis non retinuit defuncti volontatem. Nã cùm
quamdiu paterfamilias testatus non est credendus sit
saltem animi destinatione heredes illos tacitè insti-
tuisse quos sciat sibi ab intestato successuros, *l.3.l.con-
ficiuntur.8.de iur.codicil.* an non etiam tacitam institu-
tionem qoodammodo delet, ac vt ita dicam, legitimi
heredis nomen, si non litura saltem literis inducit &
cancellat, qui solenni testamento alium sibi elegit
18 successorem? † Dico *solenni testamento*, quoniam is qui
minùs sollemniter & non secundum leges testatus
est nec testari voluisse credendus est, quia nec potuit
velle, nec legitimi heredis ius lædere, nisi eo prorsus
modo quo lex permittit, id est, iusta sollemníque vo-
luntate. Ideóque si testamentum facere cœperit aut
voluerit, nec perfecerit, aut si minus ritè sit testatus,
non aufert lex hereditatem à legitimis successoribus,
tanquam ab indignis, nec inuitat fiscum: id quo po-
tentius est ius legitimi heredis quàm instituti cuius
nomen inductum esse sufficit, nulla etiam solemnita-
te interueniente, vt indignus esse videatur, quia ius
heredis scripti totum pendet ex testatoris voluntate,
ita lege ipsa iubente, neminem enim lex vocat ex te-
stamento, nisi quem testator scripserit: At ius legitimi
heredis totum pendet ex lege, non ex patrisfamilias
voluntate, nisi hactenus vt heredem testamento sol-
lemniter scribere possit, atque ita legitimum succes-
sorem excludere, quoniam & hoc ei lex permittit. Ita-
que in legitimis hereditatibus tacita voluntas testa-
toris subsequitur expressam legis voluntatem. In te-
stamentariis contrà lex subsequitur, & confirmat vo-
19 luntatem testatoris. † Vnde est quod non habet lex
pro indigno legitimum successorem qui paterfamilias
voluerit adimere legitimam hereditatem per testa-
mentum si non perfectè & sollemniter testamentum
factum sit, sed indignum potiùs testatorem cuius vo-
luntati subueniatur, qui non secundum leges testatus
20 sit, sine quibus tamen non poterat testari. † Potést-
que vno tantùm casu legitimus heres instituto com-
parari vt indignus fiat & fisco etiam legitima heredi-
tas adquiratur, nimirum si is qui legitimam heredita-
tem captabat, testatorem prohibuerit testari siue pro-
hibito introire testamentario siue qua alia ratione,
leg.1.& tot.tit. Si quis aliq.testam.prohib. D. & C. Nam
& scriptis heredibus eadem de causa aufferretur he-
reditas, si testator mutata voluntate aliud testamen-
tum facere voluisset, & impeditus ab iis esset, *leg. si
21 scriptus 19. Digest. de his quib.vt indign.* † At cùm sol-
lemne testamentum factum est in eóque alius insti-
tutus qoàm qui ab intestato successurus fuit, indi-
gnus sanè est agnatus ille proximus cui lex deferat
hereditatem quam testator ei ademptam voluit, ne-
que tamen ea legitimi heredis indignitas fisco locum
facit, sicut indignitas heredis instituti faceret, quia
testator indignum eum demonstrando alium sibi he-
redem fecit, quem dignum lex habet cui deferat he-
reditatem ex testamento, quippe quod ritè factum sit,
& ex ipsius legis præscripto. Alioqui testamentarias
successiones prohibere non confirmare lex debuisset,
si testamentum ita fieri non posset, quin vel heredi-
bus legitimis successio deferretur testamento inuali-
do existente, vel fisco vindicaretur legitimo herede
indigno facto per vtile validúmque testamentum,
Denique cùm validum iustúmque testamentum il-
lud sit ex quo possit moriente testatore deferri here-
ditas heredi scripto, non potuit lex sine implicita a-
pertáque contradictione, testamenti factionem in-
ducere, & pariter fiscum ad hereditatem testamenta-
riam inuitare, cùm si testamenti factio non esset per-
missa, nihil causæ subesset cur legitimis successorib.
tanquam indignis hereditatem auferri oporteret. † 22
Dices, eadem ratione illud quoq. admittendum vide-
ri, vt testatore heredum institutorum nomina cancel-
lante ipsius hereditas non fisco, sed legitimis succes-
soribus deferatur: cùm non possit testator indignum
putare heredem institutum, quin hoc ipso dignum
faciat eum quem sciat sibi ab intestato successurum,
siquidem testator nullus est qui nesciat hereditatis
cuiuslibet duplicem tantùm esse differentiam, vt vel
testamentariam illam esse necesse sit, vel legitimam.
Sed neganda est consecutio † Est enim hac in re dete- 23
rior condicio legitimi heredis inducto nomine here-
dis qui fuerat sollẽniter institutus, q̃ esse debeat here-
dis instituti sublata per testamentũ spe legitimæ suc-
cessionis, & quidem doplici de causa. Quarum altera
est, quod heres legitimus iam semel ab ipso testatore
indignus habitus fuit qui vnquam succederet: Insti-
tutus verò nõ item, quia nullum instituti ius fuit nec
in re nec in spe, antequàm legitimo heredi per legem
destinaretur hereditas, cùm tota spes instituti à testa-
menti die incipiat, quomodo è contrario spes est a-
gnatum proximum esse successurum antequàm testa-
mentum factum sit, & quandiu factum nullum est,
indignus autem videri non potest vt aliquid conse-
quatur is, qui ius nullum habeat, at ne quidem spem
vllam probabilem eius vnquam consequendi. Altera
est, quia testator cùm pro indigno habet heredem le-
gitimum condendo testamentum, hoc ipso alium he-
redem facit, de quo proinde dubitari non potest quin
dignus sit qui & ex testantis indicio succedere debeat
& ex lege quæ confirmat factũ vtiliter testamentum.
At cùm pro indigno habet heredem testamentariũ,
ipsius nomẽ cancellãdo, non idcirco quidquã facit ex
quo possit cõstare ne quidem per coniecturam, quòd
agnatum proximum legitimæ successionis iure dignũ
putet. quem semel indignum iodicauit. † Non enim 24
ob id solùm desinere potest agnatus proximus indi-
gnus esse, quòd testamentarius quoque sit indignus.
Quin potius cùm eo casu vterq; ex iudicio testatoris
indignus reperiatur, hereditas optimo iure tanquam
caduca ad fiscũ deuoluitur. Neq in eo nulla fit iniuria
legitimo heredi qui iam fuerit exclusus per testamen-
tum, quiq. non eo magis voluntatem testatoris semel
amissam recuperasse dicẽdus est, quòd eã quoq. insti-
tutus heres amiserit. † Et certè multò difficilius est vt 25
testatoris voluntatẽ regredi, quam progredi admitta-
mus. Progreditur voluntas testatoris cùm à consilio
excludẽdi legitimi successoris, seipsã fert ad vtilẽ he-
redis institutionem. Eadem regrederetur eò vnde di-
gressa esset, si per cancellationem nominis heredis in-
stituti legitimos successores ad legitimam hereditatẽ
reuocaret. Nõ nego regressum illũ fieri posse, si testa-
tor velit, *d.l.1.§.pen.si tab.testa. null. extab.d.l.vlt.D.hoc
tit.* Sed nego præsumendum esse testatorem de eo re-
gressu faciẽdo cogitasse, nisi apertissimè probetur he-
redis nomẽ idcirco induxisse, vt intestatus moreretur,
& eos haberet heredes quos ei lex ab intestato datura
esset. Quid enim aliud facere posset, si neq; legitimos,
neque scriptos heredes habere vellet? Aut quidni ei
imputabimus, nõ cur intestatus non decesserit, sed cur
nõ dixerit cancellando nomẽ heredis scripti vellet se
decedere intestatum? † Neq. distinguo an vnius tan- 26
tùm heredis nomen testator induxerit, an omnium si
plures fuerint instituti. Omni namque casu fiscus ad-
mittitur pro eorum portionibus quibus actiones de-
negantur. Et si cùm pluribus institutis quorundã dun-
taxat

taxat nomina inducta sunt, multò apertius est legiti-
mis successoribus locum nullum esse, quoniã alioqui
testator pro parte testatus, & pro parte intestatus de-
27 cessisse crederetur. † Sed tamen cùm deficiens portio
propter indignitatẽ heredis cuius nomẽ inductum est
nõ coheredibus adcrescat, sed ad fiscũ deuoluatur, ex
eo intelligimus omnium quoque heredum nomini-
bus inductis (quo facto nihil vetaret dici testatorem
penitus intestatum) potiorem fisci causam esse debe-
re, quam venientibus ab intestato, quia quo casu non
possunt ex testamento coheredes habere ius adcres-
cendi quibusdam tantum portionibus deficientibus,
eo casu nec si tota hereditas vacet ius legitimis succe-
dendi locum habere non potest. Non enim debilius
est ius coheredis testamentarij quod ad retinendum
ius adcrescendi pertinet, rato validoque manente te-
stamento, quàm ius legitimorum successorum ab suc-
cedendum ab intestato rupto vel irrito facto testamen-
to. Ergo si coheredes testamentarios vincit fiscus pro
portionibus coheredum quorum nomina inducta
sunt, multò magis aut saltẽ perinde vincet legitimos
heredes omnibus heredum nominibus inductis. Et
quemadmodum coheredibus testamentariis cum fis-
co concurrentibus non distinguitur cum Castrensi an
eos heredes quorũ nomina testator induxit expressè
indignos declarauerit, necne, sed omnimodo fiscus
admittitur, ita nec illa distinctio recipienda est, cùm
de legitimorum heredum iure contra fiscum disputa-
28 tur. † Probabilius dubitari potest an illa saltem ad-
mittenda sit, de qua iam diximus, Totumne testamẽ-
tum cancellatum sit, an sola nomina heredũ. Sed ne-
que hanc admittendã puto. Quod.n. totum testamẽ-
tum cancellatum sit ius fisci augere debet potiùs quã
minuere, vt non tantùm hereditas, sed etiam legata
& fideicõmissa omnia quæ eo testamento relicta fue-
rant à legatariis & fideicõmissariis tãquam indignis
29 auferantur, & fisco vindicentur. † Etsi potest ea res le-
gitimis heredibus hactenus prodesse, vt si probare
velint testatorem intestatũ decedere voluisse faciliùs
audiantur, possintque hoc casu sufficere leuiores pro-
bationes eiusmodi voluntatis, non quod ex totius te-
stamenti cancellatione præsumendum sit testatorem
à successione testamentaria ad legitimam quam se-
mel excluserit regredi voluisse, sed quia multò diffi-
ciliùs est, vt qui legata testamento bene facto relicta,
& quæ nisi ex testamento deberi nequeant, non can-
cellauit, credatur voluisse mori instatatus, quàm qui
totum testamentum cancellatum sit, siue nomina solá
heredum, probatio à legitimis heredibus exigetur, si
30 facere volent vti ne à fisco excludantur: † non adhi-
bita etiam illa distinctione, An plures vnius testa-
menti tabulæ fuerint eodem exemplo scriptæ, quatũ
alteras testator deleuerit, an vnæ. Illa námque distin-
ctio si quando colorem habeat, tunc certè habet, cùm
inter heredem tastamentarium, & fiscum de heredi-
te contenditur quia nullum fisci ius esse potest, vt à
testamentario herede, tanquam indigno hereditatem
auferat, quandiu supersunt tabulæ ex quibus possit
heres scriptus probare defuncti voluntatem sed reti-
nuisse, licèt aliud eatundem tabularum exemplum
testator consultò deleuerit. Idq; est quod Pap. scribit
in *d.l. vlt. quæ iure gesta sunt, præsertim cum ex cæteris ta-
bulis quas non abstulit res gesta declaretur, non constituen-
tur irrita.*
31 † Sed quam à fisco metuere controuersiam
heres scriptus non potest, multò iustius à legitimis
heredib. timere debet, si velint illi probare ideò in-
cisas vel vnas tabulas vt ab intestato succederetur,
licèt aliæ tabulæ supersint. Tanta scilicet vis est inci-
sionis & cancellationis quando apparet qua mente fa-
cta sit. Cùm si nulla incisio facta esset, non sufficeret
testatorem dixisse velle se mori intestatum, ad infir-
mandas testamẽti tabulas quæ iure valuissent. At in-
ter fiscum & legitimum heredẽ nulla hoc casu inci-
dere quæstio potest, vt distinctioni quoq; loc' aliquis
esse queat, cùm fiscus per heredẽ scriptum excludatur
sicut & legitimus heres per fiscũ, nisi cùm vtrumque
hic vincit, probata nimirũ patrisfamilias voluntate de
faciendo exitu intestati. Sola enim voluntas illa est,
quæ & heredem scriptũ possit à testamenti commodo
summouere, tum quoq; cùm deleto exemplu vno te-
stamenti aliud superest, & fisci ius excludere, ne tan-
quam ab indigno ablatam sibi vindicet hereditatem.
An quia reuera non faciat intestati exitum is qui mo-
ritur sine herede testamentario, siue totum testamen-
tum, siue sola heredum nomina cancellauerit, nisi præ-
tereà declaret velle se mori intestatum? Imò verò, mo-
ritur reuera intestatus is qui ex testamento heredem
nullum habet, siue non fuerit testatus, siue fuerit, sed
ita vt posteà hereditas ex eo testamento adita non sit
dict. l. 1. in princip. de suis & legit. † Verùm quia noluit 32
hic mori intestatus, qui ob eam causam testatus fuit,
tametsi posteà testamentum cancellauerit, non tam
vt legitimis heredibus prodesset quibus iam testando
nocuit, quantum potuit, quàm vt institutos quoque à
sua successione repelleret tanquam indignos, perinde
habetur acsi neque intestatus decederet, quia intesta-
tus decedere noluit, neque testatus, quia nec facere
potuit quantumuis volens vt vel testatus decederet
sine testamẽto, vel inductis heredum omnium nomi-
nibus testamentum aliquod saluum superesset. Ita-
que quod potuit decedere intestatus non voluit, quod
voluit decedere cum testamento inductis nomini-
bus heredum non potuit, vt & in *l. quoties. 9. in princ.
D. de hered. instit. l. multum interest. 6. C. si quis alteri vel
sib.* † Sed tamen in hac implicitate & perplexitate cõ- 33
seruat lex ipsius voluntatem, quantum potest. & ex-
clusis primùm legitimis heredibus, qui non nisi con-
tra voluntatem succedere possent, aufert heredita-
tem etiam à scriptis quasi ab indignis, eámque quasi
caducam applicat fisco, tanquam nihil aliud sit quod
meliùs & iustiùs facere possit. † Conseruat tamen le- 34
gata, & fideicommissa, sicut & portiones coheredum
quorum nomina inducta non sunt, quoniam ea inter-
pretatio non solùm humanior est, sed etiam testatoris
voluntati conuenientior, qui vtique ob cancella-
tionem quam fecit, non potest videri mutasse volun-
tatem, nisi quatenus cancellauit. Nec tamen hac in
re vis vlla fit legibus. Nam quod dicitur ex testa-
mento, in quo nullus heres scriptus sit, aut ex quo
non sit adita hereditas, neque legata, neq; aliud quic-
quam deberi, *l. si nemo. 9. C. de testa. intel. l. ea quam. 14.
C. de fideic.* tunc obtinet, cùm vel ab heredibus legiti-
mis & ab intestato vel à nemine succeditur. At in pro-
posito succedit fiscus, & quamuis non ex testamento,
quia non fuit scriptus heres, tamen propter testamen-
tum, cùm si testamentum nullum factum esset, succe-
dere ipse nõ posset. Adeóq; si nõ ex iure heredis scri-
pti, saltẽ in vicẽ & locũ ipsi', vindicãs sibi eã heredita-
tẽ q̃ script' heres habitur' erat, si nõ fuisset indignus.
Cur ergo meliore cõditione esse debeat, q̃ futurus e-
rat institutus heres, vt ea quoq; legata & fideicõmissa
sibi applicet q̃ nõ fuerũt cãcellata? An fortè indignitas
heredis facere potuit indignos legatarios, q̃ testatoris
volũtatẽ retinuerũt? An verò cogẽdus fuit testator, vt
inuitus vel eos haberet heredes ab intestato quos no-
luerat, vel eos ex testamento quos scripserat, si legata

& fideicõmissa salua esse vellet, aut propter heredum
scriptorum offensam, legatariis quoque & fideicõmis-
sariis qui non offerendant libertatem suam præripe-
35 ret. Et verò fiscum hoc casu succedere, non quasi nul-
lo facto testamento, sed quasi salua causa testamenti,
ex eo colligi potest, quòd si quorundã duntaxat here-
dum nomina inducta sint, succedit fiscus cum cæteris
qui ex testamento succedunt: quod fieri non posset si
succederet pro indignorum portionibus, tanquã ea-
tenus intestato patrefamilias defuncto. Sic enim eue-
niret vt pro parte testatus, pro parte intestatus ille
decessisse intelligeretur, & quidem non ex postfacto,
vt in *l. certa 24. D. de inoff. testa.* sed ab initio & mortis
tempore inspecto, quod iuris regulæ non patiuntur.
Quòd si pro parte illius ex heredibus, cuius nomen
inductum est ita succedit fiscus vt ne pro ea quidem
parte testator intestatus habeatur, quamuis non eo
magis succedat ille ex testamento, in quo non fuit in-
stitutus: æquè fatendum est omnib. heredũ nominib.
inductis, aut si vnus tãtum scriptus fuerit, eius nomi-
ne cancellato, fiscũ non quasi ab intestato succedere,
in quo successionis genere à legitimis heredibus pro-
culdubio anteuerteretur, sed potiùs quasi ex testamẽ-
to, id est, quodammodo ex persona heredis instituti in
cuius locum subintrat, quique ex eo testamento lega-
ta & fideicommissa non cancellata debiturus fuerat,
36 si succedere potuisset. † Quãquam non est inficiandũ
eam Imperatoris optimi constitutionem, quæ legata
& fideicommissaria non inducta conseruauit, æqui-
tate magis niti quàm summo iure, & contra legata-
rios prononciari, non sine ratione potuisse, si iuris stri-
cti colorem auari alterius Principis rapacitas, æquitati
37 & voluntati testatoris anteponere voluisset. † Illud
sanè magis miri est, nec aliam rationem quàm liber-
tatis fauorem habere potest, quod scriptum est in *d. l.*
3. in fi. Etiam inducto nomine serui, quem testator li-
berum esse iusserat, liberum nihilominùs eum fore.
Hoc enim si sic intelligas quomodo Hugolinus intel-
lexit, vt libertates quamuis inductæ & cancellatæ
debeantur, pugnabit euidenter cum sententia proxi-
mè præcedenti, quæ habet voluisse testatorem irrita
esse omnia quæ induxit. Est enim ea sententia gene-
ralis, nec minùs ad libertates quàm ad cætera legata
& fideicommissa pertinens, cùm libertatis fauor nul-
lus sit contra expressam testatoris voluntatẽ. Rursus
si cũ Azone & Accursio dicas intelligi id debere, cùm
non apparet an consultò an inconsultò inducta sit li-
bertas, quasi priuilegiũ libertatis illud sit, vt inconsul-
tò delata præsumatur, cum aliud sit in cæteris legatis,
si inductio facta sit à testatore, quod & in dubio præ-
sumendũ est, quando habuit ille penes se scripturam
testamenti, vt Castr. post Bart. & Bald. tractat ad fin. *l.*
hoc tit. vereor ne vim facias verbis legis. Tota enim
reliqua lex est de inductione & cancellatione quam
38 testator consultò fecerit. † Itaque probabilius arbi-
tror ea verba, *nomen serui quem liberum esse iusserat, in-*
duxit, de eo seruo accipienda esse qui nõ solùm liber,
sed etiam heres scriptus fuisset. Id. n. erat frequentis-
simũ, vt serui & liberi & heredes simul scriberentur.
Ideóque inducto illius nomine & libertas & heredi-
tas simul reuocata videbatur. Contrà tamen placuit
Imperatori liberũ eum nihilominus fore, quasi per in-
ductionem sola hereditas ablata esset, non etiam li-
bertas, quam nihil vetabat vtiliter datã esse ei quoque
qui heres non esset, cùm possit libertas sine heredita-
te seruo obtingere, non item hereditas sine libertate.
Hancque interpretationem nostram illud valde adiu-
uat, quod in principio legis Marcellus refert diu de
legatis fuisse dubitatum, & maximè de legatis colla-
tis in eos heredes quorũ institutio fuerat inducta. Etsi
non potuit de ea libertate dubitari quæ legata fuis-
set seruo heredi instituto, quia cum non posset seruus
heres esse nisi liber esset, nec legatum libertatis va-
leat, nisi ab adita hereditate *l. vnic. §. in nouissimo. C. de*
caduc. toll. necesse fuit libertatẽ cum hereditate dari, ac
proinde vtramq. titulo institutionis. † Et in eo nimirũ 39
versatur fauor libertatis, quod quãuis simul cum he-
reditate data esset, & hereditas ablata fuisset propter
inductum nomen serui, nihilominùs libertas compe-
tat, & quidem ipso iure. Sic. n. explico verba illa, *quod*
videlicet fauore constituit libertatis. An quòd cætera le-
gata iis facta, quorum institutio inducta fuerat nõ de-
beantur? Imò verò debentur, *d. l. cùm quidam 12. de his*
quib. vt indign. cum ea tantùm irrita esse placeat, quæ
inducta fuerunt, institutio autem sola inducta propo-
natur, non etiam legata, vt probant verba illa, *quæ ad-*
scripta erant his quorum institutio fuerat inducta. Sed
quia etiam inducta institutione nihil vetabat conser-
uari legata quæ separatim data essent, quæq; cum in-
stitutione nihil commune haberent, quandoquidem
si vni ex heredibus aliquid legatum sit, & is portionẽ
suam repudiauerit, consequitur totum legatum, cuius
partem dũtaxat legati iure habiturus erat, si adiisset,
l. qui filiabus 17. §. vlt. cum l. seq. de legat. 1. Legatúmq. li-
bertatis ei datum qui scriptus heres non fuisset, priui-
legium nullũ in hac re habere poterat. Libertate ve-
rò cum hereditate simul data, difficile erat vt libertas
ei salua esse deberet, cui hereditas auferretur, nisi fa-
uor libertatis eam sententiam extorsisset. Hoc n. colore
quod æquum non esset deteriorẽ condicionem esse li-
bertatis quæ cũ hereditate data esset, quàm eius quæ
sine hereditate. Præsertim cùm libertatem hereditati
coniunxisset necessitas, potiùs quàm quòd testator
sensisset, vt ita demum libertas seruo cõpeteret, si he-
reditas quoq; ei deferretur. † Atque ita totum hunc 40
titulum explicandum esse arbitramur, non quomodo
passim cæteri interpretes, qui heredem scriptũ, cuius
nomen consultò inductum sit ex testamento heredẽ
esse volunt, posséq. adire quamuis indignũ, nisi facta
sit inductio ea mẽte vt legitimi heredes admitteren-
tur, quemadmodum Paul Castr. distinguit ad *d. l. vlt.*
hoc tit. Sententiam nostram apertè illud cõfirmat, non
solùm quod ex Iuliano diximus in *d. l. si ita scriptum 8.*
§. is autem de bon. poss. sec. tab. heredem cuius nomen in-
ductum fuit, non intelligi scriptum ad adeundam he-
reditatẽ (vt intelligamus haberi pro scripto, quod ad
alias causas personásq. attinet, putà ad legitimos he-
redes excludendos, & ad legata fideicommissáq. om-
nia tanquam ex testamento conseruanda) verum etiã
quod Marcellus in *d. l. in pr.* bona huiusmodi caduca
esse scribit, & fisco tanquam caduca vindicari, quod
& Papi. scribit *in d. l. cùm quidam.* † Item quod in ead. *l.* 41
3. scriptum est in hæc verba, *nonnullos opinari ad iure ipso*
perimi, quod inductum sit, cætera omnia valitura. Non. n. is
sensus est, quasi sint nõnulli, qui cõtra opinentur ipso
iure non perimi quod inductum fuit, sed vt nõ deés-
sent qui hereditatẽ à legatis distinguerent, & quãuis
ipso iure perempta institutione per inductionem, le-
gata nihilominus valere contenderẽt. Rursus quod in
ead. l. sequitur ex verbis Imperatoris, *hereditas enim ad*
eos qui scripti fuerint pertinere non videtur. Quo. n. iure
liceat cuiquam adire hereditatẽ quæ ad eum non per-
tineat? † Nec est contrarium quod in *l. 1. §. sed consultò* 42
quidem, Vlp. scribit, *consultò deleta petentes exceptione re-*
pellendos esse. Id. n. ad institutiones heredum non per-
tinet, quæ à nemine peti possunt, sed ad legata cæte-
ráque

rāque huiusmodi ab heredibus ipsis præstandā, quæ licet ipso iure non debeantur cùm deleta sunt consultò, quia tamē hoc ipsum, An consultò deleta sint, néc-ne, plerumque obscurum, & in facti quæstione positum est, petî proculdubio possunt de facto, vt pragmatici vulgò loquuntur, magis quàm de iure, ideóq; exceptione repelluntur, ex quo apparuit consultò deleta esse: quia propositam semel actionem necesse est elidi per exceptionem, quæ ipsa tamen non potest non esse iusta ad eum repellendum, cui nec ab initio actionem dari debuisse ex euētu constat. Idem enim plerisque aliis casibus euenit, vt propter implicitam facti quæstionem ei detur, qui ex iuris ratione, si de facti veritate ab initio constaret, nullam actionem habere deberet & consequenter vt exceptionis auxiliū necessarium sit ei qui alioquin satis tutus sit ipso iure. In heredibus non idem tractari potest. Etsi enim heredum nominibus & institutionibus inductis æquè distinguendum est an consultò facta sit inductio, néc-ne, hereditas tamen non petitur sed acquiritur, & quidem ex legis potestate, iuncto facto heredis adeūtis. Lex autem certa est an consultò deleta sint nomina heredum, an inconsultò, licèt id ab hominibus ignoretur, quoniam ea tantùm quæ futura sunt, & incerta lex ignorat, non etiam præterita vel præsentia quæ per rerum naturam sunt certa *l. cùm ad præsens. 37. & seqq. D de reb. cred.* ob idque non defert hereditatem heredi cuius nomen consultò deletum fuit, & quem scit illa esse indignum. Ita fit vt nec si millies eam hereditatem adeat aut pro herede gerat, sibi tamen possit acquirere, quia delatam hereditatem esse necesse est priusquam per aditionem acquiri queat, *l. net io. 17. §. vlt. l. illud. 77. & pass. D. de acquir. hered. l. deleta. 151. de verb. signif.* delatio autem non per testamentum fit aut testamenti scripturam, præsertim cancellatam, sed per legem mortuo demum testatore si testamentum ab initio valuerit, neque testatoris voluntas aut testamenti validitas medio tempore interciderit. Ideóque quamuis heres adierit, cuius nomen inductum fuit, actiones tamen hereditariæ ipsi denegantur, vt ait *l. 2.* quia non nisi ei qui verè heres sit, & quem lex per aditionem heredem fecerit, competere possunt. Alia ratio est heredis qui ob id indignus existimatur, quod defuncti necem vltus non sit de quo in *l. si sequens. 15. & tot. tit. D. ad SC Sila.* Hic enim cùm defuncti voluntatem retinuerit, adire sine dubio potest, herésque fieri per aditionē, adeo vt nec nisi postquàm heres factus fuit, indignus videri possit, quia non aliter incidit in Senatusconsultum quàm si ante habitam de occisi familia quæstionem adierit hereditatem, vel bonorum possessionem petierit.

CAPVT XVIII.

Ad §. vlt. l. si quis seruum 8. & ad l. cùm autem 9. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Quanam differentia inter legatum partis hereditatis & legatum partis bonorum constituatur, & quomodo ea ab Interpretibus accipiatur?*

2 *Legatarium bonorum omnium non minus ab iisdem Interpretibus heredis loco haberi quam si bona omnia per fideicommissum relicta proponerentur.*

3 *Ex eorundem sententia, parte hereditatis legata heredem qui suspectam hereditatem dicit ad aditionem & restitutionem compelli posse.*

4 *Differentiam inter superiora duo legata* verbalem *seu* vocalem *tantùm ab iisdem constitui.*

5 *Superior Interpretum traditio refellitur.*

6 *Reprobatur quod iidem docent in legatarium partis hereditatis actiones transire.*

7 *Rem legatarii tunc demum fieri quum hereditas adita est.*

8 *Legatum partis hereditatis non magis quàm legatum fundi facere posse vt legatarius heres sit.*

9 *Hoc admisso, legata partis hereditatis eam vim esse non posse, vt eum qui verè heres ex toto asse fuit faciat desinere heredem esse.*

10 *In eum igitur non in legatarium partis hereditatis iura hereditaria transire.*

11 *Nec quod hereditatis pars legata sit, non res singulas legatarium iuris successionem aut heredem fieri.*

12 *Eam hereditatem solam dici quæ iuris potestate heredem seu iuris successorem facere possit.*

13 *Cur hereditate post aditionem vendita vel ex fideicommisso restituta actiones in emptorem aut fideicommissarium ante Senatusconsultum Trebellianum non transferrentur.*

14 *Cur & quo sensu Vlpianus in* l. 2. § peruenisse de hered. vel act. vend. *dicat ex hereditate vendita as alienum deducendum esse.*

15 *Etiam hodie restituta ex Trebelliano hereditate heredem summo iure à creditoribus hereditariis conueniri, & aduersus debitores hereditarios experiri posse.*

16 *Soluto partis hereditatis legato heredem perinde creditoribus hereditariis ipso iure obstrictum manere ac si nulla pars hereditatis legata fuisset.*

17 *An eo casu dicto heredi exceptio restituta hereditatis accommodetur?*

18 *Legatum partis hereditatis vt cætera particularia legata sola legis potestate, non per manus heredis legatario ipso iure acquiri.*

19 *Cur legata parte bonorum non corpora ipsa debeantur sed eorum æstimatio.*

20 *An præstiti legati exceptio eidem heredi competere possit?*

21 *Supradictum heredem nulla exceptione tueri se posse, quominus creditoribus & legatariis omnibus non solùm stricto iure, sed etiam cum effectu in solidum teneatur.*

22 *Trebellianum Senatusconsultum ad legatum partis hereditatis porrigi non debere.*

23 *Quænam ratio in legatis partis hereditatis directarum & vtilium actionum translationem in legatarium impediat?*

24 *In quo plus iuris habeat heres quàm legatarius.*

25 *Translationem dominii quæ fit à testatore in legatarium, per legem fieri, eam verò quæ ab herede in fideicommissarium, non nisi per Senatusconsultum, & alio tam domino per legem constitudo.*

26 *Heredem à quo testator partem hereditatis legauit, si suspectam hereditatem dicat, à legatario ad adeundum cogi non posse.*

27 *Aliud obtinere in eo cui pars hereditatis ex fideicommisso restituenda est, & qui totam hereditatem adiri & sibi restitui petit.*

28 *Partis fideicommissarium eo casu totam hereditatem iure adcrescendi habere.*

29 *Partis hereditatis legatarium si heredem ad aditionem compellere posset non integram hereditatem sed dimidiæ partis singularum rerum hereditariarum dominium ex legis potestate consecuturum.*

30 *Cur tota hereditas relinqui per fideicommissum commodè possit, legari verò non possit?*

31 *Cur Trebelliano SCto quartæ retentio nulla permissa sit*

32 *Pegasiani Senatusconsulti occasio.*

33 *Passiuas actiones in legatarium partis hereditatis non transire, actiuas vero transire.*

34 *Cur in heredem onus æris alieni transeat?*

35 *Testatorem nequidem expressa voluntate iubere posse vt legatarius creditoribus hereditariis, non item heres respondeat.*

36 *Quam rationem habeat quod D. Pius rescripsit ex legato partis hereditatis æs alienum deducendum non esse.*

37 *Ratio dubitandi & decidendi in eo rescripto.*

38 *Fideicommissariam hereditatem quam restituitur, talem restitui qualis moriente testatore fuit.*

39 *Rescriptum illud D. Pij non in odium & incommodum, sed in fauorem legatarij factum esse.*

40 *Nullam reuera differentiam esse inter legatum partis hereditatis & legatum partis bonorum.*

41 *Differentiam in legibus initio propositis constituendam esse inter legatum partis hereditatis & legatum partis bonorum, quæ testatoris erunt mortis tempore.*

42 *Ex legato partis hereditatis æs alienum non deduci. ex legato partis bonorum quæ erunt tempore mortis testatoris æs alienum pro simili portione deducendum.*

43 *Legato partis bonorum ad id tempus relato quo iam aliqua fuerit hereditas non magis ex eo quam ex legato partis hereditatis æs alienum deducendum esse.*

44 *Legatum omnium bonorum non magis quam legatum totius hereditatis iure valere.*

45 *Quum de fideicommisso agitur multum interesse an testator bonorum suorum partem duntaxat, an omnia bona restitui iusserit.*

46 *Bonis omnibus per fideicommissum relictis fideicommissum vniuersale esse, & heredem si suspectam dicat ad aditionem & restitutionem compelli posse.*

47 *Fideicommissum quoque vniuersale esse, si totum patrimonium vel peculium restitui testator iusserit.*

48 *Fideicommissum bonorum omnium vniuersale non censeri si testator* honorum *nomen proprie, non improprie pro hereditate acceperit.*

1 LEgari † posse partem hereditatis & partem bonorum nemo dubitat Sed quænam inter huiusmodi legata differentia sit, nemo fortasse ad hæc vsque tempora bene explicauit. Esse autem differentiam aliquā contendunt omnes, probarique putant ex *l. si quis seruum 8. §. vlt.* iunct. *l. seq. de legat.* 2. vbi scriptum est, si hereditatis pars legata sit, non esse deducendum æs alienum, si verò pars bonorum, deducēdum esse. Quod ab Accursio, Bart. aliisque omnibus interpretibus passim sic accipi video; vt ex legato hereditatis æs alienū non deducatur, sed pro qua parte legata est hereditas, iura omnia & actiua & passiua transeant in legatariū, quia hereditas est nomen iuris, ita vt aduersus legatarium istum hereditatis perinde actiones competant creditoribus hereditariis, atque contra ipsum heredē. Ex legato autem partis bonorum deducatur æs alienum, quia bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno, cùm bonorum nomen simpliciter & naturaliter sumptū non sit nomen iuris, sed corporum, ideóq; fieri nequeat, vt ex legato partis bonorum actiones hereditariæ saltē passiuæ in legatarium transferantur. Proinde si ex legato partis bonorū æs alienū nō deduceretur, euenire necesse esset vt bonorū commodum legatario acquireretur, incommodū verò penes heredē remaneret, quod nec voluntati testatoris, nec æquitati
2 consentaneū videretur. † Loquūtur autē interpretes de legato partis bonorū, quia si bona omnia legata essent, nō dubitant quin perinde sit acsi hereditas ipsa legata esset, vt hoc casu legatarius bonorū omniū, nō omnis heredis loco sit, quā si bona omnia per fideicōmissum relicta proponerentur, cuiusmodi fideicōmissum vniuersale esse certū est, vt nō magis bona mobilia & immobilia quā iura & actiones comprehendat. *l. nam quod 14. §. vlt. cū duab. seqq. D. ad SC. Treb.* Eandē namq; rationē esse volunt legatorū vniuersaliū & fideicōmissorum vniuersaliū, sicut legata & fideicōmissa singularia in omnibus, & per omnia fuisse exæquata cōstat *l. 1. de leg. 1.* † Vnde illud etiā inferūt, si nō bono- 3
norū, sed hereditatis pars legata fuerit, cogi posse heredē qui suspectā hereditatē dicat, vt hereditatem adeat, eámq; partē restituat quia & si per fideicommissum ea pars hereditatis relicta esset, cogi posset heres ad adeundam & restituendā hereditatē, & vtroq. casu actiones transeant tam in legatariū, quàm in fideicōmissariū partis hereditatis, quod post Accursiū expressim tradit Bart. ad *l. mulier. 22. §. vlt. D. ad SC. Trebel.* † 4
Ita fit si interpretibus credimus, quod & ipsi fatētur, vt in effectu nihil planè intersit an hereditatis pars legata sit an bonorū, nec nisi verbalis, vt aiūt, & vocalis differentia illa sit, quàm à prudentib. traditā volūt in *d. l. si quis seruum §. vlt. & l. seq. de leg. 2.* Siquidē vtroq; casu volunt, onus æris alieni re ipsa sequi legatarium, qui vtiq; deducto ære alieno tātò minùs percipiat ex legato cū legata est pars bonorū. Nulla verò facta deductione, id est, cū legata fuit pars hereditatis. pro ea parte creditorib. respondere teneatur Quid n. refert an legatarius obligetur ad æs alienū soluēdū credito-
ribus an heredi? † Hoc verò primū est quod facit ne mihi hæc interpretū traditio probari possit, licèt subtilē eā dicat Castrensis, & probet. Non n. possum credere prudentes in differentia illa proponenda, quæ extat in *d. l. 8. & 9. de leg. 2.* ad sonum verborum magis quàm ad 5
rei effectū respexisse. † Nec illud rursus intelligo, qua 6
ratione fieri queat, vt in legatarium partis hereditatis transeant actiones. In eóq; potissimum & ingenia, & imprudentiam nostrorum interpretum demiror. Etsi namq; nō ignoro hereditatis appellatione iura quoq; & actiones cōtineri, quæ tota eorum ratio est, id tamē ad eam hereditatem pertinet, quæ verè sit hereditas, id est quæ faciat heredem, & heredi ipsi per legē deferatur, non ad eam quæ iā semel heredi acquisita, desierit esse hereditas, factáque sit patrimoniū heredis. Qualis procul dubiò illa est, quæ legatario partis hereditatis ex legato debetur & acquiritur. Non enim legatum huiusmodi facere potest, quominùs heres institutus reuera heres sit, & quidem ex toto asse, cū nec aliter legatum hoc deberi possit, vt neq; cætera quin hereditas adita sit *l. si nemo. 9. D. de testam. tutel. l. ea quā 4. C. de fideic.* quæ porrò cum heredi acquiri pro parte non possit, necesse est vt ei vel inuito in solidū acqui-
ratur. † Nec est quod quis obiiciat legatū ita facere rē 7
legatā legatarij, vt hereditas facit heredis res singulas *l. legatum. 80. de leg. 2.* Id enim ita verum est, si hereditas sit adita, quia per aditionē cōfirmari legata omnia necesse est, vt eorum dominiū ex postfacto appareat rectà via transisse à testatore in legatarios, *l. si ubi homo. 87. §. cum seruus de leg. 1.* iunct. *l. a Titio 64. D. de furt.* Cúmque fiat ea dominij translatio per retrofictionē, sicut & heres ipse quandocunque adeat hereditatē, i. m inde ab ipso die mortis eā adiisse retrofingitur, *l. heres quandocunque. D. de acq. here. l. omnia. de reg. iur.* est res hæc ex earum numero in quibus quid anteà fuerit, ex euentu apparet, *l. quadam. 15. D. de reb. dub. l. qui res 98. §. rem autem. D. de solut.* Nam si legatarius repudiet legatum, nunquam eius fuisse intelligitur Cōtrà verò si id agnoscat, transit in eum rei legatæ dominium

minium tecta via, id est quasi nunquam factum here-
dis. Atqui non potest agnoscere nisi adita demum he-
8 reditate, vt dixi. † Consequens igitur est vt quamuis
perinde fiat dominus rei legatæ, ac heres ipse sit do-
minus hereditatis, non possit tamē hereditatis domi-
nus fieri is cui pars hereditatis legata est, quia & iuris
intellectu, & naturæ ordine prius est vt hereditas he-
redi deferatur & acquiratur, quàm vt legatum etiam
hereditatis, legatario acquiratur, aut acquisitum re-
trofingatur. Legatū enim hereditatis non magis quā
legatum fundi potest facere heredem, quia per here-
ditatem is demum heres fit cui lex ipsa defert heredi-
tatem, non cui hereditas ab homine datur siue legati
iure siue fideicommissi, lex autem nō alij quàm here-
di scripto defert hereditatem ex testamento, sicut nec
ab intestato alij quàm vel suo heredi vel agnato, co-
gnatóve proximiori: nūquam legatario, nec si millies
hereditatis legatarius proponatur, quia nec legatum
ex testamento aliter valere patitur, quàm si testamen-
tum ipsum valeat; quod porrò sicut ex heredis institu-
tione vires accipit, ita ex hereditatis aditione confir-
mari necessariò debet vt legatum debeatur. Et verò
quomodo fieri posset, vt legatum partis hereditatis
acquireretur legatario si heres non nisi pro alia here-
ditatis parte quæ legata non esset, heres fieret? A quo
partem illam sibi legatam haberet legatarius? an fortè
à seipso? An ab herede qui pro hac parte legata, heres
neque fuisset vnquam, neque fuisse retrofingeretur?
An denique à testatore ipso qui legatarium hunc es-
se voluit non heredem, aut à lege quæ testatoris vo-
luntatem subsecuta nunquam alium facit heredem,
quàm cui prius testator ipse dederit hereditatem, &
quidem tanquam heredi & iure vniuersalis successio-
nis, non iure legati: † Porrò hoc admisso, quod nisi e-
9 uersa tota iurisprudentia negari non potest, legatum
partis hereditatis non facere vt legatarius heres sit,
nec proinde quominus heres institutus ex toto asse sit
heres. An non illud etiam admittēdum est, legati hu-
ius vim illam esse non posse vt faciat eum qui verè &
ex toto asse heres fuerit desinere heredem esse? id e-
nim etiam repugnaret certissimæ iuris regulæ, quæ
non patitur vt vllo casu semel heres desinat esse heres
*l. au prætor. 7. §. sed quod Papinianus De minor. l. ex qui
soluendo 88. de hered. instit.* nisi cùm vel per querelam
inofficiosi testamenti euersum est testamentum, *l. cir-
ca 24. & pass. ff. de inoffi. testamen.* vel heres factus in ser-
uitutem redactus est, *l. ex facto. 43. §. vlt. De vulg. & pu-*
10 *pil. subst.* † Atqui quisquis heres est siue ex testamento
siue ab intestato, in eum necesse est transire actiones
iuráque omnia & actiua & passiua, vt & à creditorib.
hereditariis solus conueniri possit, & actiones heredi-
tarias contra debitores solus exercere, cùm successor
sit vniuersi iuris quod habuit defunctus, eáque iuriū
omnium translatio fiat sola potestate legis duodecim
tabularum, quæ hac in re de solis heredibus non e-
tiam de legatariis locuta est, *l. 1. C. si certum petatur. l. 2.*
11 *l. vltim. & pass. C. de hered. action.* † Nec quod hereditas
legata sit non res singulę facere potest legatarium iu-
ris successorem, vt nec heredem. quia ex quo instan-
ti heredi acquisita est per aditionem hereditas, desiit
illa esse hereditas, cœpitque dici & re vera esse patri-
monium heredis. Nam cùm hereditas sit nomen iu-
ris sola legis potestate ac fictione inductum, vt here-
dem facere lex posset, & vt ante aditionem non desit
persona quæ defuncti vicem & personā repræsentet,
quēadmodum pluribus aliis locis tractatū à nobis &
explicatum est, apparet hereditate adita, nullā huius-
modi fictionis retinendæ ac perpetrandæ necessitatē
subesse, quia heres ipse est qui cùm non sola fictione
iuris sed reuera & homo & persona sit, defuncti ho-
minis personam multò melius & commodius repræ-
sentat. † Quod si hereditas per aditionem esse desinit 12
aditionem verò hereditatis præcedere necesse est vt
legatū partis hereditatis deberi possit, optima & ne-
cessaria consecutio est legatarium etiam cui pars he-
reditatis soluta sit ab herede, non idcirco vel heredē
vel iuris successorem fieri posse, quia sola hereditas il-
la est quæ iuris potestate heredē facere possit, & quod
idem est iuris successorem, non autem nudum nomen
hereditatis impropriè & abusiuè sumptum. † Alioqui 13
dicendum esset hereditate post aditionem vendita,
quæ nec antè vendi potest, emptorem heredem fieri,
& tanquam heredem, quod esset omnino consequens
à creditoribus hereditariis conueniri debere, quod
tamen falsum esse constat. *l. 2. Cod. de hered. vel act. ven-
dit. l. 1. Cod. de pact.* Similiter dicendum esset, etiam an-
te S.C. Trebell. tempora, ita ius fuisse vt ex fideicom-
missaria hereditatis restitutione actiones in fideicom-
missarium transferrentur, quod si verè diceretur, non
erat cur in eam rem fieret S.C. cuius tamen autoritas
vel ob id vnum fuit necessaria vt actiones heredita-
riæ ab herede in fideicommissarium transferri pos-
sent. Nam vt cogeretur heres ad adeundam & re-
stituendam hereditatem quam vel repudiasset vel su-
spectam diceret, non Trebel. S.C. factum est sed Pe-
gasiano. Hæc verò omnia cur ita? Nisi quia cùm here-
ditas venditur, aut ex fideicommisso restituitur, iam
desiit ea esse hereditas quæ possit facere heredē, nec
dicitur hereditas quia est, sed quia fuit, & vt appareat
facta confusione vtriusque patrimonij & quod fuerit
testatoris, & quod ipsius heredis proprium, non aliud
tamen patrimonium in venditionem aut fideicom-
missi restitutionem venire, quàm quod à testatore ad
heredem peruenerit. Nam cùm à proprio heredis pa-
trimonio separandum sit, non aliter tamen aut com-
modius separari potest quā si hereditas dicatur quod
aliquando fuit hereditas, licet nunc neque hereditas
sit neque fieri amplius possit, *l. vltim. ff. si pars hered.
petat.* Indéque est quòd quemadmodum vendita he-
reditate id demum intelligitur venditum quod ex
hereditate ad venditorem peruenerit, ita nec aliud
peruenisse creditur, quàm quod peruenit, non prima
ratione (quoniam ita fieret vt hereditas ipsa qualis
quantáque fuit ante aditionem vendita diceretur, &
consequenter cum onere æris alieni, & cum eo com-
modo vt perinde fieri posset heres emptor ac fuit he-
res venditor) sed cum effectu vt Vlp. loquitur in *l. 2. §.
peruenisse. ff. de hered. vel act. vend.* † vbi ex hoc infert de- 14
ducendum esse æs alienum, non quasi ea quæ verè est
hereditas dici possit aut intelligi deducto ære alieno
vt parum subtiliter quidam putant, sed quia nec he-
reditas amplius est post aditionem, sed patrimonium
venditoris, quòd cùm non possit ipso iure sequelam
habere secúmque trahere alieni æris hereditarij obli-
gationem quandoquidem venditor heres manet, ne-
cesse est deduci æs alienum non vt quantitas bono-
rum venditorum per eam deductionē minuatur, quo-
modo minueretur legatum bonorum in specie *dict. l.
cum autem. 9. de legat. 2* sed vt si venditor post ven-
ditionem conuentus à creditoribus hereditariis coa-
ctúsque iis soluere volet indemnitatem consequi
ab emptore actione ex vendito, non possit emptor
obiicere sibi vendita fuisse bona hereditaria, nullo
affecta onere aut incommodo totiúsque æris alieni
onus penes venditorem qui heres manserit, reman-
sisse. Nomen enim ipsum hereditatis venditæ osten-

dit, quamuis hereditas illa verè non fuerit, tamen id
actum fuisse inter contrahentes, vt emptor loco here-
dis constitueretur, nec proinde aliud commodum ad
emptorem ex emptione spectare possit, quàm quòd
venditor erat retenturus si hereditatem non vendi-
disset. Non fuit autem retenturus nisi quantum de-
ducto ære alieno superfuisset, quoniam ad quantita-
tem vsque æris alieni tantò minùs ex hereditate ad
eum peruenit, potéstque dici tantò factus pauperior
ex causa æris alieni quantò factus est locupletior ob
repertam in hereditate quantitatem eam bonorum
quam distrahi necesse erat vt creditoribus heredita-
riis satisfieri posset: exemplo eius quod Papinianus
scribit in *lege quod bonis.25.§ ex donationibus. D.ad leg.*
15 *Falcidiam.* † Adeò autem verum est solum nomen he-
reditatis non posse facere, vt alio herede existente is
in quem hereditas ita transfertur, ne tamen heres
fiat, obligetur æri alieno, vt etiam hodie restituta ex
Trebelliano hereditate possit adhuc heres à credito-
ribus hereditariis & legatariis conueniri summo iure,
non minùs quàm si hereditatem non restituisset, hac
sola differentia, quod si ab iis conueniatur, habet ex-
ceptionem hereditatis restitutæ, sicut & agens ex vi
directarum actionum contra debitores hereditarios,
quod etiam stricto iure facere potest, eadem restitutæ
hereditatis exceptione repelli potest, *lege ita tamen
27. §. qui ex Trebelliano. Digest. ad Senatusconsultum
Trebellianum.* nimirum quia senatusconsultum Tre-
bellianum sicuti facere non potuit vt heres per here-
ditatis restitutionem heres esse desineret, ita neque
vt actiones directæ quæ & heredi & in heredem ex
duodecim tabularum lege competunt, in fideicom-
missarium transferentur sed vtiles duntaxat, *l.prima.
l.si heres 73.& pass.eodem titul.* non magis quàm vt in
veri heredis persona non remaneant actiones omnes
quibus defunctus, & conuenire potuit, & conueniri.
Quid enim aliud est heredem esse quàm iurium &
actionum omnium quæ & defuncto, & contra de-
functum competierunt, inque eius hereditate con-
16 stiterunt, esse manetéque successorem? † Atqui,
vt ad legatum partis hereditatis de quo agimus re-
deamus, nemo dixerit maiorem illius legati vim esse
debere ad transferendas in legatarium hereditarias
actiones, quàm fideicommissi vniuersalis hereditatis
restituendæ, vel ex ipsa interpretum traditione, quæ
vult legata vniuersalia fideicommissis vniuersalibus
fuisse exæquata. Ergo fitendum est, soluto quoque
huiusmodi legato, heredem perinde creditoribus he-
reditariis ipso iure obstrictum manere, acsi nul-
la pars hereditatis fuisset legata, nec aliter eius in-
demnitati consuli posse quàm si accommodetur ei
exceptio quæ post restitutam ex fideicommisso here-
17 ditatem ei accommodaretur. † Quænam autem exce-
ptio? An illa ipsa de qua modò diximus, restitutæ he-
reditatis? Nequaquam. Non enim solutio legati par-
tis hereditatis, restitutio hereditatis est. Siquidem
cùm hereditatem restitui dicimus, hoc significamus,
Heredem fideicommissario reddere quicquid habuit
ipse à defuncto, vt in heredis locum fideicommissa-
rius subrogatur: quia nec de alio intelligitur roga-
tus heres qui rogatus est hereditatem restituere quam
vt suo loco fideicommissarium constituat, *lege secunda
D.eodem titulo,* nec fieri potest, vt fideicommissi com-
modum vllum acquiratur fideicommissario, nisi per
manum heredis, & interueniente ipsius facto in ipsa
18 hereditatis restitutione † At legatum hereditatis non
per manus heredis acquiritur legatario, sed vt cætera
legata omnia ipso iure, ac sola legis potestate, heredis
nunquam factum, quemadmodum suprà diximus ex
dict.l.legatum.80. De legat.2. quamuis non sim nescius
Bartolum separare hac in re legata vniuersalia à sin-
gularibus, quasi singularium ius proprium illud sit,
non etiam vniuersalium vt eorum dominium recta
via transeat à testatore in legatarium, *ex l.non amplius.
§ cùm bonorum,* vbi sic ille *De legat.1.* In quo etiam sa-
nè fallitur. Eadem enim quod ad omnia legata perti-
net vis & potestas legis est, vt quemadmodum here-
ditatem quantumliber sit illa ius vniuersale, ita defert
heredi, vt statim faciat illius res singulas, ita & legata
parte hereditatis faciat legatarij pro ea parte res sin-
gulas quæcunque in hereditate reperiuntur. Nam &
hoc legatum eodem prorsus iure ac modo quo cæte-
ra, hereditatis delibatio est, cùm testator ex eo quod
vniuersum heredis futurum erat, id est ex tota here-
ditate partem hereditatis legatario collatam voluerit,
neque diuersitatis ratio reddi potest, cur legata parte
hereditatis non possit lex facere legatarij pro ea par-
te res singulas, æquè ac faceret heredis totas res here-
ditarias, si legatum nullum factum esset, aut legatarij
legatam rem singularem. † Nec Bartolum mouere 19
debuit, quòd legata parte bonorum non corpora ipsa
debentur, sed eorum æstimatio *d.§.bonorum.* Id enim
propriam habet rationem, quia cùm ex eo legato de-
ducendum sit æs alienum, quod tamen ex ipsis bono-
rum corporibus deduci non potest non magis quàm
ex iure. *l.cogi.16.§.vnde quæritur. D.ad SC.Trebel.* non
aliter dici potest fieri vt legatum præstetur eo modo
quo testator voluit, quàm si bonorum æstimatio inea-
tur, vt ita conuersis corporibus in pecuniam, quanti-
tas ex quantitate deducatur, & quod deducto ære a-
lieno supererit, id demũ præstetur. Id verò legata par-
te hereditatis, non similiter tractari possit, quia ex e-
iusmodi legato non est deducendum æs alienũ, vt re-
scripsit Diuꝰ Pius, ideóq; nihil impedit quominus sin-
gularũ rerum dominiũ rectà via in legatariũ à testato-
re transferatur. Nullo igitur facto heredis in eã rẽ o-
pus est, nulla restitutione, vt legatarius heredis loco
substitutus dici possit, & consequenter si qua exceptio
heredi dãda esset aduersus hereditarios creditores ob
legatam alteri partem hereditatis, non possit illa dici
exceptio restitutæ hereditatis. † An ergo exceptio præ 20
stiti legati? Atqui prorsus incognita, & ante hunc diẽ
inaudita est talis exceptio, neque verò competere po-
test. quia nec præstatio vlla legati necessaria est, vt nec
restitutio hereditatis ad dominium, in legatarij per-
sonam transferendum, sufficiente videlicet legis po-
testate. † Ergo nulla exceptio est cuius remedio pos- 21
sit consuli huic heredi à quo pars hereditatis relicta
est, quominus & creditoribus & legatariis omnibus
non solùm stricto iure, sed etiam cum effectu in soli-
dum teneatur, nec si ius illud quod à senatusconsul-
to Trebelliano in fideicommissariis hereditatibus cõ-
stitutum fuit ad legatum hoc transferre velis, quod
pertinet ad vtilium actionum translationem, cùm
non idcircò exceptionem hereditatis restitutæ indu-
ctam fauore fideicommissarij ad legatarium hunc, vt
diximus, porrigere possis. † Quanquam nec illud de- 22
fendi potest senatusconsultum Trebellianum quod
de fideicommissariis tantùm hereditatib. locutum est
ad hereditatis legatum porrigi debere, non ob id so-
lùm quòd de legatis nihil dixerit, quódque in legatis
locum non habeat ratio illa quæ Senatum præcipuè
mouit, quia nemini fidem suam periculosam esse o-
porteat, vt ait *l.1.ell.tit.* (legata enim nõ ex heredis fi-
de pendẽt sed ex legis iurisq. ciuilis potestate cui fue-
rant incognita fideicommissa) sed quia neq. fieri po-
tuit,

tuit, vt de legatis senatusconsultũ loqueretur, siue v-
niuersalia essent, siue singularia, propter eã rationem
quã iam attigi: quòd cùm fideicõmissa omnia ex he-
redũ fide pendeant, nec ante restitutionem ab herede
factam fideicommissario acquiri possint, non fuit dif-
ficile facere vt in heredis locum per fideicommissi re-
stiturionem fideicommissarius substitueretur, atq. ita
in eum iura omnia & actiua & passiua transferren-
tur quæ penes heredem fuerant remansura. Neq. lex
vlla fuit impedimento quominus actiones vtiles &
fideicommissario & contra fideicõmissarium cõpete-
rent, herede manente herede, ideóq. penes se directas
23 retinente. † In legatis verò etiam partis hereditatis,
non illa tantùm ratio directarũ actionũ translationẽ
impedit, quòd heres non eo minùs ex toto asse heres
fiat, factúsq. maneat, vt diximus, sed illa etiam ne vti-
les transferri possint facit, quod legatum non aliter
valeat quàm si per legem duodecim tabularum con-
firmetur, quæ porrò quoties legata confirmat eodem
prorsus modo confirmat quo & ipsam heredis insti-
tutionem, fit.n. totius testamenti confirmatio iisdem
verbis illis legis generalibus *paterfamilias vti super sua
re legassit, ita ius esto* Sic euenit, vt sicuti hereditas de-
lata per legem acquiritur heredi nullo alterius homi-
nis quàm heredis ipsius adeuntis facto interuenien-
te, ita & eiusdem legis potestate legata, & deferan-
tur legatariis &, immediatè acquirantur, non per ma-
nus heredis, cuius facto alio non est opus, quàm vt a-
24 deat hereditatem. † In eo námque solo plus iuris ha-
bet heres quam legatarius, quòd hereditatis delatio
non habet condicionem illam tacitam, si legatarius
agnoscet legatum, legati autem delatio necessariam
babet condicionem, si heres adierit hereditatem. Cæ-
terùm adeunte herede tam citò fit lagatarius domi-
nus rei legatæ, quàm heres, dominus singularum rerũ
hereditas non legatarum, nec transfertur dominium
legati in legatariũ ab herede, quomodo transfertur in
fideicommissariũ, sed à testatore. In fideicommissariũ
præsertim vniuersalem contrà non à testatore sed ab
herede, adeò vt nec per restitutionem verè dominus
fiat fideicommissarius, sed tantùm incipiant res here-
ditariæ fieri in eius bonis, *l. 3. D. si vsusfruct. petat. l. fa-*
25 *cta. sexagesimatertia D. ad Senatusconsultum Trebell.* †
Translatio enim dominij quæ fit à testatore in lega-
tarium fit per legem: quæ verò ab herede in fideicom-
missarium, non nisi per senatusconsultum, & alio iã
domino, per legem constituto. Ergo fieri nullo modo
potest vt senatusconsultum Trebellianum ad legata-
rios etiam hereditatis porrigatur, nec vt hac parte
sint exæquata legata vniuersalia vniuersalibus fidei-
commissis. † consequẽter si heres à quo testator par-
26 tem hereditatis legauit, hereditatem suspectã dicat,
non potest defendi cogendum eum esse vt adeat, non
illa tantùm ratione quod in legatarium transire non
possint actiones hereditariæ quas in heredem lex
duodecim tabularũ translatura sit quandocunque se-
cuta aditione, verùm etiam, quia si heres adire coge-
retur, eueniret necessariò vt ex ipso aditionis instanti
confirmato per legem legato pars tantùm heredita-
tis quæ legata esset legatario acquireretur, reliqua
pars penes heredẽ remaneret, qui proinde & inuitus
& pro alieno cõmodo hereditariis oneribus saltẽ pro
27 parte obstringeretur. † Quod enim obtinet in fideicõ-
missis vniuersalibus, vt etiam postulante eo, cui non
nisi pars hereditatis ex fideicommisso restituenda est
cogatur heres adire, totamque hereditatem restitue-
re, ita vt actiones omnes & in solidum transeant in
eum qui coëgit, non similiter in hereditatis legatario
induci potest, quia fideicõmissarius partis nihil iuris
habet ne pro illa quidem parte citra restitutionem ab
herede faciendã: heres verò sicut pro fideicõmissaria
portione restituẽda totam hereditatem adire coactus
fuit, quam nec pro parte adire potuit, ita & totam re-
stituit, cùm & aditio & restitutio fiat eodem prætoris
imperio, nec adire vnquã heres, quin etiam restituere
iubeatur. † Neq; sanè fieri potest vt hereditas quæ in 28
persona heredis & tota & vna est, in persona fideicõ-
missarij diuidatur, vt pars duntaxat in restitutionem
veniat, pars maneat penes heredẽ, præsertim cùm ni-
hil imputari possit heredi qui adiit coactus fideicom-
missario verò si totam hereditatem nolit sibi restitui
post aditionem imputari possit cur anteà voluerit,
cúrque heredem adire coegerit quem sciebat, nec ni-
si totam hereditatem adire posse, nec proinde nisi to-
tam restituere cogendum esse, cum nulla ex parte fie-
ri heres voluisset. Denique adcrescendi iure totam
hereditatem habeat partis fideicommissarius necesse
est, non quasi inter eum & heredem inti adcrescendi
locus esse possit cùm diuerso iure succedant, sed quia
restitutionis tempore totam hereditatem sic iunctam
& vnitam repetit, vt ampliùs eam diuidere non pos-
sit. † At legatarius partis hereditatis si heredem coge- 29
re posset ad adeundum, hoc ipso quod heres adiret,
consequereretur dominiũ legati hoc est dimidiæ partis
singularum rerum hereditariarũ ipso iure & ex legis
potestate, nec vllo heredis facto in eã rem indigeret,
atq. ita fieret necessario vt heres inuitus non solùm
pro parte maneret heres cũ effectu. implicitusq. one-
ribus hereditariis, sed ex toto asse, quia nihil causæ
esset cur exonerari heredem oporteret ob legatariũ,
qui tam citò, vt dixi, factus esset dominus legati,
quàm heres hereditatis. Lex porrò cum nunquam sit
liberalior testatore, non defert ex legato totã heredi-
tam ei cui testator partem duntaxat hereditatis lega-
uit, esset enim id absurdum *d. l. facta 63. §. si sub condi-
cione ad SC. Treb.* nec proinde facit legatarium domi-
num nisi partis, neque rursum patitur, vt iure adscre-
scendi, quæ quodámodo secunda legis delatio est, le-
gatarius totam hereditatem consequatur, non ob id
solùm quòd inter heredem & legatarium tanquam
diuerso iure succedẽtes id locum habere non possit,
sed etiam quia neq. sit quod possit adcrescere, nec cui
adcrescere, cum heres habeat totam hereditatem nõ
obstante legato partis hereditats, quod, vt dixi, non
nisi singulas res hereditarias, pro ea parte complecti-
tur, non etiam ius illud vniuersum ex quo hereditas
æstimatur, quódq. ad heredẽ ex lege duodecim tabu-
larum necesse est in solidũ deuolui, vel ob hoc ipsum
vt legatum valeat quod alioqui nõ valeret. Aliúdque
remedium nullum superesset exonerandi heredis si
non ipso iure saltem in effectu, nisi vt in heredis lo-
cum legatarius substitueretur, quod neque per legem
fit quæ legatariũ, vt diximus, vocat cum herede non
post heredẽ, neq. per heredem ipsum qui neq. heredi-
tatem restituere, neq. aliud quicquã facere iussus est.
† Vnde illud etiã est, quòd quáuis tota hereditas per 30
fideicõmissum relinqui commodè possit, quia rogatus
heres intelligitur vt suo loco fideicommissarium con-
stituat, tota tamẽ hereditas legari nnn potest, sed tan-
tùm pars hereditatis, non quia, vt nonnulli putát, fie-
ret vt legatarius heres potiùs quàm legatarius dicen-
dus esset (neque enim eo minùs heres repræsentaret
personam defuncti in solidum tanquam qui successor
esset iuris vniuersi quod defunctus habuisset, ideóq;
& creditoribus omnibus satisfacere teneretur) sed
quia lex falcidia obstat, quæ non patitur exhauriri le-

gatis hereditatem, at ne quidem onerari supra dodrā-
tem vt heres non solùm nomine, ac iure ipso heres sit,
sed etiam cum effectu & commodo aliquo, cuius spe
allectus possit ille inuitari ad adeundum ad conser-
uanda quoque legata ipsa quæ alioqui intercideret
non adita hereditate. Liberam enim illam legandi fa-
cultatem quam lex duodecim tabular. primùm con-
cesserat, leges autem Furia & Voconia restrinxerant,
& represserant, non aliter lex Falcidia restituit quàm
hac lege & condicione, vt totius hereditatis quadrans
penes heredem remaneret, *l. 1. ff. ad l. Falcid.* vt plurib.
31 scripsimus lib. 6. c. 3. † Quod ita constitui necesse non
fuisset, si in hereditatis totius legatarium actiones cū
effectu transire possent, sicut nec senatusconsulto Tre-
belliano vlla quartæ retentio permissa est, ne tum qui-
dem, cùm tota hereditas ex fideicommisso restituitur,
quia visum est sufficere posse heredi ne ab adeunda
hereditate deterreretur, si nullum ex hereditatis adi-
tione damnum timere posse, quamuis nec lucrum a-
32 liquod ex ea consequeretur, † etsi comperto tandem
quòd multi nulla commodi spe proposita supremas
defuncti preces destituerent, nec exonerationem so-
lam pro lucro haberent, inductum fuit per senatus-
consultum Pegasianum, vt & quartam heres retinere
posset si vltrò adire vellet, & adire præterea inuitus
quoque cogeretur. At heredi fuit necesse prospici ab
initio aduersus legatarios quoslibet, non tantùm vt
lucro aliquo inuitaretur ad adeundum, sed etiam vt
haberet quod posset compensare cum periculo & in-
commodo æris alieni, cuius ipse totum onus, etiam le-
gata tota hereditate suscipere ac retinere teneretur.
Quare nec vllo iuris loco proditum videas, cogi posse
heredem vt adeat propter legatarios, licèt plerisq. lo-
cis mentio fiat legatæ hereditatis, imò contra genera-
liter scriptum est neminem cogi se adstringere oneri-
bus hereditariis propter legatum, vt Pap. loquitur in
l. non est cogendus. 53. ad SC. Treb. non adhibita illa di-
stinctione, An hereditas legata sit an fundus, quia
nullo casu fieri potest vt in legatarium transeant pas-
33 siuæ actiones. † Loquor de passiuis quia quod ad actiuas
pertinet dubitandum non est quin legato conti-
neantur siue quis partem hereditatis suæ, siue bona
sua legauerit, *l. si legatus. 30. §. 1. eo. l. meorum De verbor.
signif.* Sed passiuarum alia ratio est, ex qua etiam intel-
ligetur apertiùs fieri non posse vt transeant in lega-
tarium hereditatis, quia non testatoris sunt sed credi-
torum, ideóque & æs alienum appellatur, & ex bono-
rum quantitate deducitur, quia nemo dici potest id
habere quod debeat, multò minùs actionem quam a-
lius contra se possit exercere. Atqui siue quis heredi-
tatem leget, siue qua alia ratione bonorum suorum v-
niuersitatem alienet, non aliud transferre in alium
potest, quàm quod ipse habet. præsertim autem legā-
do, quia legatum est quod lege modo imperatiuè re-
linquitur, inquit Vlp. in Titulis tit. 22. imperare autē
testator disponens de ære alieno non magis potest,
quàm ipsis creditoribus legem dare, & contra quem
aut quatenus agere debeant præscribere. Idque fit ex
verbis illis generalibus legis duodecim tabularum,
*Paterfamilias vti super sua re legassit ita ius esto. l. verbis
legis. 120. De verb. sign.* Non enim dici potest æs nostrū
34 esse, quod est alienum. † Cur ergo, inquies, transit in
heredem onus æris alieni? Respondeo non transire
ex dispositione testatoris, at ne quidem ex ipsius vo-
luntate, sed vel tacente adeóque inuito eo ex sola le-
gis potestate, quæ sicut & hereditatem facit & here-
dem, vt sit persona quæ defunctum repræsentet, ita &
vult heredem in omnibus eodem iure censeri, quo

defunctus ipse censebatur, vt perinde & actiones quæ
defuncto competebant exercere possit, & à defuncti
creditoribus conueniri. Proinde lex ipsa est quæ here-
dem æri alieno obligat, nō testator: heredem verò so-
lum lex obligat, non legatarium, quia & solus heres
non etiam legatarius ille est, qui defuncti personam
in solidum repræsentat. † Adeò vt nec expressa volun- 35
tate possit testator iubere vt legatarius quantumlibet
hereditatis teneatur ad æris alieni exsolutionem cre-
ditoribúsque hereditariis respondere debeat non he-
res, quoniam ita faciens disponeret, vt dixi, de re alie-
na non de sua. Quod facere potest, hoc vnum est vt
iubeat legatarium partis hereditatis indemnitatem æ-
ris alieni præstare heredi, pro ea hereditatis parte quæ
est legata: ita enim rei suæ legem dicit. Sed non ideò
fiet, vt alius quàm heres à creditoribus hereditariis
possit conueniri, solúmque heredi remedium super-
est, vt contra legatarium qui legatum agnouit, agere
possit ex testamento ad indemnitatem consequendā.
† Igitur vt ad institutam tractationē redeamus, quod 36
Diuus Pius rescripsit ex legato partis hereditatis non
esse deducendum æs alienum, eam rationem non ha-
bet quam adferunt interpretes, quòd hic legatarius
ad onus illud æris alieni teneatur quódque in eum
passiuæ quoque actiones transeant. Sed è contrario
illā potiùs quod legatum hoc, vt & cætera omnia im-
mune sit & esse debeat ab onerib hereditariis, quippe
quæ ad alium spectare non possint quàm ad heredem.
† Dubitandi tamē ratio tota pendebat ex nomine *he- 37
reditatis*, quo nomine iura & actiones comprehendi
certum est, videbatúrq. facienda interpretatio, non tā
ex iuris ratione (quæ, vt dixi, eam demum hereditatem
quæ heredem facit, non eam quæ legatur æri alieno
obligat) quā ex opinione testatoris, quem credibile est
cùm hereditatis partem legauit, de ea ipsa hereditate
sensisse, quæ penes heredē mansura erat si legata non
fuisset, ac proinde & commoda habens & incommo-
da. Sed non potuit ea testatoris opinio etiam de qua
manifestissimè constaret, certissimam iuris rationem
peruertere, ac facere vt legatarius heredis iure cēsea-
tur. Quanquam nec obscura videtur pro legatario vo-
luntas testatoris qui si in huiusmodi legatariū iura &
actiones passiuas transire voluisset, æquè facilè pro ea
parte heredē illum scribere potuisset. Cur enim lega-
tariū hunc pro parte hereditatis, aliū verò ex toto asse
heredem scribere credatur, nisi vt vnus legatarij, alius
heredis iure censeretur? † Longéque alia fideicommis- 38
sarij vniuersalis ratio est, cui hereditatem ex fideicō-
misso restitui testator iussit. Tunc enim etsi perinde
verum est hereditatem desiisse hereditatem esse, quæ
facta sit patrimonium heredis, apparet tamen testa-
torem in fideicommisso relinquendo cogitasse de ea
ipsa hereditate in effectu restituenda, quæ aliquan-
do verè hereditas fuisset, adeóq. si fieri posset, de ipso
fideicommissario herede faciendo. Nā vt Vlp. scribit
in *l. an fideicommissaria. D. ad SC. Trebel.* quoties quis
hereditatem restituere rogatus est, id videtur rogatus
reddere, non quod nunc est hereditatis, quæ scilicet
ampliùs nulla est, sed quod fuit, moriēte nimirùm te-
statore, quo demùm tempore vera est hereditas, quia
restitutio fit per manus heredis, in cuius locum fidei-
commissarius substituitur tanquam secundus quidam
heres. † Itaq. rescriptum illud D. Pij. quod interpretes 39
volunt in odium & incommodū legatarij factum esse,
respicit proculdubio eius fauorem vt creditorib. he-
reditariis nō teneatur, vt neq. legatariis cæteris tene-
retur, cùm toto iure vetere ita comparatum fuerit, vt
à legatario legari nunquam posset. Ex quo etiam con-
stat

ſtat apertiùs, legatarium hunc partis hereditatis, neq.
heredis nutc cenſeri, neq. creditorib. hereditariis ob-
ſtringi, quia perinde fieri neceſſe eſſet, vt legatarius
40 quoq tanquam heres obligaretur.† Dices fortaſſe pro
interpretibus, ſecundùm hanc noſtrã interpretationẽ
fore, vt nulla ſit differentia inter legatum patris here-
ditatis, & legatum partis bonorum. Quæ tamen aper-
tè conſtitui videtur in *d.l.vlt.& l.9.de leg* 2. Ego verò
admitto libentiſſimè, quod & veriſſimum eſt, nul-
lam inter huiuſmodi legata eſſe differentiam. Sed ne-
go, quod interpretes putant, vllam in dictis legibus
proponi. Nam ſicut tota hereditas legari non poteſt,
obſtante lege Falcidia, vt diximus, ita neque tota bo-
na, ſed tantùm pars hereditatis, vt & pars bonorum.
Ec contrà quemadmodum legata parte bonorum, fa-
tentur omnes æris alieni onus non tranſire in legata-
rium, ita neque tranſit cùm legata eſt pars heredita-
41 tis, vt probauimus.† Quid ergo? Differentia conſti-
tuenda eſt non inter hereditatem & bona, ſed inter
legatum partis hereditatis, & legatum partis bonorũ,
quæ teſtatoris erũt mortis tempore, de quo loquitur
*d.l.*1, quia prius legatum refertur ad tempus illud quo
teſtator iam erit mortuus, propter factam hereditatis
mentionem, quando nec hereditas vlla eſt niſi poſt
mortem teſtatoris, cùm viuentis hominis nulla ſit, *l.1.
D de hered.vel act. vend.* Poſteriùs verò refertur ad
tempus vitæ, i. ad inſtans mortis quod vitæ non morti
computatur, *l.qui duos 18.§.1.D.de manu teſt.l.vlt.D.de
condic. inſtit.* ſiquidem non qui iam mortuus eſt, ſed
42 qui viuit.† Ex hac verò differentia illa naſcitur, quòd
ex legato partis hereditatis æs alienum nõ deducitur,
quod iam per legem tráſlatum reperiatur in heredẽ,
adeóq inſeparabiliter vnitum hereditati, vt etiamſi
deducto ære alieno hereditatem reſtituere heres iu-
beretur, non eo minùs tamen inuito quoq teſtatore
onus æris alieni cum hereditate ipſa in fideicommiſ-
ſarium tranſiret, *l.cogi 16 §. inde quæritur. D. ad SC.
Treb.* quoniam vt diximus, ea demùm hereditas in ef-
fectu reſtituitur quæ fecit heredem, & quæ per legem
delata eſt heredi & per aditionem acquiſita, quæq; o-
nus ſemel adnexum habuit æris alieni, quod de lega-
ta hereditate non ſimiliter dici poteſt. At ex legato
partis bonorum quę teſtatoris erunt mortis tempore,
deducendum neceſſarin eſt pro ſimili portione æs a
lienũ, quia non alia bona teſtator habuit quandiu vi-
xit, quã quæ ipſi deducto ære alieno ſuperfuerunt. Et
quãuis hoc quoq caſu verũ ſit heredem teneri ad æs
alienum, ac ſi nihil prorſus ex bonis legatũ eſſet, dedu-
cit tamen illud ex legato, ne alioqui eueniat, vt plus
præſtet legatario, quàm ei legatum ſit à teſtatore, ſi
fortè dimidiã illi det bonorũ omnium partẽ ab æris a-
lieni onere immunem, quæ quarta duntaxat eſſet, aut
tertia, ſi æs alienum deduceretur.† Sed fac ſimilia eſſe
43 legata, id eſt, non quidem legatum partis hereditatis
ad tempus vitæ relatum fuiſſe, quod fieri nunquã po-
teſt, ſed legatũ partis bonorum relatum eſſe ad id tẽ-
pus quo iam aliqua eſſet hereditas, id eſt, quo teſtator
defunctus fuiſſet, putà concepto legato in hunc mo-
dum, *Lego Titio dimidiam partem bonorum, quæ in here-
ditate mea reperientur.* Hoc verò caſu negabo deducẽ-
dũ eſſe ex legato æs alienũ, propter eas ipſas rationes,
per quæ diximus, nec ex legato partis hereditatis ta-
lem deductionem fieri poſſe: Nihilque prorſus obiici
poteſt, aut ex ſupradictis legibus, aut ex alio vllo iuris
loco, quod huic noſtræ interpretationi repugnet.† Su-
44 pereſt vt eam quoq; Bartoli traditionẽ impugnemus,
quæ ſeparat legatum partis bonorum à legato bono-
rum vniuerſorũ, quaſi ſit hoc non etiã illud legatum

vniuerſale per quod tranſeant in legatarium actiones
Iam enim diximus legatum omnium bonorum non
magis valere poſſe, quàm legatum totius hereditatis,
propter legis Falcidiæ prohibitionem, & quamuis va-
lere poſſet, non eo magis tamen in legatarium tranſi-
turas actiones, quæ per legem duodecim tabularum
non poſſunt tranſire niſi in heredem. Quid ergo Bar-
tolum fefellit? Quod non credidit ſeparanda eſſe hac
parte legata à fideicommiſſis.† Nam cùm de fideicõ- 45
miſſo agitur, intereſt ſanè an teſtator bonorum ſuorũ
partem duntaxat reſtitui iuſſerit, an omnia ſua bona.
Priore caſu verum eſt quod ille ait fideicommiſſum
non eſſe vniuerſale, ſed ſingulare, non quia ex eo de-
ducendum ſit æs alienum, quemadmodum ipſe putat
ex *d.l.cùm autem,* (non enim deduceretur ſi legata eſ-
ſet pars bonorum quæ in hereditate reperirentur, vt
proximè diximus, nec eo minùs tamen fideicommiſ-
ſum eſſet ſingulare) ſed quia ex huiuſmodi fideicom-
miſſo non tranſeunt actiones, cùm de hereditate ipſa
aut pro parte aut in totum reſtituenda non fuerit he-
res rogatus, nihilque prohibeat partem bonorum re-
linqui per fideicommiſſum ſingulare, ſicut & legati
iure dari potuiſſet.† Poſteriore verò caſu, id eſt, cùm 46
quis bona ſua omnia per fideicommiſſum reſtitui vo-
luit, dicimus fideicommiſſum eſſe vniuerſale tranſi-
réque ex eo actiones, adeò vt heres ſi ſuſpectam dicat
cogi poſſit adire & reſtituere, *d.l.nam quod.14.§.vlt.&
l.ſeq.ad SC.Trebell.* Non ex proprietate dictionis *bo-
norum*, quæ licèt iura quoque actiua complectatur,
paſſiua tamen nunquam comprehendit niſi in edicto
de bonor.poſſeſ. in quo *bonorum* nomine vti coactus fuit
prætor quia de hereditate loqui non potuit, ſed beni-
gna interpretatione, quæ facit vt non de bonis dunta-
xat, ſed & de tota ſua ſucceſſione teſtator ſenſiſſe in-
telligatur, ne intercidat fideicommiſſum quod alio-
quin prorſus intercideret herede adire nolente, vt
Vlp. tractat in *d.l. cogi. in princ.* † vbi eadem de cauſa 47
addit idem eſſe etiamſi non bona ſua, ſed, quod erat
multò dubitabilius, totum patrimonium ſuum, imò
& peculium reſtitui teſtator voluerit: cùm tamen ne-
mo poſſit ſub patrimonij vel peculij ſui nomine cõ-
prehendere æs alienum, quod quia alienum eſt, ne-
que patrimonium, neque peculium teſtatoris dici po-
teſt. Propter quam cauſam non malè dicebat Mæcia-
nus voluntatis eſſe quæſtionem, id eſt, an de tota ſuc-
ceſſione quæ commoda & incommoda contineret ſẽ-
ſiſſet teſtator, an de bonis ſuis tantùm, licèt omnibus
reſtituendis. Quia ſiue ex bonis deducas æs alienum
ſiue non deducas, nunquam euenit, vt onus æris alie-
ni ſit onus bonorum, niſi cùm agitur de bonorũ poſ-
ſeſſore qui eſt heredis loco, *l.1.2.& 3 ff.de bon.poſſeſſ.*
Neque aliud Vlp. quàm Mæciani iudicium eſt, niſi
quod ait in dubio credendum eſſe teſtatorem locutũ
de bonis, ſenſiſſe de tota ſucceſſione, hoc eſt, de tota
hereditate quæ non minus æs alienum, quam bona
teſtatoris in ſe continet, vt fideicommiſſum ſuſtinea-
tur.† Ita innuens non obſcurè, ſi conſtaret teſtatorem 48
bonorum nomen vſurpaſſe propriè, non autem impro-
priè pro hereditate, aliud eſſe dicendum, nec vniuer-
ſale fideicommiſſum cenſendum, cuius conſeruandi
gratia heres cogendus ſit adire, quia proculdubio o-
mnibus hereditariis oneribus etiam poſt reſtitutionẽ
bonorum omnium implicitus remaneret. Sicut & he-
rede vltro adeunte, ac bona omnia reſtituente, non
putatem tranſire actiones in fideicommiſſarium quia
nulla ſubeſſet neceſſitas capiendæ huius interpreta-
tionis pro fideicommiſſo confirmando, quod per li-
beram heredis aditionem ſatis confirmatum eſſet.

Eadem verò præsumptio capi nullo modo potest, vt de tota sua successione testator sensisse intelligatur, cùm partem duntaxat bonorum per fideicommissum relinquit: At ne quidē de parte successionis, acsi pars hereditatis per fideicōmissum relicta esset, quia multò facilius est, vt vniuersitas bonorum pro hereditate accipiatur, quàm vt pars bonorum accipiatur pro parte hereditatis. Sed & illud longè facilius est, vt fideicommissum bonorum accipiatur pro fideicommisso hereditatis, quàm vt legatum bonorum pro legato hereditatis: quoniam bona illa per fideicommissum relicta necesse est ab herede & per manus heredis ad fideicommissarium peruenire, atque ita fuisse aliquādo hereditatis: quæ res facit vt in heredis locum facilè substitui possit fideicommissarius: bona verò legata cùm ab initio separata sint ab hereditate, nec vnquā heredis fuerint, multò difficiliùs sumi possunt pro hereditate, quæ nimirum soli heredi fuerit delata & acquisita.

Capvt XIX.

Quænam actio detur fideicommissario pro consequendo debito per heredis aditionem confuso, Ad §. si ex Trebelliano, l. ita tamen 27. D. ad SC. Trebel.

Svmmaria.

1 *Debitore creditori, vel creditore debitori herede existente, etiamsi totam hereditatē ex fideicommisso restituere iussus sit confusionem actionis fieri & confusione actionem perimi.*

2 *An actio creditoris quæ per aditionem confusa fuit restituta postmodum hereditate resuscitetur?*

3 *Aditionem hereditatis non sicut confusionem semper inducit, ita semper sed aliquando duntaxat solutionis loco cedere.*

4 *Ex Interpretum sententia restituta hereditate non quidem directam sed vtilem ex æquitate restituendam.*

5 *Ex Accursij & Hugolini sententia neque directam neque vtilem actionem resuscitari, sed actionem ex testamento fideicommissario ad hoc dari vt pecunia defuncto debita ab herede petatur.*

6 *Refellitur eorum Interpretum sententia qui docent vtilem actionem in proposita quæstione resuscitandam esse.*

7 *Actionem illam vtilem quam fideicommissario dari volunt datiuam non natiuam esse, & proinde quæ resuscitata dici nullo modo possit.*

8 *Probatur illud ex* l. deducta. 58. ff. ad SC. Treb.

9 *Ex eodem loco probatur non aliam quam fideicommissi actionem in proposita specie fideicommissario dandam esse.*

10 *Negationem immediatè positam ante verbum* potest, *omnem omninò potentiam excludere.*

11 *Aptatur ad superiorem quæstionem* l. cùm reus. 14. ff. de fideiuss. *eiusq; intellectus proponitur.*

12 *Alio argumento ex* d. l. deducta, *petito probatur vtilem actionem fideicommissario non competere.*

13 *Quid Interpretes mouerit vt vtilem illam actionem tam facilè fideicommissario accommodauerint?*

14 *Vtiles actiones vnde æstimentur.*

15 *Emendatur* §. si ex Trebelliano. 11. l. ita tamen. 27. ad SC. Treb.

16 *Ratio eius emendationis.*

17 *Actionem illam ex testamento fideicommissario ipso iure non competere sed a Prætore dari.*

18 *Aliud esse actionem* competere, *aliud* dari.

19 *In specie* d. §. si ex Trebelliano. *nihil causæ fuisse cur de vtili actione fideicommissario danda tractaretur.*

20 *Heredem qui fideicommissariam hereditatem restituit etiam post restitutionem & heredem & dominum manere.*

21 *Perperam quoque ab Interpretibus non solùm vtilem actionem sed & condictionem triticariam vindicationem & alias actiones fideicommissario dari.*

22 *Nota Marcelli ad Iulianum in* d. §. si ex Trebelliano. *explicatur.*

23 *Cur in posteriore eius §. casu necessarium sit actionem fideicommissario dari?*

24 *Concluditur in quæstione & specie initio proposita ad extraordinarium Prætoris auxilium recurrendum esse vt fideicommissario actio ex testamento detur.*

25 *Quibus casibus contingat vt extincta actio resuscitetur?*

26 *Ratio confusionis quæ fit debitore creditori vel creditore debitori herede existente.*

27 *Eius confusionis causam etiam post restitutam hereditatem durare & impedire ne actio vlla siue directa siue vtilis resuscitetur.*

28 *Idem euenire quum heredi per fiscum hereditas tanquā indigno aufertur.*

29 *Actionum & obligationum confusionem non impediri licèt hereditas non simpliciter, sed cum beneficio legis & inuentarij adita sit.*

30 *Aliquatenus tamen inuentarij confectionem eo casu prodesse.*

31 *Inuentarij solemnitatem omissam non impedire quominus heres in ponenda ratione legis Falcidiæ ad omne quod sibi à defuncto debebatur deducat.*

32 *An hypothecaria actio per aditionem confundatur maximè nullo inuentario facto?*

33 *Dominij vindicatio cur per aditionem non confundatur?*

34 *Creditore debitori herede existente & hereditatem restituere rogato, post restitutionem hypothecariam superesse.*

35 *Debitore creditori herede existente hypothecariam actionem post hereditatis restitutionem non durare, nec in fideicommissarium transferri.*

36 *Nequidem si ex Castrensis sententia fideicommissario actio vtilis contra heredem eundemq; defuncti debitorem daretur.*

37 *Quando actio subrogata naturam & qualitates eius cui subrogata est sapiat?*

38 *Superior sententia confirmatur ex* d. l. deducta.

39 *Aliquando euenire vt vincula pignoris etiam submota personali actione durent.*

QVoties † debitor creditori heres est, vel è contrario creditor debitori, constat fieri confusionem actionis, & confusione perimi actionem, *l. debitori, 7. C. de pact. l. si adulta. l. vt debitum. Cod. de hered. act. l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. aditio. D. de solut.* idque ratione non tantùm ciuili, sed etiam naturali, quia non magis natura ipsa, quàm lex pati potest, vt quis sibi ipsi sit obligatus, cùm heres personam defuncti sic repræsentet, vt eadem prorsus persona esse existimetur, *l. Vranius. 71. D. de fideiuss.* sicut nec vt quis apud eundem pro eodē sit obligatus, *l. heres à debitore. 21. §. quod si stipulator. eo. tit.* Nec quod heres totam hereditatem ex fideicommisso restituere iussus sit, impedit confusionem, si quidem adiri hereditatem necesse est priusquàm restitui possit, aditio autem illa est, vt diximus, quæ confusionem inducit. *d. § aditio.* † De illo dun- 2

xat dubitari potest an actio quæ per aditionem con-
fusa fuit, restituta postmodum hereditate resuscitetur.
Nam ex vna parte obstat iuris regula, quæ negat a-
ctionem semel extinctam resuscitari vnquam posse,
l. qui res. 98. §. aream. D. de solut. Ex altera verò monet
æquitas, quæ non patitur, vt debiti iacturam faciat
heres, qui fuit defuncti creditor, licèt debitori suo he-
res extiterit, si eã hereditatẽ alteri totã restituerit, nul-
lúmque sibi ex ea lucrũ retinuerit, neq; rursus vt de-
bitum lucretur, si defunctus creditor fuit, cùm quis-
quis hereditatem restituere iussus est, id videatur ro-
gatus omne reddere quod fuit hereditatis, vt proxi-
mo capite dicebamus ex *l. an fideicommissaria 18. D. ad
SC. Trebell.* nemo autem negauerit in hereditate fuis-
se, quod defuncto heres debuit ante factam confusio-
3 nem. † Non enim aditio hereditatis sicuti confusionẽ
semper inducit, ita & solutionis loco semper cedit,
sed aliquando duntaxat, vt eleganter Pap. tractat in
d. §. aditio, & in *§. aliquando.* tunc videlicet cùm here-
ditas remanet penes heredem, vt in *l. quæ dotis. 23. D.
solut. matrim.* At cùm hereditatem aditam restituere
heres iussus est, fieri certè nequit, vt ex eo quod alij
4 restituere cogitur intelligendus sit sibi soluisse. † Etsi
autem extat apertissima eiusdem Papiniani sententia
in *l. deducta. 58 ad SC. Trebell.* actionẽ confusã redin-
tagrari per Trebellianum non posse, vulgò tamẽ ma-
gis probatũ est ab interpretibus, restituta hereditate
resuscitari actionẽ, non quidẽ directam, de qua sola
Papinianũ intelligi volunt, sed vtilẽ in directæ locum
ex æquitate & necessitate substituendam, in qua
scilicet, quòd defuncto creditori numquã cõpetierit,
locũ habere non possit ratio illa confusionis quæ ex-
tinguit directã. Sic enim ratiocinantur Paulus Castr.
Alex. & alij plerique ex nobilioribus interpretibus
ad *l. ita tamen. 27. §. si ex Trebelliano eod.* moti præcipuè
ex eo quod in *§. d.* scriptũ est, necessariũ esse hoc casu
fideicõmissario actiones dari: vbi Accursius noster in
5 verb. *actiones*, notat *vtiles.* † Quanquã idẽ ille tandem
inclinat magis in sententiã Hugolini, qui contende-
bat actiones omnes tam vtiles quàm directas per adi-
tionẽ confusas esse, nec proinde resuscitari vllomodo
posse, ideóque solam superesse actionẽ ex testamento
quæ fideicommissario dari possit, & per quã pecunia
quæ fuit defuncto debita, ab herede petatur ex caussa
fideicommissi. Tanquã minus plenè restituta heredi-
tate fideicõmissaria, quandiu aliquid vel minimũ re-
manet penes heredẽ quod venire debeat in restitutio-
nẽ. Neq; verò quisquam est ex interpretibus, qui ne-
get huiusmodi actionem ea testamento dari fideicõ-
missario debere. Nam & id expressim Papinianus scri-
bit in *d. l. deducta in princ.* & Paulus in *l. debitor. 59. eod.*
Sed tamen non eo minùs dant alij vtilem actionem
Et ipse Bart. in *d. l. si ex Trebelliano*, suam de hac re sẽ-
tentiam obiter apetiens, non dubitat quin fideicom-
missario competat vtraque actio tam vtilis, quàm ea
6 testamento. † Ego verò satis mirari non possum, quid
sibi velint isti, cùm tractant de vtili actione hoc casu
resuscitanda. Nã si fatentur quod & verum est, ideir-
co actionem vtilem extingui non potuisse per aditio-
nem, quia numquã competierit defuncto, qui scilicet
habebat directam ex contractu (numquam enim fie-
ri potest vt in vna eadémque persona & pro eadem
obligatione concurrat vtilis actio cum directa, non
ob id solùm quòd vtilis ex necessitate tantùm indu-
citur, eius autem inducendæ necessitas, nulla est cum
competit directa, *l. si heres. 73. in princ. eod. tit.* sed etiam
quia plenior obligatio qualis est directa, semper tol-
lit minorem, *l. debitori. ff. de fideiuss.*) quæro ab inter-
pretibus, qua tandem ratione fieri possit, vt resuscite-
tur actio vtilis, quæ nusquam fuerit extincta? immò &
quæ numquam fuerit? An non enim habet ea res na-
turalem intellectum, vt quicquid perit & extinguitur
id anteà fuisse necesse sit, & rursum, vt quicquid re-
suscitatur, id antea extinctum fuisse oporteat? † Sed 7
& qui ex interpretibus dant vtilem istam actionem,
cogũtur se implicare, cùm datiuam illam esse dicunt
non natiuam, quomodo loquitur Alex ad *dict. §. si ex
Treb.* Sensus enim est, non nasci illam ex contractu
præcedente, ex quo directa competebat, quæ fuit ex-
tincta per confusionem, sed tunc incipere competere
cùm datur, vtpote quæ antecedentem obligationem
nullã habet ex qua nasci possit, secundùm ea quæ de
vtilib. actionibus datiuis & natiuis disputat Bart. ad
l. 1. D. de oblig. & act. & ad *l. Mæuius 76. §. duorum de
leg. 2.* Ea námque confusio, quæ per aditionem cõtin-
git, obligationem ipsam primùm & principaliter ex-
tinguit, cum non aliam rationem habeat, quàm quòd
vt dixi, nemo possit sibi ipse esse obligatus: Actionem
verò extinguit quidem, sed per consequentias, & ea
sola ratione quod sine obligatione actio competere
nulla possit. Propter quam caussam dici solet obliga-
tionem actionis matrem esse, vulg. *l. licèt 43. §. ea obli-
gatio. D. de procur.* Et quamuis admitterem ex æquita-
te inducendam, ne cum interpretibus malè dicam re-
suscitandam esse vtilem actionem, post confusionem,
non tamen esset consequens ex eadem æquitate in-
ducendam vtilem obligationem, tum quia non potest
lex inducere obligationem personalem sine facto &
voluntate eius de quo obligando agitur. Tum etiam
quia obligationis inducendæ nulla necessitas est, nisi
ad producendam actionem. Atqui actionem præser-
tim vtilem dare facilè lex & magistratus potest, nulla
quoque præcedente obligatione, quoniam actiones
sunt in iure ciuili, obligationes verò ex iure gentium,
l. ex hoc iure. D. de iustit. & iur. quod & interpretes tra-
ctant ad *l. vlt. C. si contr. ius vel vtilit. public.* † Fieri ergo 8
non potest, vt actio ista vtilis quam fideicommissario
dari volunt, sit natiua, prorsúsque necesse est datiuam
esse, ac proinde talem quæ resuscitata dici nullo mo-
do possit, & quæ prioris actionis directæ per aditio-
nem confusæ vim & naturam nequeat retinere, aut
etiam induere. Quam in rẽ non minùs elegans quàm
apertum est Papiniani responsum illud quod extat in
d. l. deducta in princ. vbi tractans de herede hereditatẽ
deducta quarta restituere rogato qui debitori here-
ditario heres extiterat, ait, quoniam confusa a-
ctio per Trebellianum redintegrari non potest, pe-
cuniæ dodrantem ex causa fideicommissi necessariò
petendum esse, sed in eum diem quo actio confusa
est. vsuras præteriti temporis, quæ in obligatione, vel
officio iudicis fuerant, computandas esse, posterioris
verò ita demùm si mora fideicõmisso facta fit: cùm ta-
men si vel pristina actione directa ageretur, vel vtili
quæ directæ naturam & potestatem retineret, haud
dubiè dicendum esset vsuras totius temporis tã quod
confusionem præcessisset, quàm quod subsecutum
fuisset, indistinctè deberi, neque illud requireretur vt
in fideicommisso præstando noua mora facta esset, va-
lẽte scilicet prima mora sufficere, vt vsuræ quæ semel
deberi cœpissent, in perpetuum deberentur, i. ad ple-
nam vsque sortis solutionem, vt Paulus eleganter re-
spondit in *l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2.* † Sed & 9
ex eo Papiniani responso apparet, non aliam quàm fi-
deicommissi actionem in proposita specie fideicom-
missario dandam esse, cùm ita scribit, *dodrans pecuniæ
ex causa fideicommissi petatur.* Prætermissa etiã ratione

illa. *quoniam actio confusa per Trebellianum redintegrari*
non potest, quod vtique sic accipiendum est, vt redinte-
10 grari nullo modo possit, † si verũ est quod vno ore in-
terpretes nostri tradunt ad *l. Gallus 29. in prin. de liber.*
& posth. negationem immediatè positam ante verbum
potest, omnem omnino excludere potentiam. Perinde
igitur est acsi paulò apertiùs Papin. scripsisset confu-
sam illam actionem neque directò, neque vtiliter re-
dintegrari posse, i. non magis post hereditatis restitu-
tionẽ, quàm anteà fieri posse vt actio vlla siue vtilis,
siue directa, competat fideicõmissario pro debito per
confusionem extincto, ob idque non aliud ei remediũ
superesse, quàm vt fideicommissum quasi nondũ re-
11 stitutum persequatur. † Quomodo & Iulianus quam-
uis in dissimili nõ tamen in prorsus aliena specie scri-
bit in *l. cùm reus 14. de fideiuss.* cùm reus promittendi fi-
deiussori suo heres extiterit fideiussoriã perimi obli-
gationem. *Quid ergo est?* inquit, *Tanquam a reo debitum*
petatur Sensus est à reo qui fideiussori suo heres exti-
tit, petendum esse debitum necessariò tanquam à reo,
non tanquàm ab herede fideiussoris, tametsi fortassis
euenturum sit vt reus tanquam reus exceptionem a-
liquam personalem habiturus sit, putà pacti persona-
lis de non petendo, quã non haberet tanquam heres
fideiussoris. Ideoque necessariam fore illo casu credi-
tori replicationem doli mali vel in factum ad exce-
ptionem illam elidendam. Sic enim locum illum iam-
pridem interpretati sumus, & addita negatione felici-
12 ter emendauimus lib. 1. cap. 3. † Et verò si qua vtilis a-
ctio posset fideicommissario competere, per quam cõ-
sit ille tertius temporis vsuras nil obstante debiti cõ-
fusione indistinctè consecuturus (vt solent actiones v-
tiles eiusdem potestatis esse, cuius sunt directæ eun-
démq habere effectum *l. actio 47. ff. de neg. gest.*) an nõ
ridiculus esset Papinianus, qui actionẽ ex fideicõmis-
so longè minùs vtilem futurã proponeret? An non e-
tiam stultus fideicommissarius qui electionẽ habens,
vt vel vtili actione ex contractu, vel fideicommissi no-
mine ex testamẽto experiretur, eam actionem elige-
ret, quæ sibi damnosior foret, vtiliorem verò & expe-
13 ditiorem prætermitteret? † Ideoq. fortasse tanto faci-
liores fuerunt interpretes ad eiusmodi actionem vti-
lem concedendã fideicommissario, quasi nihil inter-
esset heredis vtra actione conueniretur: quantò diffi-
ciliùs permittẽdũ fuit, vt inuita iurisprudentia pos-
set ille actione non modò nõ cõpetẽte, sed etiam du-
riore conueniri. Quanquã quod heredis nihil intersit
an hac, an illa actione vrgeatur, numquã faciet vt eo
magis admittã actionem in eum dandã esse, quæ nec
summo iure cõpetat, nec ex æquitate induci possit, a-
deoq. cuius inducendæ neq. necessitas vlla subsit, ne-
14 que vtilitas aliqua futura sit. † Æstimantur enim vti-
les omnes actiones, vt vel solum ipsarũ nomen demõ-
strat ex vtilitate, quam ei adferunt qui alioquin sum-
mo iure periclitaretur, ideoq. nõ nisi ex mera necessi-
tate inducũtur, & iis demùm casibus quibus directa
actio cõpetere nulla potest, *l. quamuis 8. § si conuenerit.*
ff. ad SC. Velleian. d. l si heres 70. ff. ad SC. Treb. Quid
igitur fallere potuit interpretes, vt sine lege nullàque
vrgente necessitate dandã fideicommissario dixerint
vtilẽ actionẽ contra rationem iuris? † Id vnum puto,
15 quod in *d. § si ex Treb.* scriptũ putarint *necessariũ esse a-*
ctiones aduersus heredem fideicommissario dari, quomodo
in eorum codicibus scriptum fuisse testis est glossa il-
la Accursij quæ incipit *vtiles.* Scripsisset enim ille ac
scribere debuisset *vtilem* in numero singulari, si in
eodem numero textus *actionem* non *actiones* habuisset.
Cum verò actiones plures ea dictione plurali numeri
proponi viderent, non putarunt aliam actionẽ posse
competere quàm vtilẽ, preterquàm eam quam fatẽtur
omnes indubitatè fideicommissario dandam esse ex
testamento. Sed cùm ex Pandectis Florẽtinis appareat
viciosam fuisse veterẽ illam lectionem, legẽdumque
actionem non *actiones*, nato errore ex eo quod, vt alias
non semel obseruauimus veteres iidemque rudiores
typographi literã *m* in hac ʒ, quæ à litera S non mul-
tùm distat, excubebant. † Et non erat interpretibus 16
difficile errorem detegere, si non piguisset reliqua e-
iusdem §. verba obseruare. Ac illud imprimis, quod
immediatè præcedit, *necessariũ est.* Non enim vllo mo-
do necessariũ dici potest, vt actiones plures fideicom-
missario contra heredẽ dẽtur, siue omnes eiusdẽ effe-
ctus, & potestatis esse velis, siue vnam pleniorem al-
tera. Ex quo namque vna cõpetit, aut datur, quid ne-
cesse est aliam dari? præsertim quæ nec plenior nec
cõmodior sit futura? Atqui non est ex interpretibus
qui neget, nec qui negare possit actionem ex testamẽ-
to dandã esse fideicommissaria. Sicut è contrario si he-
res creditor defuncti fuit, & fideicõmissum non de-
ducto debito restituerit, constat habere illum fideicõ-
missi tanquam indebiti repetitionem, quemadmodũ
si fideicommissum restituisset, non deducta quarta
quam deducere ac retinere debuisset, *l. heres. 21. ad SC.*
Treb. l. 1. § si legatarius, l. lineam margaritarum. 26. D.
ad l. Falcid. l. cum pater. 77. § mater filius de leg. 2. l. qui
exceptionem. 40. § 1. ff. de condict. indeb. Non potuit ergo
Iulianus scribere vel sentire necessariã esse fideicom-
missario vtilem actionẽ. † Debuit sanè scribere quod 17
scripsit necessarium esse, actionem fideicõmissario in
heredem dari, quia stricto iure nulla competit, neque
ex contractu, siue directa, siue vtilis, propter confu-
sionem, neque ex testamento propter iam factam fi-
deicommissi restitutionem. Actio enim ex testamento
quæ pro fideicommissu cõpetit fideicommissario con-
tra heredem non ad singularum rerum restitutionem
consequendam pertinet, sed ad restitutionem heredi-
tatis, & iuris illius vniuersalis, cuius ratione fidei-
commissarius dicitur successor vniuersalis, & loco he-
redis: Cui restitutioni dubitandum non est, quin satis-
fecerit heres qui hereditatem restituit, adeoque quod
magis est, licet verbo tantùm restituerit, cùm ex ea
restitutione verbali iura omnia in fideicommissarium
translata sunt, totáque hereditas, quæ scilicet in iure
consistit non in corpore, *l. restituta. 37. iunct. l. facta. 63.*
in princ. ff. ad SC. Treb. Proinde non potest dici eandẽ
actionem ex testamento competere fideicommissario
post restitutionem, quæ cõpeteret si restitutio nulla
facta esset. Verùm quia nec illud dici potest heredem
satisfecisse voluntati testatoris quandiu aliquid reti-
net, quantulũcunque illud sit ex eo quod restituere
debuit, æquissimum est, & consequenter necessarium
actionẽ fideicommissario dari. Nimirũ per prætorem,
cuius propria fuit de fideicommissis iurisdictio, & qui
ob eam causam fideicommissarius vocabatur. Si actio
ex testamento summo iure competeret post restitutã
hereditatem, non ita scripsisset Iulianus, *necessarium*
est actionem aduersus eum fideicommissario dari. † Aliud 18
enim est *actionem competere*, aliud *dari*. Quæ competit
ipso iure, non datur. Quæ datur, non competit. Cùm
actionem competere dicimus, solam iuris potestatem
cùm verò dari, iudicis potiùs aut magistratus factum
demonstramus. † Illud etiam errandi occasionem in- 19
terpretibus præripere debuit, quòd viderunt Iulia-
num in *d. § si ex Trebelliano*, non alium duntaxat ca-
sum tractare quo heres rogatus de restituenda here-
ditate, debitor fuerit defuncti, sed illum etiam quo

heres qoi hereditatem restituit, vel fructus prædiorũ
qui erant restituendi, vel ipsa prædia retinuerit: Quo
tamen vtroq. casu nihil est quod de vtili actione tra-
ctari possit ad consequendũ id quod fuerit defuncti,
quódq. fideicommissario nullo alio quàm fideicõmis-
si iure debitum vnquam fuit. Nam si quis directam
aut vtilem vindicationem fideicommissario dare ve-
lit eo colore quòd facta in fideicõmissarium restitu-
tione statim omnes res in bonis eius fiant, cui restitu-
ta est hereditas etiam si nondum earum nactus fuerit
possessionem vt Caius scribit in *d.l.facta in princ.* pro-
culdubio valde errauerit. Inauditum enim est, vt vin-
dicatio siue directa, siue vtilis, vnquam in eum detur
qui reuera dominus est, *l.pen. & vlt. ff.de publician. in
rem act.* cùm è contrario nõ nisi domino competat, *l.in
rem 23.ff. de rei vindic.* duo autem eiusdem rei in soli-
dum domini esse non possint vulg. *leg.si vt certo 5.§ si*
20 *duobus vehiculum. ff.commod.* † Porrò heres qui de he-
reditate restituenda rogatus est, sicut etiã post restitu-
tionem heres manet, ita & dominus, *§. restituta Instit.
de fideic.hered.* cùm heredis appellatio nihil nisi domi-
num significet, *§.vlt.Inst.de hered.qualit.& differ.* Vn-
de est quod Caius in *d.l facta*, non sic loquitur vt dicat
fideicõmissarium post factam hereditatis restitutionẽ
fieri dominum rerum hereditarium (id.n. non magis
scribere potuit, quàm heredem illum fieri, quod eui-
dentissimè falsum esset) sed ait res hereditatias in bo-
nis eius fieri, quod lõgè diuersum quid est, vt à nobis
aliquando tractatum fuit in explicanda veteris illius
duplicis dominij bonitarij scilicet & quiritarij di-
stinctione, de qua Vlp.tit. *19.de acquisit.rer.* in Titulis.
Ergo quemadmodũ eo casu quo heres iussus heredi-
tatẽ restituere, aut prædium aliquod hereditariũ aut
prædiorum restitutorum fructus etiam restituendos
retinuit, necessariũ est contra eum fideicommissario
actionẽ dari, & quidem ex testamento, quoniam alia
nulla competit, neque vtilis, neque directa, ita faten-
dũ est alio quoq; casu de quo disputamus, & quẽ tan-
quam similem Iulianus cõiungit, id est, quo hic heres
debitor fuerit eius qui testamentum fecit, non aliam
quàm ex testamento actionem fideicommissario dari
posse. Non.n.de diuersis actionibus pro casuũ diuer-
sitate sensisse videri potest Iulianus, qui propositis cõ-
iunctisq. omnibus casibus non nisi *actionem* in singu-
lari numero fideicõmissario dandam esse scripsit. † Ex
21 qno etiã apparet quàm parũ subtiles ne dicam ridicu-
li sint iidem interpretes quibus non satis est, repugnã-
te iuris ratione vtilem actionẽ fideicommissario dare,
si non & vindicationem quoq. contra dominũ ei ac-
cõmodent, & condictionem triticariam contra eum
qui non sit ex cõtractu sed tantùm ex testamento o-
bligatus, & condictionẽ sine causa aduersus eum qui
iusti heredis veriq. domini iure rẽ habeat, & à testa-
tore ipso nñ à fideicõmissario: quæ omnia quàm sint à
principiis & regulis iuris aliena, nemo nõ videt. † Sed
22 & interpretationẽ nostrã illud mirificè confirmat, &
& interpretũ errorẽ detegit, quod ex Marcelli ad Iu-
lianũ nota sequitur, *Hoc idem necessariò faciendum est,
cùm parte hereditatis restituta familiæ erciscundæ iudi-
cium inter eum, qui restituit hereditatem, & qui receperit,
accipietur* Id.n.sibi vult Marcellus, non tantùm supe-
riore casu necessarium esse fideicommissario in here-
dẽ actionem ex testamento dari: id est, cùm heres totã
hereditatem restituere rogatus est, siue prædium ali-
quod hereditarium retineat, siue prædiorum heredi-
tariorum fructus iam fortè collectos mortis tempore
& in hereditate repertos, aut post moram perceptos,
siue debitor fuerit defuncti, sed illo etiã casu quo de
parte duntaxat hereditatis restituenda rogatus fuerit,
quod cùm euenit, constat vtile esse iudicium familiæ
erciscundæ inter heredem & fideicommissarium, si-
cut esset inter coheres, quia fideicommissarius heredis
loco est. † Cur verò necessariũ est hoc posteriore casu 23
actionem fideicommissario dari? An nõ potest suffice-
re qnod habiturus sit vtilẽ exceptionem? An verò de-
negabunt interpretes vtilem exceptionem ei cui dant
vtilem actionem? contra reg. *l.imitatio.15.§ 1.de reg.iur.
l.1.§.is autem.ff.de superfic.* Quinimo quidni sufficiet
equitas ipsius iudicij qnod est bonæ fidei, vt quicquid
obtinere fideicommissarius posset, siue proposita a-
ctione siue opposita doli exceptione, idipsum æquita-
te consequatur. *leg. in hoc.14.§.1.D commodati.* Tri-
tum .n. est doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipso
iure inesse *l.sed etsi ideo.21.in fi.D.sol.mat. l. huiusmodi.
84.§.qui seruum de leg.1.* † Inde igitur cognosci potest, 24
confusione quæ fit per aditionem hereditatis vsque a-
deò extingui obligationem vt etiam restituta heredi-
tate, fideicommissario consuli nullo modo possit ne
quidem per exceptionem aut per æquitatem iudicij,
tantum abest vt actio aliqua vtilis resuscitari possit
quam ei dari oporteat. Ideóque necessario recurrendũ
est ad extraordinarium prætoris fideicommissarij au-
xilium, vt det actionẽ ex testamento per quam fidei-
commissum perinde petatur post restitutionẽ. acsi nul-
la ex parte fuisset restitutũ, quandiu plenissimè nõ est
restitutum. † Scio contingere aliquando vt extincta 25
quoque actio resuscitetur, vt in specie *l.2.in fin. Dig.si
ex noxal.caus.agat.l si cum 41 §. vlt. D.de furt.l.deferre.
18. §. vlt. D. de iur. fisc. l. eum qui.21.§.vlt.ff de inof.test.*
Nempe cùm causa extinguendæ obligationis resolui-
tur, & in eum statum reducitur, vt nunquam interue-
nisse videatur, puta cùm hereditas adita habetur pro
non adita, vel acquisitum dominium pro non acquisi-
to, quemadmodũ supradictis locis omnibus cõtingit:
at casus noster omnino dissimilis est, quoniam causa
extinguendæ obligationis propter confusionem quæ
contingit per aditionem hereditatis fideicommissa-
riæ, durat semper etiam post restitutam hereditatem,
siquidem, vt diximus, non eo minus heres remanet
heres, quòd restituerit hereditatem. † Et errant valde 26
qui putant confusionis rationem hãc vnam esse quod
heres non possit agere contra seipsum, vt inferant cõ-
fusionis effectum sicut & rationem cessare restituta
hereditate qnòd eo tempore alia sit persona heredis,
alia fideicommissarij qui contra heredem commodè
possit experiri. Nam vt suprà monuimus, confusio
nnn fit actionis sed obligationis, licèt confusa & ex-
tincta obligatione actio quoqne per consequentias
extinguatur. Obligatio autem confunditur, non qoia
nemo possit agere contra se ipsum, sed quia nemo sibi
obligatus esse possit. † Ergo cum siue debitor credito- 27
ri siue creditor debitori heres extiterit, confundatur
obligatio ea duntaxat ratione quod alioqui futurum
esset, vt heres sibi ipsi esset obligatus, planè consequẽs
est, vt etiam post restitutam hereditatem sicuti heres
semper heres manet, ita & confusionis causa semper
duret, quæ proinde impediat, ne actio vlla siue vtilis
siue directa vnquam resuscitetur. † Quomodo etiam 28
euenit cùm heredi auffertur per fiscum hereditas
tanquam indigno. Tunc enim si qua obligatio & a-
ctio per aditionem confusa fuerat ea non idcirco
resuscitatur, *l.heredem.17.in fin. Digest. de his quæ vt in-
dig.* Non ob id solùm qnod indignus sit cui succur-
ratur heres qui ea indignitate sua hereditatem amisit
(etsi enim illa quoque ratio Papinianum mouisse vi-
detur, si alia tamen nulla esset, non malè quis idipsum

Papiniano obiiceret quod olim eidem Vlpianus in *l. Papinianus exul.20 D. de minor. quid commune habet delictum cum obligationis restituenda mora*) sed etiam quia non eo minùs heres manet is cui fiscus abstulit hereditatem *l. ex facto. 43 §. vlt. Digest. de vulg. & pup. subst.* Quò etiam pertinent *l. 4. C. de transact. l. 2. C. si aduers. transact.* in quibus videas actionem extinctam nõ resuscitari, sed nouam concedi, quia non præcedentis extinctionis causa deficiebat, sed nouæ actionis con-
29 cedendæ causa potiùs emergebat. † Errant etiã, multóque si fieri potest, stolidiùs, qui distinguunt an hereditatem heres adierit purè ac simpliciter, an cum beneficio legis & inuentarij. Nec enim beneficium illud impedit confusionem, vt vulgo à plerisque imperitè creditur, neque id magis facere Iustinianus potuit, quàm naturam ipsam peruertere, ac inducere vt
30 sibi ipsi obligatus quis esse possit, † sed in eo tantùm prodest heredi, ne ex eiusmodi confusione damnum vllum sentire debeat supra vires & facultates hereditarias, quia nec inuentarium facere potest, quominus heres verè heres sit, acsi legis beneficium non implorasset, vt pluribus scripsimus Decad. De error. prag-
31 mat. † Sicut è contrario inuentarij solennitas omissa non impedit quominùs possit heres deducere ac retinere contra fideicommissarium aut contra legatarios in ponenda legis falcidiæ ratione id omne quod sibi à defuncto debebatur, perinde atque aliud æs alienum quodlibet *l. in imponenda. 6. l. arrituum 8. C. ad leg. Falcid.* vt iampridem Castrensis non infeliciter contra
32 nõnullos ætatis suæ Doctores disputauit. † De actione sola hypothecaria dubitari probabiliùs potest, an sicut actiones cæteræ personales confundatur per aditionem hereditatis, maximè inuentario nullo facto. Etsi enim generaliter & apertè Iustinianus constituit in *l. vlt. C. de iur. delib.* vt si inuentarium factum nõ sit actiones omnes quæ competebãt heredi confundantur, magis tamen communiter probatum est, hypothecariam non magis confundi quàm directam rei & dominij vindicationẽ, vt tradant nostri ad *d. l. debitori 7. C. de pact.* quanquã hoc ipsum nõnulli sic accipi volunt si hypotheca expressa fuerit, non etiã si tacita. Sic enim ex recentioribus Ioannis Ioann. Cephal. consil. 373. nu. 154. & 157. & seq. post Angel. Aret. ad *l. licèt. 14.*
33 *per illu. tex. C. ad leg. Falcid.* † Ego vero fateor equidẽ dominij vindicationẽ per hereditatis aditionem non confundi, quia vindicatio non obligationis iure datur, sed in rẽ ipsam & solo dominij iure, nemo autem dixerit heredẽ vel ob id dominũ esse desinere debere, quòd non domino heres extiterit, vel ob id minùs dominum fieri quod ipse antea dominus non fuerit, sed in hypothecaria aliud iuris esse contendo, eámq. faciliùs perimi posse per confusionẽ, quia licèt in rem quoque sit, tamen accessoria est principalis obligationis ex eaque pẽdet, in quo differt à vindicatione do-
34 minij. † Soleo tamen distinguere an debitor heres extiterit creditori, an ex diuerso creditor debitori. Posteriore casu, non nego si creditor idémq; heres hereditatẽ restituere rogatus sit, etiã si post restitutionẽ quoque vt diximus, duret causa extinguẽdæ per confusionẽ obligationis, hypothecariam tamen superesse, qoia propriã legẽ & condicionẽ habet illa, vt tandiu duret quandiu verũ est pecuniã solutã non esse, *l. grege. 13 §. etiam. D. de pignor. l. pen. §. 1. De except. rei iudic.* Iam autem monuimus aditionem hereditatis tùm etiã cùm debiti confusionẽ inducit, tamen solutionis loco non semper esse *d. l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. aliquando de solut.* Scilicet cùm hereditas adita ad alium per fideicommissum deuoluitur. Nam si eo casu nõ probibetur heres debitũ deducere tametsi nõ hypothecarius creditor fuerit, sed tantùm chirographarius, *d. l. in imponenda. & d. l. arrituum*, quia nemirum talis hereditas restituenda est qualis fuit mortis tempore & ante aditionem, non qualis quontâve post aditionẽ, *l. in quantitate 73. D. ad leg. Falcid. l. in fideicommissaria 18. D. ad SC. Treb.* quantò magis dicendum est hypothecariam restituta quoque hereditate superesse? Non. n. vtique deduceretur debitum per viam retentionis si pro soluto haberetur. Et quamuis non possit heres idémque creditor hypothecariam exercere ante restitutam hereditatem, quia tamen omnimodo futurum est vt agere aliquando possit vel etiam retinere, ipsius interest, vt ea actio non tam in totum extincta quàm interim sopita esse intelligatur. In eamq. rem textus est Pauli perelegans in *l. debitor 59. D. eod. ad Treb.* † 35
At priore casu, cùm debitor creditori heres extitit, licèt idem ille hereditatem restituere rogatus sit, nego fieri posse vlla ratione vt hypothecaria duret, ac per hereditatis restitutionem in fideicommissarium trãsferatur, qoia non potest à testatore transire in fideicõmissarium, nisi per mediam heredis personã; qui porrò nunquam in eo fuit vt actionem hypothecariam contra se poruerit exercere, ne spe quidem: inauditum namq. est vt hypothecaria vllo casu cõpetat, vel possit competere debitori. Nec quod per hereditatis restitutionem soleant in fideicõmissarium transire ex Treb. actiones omnes quæ & heredi in heredem competebant ad rem facit. Id. n. ad eas actiones spectat quæ contra heredem competebant creditoribus hereditariis, & tanquam contra heredem, non quæ testatori viuenti contra eum quem posteà heredem fecit. Omnes enim quæ fideicommissario post restitutionem competere possunt, necesse est heredi ante restitutionem competiisse, adeóq iure hereditario, ita vt si quas sibi heres comparauerit medio tempore, eæ non transeant in fideicommissariũ sine speciali cessione, *l. si heres pretium 73. ff. eod.* Hypothecaria igitur, quæ competiit defuncto in bona sui debitoris eiusdémq. posteà heredis instituti, cùm ipsi debitori herediq nunquam competierit neque competere potuerit, in fideicommissarium transire nullo modo potest. † Ac quãquam 36
supradicta Castrensis aliorúmq. interpretum opinio quam nos refutauimus, vera esset, quæ fideicommissario dat vtilem actionem contra heredem eundémque defuncti debitorem, qui per confusionem obligatus esse desiit, fatendam tamen esset hypothecariam, quæ defuncto competebat (ponimus n. fuisse creditorem hypothecarium) non posse in fideicommissariũ transire, & consequenter vtilem illam actionem non posse prioris temporis ordinem & priuilegium retinere, etiamsi talis esset, támq. fauorabilis quæ hypothecam babere deberet. † Nam & quod dici solèt actionem 37
subrogatam sapere & induere naturam & qualitates omnes eius actionis in cuius locum subrogata est, *l. 1. §. si quis sub condicione ff. vt legat. nom. caus. l. 1. §. hac actio. ff. si is qui test. lib. esse iuss.* tunc locum habere nõ potest cùm subrogatio fit in locum actionis penitus & ipso iure extinctæ, vt ex Baldo respõdit Marcus Ant. Natta cons. 538. n. 44. † Qua de re textus alius apertior 38
quærendus non est, quàm ille Pap. in *d. l. deducta in pr.* vbi quãuis tractet ipse non de actione vtili quam dãt interpretes sed de actione ex testamento, tractat tamen sed de actione noua in locum extinctæ veteris subrogata, nec eo magis admitti, vt ex noua actione vsuræ totios præteriti temporis debeantur si confusio nulla facta esset ex pristina actione indistinctè, vt explicauimus deberentur. Quo exemplo nec dubitandum

dum est quin idem fuerit ille responsurus si de iure hypothecæ fuisset interrogatus, non enim Pap. temporibus actio fideicommissi quam ipse solam dat fideicommissario, habebat priuilegium vllum tacitæ hypothecæ, quod noua Iustin. constitutione primùm inductum est in *l.1.C.commun.de legat.* Porrò actio ex testamento hypothecam nullam habet, nisi ex die mortis testatoris, quia nec priùs ipsa competit. Et hoc etiam consequens est ei quod diximus actionem illam vtilem quam interpretes comminiscuntur datiuam esse non natiuam. Quomodo enim fieri posset
39 vt haberet hypothecam se ipsa antiquiorem? † Euenit certè aliquando vt vincula pignoris durent etiam submota personali obligatione, quomodo loquitur *l. 2. C. de luit. pign.* de cuius sententia nos alibi scripsimus. Sed vt hypotheca incipiat ante natam obligationem & actionem fieri nullo modo, nulloque casu potest. Quamquam ne quis dubitationibus istis locus relinquatur, longè expeditius est nostram probare sententiam, quæ non patitur actionem illam vtilem resuscitari, quòd nec vnquam competierit, nec vnquã fuerit extincta, neque rursum induci & tanquam nouam dari, sufficiente videlicet actione ex testamento, quam dari debere non solùm Iulianus, Marcellus, Papinianus, prudentésque cæteri, sed & interpretes omnes consentiunt.

CAPVT XX.

Ad l. si fideiussor. 29. §. pen. & §. hoc idem tractari D. mandat. & l. cùm de indebito 25. De probat.

SVMMARIA.

1 *Duo alij Pandectarum loci in quibus* visionis *nomen Triboniani esse ostenditur.*
2 *Summa* l. si fideiussor 29. ff. mandat.
3 *Totũ* §. 10 omnibus d. l. si fideiussor *Tribonianum esse.*
4 *Si fideiussor creditori pecuniam debitam soluit nec solutionem principali debitori denuntiauerit, debitore postea eandem pecuniam soluente, soluti condictionem aduersus creditorem non fideiussori sed debitori summo iure competere.*
5 *Debitorem hoc casu non teneri indemnitatem fideiussori præstare.*
6 *Vera ratio propter quam hoc casu debitor indebiti actione fideiussori cedere tenetur.*
7 *Rationem illam,* ne duplum creditor consequatur, *in fine* §. hoc idem. *expressam ad superiorem casum non pertinere.*
8 *Verba illa,* ne duplum creditor consequatur, *Tribonianum vel alicuius Interpretis esse.*
9 *Sententiam* d. §. in omnibus. *mancam esse.*
10 *Debitore primam solutionem faciente fideiussorem qui ignoranter secundo creditori soluit, teneri competentem sibi condictionem debitori præstare.*
11 *Tentatur eam cessionem debitori minùs necessariam esse.*
12 *Distinguendum quoque esse an secunda solutio iuris an facti ignorantia facta sit.*
13 *Secunda solutione licèt autoritate iudicis factâ, non ideo minus condictionem, si non indebiti, saltem sine causâ aduersus creditorem competere.*
14 *In secunda illa solutione iudicis autoritate facta dolum creditoris & calliditatem interuenisse.*
15 *Eo casu creditorem actione stellionatus criminaliter non conueniri, sed causam ex integro non implorato restitutionis auxilio agi.*
16 *Non bene* in d. §. pen. *stellionatus actionem fideiussori aduersus creditorem concedi.*
17 *Totam legem* cùm de indebito. 25. ff. de probat. *& præcipue* visionis *in ea nomen Tribonianum esse.*

PEragendum † est hoc capite quod initio huius libri instituueramus, vt eos omnes Pandectarum locos in quibus *visionis* dictionem vsurpatam legimus, Triboniani esse ostendamus, aut saltem à Triboniano corruptos fuisse. Nam præter duo illa Vlpiani responsa, de quibus iam diximus, quorum alterum est in *l. sed etsi lege 25. §. quod autem de petit. hered.* alterum in *l. quamuis 8. §. si mulier ad SC. Velleian.* supersunt alia duo, vnum eiusdem Vlpiani, aliud Pauli, illud in *l. si fideiussor. 29. §. pen. D. mandat.* hoc in *l. cùm de indebito 25. D. de probat.* De quibus nunc breuiter videamus. † 2
In tota *d. l. si fideiussor*, tractat Vlpianus de actione mandati an danda sit nécne fideiussori, qui siue sciẽs, siue ignorans soluerit pro reo vel non vtiliter & efficaciter obligato, vel iam liberato. Et post quàm varios casus prosecutus est, multásque adhibuit distinctiones, præsertim duas illas generaliores, an sciens fideiussor soluerit, an ignorans, rursúmq; si ignorans an ignorãtia iuris an facti, vt si vel sciẽs soluerit vel ignorantia iuris non sit audiendus, nisi fortè debitor conqueratur de omissa exceptione quæ de apicibus iuris fuerit potiùs quàm ex bona fide, si verò ignorans, & quidem probabili ignorantia facti, repetitionem habere debeat actione mãdati contra eum pro quo fideiussit, sequitur in §. pen. eiusd. legis, *In omnibus autẽ visionibus quæ propositæ sunt vbi creditor vel non numeratam pecuniam accepit, vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eũ competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta. Tunc. n. propter autoritatem rei iudicatæ cessat quidem repetitio, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur.* † Totum verò hunc §. ego Triboniani esse dico, non Vlpiani, motus non solùm ex 3
ipso verborũ contexto parum eleganti, præcipuè illo loco *stellionatus crimine plectetur*, pro eo quod scribi debuit *ex causa commissi criminis stellionatus*, (nemo enim plectitur crimine, sed pœna propter crimẽ) verùm etiam ex eo, quod nõ nisi de actione mandati tota ea lege Vlpianus agit, & de repetitione quam fideiussor cõtra reũ habere debeat per illã actionem mandati, non etiã de condictione soluti, aut, quod idem est, de repetitione aduersus creditorẽ ipsum danda vel deneganda. Neq. verò dubitandi ratio illa occurrere poterat, quin condictione teneretur creditor, qui pecuniã indebitam accepisset, siue ideò esset indebita, quòd nihil creditor numerasset, siue quòd numeratæ solutionẽ & restitutionẽ iam habuisset. Quod ipsum iam satis Vlpianus expresserat, in *§. hoc idem tractari in fin.* iis verbis, *cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet ne duplum creditor consequatur.* Ostendunt enim verba illa, non solùm condictione teneri creditorem qui indebitum acceperit (quod adeò certum erat, vt non nisi frustra & ridiculè id addere Vlpianus potuerit, si aliud nihil addendum habuisset) sed etiam cui competat illa condictio, nimirum debitori non fideiussori, quoniam in ea specie fideiussor primus soluetat quod creditori verè debebatur, ob idque non poterat dicere solutum à se indebitum quod facere posset locum condictioni. Ipse autem debitor, qui factam à fideiussore solutionem ignorans, quòd de ea certioratus non esset, iterum soluerat, sanè indebitum soluerat, cùm fideiussoris solutione fuisset liberatus. Ob idque & habet summo iure condictionem contra creditorem non fideiussor, & fideiussori actione mandati non tenetur vt indemnem eum præstet, non quia sit liberatus, (nam cùm pecunia & facto fideiussoris liberatus sit, ea ratio facere potiùs deberet vt

teneretur, sed quia potest imputari fideiussori cur de
solutione à se facta nõ certiorauerit debitorem, cùm
ob omissam nunciationem euenerit, vt perinde solue-
re debitor coactus fuerit, acsi fideiussor non soluisset.
5 † Quæ res facit vt ex solutione per fideiussorem facta
nihil commodi videatur consecutus, tametsi reuera
per eam fuerit, vt iam dixi, liberatus, nisi quod propter
eiusmodi liberationem accidit, vt habeat debitor
condictionem, quam alioqui non esset habitu-
rus. Sed iuris regula est, neminem ideò obligari
quia recepturus sit ob alio quod ipse præstiterit, *l. ne-
mo ideo 171. de regul. iur.* propterea quòd cuiusque in-
terest non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3.
ff de compensat. l. si stipulatus 15. in princ. de fideiuss.* Dici-
mus autem non esse obligatum hoc casu debitorem,
vt indemnitatem fideiussori præstet, id est, vt pecu-
6 niam ipsam quam fideiussor soluit, ei restituat. † Non
autem absolutè negamus esse obligatũ actione man-
dati: quia cùm ex facto & pecunia fideiussoris acqui-
siuerit sibi actionem & condictionem, locupletatur
cum damno & iactura ipsius, si ne quidẽ ad eiusmodi
actioẽ fideiussori cẽdẽdam teneretur. Planè ad aliud
quàm vt actione cedat, nõ tenetur Ex alia iuris regu-
la quæ habet, In omnibus quos idcircò teneri dici-
mus, quia habent actionẽ, delegationẽ pro iusta præ-
statione esse, *l quod debetur 51. in fin. ff de pecul. l. quod si
in diem 16. §. vlt l item veniunt 20. §. ait Senatus 17. ff de
petit. hered* Cedit itaq. & præstat actionem, nõ ratione
illa nuda æquitatis, de qua idẽ Vlp. in *l. creditore 38. de
euict. Cur. n. non æquum videbitur.* inquit, *vel hoc saltẽ con-
sequi emptorem quod sine dispendio creditoris futurum est?*
sed quoniã actione mandati ad hoc ipsum obligatus
est, vt eam actionem præstet. Ne alioqui, vt diximus,
ex fideiussoris damno & iactura locupletetur. Hæc. n.
vera & germana ratio est, propter quã fideiussori ce-
denda est condictio non illa quã textus habet, *ne du-
plum creditor consequatur.* Nã etsi nulla fieret cessio fi-
deiussori, non idcircò tamen eueniret, vt duplum cre-
ditor cõsequeretur, quippe qui debitori condictione
indebiti teneretur, cuius æquitas illa esse solet, quæ
& condictionem indebiti & cæteras omnes induxit,
quòd hoc natura æquũ sit neminẽ cum alterius detri-
mento fieri locupletiorem. *l nam hoc natura 14. D. de
7 cond. indeb. l. si & me & Titium 32. D. de reb. cred.* † Itaq.
& accõmodatior est ratio illa, *ne duplum creditor conse-
quatur*, ad explicandum cur creditor condictione te-
neri debeat quàm ad probandum teneri debitorẽ vt
fideiussori præstet condictionem. Imo neque probat
dandam esse fideiussori condictionem, quia siue fide-
iussori detur, siue debitori, perinde vtroq. casu euenit
ne duplum creditor consequatur, qui quod indebi-
tum accepit, restituere compellitur. Quanquam pro-
bat potius, quod & verum est debitori condictionem
competere, non fideiussori. Duplum n. consequitur
creditor. non cùm accipit solutionẽ primam à fideius-
8 sore, sed cùm accipit secundã à debitore. † Vnde mo-
ueor vt illam quoq rationẽ, *ne duplũ creditor consequa-
tur*, Triboniani esse putẽ, aut imperiti alicuius inter-
pretis, non Vlpiani, quem credibile est meliorẽ aliam
fuisse allaturũ, si quã certissimi iuris rationem adferre
voluisset. Vt taceam huiusmodi condictionẽ, siue per
debitorem ipsum, siue per fideiussorẽ exerceatur, non
posse facere ne duplum cõsequatur creditor, quẽ po-
nimus iam fuisse duplicem solutionẽ consecutum, sed
ne duplum quod consecutus est, retineat, quod eue-
9 niret si condictio aduersus eũ non daretur. † Ex eo au-
tem, quod iam illo loco corruptum Vlpiani contextũ
fuisse fatendum est, tantò facilius cõiici potest, verum

esse quod volumus, in §. *pen. eiusd. leg.* corruptum etiã
fuisse. Nam & sententia loci manca est in eo primum
quòd non aperit Tribonianus cui danda sit repetitio
contra creditorem, vtrum debitori an fideiussori, cùm
tamen ex iis quæ proximè diximus, constet, tùm quo-
que cùm danda est, non indistinctè & promiscuè vtri-
que dãdam esse, sed alterutri tãtùm. Ei scilicet qui se-
cundus soluit, nisi per eum alteri actio cedatur. † Si. n. 10
poneres solutionem primam à debitore factam esse,
secundã verò à fideiussore primam ignorante, sicuti
verum esset teneri fideiussori debitorẽ actione man-
dati ad indemnitatem ei præstandam. Ita nec dubita-
ri oporteret, quin fideiussor competentem sibi condi-
ctionem debitori præstare teneretur. Hæc sola diffe-
rentia quòd ea cessio facienda esset, non vi & iure a-
licuius actionis, sed ex æquitate illa *d. l. in creditore*,
quòd non debeat fideiussor recusare quominùs id
saltem præstet quod sine ipsius dispendio & incom-
modo sit futurum. † Quanquam defendi non malè 11
potest minùs necessariam eo casu futuram debitori
cessionem, citra quam vtiq. danda ei sit condictio ad-
uersus creditorẽ, quasi qui soluisse ipse videatur, quod
eius nomine soluit fideiussor, præsertim si fideiussori
suo iam præstiterit indemnitatem. Alioqui nec per
solutionẽ à fideiussore factam debitor liberaretur, si
non ipsius debitoris nomine fideiussor soluisse intel-
ligeretur, vt euenit in mãdatore qui propter manda-
tũ suum soluens, & proprio nomine id ipsum quod a-
lius debet, nõ tamen liberat debitorem. *l. Papinianus
28. D. mandat.* † Mancus etiam fuit Tribonianus in eo 12
quod illam duntaxat adhibet distinctionem, an solu-
tũ sit creditori ex autoritate rei iudicatæ, an nõ, vt hoc
solo posteriore casu repetitio contra eum danda sit.
Priore verò, cessante repetitione ad extraordinariam
stellionatus accusationem recurrendũ sit, vt improbi
creditoris calliditas plectatur. Cùm tamen illa quoq.
distinctio maximè adhiberi debuerit, An scienter an
ignoranter secũda solutio facta sit. Rursumq; si igno-
rãter, an ignorantia iuris an facti. Nam si sciẽter fide-
iussor soluerit pecuniam, vel à creditore numquã nu-
meratam, vel à debitore ipso iam solutam, nemo dixe-
rit dandam ei condictionem. Est. n. generale & perpe-
tuũ, vt quisquis sciẽs se nõ debere soluit, numquã re-
petat, *l. 1. D. de cond. indeb. l. indebitum 9. C. eod.* Idq. pro-
pter iuris regulam quæ vult, cuius propter errorẽ so-
luti repetitio est, eius consultò dati donationẽ factam
intelligi debere, *l. cuius per errorẽ 53. de reg. iur.* Idémq.
est si ignorans fideiussor soluerit ignorantia iuris non
facti, *l. cum quis 10. C. de iur. & fact. ignor.* quia parum
interest an quis sciat, an ignoret id, quod per peritio-
res scire & discere potuerit ac debuerit. *l. regula 9. D.
eod.* Nõ ergo indistinctè & generaliter verũ est teneri
cõdictione creditorem, tametsi nõ ex iudicis autori-
tate solutio facta proponatur. † Interueniente verò 13
re iudicata, etsi verum est eum qui condemnatus sol-
uit, repetere non posse, propter rem iudicatam, quæ
pro veritate habetur, non eò minùs tamen fieri po-
test, vt condictio aduersus creditorem danda sit, non
quidem condemnato, sed alij qui non fuerit condem-
natus, & cuius tamẽ intersit. Finge fideiussorem con-
demnatum fuisse ad solutionem, sed eo tempore quo
iam debitor soluerat, ac proinde cuius tam fideiussor
quàm debitor ipse iam erat liberatus. Faciet quidem
autoritas rei iudicatæ ne possit fideiussor tanquam
indebitum repetere quod soluerit in executionem rei
iudicatæ. Sed non obstabit quominùs debitori qui
condemnatus non fuit, danda sit condictio, si non
indebiti, quia quod soluit fuit debitum tempore so-
lutionis.

lutionis saltem sine causa, quia incipit pecunia quam debitor primùm dederat, esse sine causa penes creditorem, ex quo tantumdem ille à fideiussore exegit, & consecutus est quasi nihildum solutum fuisset. Nunquam enim potest aut iuris & æquitatis ratio pati, vt idem debitum aut bis exigatur, aut bis exactum retineatur, vulgar. *l. bona fides 56. de reg. iur.*
14 † Sed neque facilè video quomodo fieri possit, vt quod iam debitor soluerit, fideiussor quoq. soluere condemnetur, ne per imperitiam quidem aut iniquitatem iudicis (quis enim tam imperitus aut tam iniquus iudex esse possit?) nisi fortè proponas iudici obreptum fuisse, circumuentámque eius religionem dolo creditoris dissimulantis aut negantis factam sibi à debitore solutionem. Quod & Triboniani verba præ se ferunt, cùm creditorem hoc casu stellionatus crimine vult obstringi propter suam calliditatem. Stellionatui enim non imperitia aut iniquitas iudicis locum facere potest, sed
15 tantùm dolus & calliditas actoris. † Atqui quoties obreptum est iudici dolo malo alterutrius litigatoribus, constat non obstare rem iudicatam quominùs ex integro causa agi possit, saltem implorata in integrũ restitutione *l. Diuus 33. ff. de re iudica.* Imò nec necessaria est in integrum restitutio quia si aduersus fideiussorem sic agentem, acsi non esset condemnatus, obiiciatur exceptio rei iudicatæ, doli replicatione vti fideiussor poterit, *l. cum à te 25. ff. de dol.* vbi propter hanc causam negat Paulus in specie non dissimili, quam ibi tractat dandam esse condemnato actionem de dolo, cùm aduersus rem iudicatam possit ei esse prospectũ per doli replicationem. Vsque adeò enim cessat actio de dolo quoties aliquod remedium aliud competit, vt sufficiat vel beneficio in integrum restitutionis, aliam actionem dari posse, *l. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo.* Quia licet auxilium restitutionis in integrum sit extraordinarium, ideóque nec competat quoties ordinarium & commune locum habere potest, *l. in causæ 16. in princ. ff. de minor.* tamen actio de dolo extraordinaria quoque est, & præterea infamis, ob idque nõ aliter quam omni alio auxilio deficiente indulgenda. Quare siue dicamus, contra sententiam per quam fideiussor condemnatus sit dolo malo creditoris dandam fideiussori restitutionem in integrũ, siue doli replicationem, fatendum est creditorem nõ posse ciuiliter conueniri actione de dolo. Ergo neque criminaliter actione stellionatus, quia constat quod in ciuilibus causis actio de dolo est, hoc in criminibus esse stellionatus persecutionem, nec proinde aliis casibus posse obiici stellionatum, quàm quibus actio de dolo habere locum posset, *l. 3. §. 1. ff. de crimin. stellion.* † 16
Quod si ita est, defendi nequit quod in *d. § pen.* Triboniano placet, creditorem teneri crimine stellionatus propter suam calliditatem, si fecerit vt fideiussor per solutionem à debitore factam liberatus ad iteratam solutionem condemnaretur. Aut si solus creditoris dolus inducit actionem extraordinariam stellionatus, quid ni eadem actione admittimus teneri creditorem, qui alio quouis modo extorsit solutionem à fideiussore, licèt non interuenerit autoritas rei iudicatæ? Sed hæc ad Vlpianum contra Tribonianum disputasse sufficiat. † Ad Paulum in *d. l. cùm de indebito* 17
25. de probat. pauciora erunt adnotanda. Nihil enim est tota illa lege, siue verba, siue sensum consideres, rótque distinctiones & subdistinctiones quibus referta est, quod non sapiat Tribonianum, à principio ad finem vsque. Præsertim verò in versi. *in omnibus autem visionibus*, vbi hoc ipsum nomen vsurpatum est, quod nos totum Tribonianeum esse contendimus. Neque in eo probando nobis valde laborandum est, quod ante nos iampridem à clarissimis Iureconsultis Iacobo Cuiacio & Antonio Contio fuit obseruatum.

AMPLISS. ET SAPIENTISS.

VIRO FRANCISCO PROVANAE COLLENIORVM COMITI, SABAVDIÆ Cancellario,

ANTONIVS FABER S. P. D.



Emini *sapientissimè Cancellarie, cùm te ad supremum istius dignitatis fastigiũ, & virtutis tuæ gloria, & singulare sagacissimi Principis de industria tua & fide iudiciũ euexisset, idq; tu ipse pro vetere summáq; tui erga me animi propensione amantissimis literis primus significasses, tũ inde ab eo tempore cœpisse me cogitare, ecqua tandẽ voluntatis & obseruantiæ testificatione debitũ tantæ dignitati gratulationis officium, tantæ verò beneuolentiæ gratitudinis monumentũ exhibere possem, statímque in mentem illud venisse quòd postea decretum à me constitutúmque fuit, vtqui prior de manu mea exiret,* CONIECTVRARVM *liber, is tibi tuóque nomini nuncuparetur. Id vero iam tum præstitissem, non solùm vt opportuniùs, sed etiam, quæ liberalis eiusdémque tamen egeni debitoris ambitio esse debet, vt bis dedisse viderer, quod dedissem tam citò. Maximè verò posteaquam cognoui ex posterioribus tuis ad priores meas gratulatorias literis iucundum id tibi & optatum fore, si non in id ipsum tempus incidisset, vt haberem in manibus & absoluendam Hemischiliadem* DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, *& mea in Pãdectas* RATIONALIA, *vix tum benè inchoata, quæ absoluenda etiam necessariò fuerunt quantum saltem præ-*

sentis instituti ratio ferebat, priusquàm ad prosequendas Coniecturas redirem, quarum cura per tot iam annos, quamuis numquam deposita, fuerat tamen intermissa. Nunc verò quando ita Deus Opt. Max. consilium laborémque meum fortunauit, vt opus vtrumque satis diligenter, nec omnino, vt arbitror, infeliciter perfectum sit, datam fidem libero, & quod promiseram, exsolua. Tardiùs planè quàm par esset, si id agerem vt munusculum hoc vice gratulationis fungeretur, quæ quò serior, eo minùs grata esse solet, tum etiam cùm instam adfert tarditatis suæ excusationem: sed tamen tanto conuenientius, quanto plura maioráq. sunt beneficia, quibus tu exinde nouis vetera cumulans, obstrictum me voluisti, si modo per te liceat, (quidni verò licebit, quod per leges licet, quarum custodia & tuitio tibi vni demãdata est?) vt mihi vnica numeratio in varias causas prodesse possit. Nam ne in cæteris recensendis sim longior, quale, obsecro quantúmque illud fuit quod anno superiore cogitantem optimum Principem de restituenda vetere Taurinensis Academiæ dignitate, mihique in eam rem primarij Lectoris partes vltrò deferentem, quasi ego is essem, cuius sine opera, sine nomine tam celebris Scholæ famam augeri posse consideret, tu consilij particeps & conscius, vt id facere maturaret, confirmasti, incitasti, nec vrgere, quandiu id sperari potuit, destitisti: Procurato etiam honorificentissimo honorario, quantum nec Ioanni Antonio Manutio præceptori nostro, nec Iacobo Cuiacio, cum quibus si conferar nullum planè esse me sentio, nec alij denique ante me vlli ad id muneris accedenti decretum fuisse constaret. Atque vtinam ætas, valetudo, vxor, liberi, & vt omnia complectar, rerum mearum status is fuisset, vt oblatam prouinciam licuisset suscipere, quam vltro etiam gratisque olim ambire libuisset, Fecissem sanè quod optabas, &, vt dicam expressius id, quod res est, optassem ego quod fecisses. Quid enim poterat mihi gloriosiùs contingere, quàm si ea me Academia teneret Antecessorem quæ alumnum habuerat, vt ibi possem iura enarrare, vbi audiueram, ibi docere, vbi didiceram, ibi denique reddere, vnde hauseram? Fatebar liberè ac ingenuè, à quo die mihi visus sum posse de meo aliquid conferre, quod ad Iurisprudentiã nostram exornandam pertineret, nihil vnquam ardentiùs concupiui, quàm vt possem aliquando quicquid esset industriæ meæ & diligentiæ totum id scholis dare, ac studiosorum ingenia formare, & effingere ad eam iurisprudẽtiæ speciem, quam à tantis præceptoribus, te præsertim condiscipulo didicissem. Nihil vnquam molestiùs tuli quàm quod à primis annis foro addictus facilè præsensi fore, quod nunc video euenisse, vt huic meo desiderio satisfacere vnnquam concederetur. Sic namque semper habui persuasum, multũ quidẽ vtilitatis reipublicæ accedere ab iis qui quod in vmbra didicerunt, id omne ad forensem exercitationem & palæstram conferunt, sed tamen multa meliùs de republica eos mereri, qui iura in scholis docent quàm qui in foro exercent, propterea quòd per illos fiat, vt plures euadant, qui ius possint reddere, non etiam per istos qui ius reddunt, vt plures fiant, qui possint docere. Sed quamquam ita contigit maiore meo sine bono siue malo (neutrum enim adfirmare ausim) vt à scholis ad tribunalia, & a fictis controuersiis ad veras lites me fori mea traduxerit, hunc tamen ex prioris voti, ne dicam ex ambitionis pristinæ reliquiis, fructum percepi, vt in medijs tot forensium occupationum impedimentis, numquam me animus, studiúmque deseruerit scribendi de iure, sentiendique an scribendo id præstare possem, quod docendo assequi non dabatur. Quid enim aliud iam tot annos aut ago aut cogito, quàm vt laboribus & scriptis meis quantum ingenij tenuitas ferre potest, iurisprudentia nostra illustretur? In quo etsi gaudeo gloriórque iam esse me assecutum, vt eruditioribus plerisque videar aliquid profecisse, nihil tamen est, quod tantopere me oblectet, & ad maiora audenda erigat, quàm quod tu vnus maximè ex iis es, qui de me scriptisque meis tam præclarè iudicas, vt inter tot elegantes seculi nostri scriptores, aliquem me esse arbitreris. Tu vnus, vir amplissime, cuius præstantissimo iudicio, si nõ plus hac in re vt in cæteris omnibus tribuam quàm meo, malè profectò feriatus sim, & hoc ipso indignus planè quem ames. Nam nec aliud quicquam video quod me in amicitiam tuam insinuare potuerit, nisi quod & iurisprudentiam & nos omnes sic amas, quotquot sumus, qui iurisprudẽtiam amamus, colimus, exornamus. Quid ergo reliquum est, quod te rogem? Non iam vt me ames, quod te vltrò facere video, sed vt tibi planè persuadeas, si hæc prima summáque amoris erga me tui causa fuit, nihil non me facturum vt in posterum magis ac magis amare me & debeas & velis. Bene vale vir amplissime, & Principi, & reipublicæ, mihique diu felix viue. Dat. Necij Cal. Febr. 1604.



ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus nonus.

CAPVT I.

Explicatio l.1.C.de donat.ant nupt.

SVMMARIA.

1 *Hanc legem fugitiuam esse.*
2 *Priorem eius legis partem esse de donatione quam vir futurus in vxorem futuram contulerit, & quæ postea in dotem conuersa fuerit.*
3 *Hanc donationem melius donationem ante nuptias quàm munus sponsalitium dici.*
4 *Prioris partis eius legis sententia.*
5 *Quem sensum Interpretes posteriori eiusdem legis parti adfingant.*
6 *Dotem etiam ante matrimonium contractum dici, promitti & dari posse.*
7 *Quo sensu nuptiæ ad dotem constituendam requiri dicantur.*
8 *Eum cui sic legatum est*, quandoque liberos habuerit, *si prægnante vxore decesserit, impleta conditione decessisse intelligi, modo postumus, licet post eius mortem nascatur.*
9 *Differentia inter conditionem formalem & conditionem sine qua non.*
10 *In quo differat stipulatio dotis à traditione rei quæ in dotem data est?*
11 *Dotis stipulationem etsi tacitam illam conditionem habeat*, si nuptiæ sequantur, *in casum non in tempus nuptiarum collatam videri.*
12 *Dotem à marito futuro donationis causâ auctam, & ab eo acceptam siue traditam, licet eo demum tempore quo matrimonium contrahitur dos esse incipiat, in tempus prohibitum collatam non intelligi.*
13 *Quando donatio ante nuptias facta impediatur?*
14 *Donationes inter futurum virum & vxorem in tempus matrimonij contrahendi collatas non prohiberi.*
15 *Refelluntur quæ ab Accursio & alijs ad posteriorem dictæ legis partem annotata sunt.*
16 *Duæ rationes ob quas in posteriore illa parte donatio à futuro marito dotis augendæ facta non valet.*
17 *Solum animum donandi ad donationem legitimè conficiendam non sufficere.*

1 IDETVR † esse lex hæc de numero earum, quas fugitiuas appellare solent, quòd alienæ sint, nec sub proprio titulo collocatæ. Nam cùm habeat duas partes, vtraque est de iure dotis repetendæ, iudicio de dote. Debuit igitur poni sub tit. *de iur. dot.* potiùs quàm sub tit. *de donat. ante nupt.* † Prior pars nullam penitus habet 2
dubitationem: ideóque ab interpretibus omnibus
bene accepta est de donatione quam vir futurus in
vxorem futuram contulerit, & quæ postea in dotem
conuersa fuerit, siue munus sponsalitium illud dici
possit contractis fortè iam sponsalibus, siue ponas
nondum eo tempore sponsalitia fuisse contracta, sed
factam tamen donationem contemplatione futurarum nuptiarum, & earum siue spe aliqua, siue certa
contemplatione. Quod postremum magis conuenit
verbis legis, quæ non de sponso loquitur, sed de viro,
nec de sponsa cui traditæ sint res donatæ, sed de vxore. Sic enim lex habet, *si ea quæ donat. vir futurus tradiderit vxori*, nimirum, *futuræ quamuis non sponsæ.* Nihil
enim vetat contrahi nuptias nullis præcedentibus
sponsalibus. † Itaque malo hanc dicere donatio- 3
nem ante nuptias, quàm munus sponsalitium, quod
vel ex ipsis huius Tituli verbis separatur à donatione
ante nuptias, non in alio quàm quòd sponsalitium à
sponso confertur in sponsam, donatio autem ante
nuptias etiam à non sponso in non sponsam. Nec
quemadmodum munus omne sponsalitium donatio
ante nuptias est, ita possis dicere donationem omnem ante nuptias sponsalitium munus esse. † Huius 4
verò prioris partis sententia peruidens illa est si ea
quæ donat vir futurus vxori tradiderit, & postea in
dotem ab vxore acceperit, donationem non impediri,
& res quæ in ea causa sunt tanquam dotis effectas iudicio de dote peti posse. Cur enim donatio impediretur facta ante nuptias, & eo tẽpore quo libera est inter eos qui cõiuges futuri sunt, sibi inuicem donandi
facultas? Quidni verò valeat etiã dotis datio, cùm ex
parte vxoris dotem dantis traditio secuta sit, sicuti ex
parte viri futuri donãtis vxori? Legitimè conficitur
donatio, quæ traditione sumit effectum si aliud nihil
impediat eius validitatem: Legitimè quoq. dos constituitur, cũ vxor in dotem tradit rem suã, siue à marito ipso siue ab altero eius rei dominium acquisiuerit.
Nihil.n. referre potest, vnde dominiũ profectum sit,
dummodo traditionis tẽpore ad eã persinnã pertineat,
quæ tradit. † Sed quod in posteriore huius legis parte 5
scriptũ est, si vir futurus donandi animo dotem auxerit. vt videatur accepisse q non acceperit, nihil actũ
esse huiusmodi donatione, & quod in dotem datum
non est, repeti non posse. Hoc verò quam rationem

liabeat & quomodo accipiendũ sit difficiliũs est dicere. Sic enim vulgò interpretes nostri intelligant, vt hoc casu non valeat donatio etiamsi traditio aut stipulatio interuenerit: nõ quasi aliquid sit, quodimpediat eo tempore inspecto, ne valeat, sed quia videtur collata in tẽpus contracti iam matrimonij & consequenter in tempus prohibitum, quandoquidem certi iuris est donationes inter virum & vxorem moribus populi Romani improbatas esse, nec quicquam referre, vtrum quid fiat tempore prohibito, an in tempus prohibitum cõferatur, *l. quod sponsæ 4. C. hoc tit.* vbi dicitur quod ad hanc interpretationem valdè pertinet, id quod sponsæ donatur ea lege vt tunc dominium eius adipiscatur mulier, cum nuptiæ erunt secutæ, sine effectu esse: quemadmodum dicimus ita datam libertatem, *Stichus seruus meus, si eum heres alienauerit liber esto*, ioutiliter datam esse, quia in id tempus collata est quo dari non potuit à testatore. i. quo seruus alienus erit, *l. Stichus 39. ff. de manu. test.* Cur autem videatur hæc donatio collata in tempus prohibitum, ratio illa adfertur, quòd augendæ dotis animo facta sit, dos autem sine matrimonio esse non possit *l. vlt. hoc tit. l. 3. ff. de iur. dot.* Paria ergo videntur esse, donationẽ fieri ante nuptias animo augendæ dotis, & conferri in id tempus quo dos esse poterit, id est, quo erit matri-
6 monium. † Ego verò hanc interpretationem non minùs ab Imperatorum sensu & mente, quàm à iuris ratione alienam esse semper existimaui. Nam si iuris rationem inspicimus, quæ semper & ante omnia inspicienda est, etsi dos sine matrimonio esse non potest, ita vt dotis stipulatio, aliáve promissio quælibet tacitam eam condicionẽ habere intelligatur, si nuptię sequantur, *l. 4. § huius ff. de pact. l. stipulat. 21. ff. de iur. dot.* Nihil tamen vetat dotem dici aut promitti, aut dari etiam priùs quam matrimonium contrahatur, adeò vt neque dos illa pendeat in diem nuptiarum, nisi conuenerit expresse, vt non priùs dotalis res esse incipiat, quàm nuptiæ fuerint secutæ: quomodo in specie *l. si*
7 *ergo 9. §. si res. ff. eod.* † Nuptiæ.n. requiruntur, nnn vt dos incipiat, quasi tũ demùm impleta conditione formali, sed tanquã conditio sine qua non, vt loquuntur philosophi. Eiusq. rei argumentum manifestum est, quòd si quid ante nuptias in dotem datum sit ea mẽte vt statim fiat accipientis nec postea nuptiæ sequantur, nõ vindicationi locus sit, quasi non translato dominio ob nõ impletam conditionem, sed condictioni
8 quasi causa nõ secuta, *d. l. si ego. in pr.* † Sic dicimus, eũ cui sic legatũ est *quandoq. liberos habuerit*, si prægnante vxore decesserit, intelligi expleta conditione decessisse, & legatũ valere, transmittiq. ad heredem: si tamẽ posthumus natus fuerit, inquit Iulian. in *l. is cui legatum 18. ff. quand. dies legat. ced.* posthumi ergo natiuitas requiritur, vt legatũ & valuisse, & transmissum fuisse intelligatur, an non tanquã condicio quæ suspendat legatũ (hanc.n. post legatarij mortẽ impleri nihil prodesset si non eo viuo aut impleta verè esset, aut saltem pro impleta haberetur, sed tãquam condicio sine qua nec legati cõditio extitisse, nec transmissio facta fuis-
9 se intelligeretur. † In eóq. differt conditio vera, quam nos formalem appellamus, à cõditione sine qua non, quod illa suspendit actum, hæc nõ suspendit, tanquã quæ ad materiam circa quam, magis quàm ad formã rei spectat, nec nisi extrinsecus aduenit. † In hoc pla-
10 nè distinguenda videtur stipulatio dotis à traditione rei quæ in dotem data sit, quod stipulatio nullam actionem parere potest priusquam nuptiæ sequantur *d. l. stipulationem.* Propriũ.n. est condicionis tacitæ perinde ac expressæ, vt impediat actionis natiuitatem ex stipulatione *l. interdũ 73. l. continuus 137. §. cum ita ff. de verb. obl.* Traditio autem quæ purè fit nullam recipit tacitam conditionem cùm sit aptus modus transferẽdi statim dominij quoties purè fit, & ex iusta causa. Itaq. is qui tradit, si dominiũ statim per ipsam traditionẽ transferre nolit, expressim cauere debet, vt nõ priùs res fiat accipiẽtis, quàm vel hoc illud fuerit secutum, vt contingit etiã cũ mortis causa donatio fit *l. & 2. l. senatus 35. §. mortis caus. 1. D. de mort. caus. dona.* Quid.n. potest superesse faciendum ad translationem dominij cũ traditio sit secuta? An non idẽ est in stipulatione, per quã scilicet promittitur solutio futura: & idcirco quãdiu solutio facta nõ est, multò faciliùs est vt actio quæ alioquin ex alia stipulatione purè cõpeteret, suspendatur in tempus vsq. nuptiarum, quasi tacitã conditionem habens illam, *si nuptiæ sequantur*. Hoc volo dicere faciliùs posse suspẽdi tacitè stipulationẽ, quàm
traditionem. † Sed etsi dotis stipulatio condicionem 11
illam habeat tacitam *si nuptiæ sequantur*, an id dicendum etit, collatam videri eam in tempus nuptiarum? Minimè verò. Sunt.n. ista longè differentia, Conferri quidem in casum, & Cõferri in tempus. Fateor stipulationem dotis conferri in casum nuptiarum: sed nego conferri in tempus nuptiarum. Primo námq. instanti quo nuptiæ contrahi incipiunt, impletur cõditio nuptiarum, etiã priùs quàm deducta sit vxor in domũ & cubiculum mariti, dummodo perfectus & absolutus cõsensus interuenerit *l. pen. de don. int. vir. & vxor. l. cui fuer. 15. de cond. & demonst.* Atqui primum illud instans nõ est tẽpus. Cõstat.n. tempus & vt ita dicam, conficitur ex plurib. instantib. successiuis, non ex primo vnico. Nõ igitur quod cõfertur in casum nuptia-
rum dici potest in earũ tempus collatum esse. † Quòd 12
si contendas conditionẽ nuptiarum non impleri primo instaoti, sed vltimo, adhuc tamen verum erit dotẽ promissam aut traditam sub conditione nuptiarum non esse collatam in tempus prohibitum. Tempus.n. prohibitum, tempus est matrimonij iam contracti, nõ quo contrahitur: sicut & tẽpus permissum intelligitur, cùm matrimoniũ dissolui incipit, quamuis nondum dissolutum sit *l. quia in hoc tempus 10. cum §. vlt. l. praeced. De donat. int. vir. & vxor.* Sic & cùm vsusfructus alicui legatur his verbis, *cùm morietur* inutiliter legari dicitur tanquã collatus in id tempus, quo vsusfructus à persona discedere incipit, *l. Titio cum morietur 51. de vsufr.* licèt verũ sit vsumfructũ non decessisse in totum antequàm vsufructuarius mortuus sit, quia & cùm moritur, adhuc viuit, morique incipit, non esse mortuus. Et verò quòd fit in casum & sub conditione quandocunque eueniente casu vel conditione, vires accipit ex eo tempore quo factum fuit, non ex quo condicio euenit. Vnde est quod nostri solent dicere, quamquam minùs rectè, conditiones retrotrahi ad tempus quo actus conditionalis interpositus fuit, *l. qui balneũ 9. l. potior 11. qui potior. in pign. hab.* At good fit in tempus non potest videri alio tempore factum esse, quia tempus nunquam retrotrahitur, ideóque hereditas quæ sub conditione dari potest, in diem tamen certam dari non potest, *l. hereditas 34. ff. de hered. instit.* Cùm igitur eæ demum donationes impediantur quæ fiant inter eos, qui sunt iam coniuges, prius autem sit, vt fiant coniuges, quàm vt sint, prorsus consequens est, vt dos quæ siue promissa, siue tradita fuerit in id tempus quo nuptiæ fient, non possit dici collata in tempus prohibitum, quia collata est in tempus quidem matrimonij, sed contrahendi, non iam
contracti. † Alioqui sequeretur non valituram dona- 13
tionem ante nuptias, quæ fieret propter nuptias & in

casum

casum nuptiarum, siue secutis nuptiis, siue non secutis. Nã secutis nuptiis dicendum esset non valere tanquam collatam in tempus prohibitum, *d.l. quod sponsæ:* non secutis verò nuptiis, non valere tanquam non secuta causa ob quam facta esset donatio. Quod vtrũque tamen falsum est siue ius vetus inspicias, siue nouum à Constantino inductum in *leg. cum veterum. 15. & seq. C. eod.* tum demum enim donatio ante nuptias facta impeditur, cùm eo modo facta est, quo in *dict. l. quod sponsæ*, id est, ita vt dominium rei donatæ adipiscatur vxor eo tantùm tempore quod nuptiæ e-
14 runt secutæ, non quo sequentur. † Nam cùm dicimus nuptias secutas, significamus tempus iam contracti matrimonij: cùm verò nuptias quæ sequentur, tẽpus matrimonij contrahendi. Tẽpus autem matrimonij quod contrahitur, non est tempus prohibitum si de donationibus tractetur, sed tempus matrimonij
15 iam contracti. † Inde concludo, nulla ratione probari posse quod Accursius & cæteri ad hãc legem notant, cùm maritus futurus donandi animo dotem auxit, vt videatur accepisse, quod non acceperit, ideo nihil actum esse huiusmodi donatione, quod facta mentio dotis ostendat collatam fuisse donationem in tempus matrimonij iam contracti: Etsi enim non potest esse dos sine matrimonio, incipit tamen esse statim atque matrimonium contrahitur, nec requiritur vt iã sit cõ-
16 tractum. † Quã ergo rationẽ habere potest quod lex ait nihil actum esse huiusmodi donatione? duplicem vt puto, quoniam & duo à futuro marito agebantur, illud primùm vt donatet, quia donandi animo dotem augebat, deinde vt dotem augeret. At neutrũ fieri potuit eo modo, id est, neque donatio, neque dotis adscriptio. Nõ donatio, quia neque inter coniuges, neq; inter exteros potest fieri donatio nisi per traditionẽ, aut stipulationem, si respicias ad ius vetus. Iure namque nouo sufficeret nudum pactum, adeoque testificatin quælibet voluntatis, *l. si quis argentum 35. §. pen. C. de don.*
17 † In proposita verò specie neq. traditio, neq. stipulatio interuenerat, sed tantùm animus donandi, quem nemo dixerit posse sufficere ad donationem legitimè conficiẽdam. Non etiam dotis adscriptio, quia dotem nec solus animus constituendæ dotis nec scriptura dotis acceptæ, sed numeratio sola facit *l. 1. C. de dot. caut. non num.* Est enim contractus dotis ex eorum genere, qui re ac traditione, non solo consensu perficiuntur, nisi cum stipulatio interuenit, cuius tamẽ loco pollicitationem sufficere posse voluit Theodosius in *l. ad exactionem. 6. C. de dot. promiss.* sed fient planiora hæc omnia ex iis quæ sequenti capite dicemus.

CAPVT II.

Exceptio l. 2. C. de dot. caut. non numer. eiúsque conciliatio cum l. 1. C de donat. ante nupt.

SVMMARIA.

1 *Verba* d. l. 2 *& Accursij interpretatio.*
2 *Diuersas esse species quæ in dictis legibus tractantur.*
3 *Necessariam fuisse in specie* d. l. 2. *ad donationem confirmandam orationis D. Seueri authoritatem.*
4 *Donationem inter sponsum & sponsam si in matrimonij tempus collata non sit non posse ex oratione Seueri, aut ex prudentium ad eam orationem interpretatione confirmari, si qua ratione non valeat.*
5 *Alia diuersitas inter superiorum legum species.*
6 *Sensus horum verborum* d. l. 2. quatenus liberalitas interposita munita est.
7 *Dictam* l. 2. *ad actionem ex stipulatu ad consequendam donationem morte confirmatam, legem verò* 1. C. de don. ant. nupt. *ad dotis repetitionem pertinere.*
8 *Imperatores in* d. l. 1. C. de don. ant. nupt *non aliter responsuros fuisse etsi maritus in matrimonio prior decedens in eadem voluntate perseuerasset, imò etiamsi legitimè confecta donatio fuisset.*
9 *Dotem donationis causâ dari vel adscribi non magis posse, quam societas contrahi, vel locatio vel emptio potest.*
10 *Eiusmodi contractus inter coniuges oratione Seueri confirmare non posse.*
11 *Explicantur nonnulla* in §. si inter virum. 24. l. cum hic status. 32. ff. de donat. int. vir & vx.
12 *Cur mulier in* d. l. 2. *quicquid maritus donandi animo de suo in dotem adscripsit ex stipulatione petat, non autem iudicio de dote repetat?*
13 *Respondetur ad argumentum pro Accursij ad* d. l. 1. *interpretatione allatum.*
14 *Quid in* d. l. 2. *ad validitatem donationis requiratur?*

AT obstare valdè creditur rescriptũ Imp. Alexãdri in *l. 2. C. de dot. caut. non numer.* cuius verba hæc sũt *Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit, si eandem donationem legitimè confectã non reuocauit, qui doti incrementum dedit, & durante matrimonio mortem obijt, ab heredibus mariti quatenus liberalitas interposita munita est, peti potest.* In ea siquidem specie perinde ac in *l. 1. C. de don. ante nupt.* id egerat maritus, vt donandi animo dotem augeret adscribendo in eam de suo, vt videretur accepisse quod non acceperat: Et tamen non dubitat Imperator quin valeat donatio, ex eáq. agi possit, si modò confirmata sit morte mariti, eiusdémq. testatoris. Neq sanè habẽt interpretes nostri, quod adferant, vt locos istos concilient; Nisi quod Accurs notat ad *d. l. 1.* ponendũ esse in specie illius legis solutum fuisse matrimoniũ, non morte mariti, vt in *d. l. 2.* sed vel morte mulieris, vel diuortio: Quasi aliud respondere debuerint Imperatores & respõsuri fuerint, si mariti morte solutum fuisset matrimonium: tanquam eo casu confirmata per Seueri orationem donatione, quæ ab initio non valuisset. Verùm quis non videt planè commentitiam esse hãc interpretationem, cùm in *d. l. 1.* nihil sit ex quo possit cõijci de ea specie consultos fuisse imperatores, in qua matrimoniũ vel diuortio, vel morte mulieris, non etiam morte viri solutũ proponeretur? † Illud magis mi- 2
rũ est, cur interpretes hanc legẽ illi opponant, cùm sit apertissimũ diuersas esse species quæ in hac & in illa tractantur. In *l. 1.* maritus futurus donandi animo dotem auxerat, i. augere voluerat: nec. n. poterat verè augeri dos quæ nulla dũ erat, In *l. 2.* idipsum fecerat cõstante iã matrimonio: ac proinde in specie legis 1. nihil impediebat donationẽ si modò legitimè confecta fuisset, interueniẽte scilicet traditione vel stipulatione At in *d l. 2.* illud impediebat donationẽ quantũuis legitimè confectam & solenniter, quòd cõstante matrimonio facta erat. † Et idcirco necessaria est autori- 3
tas orationis Seueri ad confirmandã donationẽ in specie *d. l. 2.* quæ nec necessaria nec vtilis esse poterat in specie *d. l. 1* Non. n. pertinet oratio illa ad alias donationes, quã quæ constante matrimonio fiunt inter virũ & vxorẽ: adeò vt si sponsus sponsæ donauerit collata in matrimonij tẽpus donatione, necessaria fuerit interpretatio prudentũ vt orationis sententia ad hanc quoque speciẽ produceretur, vt nimirũ si donatoris volũtas vsque ad mortẽ perseuerauerit, valeat donatio & confirmetur morte. *l. cum his status. 32. §. si sponsus. 22 & §. si quis sponsam 27. D. de don. int. vir. & vxor.* nempe quia donationes eas tantùm confirmauit

Imperator quæ factæ esset inter virum & vxorem:hæc
autem facta est inter sponsum & sponsam. Et quam-
uis in tempus matrimonij collata sit,non tamen po-
test dici verè ac propriè inter coniuges facta esse, vt
4 scriptum est in *d.§ si sponsus.*† Ergo quæ facta esset in-
ter sponsum & sponsam,nec tamen collata in tempus
matrimonij, non posset ex oratione aut ex prudentũ
ad orationem interpretatione confirmari, si qua ra-
tione non valeret.Idemque iudicium est de qualibet
donatione ante nuptias, & inter non coniuges facta:
Igitur ea de qua tractatur in *d.l.1.*vel valuit ab initio
vel non valuit:si valuit, nulla indiget confirmatione
l.2.C.de inoffic.don si non valuit, alia causa fuit propter
quam non valeret, quàm quòd facta esset inter virũ
& vxorem,aut collata in tempus matrimonij, vt su-
prà probauimus. Frustra ergo est quærere an confir-
metur ex oratione Seueri, & consequenter an matri-
monium solutũ sit mariti an mulieris morte,aut po-
5 tiùs per diuortium.† Rursus in specie *d.l.* 1. non pro-
ponebatur facta donatio per stipulationem aut tradi-
tionem.sed tantùm interuenerat animus donandi,&
augendi dotem,qui animus non sufficit, vt iam dixi-
mus,ad donandum ne quidem nouo iure. Illud enim
saltem requiritur vt donator exprimat se ordinare,
non vt solum donandi animum & propositum in mẽ-
te retineat. At in specie *d. l.* 2. legitimè confecta erat
donatio,vt disertè habent verba legis:non ita quidem
vt valeret inter coniuges inter quos erat morib. im-
probata,sed ita vt inter cæteros quoslibet iure vulga-
to & communi fuisset valitura propter interuenien-
6 tem scilicet stipulationem.† Quod & significant po-
strema illa legis verba, *quatenus liberalitas interposita
munita est*.Sensus enim est si fortè mulier à marito sti-
pulata sit quingenta duntaxat, ille verò donandi ani-
mo in dotem de suo adscripserit mille, mulierem non
mille,sed quingenta tantum petituram:quia non nisi
pro quingentis ea liberalitas munita sit stipulatione:
quæ si non interuenisset, nihil sanè potuisset mulieri
prodesse, quòd animum donandi maritus habuisset,
adeoq. nec quòd scripturam adhibuisset : siquidẽ do-
tem neque falsa confessio, neque scriptura facit, sed
7 sola numeratio *l.1.eod.tit.* † Deniq. vt intelligas nihil
commune habere speciem *d.l.2* cum specie *d.l.1.C.de
don.ant.nupt.* obseruare debes, quod est apertissimum
in *d.l.2.* non tractari de iudicio & actione de dote,sed
de actione ex stipulatu ad donationem consequen-
dam.Non enim de repetitione lex loquitur,sed de pe-
titione:Ergo non de dote,sed de liberalitate ac dona-
tione facta animo augendæ dotis. Neque enim alia
potest esse sententia illorum verborum *ab heredibus
mariti,quatenus liberalitas interposita munita est, peti po-
test.*Et ob id videlicet requirendum fuit vt donator &
primus, & in eadem voluntate decessisset, vt posset
confirmari donatio ex oratione. At è contrario in *d.l.
1.*non de petitione agitur,sed de repetitione, nec pro-
inde de donatione,sed de dote,& quod est consequẽs
non de actione ex stipulatu quam adhibuerit mulier,
ad conficiendam legitimè donationem, sed de iudi-
cio de dote, vt & in priore legis parte. Ac quod ad
priorem quidem partem attinet clara sunt verba le-
gis, *& res quæ in ea causa fuit. dotis effectæ, iudicio de dote
peti possunt*. Quod verò ad posteriorem,non minùs a-
perta sunt ista, *& quod in dotem datum non est, repeti non
potest.*An non enim planè absurda esset ratiocinatio,si
quis diceret id quod donatum est, non posse peti ex
liberalitate quantumlibet munita per stipulationem
ob id solùm quod prætereà in dotem non fuerit da-
tum. Quid nempe habet commune dotis actio cum
persecutione liberalitatis? An fortè fieri nequit aut
concipi donatio ante nuptias nisi eius rei quæ postea
in dotem detur? At est optima ratiocinatio si quis
neget iudicio de dote posse quid repeti, quia in
dotem datum non sit. Non enim aliud iudi-
cio de dote repeti solet, aut potest, quàm quod
in dotem datum fuit. Et ob id quoque lex vsa est in
hac posteriore parte verbo repetendi,non petendi, vt
è conuerso in d.l.2.verbo petendi,non repetẽdi, quo-
niam quæ data sunt in dotem, ea demum repeti pos-
sunt:quæ verò donata per stipulationem,ea non repe-
ti,sed peti.Scio quicquid repetitur, etiam peti, & ob
id non malè scriptum esse in d.l.1.res dotis effectas iu-
dicio de dote peti posse:Præsertim cum adiecta verba
illa *iudicio de dote* omnem tollerent dubitationem ne
de petitione ex donatione instituenda cogitasse Im-
peratores dici possent, sed non similiter possis è con-
uerso dicere,quicquid petitur,repeti. Quis enim vn-
quam dixit donatarium repetere donationem sibi fa-
ctam,si eam petat,quam consecutus fuerit nunquam?
Habeamus igitur pro certo & absolutè vero, *l.2.C.de
dot.caus.non nu.* non pertinere ad actionem de dote,
sed ad actionem ex stipulatu ad consequendam do-
nationem morte confirmatam. At legem 1.*C.de dona.
ante nupt.*esse de iudicio de dote instituto ad repetẽ-
dam dotem, non de actione ex stipulatu ad petendam
donationem. † Quod cùm ita sit,apparet non aliud 8
responsuros fuisse Imperatores in specie d.l.1.etiamsi
fuisset maritus & in matrimonio prior decessisset, &
in eadem voluntate ad mortem vsque perseuerasset.
Addamus, quod neque lex vllo modo addit, etiamsi
legitimè confecta donatio fuisset, i. interueniente sti-
pulatione. Traditionis enim factæ interpretationẽ ne
quis hîc comminisci possit, impediunt verba illa; *vt
videatur accepisse quod non acceperit.*Cur verò non aliud
rescripsissent,si omnia ista interuenissent, i animus do-
nandi ex parte viri dotem per scripturam augentis,
aut,vt meliùs dicam,augere volẽtis, stipulatio ex par-
te vxoris,mors mariti in matrimonio,& ipsius volũta-
tis ad extremum vsque spiritum perseueratio? Quid
enim obstitisset eo casu, quominùs valuisset donatio,
aut ab initio si neque tempore prohibitio facta,neque
in tempus prohibitum collata fuisset,aut ex postfacto
tanquam confirmata per orationem D. Seueri etiã ad-
misso eo, quòd à principio fuisset nulla tanquam in
tempus matrimonij collata? Respondeo, supradictis
omnibus concurrentibus nihil quidem obstaturum
mulieri quominùs sibi donatam quantitatem post-
ea petere posset ex donatione siue quasi ab initio
valida, siue quasi ex postfacto confirmata, neque
rescripturos eo casu fuisse Impp. quòd rescripse-
runt circa donationem *nihil actum esse donatione*. sed
tamen perinde rescripturos fuisse quod in legis fine
scriptum est, & quod vnũ maximè rescribere volue-
runt, *Id quod in dotem datum est, iudicio de dote repeti non
posse.*Cum.n. de iudicio de dote quæratur nihil attinet
tractare de donatione quæ ad augendam dotẽ facta
est an valeat:sed illud tantùm inspiciendum est, an i-
psa dotis datio,& adscriptio valeat,ita vt tota ea quã-
titas quam maritus dotis esse voluit, iudicio de dote
peti possit. † Atqui certum est tum quoque cùm do-
natio facta dotis augendæ causa valet,siue dicamus 9
eam à principio valere, siue ex postfacto confirmari,
non ideò tamen valere dotẽ donationis causa consti-
turam,vel adscriptã.Dos.n donationis causa dari vel
adscribi non magis potest quàm societas contrahi,vel
emptio,vel locatio: Idque non iure illo singulari quo
prohibitæ sunt donationes inter coniuges, sed iure
vulgato

vulgato & communi, hoc est, eo iure quo etiam inter
exteros non coniuges huiusmodi conuentiones non
valerent, vt scriptum est eleganter in *d. l. cum hic sta-*
tus.32.§ si inter virum 24. iunct. l. quod autem.7.§ si vxor.
de donat. int. vir. & vxor. l.5.§ vlt. D. pro socio. l. si non ve-
rum.15. C. de don. int. vir. & vxor. Horum enim omniū
vna, eadémque ratio illa est, quod implicat contradi-
ctionem vt donationis causa contractus aliquis fiat,
cùm propriam vim & naturam contractus omnes ha-
beant ex natura negotij, quòd cuiusque contractus
proprium sit, dependentem, ac prorsus alienam à na-
tura donationis, in qua non aliquod negotium geri-
tur, sed tantùm liberalitas exercetur nullo tractatu
præcedente, *l. antecedit tam.14. de precar.* vbi nominatim
contractui opponitur donatio: quod a nobis in secū-
da prioris nostræ Hemischiliadis *de error. pragmat.*
plurib. disputatum est. Sola igitur donatio facere do-
tem non potest, vt nec emptionem, aut societatem si-
ue inter coniuges, siue inter alios. Proinde si aliquo
ex istis contractib. inter coniuges facto, quæratur, cur
non valeat: malè respondebit, qui dicet ideo non va-
lere, quòd inter virum & vxorem prohibitæ sint om-
nes omnino donationes: sed respondendum est ideo
non valere, quia nec inter cæteros valerent iure vul-
10 gato & communi. † Quo admisso, illud statim sequi-
tur, non posse igitur contractus ipsos confirmari mor-
te ex oratione Seueri, vt sit actio pro socio, aut ex em-
pto, aut ex locato, aut de dote, quamuis coniuges in
eadem voluntate decesserint, præsertim verò is qui
donauit. Oratio enim illa non id egit vt confirmaret
cæteros contractus factos inter coniuges, sed vt con-
firmaret donationes solas inter viuos celebratas. At
nec vt donationes quoque omnes à coniuge in con-
iugē collatas, sed eas solas quibus nihil obstaret quo-
minùs iure ciuili valerent, si non inter virum & vxo-
rem factæ essent. Atqui neq. venditio, neque societas,
neque locatio, neque dotis constitutio vel adscriptio
ex causa donationis facta valeret iure cōmuni & vul-
gato, id est, nec inter cæteros, vt diximus. Ergo neque
inter coniuges confirmari poterunt huiusmodi con-
tractus, per orationem Seueri. Atque ita disertè non
minùs quàm eleganter Vlp. noster scribit *in d. §. si in-*
ter virum, illis verbis, *nec post decretum senatus emolu-*
mentum ea liberalitas, vt actio pro socio constituatur, habe-
re poterit. Quidni enim similiter nobis liceat dicere, li-
beralitatem mariti, qui donandi animo vxoris suæ siue
iam ductæ, siue futuræ dotem augere voluit, non pos-
sit illud emolumentū habere, etiam post decretū Se-
natus, vt actio de dote constituatur, id est, vt actione
de dote possit repeti quod in dotem datum non fuit?
11 † Dices: Nihil igitur proderit mulieri quod maritus
ei donatum voluerit, & in eadem voluntate decesse-
rit. Imò, inquam, proderit, si modò ponas donationem
legitimè confectam fuisse, vt in *d. l. 2. C. de dot. cau. non*
nu. id est, vt iam interpretati sumus, stipulatione in-
teruenientem: at non tamen ad hoc, vt actio de dote pos-
sit competere mulieri ad repetendum id quod in do-
tem reuera datum non fuit (semper enim illud obstat,
quod dotem numeratio non scriptura facit, quodque
donationis causa dos constitui vel adscribi non po-
test) sed ad hoc duntaxat, vt quod maritus donatum
voluit præstetur ab ipsius heredibus ex causa libera-
litatis & donationis, quatenus ea liberalitas stipulatio-
ne munita est. Idque etiam est quod subiungit idem
Vlp. in *d. § si inter virum, quæ tamen in communione tenue-*
runt sine præstituto reuocanda non sunt, nempe quia licèt
senatusconsultum non possit adeò confirmare socie-
tatem donationis causa contractam, vt sit actio Pro
socio, cùm non societatem confirmet, sed donationē:
sic tamen confirmat donationem vt eam intercidere
non patiatur, nimirum quatenus ea liberalitas muni-
ta est traditione vel stipulatione, & ad eum vsque
modum, quem lex Cincia præstituit, quæ donationes
inter viuos certo modo conclusas esse voluit. † Sic i- 12
gitur & in proposito, quicquid maritus de suo in do-
tem adscripsit donandi animo, siue constante matri-
monio, siue ante nuptias quidem, sed collata in tem-
pus matrimonij donatione, poterit mulier petere ab
heredib. mariti in eadem voluntate defuncti: sed ex
stipulatione si qua intercesserit, quo modo intercede-
re eam necesse est ad donationem legitimè conficien-
dam cessante traditione: At iudicio de dote non ideo
repetet, quod donandi animo adscripsit maritus vt
dotem augeret, sed illud ipsum duntaxat, quod re ve-
ra in dotem dedit. Neque nouum est eadem quantita-
tem duplici iure diuersaq. actione repeti, hoc est par-
tim iudicio de dote, partim ex stipulatione interposi-
ta animo donandi. Nam & idem euenit, si diuortio fa-
cto ea quæ duntaxat centum in dote habuit, ducenta
dotis nomine stipuletur. Quo casu sine dubio centum
in obligationem veniunt, & iudicio ex stipulatu pe-
tuntur, alia centum actione pristina de dote repetun-
tur, *l. si diuortio.21. de verb. oblig.* Similiter si maritus qui
centum in dotem acceperat, ducenta dotis nomine
legauerit, centum quidem iudicio de dote repeten-
tur, reliqua verò centum iure legati non iure dotis
debebuntur *l.3. C. de fals. caus. adiect. legat.* ideóque fal-
cidiam patientur quam relegata dos non pateretur, *l.*
sed vsusfructus si. §.1 D. ad l. falc. † Instabis fortasse Re- 13
ctè igitur Accursium, & post eum cæteros in inter-
pretatione *d. l. 1.* supplere, vt maritus non prior deces-
serit in matrimonio, sed vel morte mulieris vel diuor-
tio solutum fuerit matrimonium, ne alioqui falsum sit
quod Imperatores rescribunt, *nihil actum esse donatio-*
ne. Siquidem valeret donatio tanquam cōfirmata per
mortem mariti qui prior in eadem voluntate decessis-
set. Verùm respondeo, nec isto quoque sensu admitti
posse commentitiam istam suppletionem, quia vt ni-
hil actū sit donatione non fit ex defectu confirmatio-
nis, quasi donatio contra mores populi Romani facta
sit inter coniuges ob id quòd sit collata in tēpus ma-
trimonij (nam in tota lege nihil est quo probare pos-
sis factam fuisse donationem aut constante matrimo-
nio, vt *d. l. 2. C. de dot. cau. non numer.* aut in tempus ma-
trimonij, vt in *d. l. quod sponsæ*) sed quia non erat legi-
timè confecta donatio, i. neque per stipulationem, ne-
que per traditionem, quorum alterutrum tamen erat
necessarium eo tempore vt donatio legitimè facta
censeretur. † Nihil. n. aliud interuenerat nisi quod 14
maritus donandi animo dotem auxerat, vt accepisse
videretur, quod non acceperat, quæ res non poterat
sufficere ad validandam donationem, vt constat ex *d.*
l. 2. C. de dot. caut. vbi non contentus Imperator ita
scripsisse, *quod de suo maritus constante matrimonio in do-*
tem adscripsit, requirit præterea vt donatio legitimè
confecta sit, priusquàm requirat vt non fuerit reuo-
cata: & postremò vt reuocata non sit, ad hoc vt eam
possit mulier ab heredibus mariti petere, non quate-
nus liberalitas interposita est, sed quatenus munita.
Munita, inquam, non per confirmationem ex oratio-
ne Seueri, vt iidem nostri interpretes malè explicant,
sed per stipulationem. Nec. n. oratio confirmat dona-
tionem quatenus liberalitas fuit interposita, sed qua-
tenus munita fuit stipulatione vel traditione. Non
desunt tamen qui putent tam in *d. l. 2. C. de dot. caut.*
quam in d. l. 1. C. de don. ant. nupt. traditionem aliquam

saltem fictam interuenisse propter fictionem breuis manus, contra quos nobis disputandum est cap. seq. vt quàm falsum hoc sit ostendamus.

CAPVT III.

De fictione breuis manus, & facta traditione circa speciem l. 1. C. de don. ant. nupt. & l. 2. C. de dot. caus. non num.

SVMMARIA.

1 *Varia exempla fictionis breuis manus.*
2 *De longa manu eiusque fictione.*
3 *Deficientibus legitimis transferendi dominij causis necessarium esse fictam traditionem inducere quum dominij translatio aliqua reperitur.*
4 *Interpretes in duabus legibus initio propositis fictam traditionem inducere.*
5 *Quomodo ijdem superiores duas leges cum* l. Papinianus 23. ff. de donat. int. vir. & vx. *conciliarint?*
6 *Ex eorundem sententia dotem nuda confessione constitui posse.*
7 *Fictio breuis manus quando ad inducendam fictam traditionem locum habere possit?*
8 *Quum maritus donandi animo de suo in dotem adscribit vt accepisse videatur quod non acceperit, nulla donationis, nullam dotis causam, nullam obligationem superesse, ex qua maritus ad quantitatem adscriptam tradendam cogi possit.*
9 *Quoties in eo negotio quod plures exigat traditiones fictio breuis manus inducitur aliquam veram traditionem intercedere oportere.*
10 *Non posse in posteriore specie* d. l. 1. C. de don. ant. nupt. *breuis manus fictionem admitti.*
11 *Aliud in dicta posteriore specie responsum iri si stipulatio certa quantitatis vel alterius rei ex causa donationis praecessisset.*
12 *Nudam tamen confessionem mariti etiam praecedente stipulatione non sufficere, nisi acceptilatio ex parte vxoris interueniat, vt breuis manus fictio inducatur.*
13 *Acceptilationem in specie* d. l. 2. C. de dot. caut. non num. *legitime interponi non potuisse.*
14 *Donationes etiam sine traditione factas inter virum & vxorem Seueri oratione confirmari posse.*
15 *Contrariam Papiniani sententiam in* d. l. Papinianus. 23. *ab Vlpiano tanquam explosam referri.*
16 *Dictionem rectè ibidem irrepsisse esse.*
17 *Ad* leg. stipulata. 33. ff. de donat. int. vir. & vx.

1 NOtissima † est, vt elegantissima Vlpiani nostri sententia illa quæ extat in *l. 3. § pen. de don. int. vir. & vxor.* fieri plerumq. vt celeritate cõiungendarũ actionũ, vna occultetur. Quod euenit in specie quã eo loco tractat, si maritus debitorẽ suum vxori soluere iusserit. Nã & debitor liberatur, & nũmi fiũt mariti, non vxoris, quemadmodum si pecunia à debitore mariti ad maritum, deinde à marito ad mulierem perueniret: qui rei gerendæ ordo futurus esset, si donatio iure ciuili non impediretur. Nec nouum, aut mirum est, inquit eo loco Vlp. quod per alium accipias, te accipere. Nam etsi is qui procuratorem se tui creditoris esse simulauerit, à debitore tuo, iubente te, pecuniam acceperit, & furti actionem te habere constat, & ipsam pecuniam tuam esse. Similiter si donaturum mihi iussero dare vxori meæ, nullius momenti est donatio, vt ex Iuliano scribit Vlp in *§. vlt. d. l. 3.* Perinde enim habendum, atque si ego acceptam rem, & meam factam vxori meæ dedissem. Et hæc est breuis illa manus, quã
2 sic appellat IC. in *l. licet. 43. §. 1. de iur. dot.* † cui tametsi opponatur, si verborum figuram spectes, manus longa, de qua loquitur Iauolenus in *l. si pecuniam. 79. de solut.* illud tamen vtrique commune est, quod fictam designat traditionem. Sicut enim breuis manus est, cùm id quod semel tantùm traditur, pro his tradito habetur, ita & manus longa, quoties, id quod re vera nunquam traditum fuit pro semel tradito habetur, vt in specie *d. l. pecuniam,* id est cum pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem in conspectu meo ponere te iussi: quo casu licèt mihi tradita non sit, tamen euenit, vt mea esse incipiat, & tu statim libereris: Tum enim, quòd à nullo corporaliter eius rei possessio detineatur, acquisita mihi res, & quodammodo longa manu tradita esse existimanda est, vt eo loco Iauolenus scribit. † Et sanè cum non possit dominium transferri si-
ne traditione, vbi neque mancipatio, neque vsucapio, neque cessio in iure, neque adiudicatio, neque lex 3
interuenit, qui erant olim sex modi transferendi iure Quiritium dominij, vt docet Vlpian. *fragment. Tit. 19. De acquisit. rer.* prorsus necessarium est fictam traditionem inducere quoties dominij translatio aliqua reperitur, nec tamen vera vlla traditio in eam rem interuenit. Inde nimirum est, quòd interpretes nostri captant occasionem comminiscendæ plerumque fictæ traditionis, tum quoque cum nulla interuenisse proponitur, iis videlicet casibus quib. traditionem a-
liquam necessariam esse arbitrantur. † Eiusque rei e- 4
xempla duo suppeditant duæ illæ leges, de quarum sententia hucusque diximus. *lex 1. C. de don. ante nup. & lex 2. C. de donat. caut. non num.* Putant enim nostri donationem inter coniuges factam, aut ante nuptias quidem, sed in tempus matrimonij collatam, non aliter confirmari ex oratione Seueri & Antonini, quam si facta fuerit per traditionem, quantuncumque donator in eadem voluntate decessisse proponatur. Quę fuit iam olim Papiniani sententia ab Vlpiano non solum relata, sed etiam, vt videtur, probata in *l. Papinianus. 23 de don int. vir. & vxor.* Consequens igitur esse existimant, vt in iis speciebus, de quibus Imperatores rescripserunt supradictis locis, traditio ficta interuenerit, vt possit verum esse quod rescriptum est in *d. l. 3.* valere donationem quasi confirmatam, si maritus, idemque donator in matrimonio prior, & in eadem voluntate decesserit. Traditionem enim veram interuenisse non audent dicere, cum ea verba dictæ *leg. 2. quòd de suo maritus constante matrimonio in dotem adscripserit,* non traditionem vllam veram & realem præ se ferant, sed nudam confessionem acceptæ dotis inter-
ueniente scriptura factam. † At fictæ traditionis in- 5
ducendæ materiam ex hoc ipso captant, quasi confessio illa acceptæ quantitatis quam de suo maritus adscripsit in dotem, perinde habenda sit, acsi maritus eã quantitatem vxori tradidisset donandi animo, eámq. postea in dotem ab vxore accepisset. Et ob id nimirũ negant pugnare leges illas cum *d. l. Papinianus* in eo quod Imperatores volunt donationes per stipulationem aut acceptilationem factas inter coniuges, aut in matrimonij tempus collatas confirmari morte propterea quòd Papiniani sententia, quæ traditionem exigebat, sic interpretanda sit, vt traditio tacita & fi-
cta possit sufficere. vbi vera non interuenit. † Eadém- 6
que ratione volunt etiam dotem posse constitui nuda confessione, licèt regulariter exigat traditionem, quia videatur marito tradita dos, quam maritus confessus est se accepisse. adeò vt post annum, neque exceptio, neque vlla querela possit obici non numeratæ dotis non magis quam si vera traditio interuenisset. *l. vlt. C. de dot. caus. non num.* nisi quod distinctiones quasdam introduxit Iusti. *Nouel. 100. de tēp. non solut. pec. sup. dot.*

Vnde

Vnde sumpta est *Auth. quod locum. C. eo. tit. de dot. caut.*
& hanc putant esse sententiam *d. l. 1.* in illis verbis *vi-
deatur accepisse, quod non acceperat*. simileque esse aiunt,
quod quamuis contractus mutui sint ex eorum ge-
nere qui re perficiuntur, si tamen cùm ex causa man-
dati vel aliam pecuniā mihi deberes, conuenerit vt
crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pe-
cunia, & à me ad te profecta, vt disertè Vlpia. scribit
in *l. singularia. 15. De reb. credit.* Quidni ergo, inquiunt,
dos, & donatio valebit tanquam interueniente tradi-
tione si maritus confessus sit in dotem accepisse id,
quod re vera non acceperit? Sed hæc omnia quanquā
speciosè prima facie dici videntur, si tamen penitus
introspicias, planè improbabilia sunt, & à iure aliena.
7 † Numquam. n. fictio breuis manus locum habere
potest ad inducendam fictam traditionem, quin præ-
cedat obligatio, cuius potestate adigi potuerit ad ve-
ram traditionem faciendam is qui fictam fecisse præ-
sumatur: vt videre est in omnib. exemplis quæ suprà
attulimus, non ex interpretibus, sed ex Vlp. ipso in *d.
l. 3. §. pen. & vlt. De donat. int. vir. & vxor. & d. l. singula.*
Nam cum nec vera & realis traditio quicquam prosit
ad transferendum dominium, nisi iusta etiam causa
præcedat *l. nunquam nuda. 30. de acquir. rer. domin.* quid
prodesset inducere tacitam, vt hunc ipsum haberet
effectum: An fortè vt plus possit fictio in casu ficto,
8 quàm veritas in casu vero? † At cùm maritus donan-
di animo de suo adscribit in dotem vt videatur acce-
pisse, quod non acceperit, nulla subest causa, nullaque
obligatio ex qua potuerit cogi maritus vt eam quan-
titatem vxori traderet: non causa donationis, quia do-
natio nulla præcesserat: nisi si quis ex solo donandi a-
nimo induci eam posse putat, quod nemo vnquam di-
xit, & dici non posse iam suprà ostendimus. Causa ve-
rò dotis multo minùs, quia nec dotē vllā maritus vxo-
ri debebat, nec mariti est dotē dare vxori, sed vxoris
dare marito, quam porrò dare vxor non potest nisi de
suo, cùm per dotis traditionem id agatur, vt dominiū
in maritum transferatur, *l. doce. 6. C. de rei vindic. §. 1.
Inst. quib. alien. licet vel non.* Prius igitur est vt maritus
rem aliquam vxori ex iusta causa tradiderit, aut fal-
tem tradidisse fingatur, quàm vt eandem rem eidem
marito in dotem illa dedisse fingi possit: sicuti & na-
tura & ordine intellectu prima est vt fuerit illa domi-
na quàm vt maritum suum dominum facere potue-
rit. Deinde per fictionem breuis manus, is demùm
tradidisse rem fingitur, qui eam vel iam habet penes
se vt tradere potuerit, vel alteri tradi iussit, vt eam ac-
9 cepisse videatur. † Cæterum quoties fictio breuis ma-
nus inducitur in eo negotio quod plures exigat tra-
ditiones, aliquam traditionem veram intercedere ne-
cesse est, vt celeritate coniugendarum actionum ficta
occultetur, vt in *d. l. 3. §. pen. & vlt. de don. int. vir. & v-
xor.* aut saltem aliquid esse propter quod haberi possit
res pro iam tradita ex noua causa, quia iam aliquando
tradita fuit re vera, licèt ex alia causa: Vtputa, si rem
quam tibi tradidi vt esset penes te titulo depositi, aut
commodati, postea vendiderim tibi: non enim necesse
est vt iterum tibi tradam ad dominiū ex causa dona-
tionis transferendum, sed sufficit vt ex consensu no-
stro mutetur causa traditionis præcedentis ad hoc vt
nouum effectum habere possit perinde acsi hodie fie-
ret, *l. sine autem. 9. §. 1. de publican. in rem actio. l. rem here-
ditariam 62. in princ. de euict. l. si seruus 21. § 1. de acq. rer.
10 domin.* † At in proposito nostro nulla vera traditio in-
teruenit, vt neque alia iusta causa tradendi, neque ex
parte mariti, qui maiorem de suo quantitatem adscri-
bit in dotem, neque ex parte mulieris, cui donare vult
maritus. Nihil ergo est quod breuis manus fictionem
possit admittere. † Aliud esset si poneres præcessisse 11
stipulationem certæ quantitatis vel alterius rei inter-
positam ex causa donationis. Tum enim si maritus eā
ipsam rem vel quantitatem à se vxori debitam fatere-
tur habere se ab vxore ex causa dotis, posset defendi
habendam esse pro tradita, dotémque rectè constitutā
quasi per traditionem, quia esset quod maritus vxori
tradere cogi potuisset, ac quod vicissim vxor marito
tradere. Idque secundùm Vlpiani sententiam, qui fi-
ctionem breuis manus etiam in vna persona admittē-
dam putauit *d. l. singularia. in fin.* contrà quam senserit
Africanus, qui hoc expressim negat in *l. qui negotia. 34.
ff. mandat.* † Quamquam nec putarem sufficere nudā 12
hanc mariti confessionem etiam præcedente stipula-
tione, si non acceptilatio etiam interuenisset ex parte
vxoris. Ea namque est, quæ multò apertiùs & commo-
diùs inducit hanc breuis manus fictionem, cùm mu-
lier pro accepto habet quod sibi debebatur, & conse-
quenter maritus dotem pro accepta, quam ei vxor de
suo dare potuisset, si quantitatem sibi ex stipulatione
debitam, quod suo iure facere poterat, exegisset. Alio-
qui maritus, qui semel tantùm obligari voluisset, du-
plici vinculo teneretur, duplicique actione, & ex sti-
pulatu & de dote, quod esset iniquum. Et hic frequē-
tissimus olim erat modus dotis constituendæ, sc. per
acceptilationem *l. promittendo 41. §. 1. d. l. licet 43. in prin.
l. si pater 44. §. 1. de iur. dot. l. si mulier 10. D. de cond. caus.
dat.* Nulla verò acceptilatione interueniente dico nō
posse fieri per mariti scripturam, & receptæ dotis pro-
fessionem vllam, vt videatur accepisse, quod non acce-
perit. Idque apertissimè probatur ex *d. l. 1. C. de don. an-
te nupt.* vbi Impp. disertè rescribunt, Si maritus donā-
di animo dotem auxerit, vt videatur accepisse quod
non acceperit, nihil actum esse eiusmodi donatione,
id est neque donationem legitimè factam videri nul-
la videlicet interposita traditione vel stipulatione, ne-
que dotem ritè constitutam, ob idque iudicio de dote
repeti non posse id, quod re vera datum non fuit, quo
modo vtique repeteretur, si pro dato traditóque ha-
beretur. Idem probatur etiam non malè ex eo, quod
scriptum est in *l. 1. C. de dot. caut.* non scripturam, sed
numerationem facere dotem: denique ex ipsa dotis
cautæ & non numeratæ exceptione, cui nullus vn-
quam locus esse posset, aut deberet si mariti quælibet
confessio sufficeret ad fictam traditionem inducen-
dam. Est enim omnimodo reddenda mulieri ea dos,
quam ipsa fingitur marito tradidisse, non minùs quā
si verè tradidisset, vt cernimus euenire in dote per ac-
ceptilationem constituta. † Quare nec Accursius ipse 13
ad *d. l. 1. C. de dot. caut.* vllam potest fictam traditionem
comminisci, quin eodem somnio comminiscatur etiā
interuenisse acceptilationem, cuius tamen nec verbū,
nec vestigium vllum in tota lege reperitur. Neque ve-
rò fieri poterat, vt in ea specie acceptilatio vtiliter in-
terponeretur, cùm nulla præcederet vtilis & efficax
obligatio quæ per acceptilationē perimi posset. Priùs
namque est, vt obligatio aliqua vtilis præcedat quam
vt sequi possit vtilis acceptilatio. Alioqui quomodo
posset quis habere pro accepto id quòd exigere, etiāsi
maximè voluisset, numquam tamen potuisset? Atqui
nihil erat ex quo posset conueniri maritus vt eā quan-
titatem præstaret, quam donandi animo in dotem ad-
scripserat, etiamsi donationem legitimè confecisset, id
est, per stipulationem, quia non potuisset ea stipula-
tio valere, tanquam donandi animo interposita con-
stante matrimonio, certúmque est quod ex ea nō po-
tuisset vxor agere contra maritum habuissétque nem-

cessariò expectandum vt mariti morte confirmata esset donatio priusquam emolumentum aliquod percipere ex ea posset, cùm neque maritus fuisset obligatus, neque ad tollendam obligationem, si qua ipso iure contra mores populi Romani potuisset induci alio
14 remedio eguisset, quàm vt mutaret voluntatē.† Sed nec illud video quid necesse sit fictam illam traditionem comminisci in specie *d. l.* 2. nisi vt alium inducas vel tueare errorem eorundem interpretū, existimantium non alias donationes inter virum & vxorem factas posse confirmari ex oratione Seueri, quàm quæ factæ sint per traditionē. Qui error, etsi Papinianum ipsum, & autorē, & assertorē habet si Vlpiano credimus in *d. l. Papinianus.* 23. *de donat. int. vir. & vxor.* sicut tamen ab ipso Vlpiano cæterisque veteribus iureconsultis, adeoque ab imperatoribus ipsis explosus fuit iam olim, ita & tunc à scholis & tribunalibus explodendus est, cùm dubitari non possit quin omnes omnino donationes, quæ antea inter coniuges infirmabantur, ex oratione confirmentur, vt clarissimis verbis concludit idem Vlpianus in *l. cum hic status* 32. *§. si ne autem.* 23 *iunct. l.* 3. *§. sciendum. & leg. si stipulata.* 33. *in princip. eo. tit. de donat. int. vir. & vxor. & d. l.* 2. *C. de dot. caut. non numer.* Quod rescriptum si vidisset Papinianus quomodo vidit Papiniana, huius fortasse Papiniani nostri iam tum defuncti aut soror aut filia, vel mutasset ipse sententiam, vel contrà rescribendi auctor fuisset Imperatori optimo, quem Lampridius refert nihil ferè vnquam nisi ex adhibito quinquaginta Iureconsultorum consilio rescripsisse. Sed vix potuisset sola sua autoritate tot tantosque alios vincere. Sicut enim vincebat singulos, ita & à duobus vinceba-
15 tur.† Eiúsque sententiam non nisi tanquam quæ iam tum explosa esset ab Vlp. referri in *d. l. Papinianus*, apparet euidentissimè vel ex solo ipso verbo, *putabat*, quo in ea lege Vlp. bis vsus est. Sic enim explosas aliorum sententias referre solet communis loquēdi vsus,
16 non eas quæ aut adprobatæ sint, aut adprobādæ.† Nec dubitari proinde potest quin dictio *rectè* posita in eadem lege, & quæ sola difficultates istas mouet, irreptitia sit ex glossis interpretum, quam & in eo exēplari, quo Accurs. noster vsus est defuisse ex ipsius glossa colligi non obscurè potest, cùm ad verbum *putabat* notat ille *& malè, secundum quosdam.* Debuerat enim scribere *imo malè*, si Papinianū rectè putasse Vlpianus dixisset. Sed nos de his plura lib. 2. Coniect.
71 c. 7.† Addemus tamen quod pertinet ad *d. l. si stipulata.* 33. *de donat. int. vir. & vxor.* quæ hanc eandem nostram sententiam elegantissimè probat, malè responderi à nonnullis, speciali ratione valere donationem annui factam per stipulationem, & confirmatā morte. Ideo, inquiūt, quòd cùm vnica sit stipulatio, in eoque differat à legato (tot. n. legata esse intelliguntur quot sunt anni, *l.* 4. *l. cum in annos* 11. *De annuis leg. l. si Stichum.* 16. *§.* 1. *de verb. oblig.*) potest traditio, quæ fit primo anno, etiam sequentibus annis explicari ad hoc vt totius temporis donatio effectum per traditionem sumpsisse videatur. Rogo enim, quid est apud Vlpianum in *d. l. si stipulata*, ex quo possit coniici traditionem aliquam vel pro anno primo interuenisse? Quid verò si nulla interuenisset? An eo minùs donatio confirmaretur morte mariti, qui in eadem voluntate decessisset? Immò confirmaretur, non quidem speciali aliqua ratione petenda ex fauore annui, vt aliqui putant, sed quemadmodum Vlpia. ait, *quia in annuo quoque donatio vertitur*, i. quoniam hac parte eadem ratio est annui, & cæterarum rerum inter coniuges donatarum. Nec certè traditio, quæ pro vno tātùm anno secuta esset, prodesse vllo modo posset ad sequentium annorum donationem confirmandam, tam si traditio requireretur, quia traditio cùm sit facti nullum effectum habere potest, nisi quatenus factum intercessit, & sequentium annorum donationem necesse esset peti, cùm non posset retineri: peti ergo ex stipulatione, non ex traditione. Traditio enim dominium quidem acquirit, & consequenter vindicationem, si quo casu postea rei possessio amittatur, sed non actionem personalem, quia quod traditum est, retineri duntaxat, non etiam exigi potest.

CAPVT IV.

Triboniani manus in l. Diui fratres. 27. §. 1. D. de liber. caus.

SVMMARIA.

1 *Non pecuniam aduersary status controuersiam facientis, sed naturam ingenuitatem tribuere.*

2 *Eum qui per sententiam ingenuus pronuntiatus fuit, quamuis reuera libertinus fuerit pro ingenuo accipi debere.*

3 *Sententiam pro statu & ingenuitate contra legitimum contradictorem latam, aduersus omnes etiam inauditos ius facere.*

4 *Eam sententiam si per collusionem lata sit intra quinquennium retractari posse.*

5 *Multum in specie* d. §. 1. *interesse an pronuncietur esse quem ingenuum aut liberum, an verò actorum seruum vel libertum non videri. Vbi de eius differentia ratione.*

6 *Non esse in eadem specie distinguendum an is qui Sticho status controuersiam mouebat præsens fuerit, an verò per contumaciam abfuerit.*

7 *Cur in eadem specie iudices litis amissione actorem mulctare, non autem Stichum liberum vel ingenuum pronunciare possint?*

8 *Sticho in libertatem vel ingenuitatem se vindicante de ea vel pro Sticho vel contra eum pronunciandum esse.*

9 *Impugnatur quod in* d. §. 1. *iudici præscribitur, vt electionem det aduersario an cognitionem malit circūduci, an audita causa sententiam proferri.*

10 *Explicatio horum verborum* d. §. 1. neque hæc res captionem vllam habet. &c.

11 *A fauore libertatis alienum esse vt iudex contra absentem pro libertate aut ingenuitate pronunciare non possit.*

12 *Aduersarium eo casu absentem non videri qui per contumaciam abest.*

13 *Verborum* inauggeri *& alia multa in* d. §. 1. *Tribonianum esse.*

14 *Non bene in* d. §. 1. *cognitionem de libertate & ingenuitate iudicibus adscribi, quæ magistratibus olim competebat.*

15 *Examinatur in fin. d. §. 1. clausula illa*, euenire autem potest. &c.

16 *Cuiacij emendatio ad verbum illud*, inauggeri.

SI † ea persona desit cognitioni, quæ status contro- 1
uersiam alicui faciebat, in eadem causa est ille qui de statu suo litigat, in qua fuit priusquam de libertate controuersiam pateretur, ait Vlpianus in *l. Diui fratres*, 27. *§.* 1. *D. de liber. caus.* Quamuis enim hoc lucretur, quòd is qui eam status controuersiam faciebat, amittit causam suam, non ex eo tamen fit ingenuus is qui antea non fuit. Nec enim, vt eodem loco Vlpianus scribit, penuria aduersarij solet ingenuitatem tribuere, sed natura *l. fi te.* 7. *C. de ingen. manum.*

† Nec

2 †Nec est contrarium quod idem Vlpianus scribit in
l.ingenuum 25. De stat. homin. ingenuum accipere nos
debere illum etiam, de quo lata est sententia, id est,
qui per sententiam pronunciatus fuit ingenuus, quā-
uis re vera fuerit libertinus. Ratio enim est, quia vt in
eadem lege subiicitur, res iudicata pro veritate habe-
tur, *l.res iudicata 207. de regul.iur.* nec patitur autoritas
rerum iudicatarum vt disputari amplius possit vtrum
libertinus fuerit, aut seruus is quem semel prætor in-
genuum esse pronunciauit, *leg.seruo 65.§.cum prætor ad*
3 *SC.Trebellian.* † Idque adeò verum est, vt sententia
pro statu & ingenuitate lata contra vnum, faciat ius
quod ad omnes etiam inauditos, dummodo lata sit
cum iusto & legitimo contradictore, alioqui non ob-
est vero patrono, *l.1. D.si ingen.manum.esse dicat.l.1.C.*
de ingen.manu. l.cum non iusto 3. D. de collu. deteg. quia
personam afficit, quæ planè vna, & indiuidua est, nec
fieri potest vt quis liber vel ingenuus sit, quod ad v-
num, quin sit etiam quod ad omnes, cùm sit illa qua-
litas personæ, & ipsa quoque consequenter indiuidua.
Sicut & qui per vnius iudicis sententiam factus est in-
famis, non solùm in illius territorio, sed vbique terra-
rum infamis est, *l.ex causa 9. D.de postul.* Quid enim a-
liud est ius hominis quòd liber sit vel seruus, vel in-
genuus, vel libertinus, quàm homo ipse qualiter se
habens, vt de iuribus prædiorum scriptum est in *l.quid*
4 *aliud 86. de verborum signification.* † Hoc ita tamen si
sententia ritè ac citra collusionem lata sit. Semper e-
nim exceptio hæc adhibenda est, adeò vt nec videatur
hoc casu necessarium auxilium appellationis, *l.si per-*
inscrtio 14.in princip.iunct.l.5.§.1.de appellat. quia prætex-
tu collusionis sententiam retractare permittitur quā-
uis non nisi semel, *l.vltim. Digest.de collus.deteg. iunct.l.*
3. D.de popul.action. scilicet intra quinquennium *l.2.eo.*
Tempus enim illud constitutione Diui Marci præfi-
nitum est ad retractationem non quidem perficien-
dam, sed inchoandam, aliter quàm seruari soleat circa
eum qui se ex libertinitate in ingenuitatem petit. *d.l.*
5 *2.§.quinquennium* † Apparet itaque multùm interesse
quibus verbis sententia concipiatur, vt subiungitur in
d.l. Diui fratres. §.1. id est, an pronuncietur esse quem
ingenuum aut liberum, an verò actoris seruum, vel li-
bertum non videri. Sunt enim ista longè differentia.
An quia medium aliquod sit inter ingenuitatem &
non libertinitatem, vt ita loquar, & non seruitutem?
Minimè. Nam quisquis homo est, cum si seruus non
sit, liberum esse necesse est, & similiter ingenuum, si
non sit libertinus, sed quia potest fieri vt quis non sit
seruus Titij, nec tamen liber sit, quia alterius seruus
esse potest, itémque vt quis non sit libertus Titij, &
tamen non sit ingenuus, quia libertus alterius est. De-
nique cùm iudex pronunciat Stichum non videri ser-
uum, aut libertum Titij non pronūciat de iure Stichi,
sed tantū de non iure Titij. quod planè diuersum lon-
géque minus est. Pronunciaret de iure Stichi, si eū aut
libertinum, aut ingenuum pronunciaret, quoniam qui
dicit ius Stichi, dicit quid adfirmatiuum, id est Stichū
esse talem, libertinum scilicet aut ingenuum, non, ut simplex
abnutiuū, vt Paulus loquitur in *l.inter stipulantem 83.§.*
1.de verb.obl. quale est non esse seruum Titij, aut liber-
tum. Et quātum inter hos casus intersit, vel ex eo ma-
ximè apparet quòd sententia per quam pronuntiatus
esset Stichus liber, vel ingenuus, faceret ius quod ad
omnes, non alia de causa quàm quia esset de iure per-
sonæ Stichi. Ea verò per quam pronuntiatum esset
duntaxat, Stichum Titij seruum, aut libertum non es-
se, aut vt concipi olim solebant sententiæ omnes, *non*
videri, ius non faceret nisi quod ad Titium, quia non
de iure Stichi, sed de non iure Titij tantùm lata esset.
Quomodo etiam dicimus multum referre an pronun-
tiatum sit, hereditatem de qua inter nos contendeba-
tur, meam esse an verò tuam non esse, *l.si inter me 15.ff.*
de except.rei iudic. † Nec distinguendum est an præ- 6
sens fuerit, an absens per contumaciam is, qui Sticho
status controuersiam faciebat. Vtroque enim casu cū
nullo iure egerit, aut in bona causa peragenda negli-
gens fuerit, non aliud maius damnum pati potest,
quàm vt causam suam siue bonam, siue malam amit-
tat, quod fit pronuntiatione sic concepta, *Stichum Ti-*
tij seruum aut libertum non videri. † Nam vt pronuntie- 7
tur etiam liber Stichus an ingenuus, extra causam est
omissionis litis Titij, & fatuus esset iudex qui de a-
ctione à Titio instituta iudicans, aliud in condemna-
tionem vel absolutionem deduceret, quàm quod a-
ctionis formula, & potestate contineretur. *l.vlt.C.de*
fideicom.libert. † Quid ergo? Distinguendum est an a- 8
gat Titius qui Stichum aut seruum aut libertum suū
esse contendebat. An verò Stichus, qui se in ingenui-
tatem vindicet, aut in libertatem, *l.liberis 7.§.vlt.de li-*
ber.caus. Priore casu obtinent ea quæ diximus, poste-
riore verò pronuntiandum necessariū est Stichum vel
ingenuum videri, aut non videri. Nemo de quia de eni-
pto semper pronūciandum est siue pro actore, siue pro
reo, quod deductum est in actionem id est, vel de iure
vel non de iure actoris, non etiam rei. Quæ tota ra-
tio est eius, quod dici solet, Actore non probante ab-
solui reum debere, quamuis nihil ipse præstiterit. *l.4.*
C.de edend.l.vltim.C.de rei vind. Et hæc Vlp. sententia
est in *d.l. Diui. §.1.* † Sed tamen nō possum facere quin 9
totus ille locus mihi valdè suspectus sit ab illis verbis
rectè atque ordine, & Triboniano adscribendus potius
quàm Vlpiano, siue verba legis intueor, siue sententiā.
Est enim prorsus nouum vt electionem det iudex ad-
uersario, an malit cognitionem circumduci, an audita
causa sententiam proferri. Semper enim eliget is, qui
iudicio adest vt contra absentem sententia proferā-
tur quam non potest non fauorabiliorem sperare, cū,
vt vulgò iactatur, omnia iura clament aduersus con-
tumaces. Atqui iudicium non tantùm contra inuitum
redditur, sed etiam inter inuitos. Simili enim ratione
Paulus vtitur in *d.l.inter stipulantem 83.§.1.de verb.obli.*
sed neque quid in proposita specie possit interesse Sti-
chi qui in seruitutem aut libertinitatem petebatur,
vt cognitio circumducatur, cùm etiamsi Titius adess-
set, nec de iure suo quicquam docere posset, non aliud
tamen damnum sentire deberet, quàm vt causam a-
mitteret, id est, vt pronuntiaretur Stichum ipsius ser-
uum aut libertum non videri, nec eo magis allseque-
retur Stichus, vt vel liber, vel ingenuus pronuntiare-
tur. † Quare fateor liberè nec illud me intelligere 10
quid sibi velint ea verba, *neque hæc res captionem vllam*
habet, cum non ingenuus pronuntietur, sed seruus non vide-
ri. Si enim cū interpretibus nostris explices, vt huius-
modi sententia captionem nullam habeat ratione ab-
sentium, facies ridiculum Vlpianum. Nam nec absen-
ti vero domino aut patrono sententia noceret, quæ cū
iniusto cōtradictore præsente lata esset, *d.l.1 ff.si ingen.*
manum.esse dic.d.l.1.C.de ingen.manum Et tamen præ se
ferūt verba illa captionē aliquā fore, si absente illo cō-
tradictore, siue iusto, siue iniusto Stich' ingenu' pnū-
tiaretur. Si verò sic intelligas, vt nulla captio sit absen-
tis cōtradicturis, perinde nihil egeris. Nā qd ad cōtra-
dictorē istū, qui Sticho stat' cōtrouersiā faciebat, æquè
amittit ille causam suā, siue pnūcietur Stich' ingenu',
siue seruus, aut libertus non videri. Sentētia. n contra
absentem reddita facit ius, quod ad ipsum, licèt non

simpliciter, id est, quod ad omnes, *l. qui repudiantis.17. §.vl.ff.de inoff. testam.* quia quoties quis absens vincitur, præsumendus est victus ob id potiùs, quòd abfuerit, quàm quòd malam causam habuerit, *l. Papin.8. §. meminisse eod.l.si ideo 51.de euict.* licèt differentia illa sit, quòd vno casu Stichus qui vincit, ingenuus sit propter autoritatem rei iudicatæ, alio non item: quia neque iudicatum est, neque, vt dixi, iudicari debuit ingenuum esse aut liberum eum qui in seruitutem vel libertinitatẽ petebatur, nisi per viam exceptionis hoc ipsum quoque in iudicium deductum sit. Nam cùm reus in exceptione sit actor, *l.1.ff.de excep.l.in exceptionibus 19.de probat.* non minùs super exceptione, si iusta sit, pronuntiandum est pro reo, quàm super actione
11 si iusta fuisset, pronuntiari debuisset pro actore.† Rursus quod sequitur, *Quod si ex seruitute in ingenuitatem se allegat*, (impropria sanè ac peregrina locutio: dicimus enim vindicare, & petere se in libertatem aut ingenuitatem, non allegare) *melius fecerint si cognitionem circumduxerint*, ego quale sit, certè non intelligo. Cur non enim vltro arripere debeat bonus iudex occasionem pronuntiandi pro libertate aut ingenuitate per absentiam eius qui controuersiam status faciebat? *l.3.ff.de alien.iud.mut.caus.fact. l.inter pares 38.de re iud.* Ponimus enim nulla vrgente iusta causa abesse eum, qui iudicio adesse si vellet, posset, & deberet. An non à fauore libertatis prorsus alienum illud est, vt non possit pro libertate aut ingenuitate contra absentem pronuntiare iudex, qui, vt eadem lex subiicit, pro præsente contradictore aduersus absentem Stichum sine cunctatione iudicare possit? cur deterior esse debeat conditio libertatis? an quia faciliùs possit succurri libertati contra sententiam pro domino vel patrono redditam, quàm domino vel patrono condemnato cõtra libertatem & rem iudicatam simul? Atqui nihil iniquius dici potest, quàm vt tanto faciliùs lædatur libertas, quàto iustiùs per beneficium restitutionis postea indemnis seruari potest *arg. d.l.h. C. in quib.caus.*
12 *rest.in integ.necess.non est.* † Illa autem ratio quæ sequitur, *ne sine aduersario pronuntiasse ingenuum videatur*, prorsus ridicula est: non enim absens videtur aduersarius qui per contumaciam abest, cùm eius contumacia pro præsentia sit, *Auth. qua in prouincia. C. vbi de crim.agi oport.* Alioqui nec contra libertatem pronuntiandum esset, absente eo qui seruus dicitur aut libertinus. nec rursus pro libertate, etiamsi magna causa id suaderet, ac euidentes probationes suggererent, quia non potest iudicium cõstare quin & actor aliquis sit, & reus: & quidem vterque præsens, aut saltem habendus præsentis loco. Denique si fieri potest vt etiam absens vincat is, qui petitur in seruitutem, aut libertinitatem, vt scriptum est in *d.l.Diui. in fin.* quanto magis eum vincere æquum est, si præsens ipse sit, aduersarius verò nõ
13 nisi per contumaciam absit? † Planè si is qui pro sua libertate litigat desit, contradictor verò præsens sit, nemo dubitat quin sententia proferri possit. Sic enim lex ait, *melius erit inaugere causam eius sententiamque proferri*, quo vel solo ex verbo *inaugeri*, pro eo quod est *non protrahi, non extendi*, si quis Triboniani manum & eleganciam non agnoscat, is certè nec Vlpianum bene nouerit. Item ex eo quod sequitur, *si enim liquebit, contra libertatem dabit*, scripsisset namque Vlpianus *dabũt*, cùm de iudicibus in plurali numero actum esset. Fuit autem is error frequẽs & familiaris Triboniano Græco homini, quia plerumque Græci verbũ numeri sin-
14 gularis iungunt cum nominatiuo plurali.† At neque video cur de iudicibus hęc lex loquatur, cùm de libertate & ingenuitate iudices non darentur, sed magistratus ipsi cognoscerent, *l.1.C.de pedan.iud.* id est, Cõsules in vrbe, Præsides in prouinciis, *l.4. ff. si ingen.esse dicet.l.5.C.vbi caus.stat.agi deb.* quod & Vlpianus significat in *d.l.Diui*, referens rescriptum Diuorum fratrũ ad Proculum & Munatium qui consules erant, quod & verba illa significant, *vestra grauitatis est*. Denique fuisse eam cognitionem iurisdictionis constat *l.neque 36.§.vlt.de fideic.libert.* At iudices dati non iurisdictionem, sed iudicium exercebant. Quòd si ipsos quoque magistratus velis iudices dicere, saltem maiores iudices dicendi sunt, vt in *l.non distinguemus 32. §.de liberali. De recept.qui arbitr.recep.* † Omnium verò maximè
Triboniani inscitiam detegere illud mihi videtur, 15
quod in legis fine scriptum est, *euenire autem potest vt etiam absens vincat. nam potest sententia etiam secundum libertatem ferri.* Quis enim tam stupidus est, cui possit sententia pro libertate ferri eo casu, quo posset etiam contra libertatem? Voluit proculdubio Tribonianus scribere *secundum absentem*. Nam illud vtique verum est. Posse sententiam pro absente quoque ferri, si is bonam causam habeat, *l.1.C.quomodo & quando iud. l.qui operandum 13.§.& si iudicium cum seq.C.de iudic.* † Sed Iacobum Cuiacium libr.6. obser. cap.27. locum hunc e- 16
mendare, & pro *inaugeri* legere *inaudire*, pro eo quod est *audire*, quomodo vult alio loco *inauditum* positum interpretari in *l.si seruus 34. de vsufr.* verum quidem parũ probabiliter, vt alibi scripsimus. Sed tamen ea quoque emendatione & interpretatione admissa, nihilo magis satisfactum erit cæteris quæ nos mouent vt Triboniani locum hunc esse arbitremur, & quæ ab eo non fuisse obseruata miror, aut quasi non obseruauerit, fuisse dissimulata.

CAPVT V.

De nuntiatione noui operis pro seruitute ad l.qui viam 14.ff.de oper. noui nunt. & l.vnic.de remiss.

SVMMARIA.

1 *Eum cui vel iter vel via per fundum alienum debetur, ei qui in via vel itinere illo ædificat opus nouum nuntiare non posse, sed vindicandæ duntaxat seruitutis ius habere?*
2 *Noui operis nuntiationem omni alio remedio deficiente concedi.*
3 *Superiori sententiæ & l.qui viã.de nou op.nunt. obstare quod in l.1.ff.de remiss. dicitur, ius nouum opus nuntiandi ei competere qui dominium aut seruitutem habet.*
4 *De triplici causa noui operis nuntiationis.*
5 *Exempla noui operis nuntiationis propter seruitutem facta.*
6 *Distinctio inter seruitutes vrbanas & rusticas ad superiorum legum conciliationem allata reprobatur.*
7 *Mancam esse distinctionem a Cuiacio ad dictas leges conciliandas allatam.*
8 *Vera distinctio & subdistinctio adhibenda ad illas leges in consonantiam reuocandas.*
9 *Domino fundi seruientis qui contra seruitutem directò ædificat nouum opus nuntiari posse, si verò non directò, non posse.*
10 *Vicino in detrimentum seruitutis aliquid licèt non directò facienti nouum opus nuntiari posse.*
11 *Superioris distinctionis confirmatio.*
12 *Cuiacij emendatio ad § penult. d.l.1. de remiss. probatur.*
13 *Eadem aduersus Roberti reprehensionem defenditur.*

Si † ha-

1 SI † habeam seruitutem viæ vel itineris per tuũ fundum, & tu in eo aliquid facias per quod vsus seruitutis impediatur, habeo quidem ius vindicandæ seruitutis, per quam actionem consequar, vt si quod detrimentum seruituti meæ feceris, cogaris destruere, omniáque in pristinum statum reponere, sed tamen opus nouum tibi nunciare non possum, *l. qui viam* 14. *D. de oper. noui nunt.* vbi Iulianus ait, eum qui viam habet, si opus nouum nũtiet aduersus eum qui in via ædificat nihil agere, sed seruitutem vindicare non prohiberi. Vtrumque nimirum eadem ratione, quia cùm seruitutes sint iura, & in iure consistant, noui autem operis nuntiatio, quæ facti est, non possit vt nec aliud factum quodlibet ad id vsque quod iuris est, pertingere, satis esse debet ei qui seruitutem habet, quòd eã vindicando, ius suum tueri potest, eiúsque possessionẽ aut quasi possessionem retinere, quam è contrario per noui operis nuntiationem amitteret. Est enim hoc proprium noui operis nuntiationis, vt possessorem eũ faciat, cui nouum opus nuntietur, *l. de pupillo* 5. *§. meminisse. eo.*
2 † Nec sanè permittenda facilè est noui operis nuntiatio, si alia ratione æquè commodè, ne dicã cõmodiùs conseruare quis ius suum possit. Remedium namque odiosum est, nec nisi necessitate ipsa tolerabile, non ob id solùm quod fiat propria nũtiantis autoritate (etsi aliqua est operis noui nuntiatio quæ fit per prætorem, *d. §. meminisse*) sed etiam quia eam autoritatem habet vt siue iure, siue iniuria facta sit, inhibeat noui operis perfectionem, quousque is cui nuntiatum est, vel satisdederit de eo demoliendo, si nõ iure ædificasse probabitur, vel impetrauerit remissionẽ nuntiationis, quam tamen non priùs remittit prætor in effectu quam viderit nullo eam iure factam esse. *l. 1. in prin. & §. 1. l. prætor ait 20. in prin. & §. 1. eod. l. vnic. de
3 remiss.* † In quo tamen dubitationẽ magnam illud facit, quod in *d. l. vnic. §. ius habet*, generaliter Vlpianus scribit, ius habere nuntiandi noui operis non modò eum qui dominium habeat, sed & illum, qui seruitutem. Cui conuenit quod idem ille scribit in *d. l. de pupillo. §. & belle Sextus Pedius*
4 † triplicẽ esse causam noui operis nuntiationis, naturalem, publicam, impositiciã: naturalem cùm in nostras ædes, quę nullam seruitutẽ debent, aliquid immittitur, aut ædificatur in nostro: publicam, quoties per noui operis nuntiationem tuemur leges, aut senatusconsulta, aut edicta, cõstitutionésque Principum, id est, impedimus ne opus nouum fiat in eo loco in quo per leges, vel senatusconsulta, vel constitutiones Principum fieri aliquid prohibeatur, *d. l. 1. §. nuntiamus cum praced. eo. t.* denique impositiciam, cùm qui ius suum diminuit & alterius auxit, i. cùm posteaquàm seruitutem ipse suis ędibus imposuit, nihilominùs contra seruitutem fecit. Hoc enim si ita est, cur non liceat nouum opus ei nuntiare qui in via ædificat? An non fit contra seruitutem hoc ipso, quod vsus seruitutis eo facto impeditur?
5 † Auget dubitationem, quòd plerisque locis exempla extant factæ noui operis nuntiationis propter seruitutem, vt in *l. prius-quam* 15. *eod.* vbi agitur de seruitute altiùs non tollendi, & altiùs tollendi: itémque in *l. seruitutes* 15. *ad fin. De seruit. vrban. præd.* vbi de seruitutibus, Ne luminibus, aut oculis officiatur, & in *l. etsi fortè* 6. *§. vl. ff. si seruit.*
6 *vindic. vel ad alium pertin. neget.* † Itaque interpretum nostrorum plerique, vt locos istos concilient, distinguunt seruitutes vrbanas à rusticis, putántq; pro seruitute vrbana tuenda nuntiari posse nouum opus, pro rustica non posse: quam in sententiam mouentur non tam ex probabili aliqua diuersitatis ratione, quæ inter vrbanas & rusticas seruitutes hac parte reperiatur, quam quia vident leges, quæ permittunt nuntiari nouum opus pro seruitute, non nisi de seruitutib. vrbanis exempla ponere, Iulianum. v. in *d. l. qui viam*, vbi negat valere nuntiationẽ, de via tantũ loqui, quæ seruitus rustica est. Ita solent illi perpetuò rationẽ iuris ad verba legum detorquere, non vt fieri oportuit, leges ipsas, earúmq. interpretationẽ ad rationẽ iuris accõmodare. Quorũ exemplo esset multò expeditius dicere, Pro omni seruitute præterquam viæ posse nouũ opus nuntiari, cũ de via tantũ non etiam de aliis seruitutibus locutus sit Iulianus: si qua tamen diuersitatis ratio excogitari posset inter viam & cæteras seruitutes rusticas, quæ certè nulla prorsus est, non magis
qũa inter rusticas & vrbanas. † Cuiacius verò li. 1. obser. ca. 17. putat in hac quæstione nihil aliud inspiciẽdũ esse, quàm vtrum opus nouum, de quo per nuntiationem inhibendo agitur, tale sit vt fieri non possit quin fiat contra seruitutem, vt eo demũ casu permittatur noui operis nuntiatio pro seruitute siue vrbana siue rustica: si verò nihil fiat contra formam & naturã seruitutis constitutæ, non sit permittenda nũtiatio, licèt vsus seruitutis impediatur, sed decurrendum necessariò ad seruitutis vindicationem. Quam in sententiam ex eo mouetur, quòd domino fundi seruitutẽ debẽtis liceat in eo fundo facere quicquid velit, iure scilicet dominij, adeò vt nec à socio suo possit prohiberi cum quo habeat fundum communem, *l. in prouinciali* 3. *eod. l. in re communi* 26. *de seru. vrba. præd.* quod tamen tunc dici non potest cùm altiùs ædes suas tollere vult ille, qui ipse imposuit ædibus seruitutem altiùs non tollẽdi. Cur non ergo liceat vicino, cui seruitus debetur, intendere, Ius ei non esse altiùs sublatas ædes habere, in eámque rem nouum opus illi nuntiare? Verũ hæc quoque sententia si non falsa, certè manca est, nisi adiuuetur & suppleatur. Ei namq; consequẽs videretur vt is cui viæ seruitus esset debita, nunquam posset nouum opus nuntiare aduersus eum, qui in via ædificaret, quisquis ille esset, siue dominus fundi seruiẽtis, siue alius, quia semper verum esset non fieri directò contra constitutionem seruitutis viæ ab eo qui in via ædificaret, quandoquidem aliud est constitui seruitutem viæ, aliud verò in ea ædificari, licèt per ædificationem vsus viæ impediatur. Et tamen certum est, si in Sempronij fundo, qui mihi seruitutem viæ debet, tu ædifices, posse me tibi nouum opus nuntiare, quia possum intendere ius tibi non esse in eo fundo ædificãdi, me inuito, cùm & ego sim dominus seruitutis cuius vsum vis impedire, & tu non sis dominus fundi seruientis, vt in eo possis pro tuo iure & arbitrio ædifica-
re. † Distinguendum igitur est, an nouum opus nũtietur domino fundi seruientis, an alij vicino cuilibet in eo fundo ædificanti, siue sciente & volente, siue ignorãte domino fundi alius ædificat. Priore casu subdistinguendum est, an nouum opus fiat directò contra formam constitutæ seruitutis, an per indirectum duntaxat.
9 † Nam si directò, vt puta si is cuius ædes seruitutẽ debent altius non tollendi, velit illas altiùs tollere, quantumuis prædij dominus ille sit, prohiberi tamen potest per noui operis nuntiationem ne id faciat, tanquã qui nõ habeat ius ita faciendi etiam in suo fundo contra voluntatẽ eius, qui sit dominus seruitutis non aliam ob causam constitutæ, quàm ne altiùs ædes tolli possint. Qui casus est *d. l. inter seruitutes* 15. *ff. vrb. præd. & d. l. si priusquam eo per. noui nũt.* Si verò nihil fiat directò contra seruitutem vt contingit cùm is ædificat cuius prædium seruitutem viæ debet, non etiam seruitutem nõ ædificandi, nõ potest ei nuntiari nouum opus, quasi nullo iure ædificet, cum habeat ius ædificãdi in fun-

do suo hoc ipso quòd dominus est, qui sensus est *d.l. qui vium.*
10 † Posteriore .v. casu prioris distinctionis cùm alius quàm dominus fundi seruientis ædificat in detrimentum seruitutis etiamsi nihil faciat directo contra seruitutem, nuntiari tamen ei nouum opus potest quia verum est nullum ius in eum habere ius ædificandi:
11 † Probatúrq; manifestè hæc distinctio ex *d.l.vnic. §.pen. de remiss.* vbi Vlp. scribit secundum sententiam Iul. qui putabat fructuarium habere ius vindicandarum seruitutum quæ fructuario fundo deberentur, permittendum esse vsufructuario vt possit nouũ opus nunciare vicino, at non etiam ipsi domino prędij seruientis: quia inquit, non sicut aduersus vicinum, ita & aduersus dominum agere potest, ius ei non esse inuito se altius ædificandi. Sed si hoc facto vsusfructus deterior fiet quomodo fiet proculdubio, si seruitutis fundo Cornel. fructuario debitæ vsus impediatur, debebit vsufructuarius vsumfructum petere, id est vindicare, cuius s. vindicatio competit domino vsusfructus contra quoscunque vsumfructum impedientes. Quod ipsum iisdem verbis ex Iul. proditum extat in *l.2. de oper. noui nunt.* Porrò quod Iul. dixit de fructuario, idẽ etiam haud dubiè sensit de cæteris quib. aliqua serui-
12 tus deberetur à vicino, vt idem Vlp. *in d. §. pen.* † in quo tamen magnum subesse mendum bene obseruauit Cuiac. li. 1. Obs. c. 16. in conuersione eorum verborum *vtilis & inutilis.* Nam vt ille argumentatur ex *princ. d. l. vnic.* Remissio nuntiationis noui operis, per prætorẽ facta, tum demùm est vtilis cùm non tenet nuntiatio. Sunt enim ista contraria, nuntiationem tenere, & remitti. Ea demum vero nuntiatio non tenet, quæ facta est ab eo qui nullum ius habuit nuntiandi contra eũ qui ius habuit ædificandi. E contrario autem remissio nuntiationis tunc est inutilis cùm nũtiatio tenet: quæ porrò tunc duntaxat tenet, nuntiatio. Sunt enim ista contraria. Nuntiationem tenere, & remitti. Ea demũ verò nũtiatio non tenet, quæ facta est ab eo qui nullum ius habuit nuntiandi contra eum qui ius habuit ædificandi. E contrario autem remissio nuntiationis tunc est inutilis cùm nuntiatio tenet: quæ pòrrò tunc dũtaxat tenet, cùm facta est ab eo qui ius habuit nũtiandi contra eum qui nullum habuit ius ædificandi. Consequens igitur est, vt si fructuarius nuntiauerit nouum opus pro seruiente, quod facere secundùm Iulianum potest contra alium quemlibet, prætérquã dominum prædij seruientis, remissio fit inutilis, quia nuntiatio tenet: fit verò vtilis remissio si fructuarius nuntiauerit nouum opus domino, quia nuntiatio non
13 tenet. † In eòque male reprehensus fuit Iac. Cuiacius à Io. Roberto, quem illud certè fefellit, quòd putauit remissionem nuntiationis esse vtilem omni casu, quo nuntiatio tenuit ab initio, id est, eo tempore quo facta fuit in præsens opus, & priusquam ad prætorem iretur: cùm tamen debuerit animaduertere, quoties nũtiationis remissio facta esse dicitur, non de illo quæri, an nuntiatio tenuerit ab initio, quantum ad illum effectum vt impediret ædificationem, sed de illo tantũ, an nunc teneat apud prætorem. Inter quæ quantum intersit, ex eo apparet, quòd semper, aut saltem ferè semper verum est nuntiationem ab initio tenuisse ad impediendum opus nouum, cùm sine iure siue iniuria facta sit, nihilominùs vim suam habeat quousque vel per satisdationem extincta sit, vel per remissioné. An non est bona consecutio, vt quæ nuntiatio ab initio tenuit ante petitam à prætore remissionẽ, teneat etiam apud prætorem, & impetrata iam ab eo remissione? Nam cùm anteà de illo solo quæreretur an nũtiatio facta esset ab illo qui ius nuntiandi habuisset, siue iure, siue iniuria nuntiasset, nũc cũ petitio remissa est incipit quæri debere, An qui nuntiauit ius habuerit probibendi ne inuito se nouum opus fieret: ideóq; obseruandum est sic loqui Vlp. *in d. l. vnic. § 1. de remiss.* vt dicat verba prętoris ostendere remissionem ibi demum factam videri, non vbi nuntiatio non tenuit, sed vbi nuntiatio non tenetur: & retrò, voluisse prętorẽ ibi demũ nuntiationem tenere, non tenuisse, cùm ius est nuntiari prohibere ne se inuito fiat. Cæterùm, si ponas nuntiationem factam esse ab eo qui non fuerit admittendus ad nouum opus nuntiandum, puta à pupillo alienum commodum curante, nec tutoris autoritatem adhibente aut à seruo, vt in *d. l. de pupillo § in prin. & §. 1 de oper. nou. nunt.* nihil necesse erit adiri prætorem ad impetrandam nuntiationis remissioné, nec rursus offerri satisdationem, cùm nullum vnquam effectum habuerit nuntiatio: essétque illo casu remissio non modò inutilis dicenda, sed etiam superuacua & ridicula. Potestque eiusdem rei aliud exemplũ poni in fructuario ipso nouum opus nũtiante proprio nomine, si non tam Iuliani sentẽtiam sequi velimus quã aliorum iuris autorum, qui putarũt non esse permittendum vsufructuario vt proprio nomine nuntiet nouum opus, ne quidem alij quàm domino: nec rursus vt seruitutes fundo fructuario debitas vindicare possit: sed tantùm vt vel nouum opus nuntiet procuratorio nomine, vel vindicet vsumfructum, atq; ita consequatur, quanti eius interfuit, nouum opus factum nõ esse: quæ sententia tandem contra Iulianum obtinuit vt & Cuiacius obseruauit ex *d. l. 1. §. vlt. D. de oper. noui nunt. & l. 1. in prin. D. si vsusfr. pet.* non enim cæteri Iureconsulti de illo disputarunt an teneret noui operis nuntiatio ab vsufructuario facta apud prætorem, quã dicerent nec ab initio quidem tenuisse.

CAPVT VI.

De oppigneratione seruitutum.

SVMMARIA.

1. *Seruitutes sine prædiis nec obligari nec vendi posse.*
2. *Easdem hypothecariam non posse, & hac parte hypothecam a pignore non differre.*
3. *Quo sensu dicatur inter pignus & hypothecam nominis tantùm sonum differre?*
4. *An quia Marcianus in* §. vlt. l. si is qui 11. de pignor. *seruitutes vrbanas oppignorari non posse tradit, aliud in rusticis existimasse credendus sit?*
5. *Ratio distinctionis hac parte ab Interpretibus refellitur.*
6. *Alia Duareni distinctio ad seruitutum oppignorationem pertinens.*
7. *Differentia inter seruitutes vrbanas & rusticas quod ad oppignorationem a Cuiacio constituitur, & differentiæ ratio redditur.*
8. *Ea Cuiacij sententia refellitur.*
9. *Pignoris venditionem in perpetuum quidem fieri, omne vero pignus ad tempus tantùm esse.*
10. *Seruitutem iam constitutam non posse à domino prædij dominantis oppignorari quum prædium ipsum non oppignoratur.*
11. *Seruitutem per venditionem constitutam etiam fundo non vendito vendi posse.*
12. *Cur seruitutes iam constituta sine prædiis quibus debentur vendi non possint?*
13. *Respondetur rationi qua motus Cuiacius cuiuslibet seruitutis rusticæ oppignorationem indistinctè admittendam putauit.*

Serui-

1 SEruitutes † sicut vsucapi non possunt sine prædiis
quibus debentur, ita neque oppignerari; Duplici
ratione: Prima est, quòd cùm sint iura, & res incorpo-
rales, non possunt tradi neque possideri, *l.1.§.vlt.D.de
rer.diuis.* Pignus autem, quod à pugno ob eam causam
dictum volunt, contrahitur re, & per traditioné, trás-
fertque possessionem in creditorem, *leg. si rem. 9.§ pro-
priè. & l.cùm & fortis 35.§.1.de pignor.act.l.1.§ creditor.
de oblig.& action.* Altera est, quòd cùm sint iura præ-
diorum, nihil aliud sunt quàm ipsa prædia qualiter
se habentia, *l.quid aliud 86.de verborum signif.* Proinde
fieri non potest vt sine prædiis obligentur, non magis
quàm vt sine prædiis acquirantur, *l.1.§.1. D com.præd.*
Itaque non est quod quis obiiciat seruitutes posse vé-
di, omnia autem quæ emptionem venditionémque
recipiunt, oppignerationem quoque recipere posse *l.
sed & quod 9.§.1.D.de pignor.* Nam neque seruitutés
prædiis debitæ vendi possunt sine prædiis, non quia
non sint in bonis nostris, vt malè vulgo creditum est,
(cùm earum nomine & actiones competant, & exce-
ptiones, *tot.tit.si seruit.vendic. iunct. l.rem in bonis 55. de
acquirend.rerum dom.*) sed quia separari à prædiis nul-
2 lo modo possunt. † Atque ita concludit I.C. in *l.si quis
11.§.vlt.eod.de pignoribus.* oppignerari seruitutes non
posse: vbi tamen mirari quis possit quod ex eo infert,
nec igitur posse hypothecæ dari, cùm ea differentia
sit inter pignus & hypothecam, quòd hæc nó rei tra-
ditionem exigit vt pignus, sed nudo pacto constitui-
tur, *l.4.eod.* Est enim hic vnus casus ex iis in quibus
prætor contra regulam vtriusque iuris tam prætorij
quàm ciuilis, dat ex nudo pacto actionem, quæ hypo-
thecaria appellatur, aut quasi Seruiana, vt proinde ra-
tio quam diximus impedire pignus seruitutum, hypo-
thecam earundem impedire non videatur: siquidé ni-
hil vetat de iuribus perinde ac de rebus quæ possi-
dentur fieri conuentionem, dummodo in bonis no-
stris, & in commercio nostro sint. Sed respondendum
est non posse in hac re differre hypothecam à pigno-
re, quia licèt hypotheca constituatur nudo pacto, &
sine translatione possessionis, tamen actio hypothe-
caria, quæ ex eo pacto nascitur in id tantùm datur vt
auocet possessionem, *l.si cùm venditor 66.versicu. non est
idem.ff.de euict.* Ideóque non magis fieri potest ex i-
psa ratione iuris, vt earum rerum quæ possideri non
possunt hypotheca valeat, quàm vt pignus. † Idque
3 est quod ait Marcian. in *l. 5.§.penult.de pign.* inter pi-
gnus & hypothecam nominis tantùm sonum differ-
re, sc. quod ad formulam hypothecariam, cuius eadem
vtroque casu vis est, & potestas. Est enim ea lex sum-
pta ex Marciani lib sing. ad formulam hypothecariã,
quod & iam alij ante nos obseruarunt: sed illud ma-
gis mirum est quod in *d. §.l.si is qui. §.vlt.* loquitur I.
C. nominatim de seruitutib. vrbanorum prædiorum.
4 † Inde namque videtur inferri posse, aliud eum existi-
masse in seruitutib. rusticorum prædiorum, vt sc. dari
possint, & pignori & hypothecæ. Et ita esse fatentur
vulgo interpretes, differre nimirum hac in re seruitu-
tes rusticas ab vrbanis. vt hæ oppignerari non possint,
5 illæ possint. † Cuius differentiæ rationem illam adfert
Bartolus quod vrbanæ sunt perpetuæ, rusticæ verò
non item: quasi perpetuitas illa, vt cum eo loquar, vr-
banarum seruitutum non patiatur vt pignori dentur
creditori qui eas fortè pro arbitrio suo extincturus
esset, atq; ita vrbé ad cuius decoré eæ seruitutes perti-
nent, deformaturus. Quod ne eueniat summoperè ca-
uere legislator debet *l.vlt.ne quid in loc pub.* Sed quàm
falsa sit ratio hæc diuersitatis apparet manifestè ex eo
quod alibi disputauimus, & verissimum est, seruitutes
omnes causam debere habere perpetuam, nec minùs
rusticas quàm vrbanas ex *l foramen 28.de ser.vrb præd.*
Neque verò desunt pleræq; seruitutes vrb. quæ tolli
possint, ita tamé vt ciuitas ruinis nó deformetur. Nec
deniq; verum est, quod Bart. & sequaces volút, serui-
tutes rusticas oppignerari posse ab eo cuius prædio
debeantur, siue iuris rationem, siue æquitaté intuea-
mur. vt paulò pòst ostendemus. † Itaq; Franc. Duaren. 6
lib 2.disp c.3 post explosam, beneq. confutatam distin-
ctionem hanc interpretum, nouam ipse opinioné in-
duxit vt hac parte non sint separandæ seruitutes vr-
banæ à rusticis, sed tantùm seruitutes iam constitutæ
à constituendis, & separanda præterea ratio iuris ab
æquitate. Putat enim tam vrbanas quàm rusticas ser-
uitutes, si iam constitutæ sint, non posse oppignerari,
neque ex ratione iuris, neque ex æquitate: si verò núc
primùm iure pignoris constituantur, non posse quidé
ex ratione iuris valere conuentionem, quia seruitutes
non magis ad tépus, quàm ex tempore constitui sum-
mo iure possint, *l.4.ff de seruit.* verùm tamen ex æqui-
tate, ac propter vtilitatem contrahentium defendi, si-
ue vrbana sit seruitus, siue rustica, cùm vrbana quoq;
precario dari hoc modo possit, *l.3.ff de precar.* † At có- 7
tra hanc quoque sententiam multis argumétis insur-
git Iacob. Cuiac. lib. 15. Obser. cap 6. probátque quod
certè negari non potest, ex vtriusque legis coniúctio-
ne differentiam ponendam esse inter seruitutes rusti-
cas, & vrbanas. Cur enim Marcianus in *d.l.si is qui.§.
vlt.* loqueretur de seruitutibus vrbanorum prædiorum
nominatim, si idem sentit de seruitutibus rusticorum?
Et contrà, cur Paulus in *l.sed an via* 12. de seruitutibus
rusticis, si non aliud constituisset in vrbanis? Nec sanè
credendum est Duarenum in eam venisse sentétiam,
vt seruitutes vrbanas à rusticis non distingueret, nisi
quia dissimilitudinis rationem nullam potuit inueni-
re. Cuiacius verò eam adfert, quòd de pignoris natu-
ra sit, vt queat distrahi, adeo vt sit inutile pignus quod
alij vendi non potest, & ob eam causam non valeat
conuentio, ne pignus vendi possit, *l.4.ff.de pignor.act.
l.mulier 11. C.de distract. pignor.* Atqui seruitutes vr-
banæ, inquit, non possunt distrahi, quia fieri nequit vt
reperiant emptorem, cùm nullam possint adferre vti-
litatem alij prædio, quàm cui primùm debentur, vt
cernere est in seruitute tigni immittendi, stillicidij a-
uertendi, & aliis similibus. At seruitutes rusticæ faci-
lè possunt vendi & inuenire emptorem, Puta si habeã
vicinum cui æquè commodum & vtile futurum sit
ac mihi transire per fundum tuum, vt eat in suum. † 8
Verùm neque hæc viri doctissimi sententia probabi-
lis mihi videtur. Primùm quia sic ille loquitur, quasi
seruitutum oppigneratio valeat ipso iure. Ad eam e-
nim obiectionem quam videt fieri ex eo posse, quod
seruitutes ad tempus constitui non possint. *dict.l.4.de
seruit.* Respondet fieri ex natura pignoris vt nihilo-
minùs oppignerari queant, quoties aliud nihil impe-
dit pignerationé: quia, inquit, omne pignus constitui-
tur ita vt possit in perpetuum distrahi si creditori non
fuerit satisfactũ: Et tamé ea ipsa lex Pauli qua ille ni-
titur, vt probet seruitutes rusticas pignerari posse, *d.l.
sed an via,* declarat apertissimè non nisi propter vtili-
tatem contrahentium receptam esse, aut recipiendam
eam sententiam; quæ habet, seruitutes rusticas oppi-
gnerari posse. Et. v. ita esse concluditur necessariò ex
eo quod diximus. & Cuia. fatetur, nullas seruitutes ad
tempus cóstitui posse d.l 4. Nam & inde est, quod ait
l.locare 19. ff.locat. Neminem posse locare seruitu-
tem: quod sicut generaliter scriptum est, ita & gene-
raliter intelligendum, vt neq, seruitus vrbana, neque

rustica locari possit, neque ab eo cui sit dominus fundi seruientis, neque ab eo cui seruitus debeatur: quod & Cuiac. fatetur, non alia id ratione quam quòd locatio sit ad tempus, præterquàm si de fundis vectigalibus aut emphyteuticariis agatur, seruitus verò ad
9 tempus constitui nequeat. † Nec oppignerationē seruitutis ea ratio tueri potest, quam adsert Cuiac. quòd sit ex natura cuiuslibet pignoris vt in perpetuum distrahi possit. Aliud enim est de oppigneratione seruitutis, aliud de pignoris venditione tractare. Pignoris quidem venditio, & aliarum rerum in perpetuum fit, non ad tempus, sed non eo minùs verum est omne pignus esse ad tempus, cùm ex cuiusque pignoris natura illud sit, vt lui possit, priusquā de ipsius distractione quæratur. Itaque pignoris venditio quidem nō est ad tempus, sed pignus ipsum ad tēpus est, vt locatio: propter quam causam placuit neque ex pignore, neq; ex locatione dominium transferri, quippe cuius trāsferendi causa semper debet esse perpetua, numquam temporalis, *l. 1. ff. de sur. dot. sumpt. l. non solet. 39. ff. locat.* Igitur debuerat potiùs inferre Cuiac. ex eo quo videbit, omne pignus esse temporale: Nullam ergo serui-
10 tutem oppignerari posse. † Deinde labitur apertè vir doctiss. in eo, quòd nō separat hac in re seruitutes cōstitutas à constituendis, in eóque multò meliùs sensit Duar. qui putauit separandas. Neque enim fieri potest vt seruitus iā constituta oppigneretur à domino prædij dominantis cùm prædium ipsum non oppigneretur. Siquidem ea seruitus vsq; adeò ius est prædij dominantis, vt ne aliud quicquam esse videatur, quàm prædium ipsum qualiter se habens, vt initio diximus ex *d. l. quod aliud. 86. de verb. sign.* Quomodo igitur fieri potest vt oppigneretur seruitus prædij iam consti-
11 tuta, prædio ipso non oppignerato? † Nec minùs erroneum illud est, quod adsert Cuiac. Seruitutes vendi posse tā à domino fundi cui seruitus imponitur, quā ab eo cui seruitus debetur ex *l. cum manu sata 8. § 1 ff. de contr. emp. l. 3. § si iter. l. tenetur. 6. § si tibi. & seq. ff. de act. emp.* Neque enim iis locis agitur de seruitute vendita, quæ iā antea deberetur, sed de seruitute per venditionem constituta quam procul dubio nihil prohibet vendi, etiam fundo non vendito. Quinimò vt possit vendi, necesse est fundum retineri à venditore seruitutis, quoniam alioquin fundo vendito cum seruitute, quomodo posset idem fundus emptori, eidémq; nouo suo domino seruire? *l. in re communi. 25. de ser. vrb. præd.* † At in *d. l. tenetur. § sed si fundū,* vbi tractatur de
12 vendita seruitute quæ iam erat constituta, ponit etiā Iurisconsultus venditum fuisse fundum, cui seruitus debebatur, vt intelligamus nō posse tales seruitutes iam constitutas vendi sine prædiis, quibus debentur: Nec sanè aliter constitui ius posset citra summam iniuriam eius cuius prædium seruiret, etiam admisso eo quod numquam admittendum est, vt ius prædij vnius possit ab eo separari, & fieri ius alterius. Ita nāq; fieret multo deterior conditio seruitutis, nimirum in eo quòd fundus qui ab initio non nisi vni prædio seruitutem debuisset, inciperet postea eam pluribus debere, saltē quandiu pignus duraret. Facta v. seruitutis venditione, etsi nō deberetur seruitus nisi vni prædio, deberetur tamen alij prędio, quàm cui fuisset constituta, idque ignorante eo, qui esset dominus fundi seruientis, cuius tamen quam maximè interesset, neque augeri, neque immutari seruitutem. Generalis enim regula est in tractatu isto de seruitutibus, Nihil fieri posse propter quod deterior seruitutis cōditio efficiatur, licèt melior fieri possit. *l. seruitutem. 20. § illud sciendū. de seru. vrb. præd. l. cum ædificium 24. eo.* † Nec ad rē per-
13 tinet, quod seruitutes rusticæ iam constitutæ eo tempore quo pignori dantur, non minùs facilè possunt reperire emptorem, quàm repertura essent, si nunc primùm iure pignoris constituerentur: Qua vna ratione mouetur Cuiac. vt putet indistinctè admittendam cuiuslibet seruitutis rusticæ oppignerationem: quasi verò in hanc rem tātùm sit necessarium vt seruitus oppignerata possit vendi, ac non potiùs & ante omnia illud inspiciendum sit, an aliquid extet, de cuius venditione tractari possit. Quis enim dixerit ob hoc solū posse quid oppignerari, quòd possit etiam vendi? An non ratione ista concluderemus, res etiam alienas oppignerari posse, cùm vendi possint, *l. rem alienam. 28. de contr. emp.* Et tamen alienam rem oppignerari nō posse certum est, *l. rem alienam 41. de pign. act. l. 1. & tot. tit. C. si res alien. pign. dat. sit.* nempe quia non posset tale pignus valere citra iniuriam domini qui rem suam ab alio obligatam non posset euincere, nisi soluta priùs pecunia quæ deberetur, quod tamen esset euidenter iniquum, & contra regulam iuris naturalis & ciuilis, quę habet, Alteri per alterum iniquam conditionem inferri non debere. Eâdem ergo ratione dicendum est non posse oppignerari seruitutem siue vrbanam, siue rusticam, quę iam fuerit constituta, quantumuis inueniret emptorem, quia non posset fieri sine iniuria domini ad quem prædium seruiens pertineret. Esset autem bona ratio Cuiacij, si seruitutis constitutæ oppignerationem nihil aliud impediret, quàm quod ea vendi posset. At cùm de pignore priùs tractandum sit quàm de pignoris venditione, priùs debuerat Cuiac. probare seruitutem rusticam iam constitutam posse dari pignori quàm iure pignoris vendi posse. Est enim recta consecutio à constitutione pignoris ad venditionem, vt quicquid vtiliter datum est pignori, debeat etiam posse distrahi: sed non est bona consecutio, vt quicquid posset distrahi, si vtiliter pignori datum esset, hoc ipso videri debeat vtiliter datum esse, tū quoque cùm ex eo futurum est, vt alteri iniuria inferatur.

CAPVT VII.

De differentia seruitutum vrbanarum & rusticarum, Item constitutarum & constituendarum, si de ipsarum oppigneratione quæratur.

SVMMARIA.

1 *Seruitutes rusticas constituendas ex æquitate ac propter vtilitatem contrahentium oppignerari posse.*

2 *Cur hac parte seruitutes constituendæ à constitutis separentur?*

3 *Difficilius esse vt seruitutes pignori quàm vt precariò dentur.*

4 *Seruitutes constitutas etiam precariò dari non posse.*

5 *Quænam cōcurrere necesse sit vt seruitutes rusticæ constituendæ oppignorari possint?*

6 *Pignus seruitutis sine prædio vendi non posse nisi in constituenda seruitute id nominatim cautum sit.*

7 *Seruitutes vrbanas non ideò minùs constitui quòd vicini prædium interpositum sit, rusticas verò interiacente prædio quod seruitutem non debeat, impediri.*

8 *Seruitutem vrbanam pignori dari non posse, ne quidem si expressè conuenerit vt eam vicino vendere liceat, quippe qui citra emptionem eandem vtilitatem seruitutis habiturus sit.*

9 *Non posse eiusmodi seruitutis oppignorationem ideò valere, quod vicino vtilis emptio ob hoc saltem esse possit, ne is cui ea seruitus debetur eam fundi seruientis domino pretio accepto remittat.*

10 *Cur*

10 *Cur liberum prædium interpositum seruitutis vrbanæ constitutionem non impediat, in rusticis vero seruitutibus constituendis obstet?*

11 *Cur Seruitutum rusticarum constituendarum locatio permissa non sit sicut oppigneratio.*

12 *Seruitutes vrbanas ex vtilitate contrahentium precario constitui posse.*

13 *Quænam ratio seruitutum rusticarum eo tempore quo cõstituuntur oppignerationem permitti suadeat?*

i DIcendum igitur est, meo iudicio, cum Duareno
contra Cuiacium, separandas esse seruitutes con-
stituendas à constitutis, sed tamen cum Cuiacio con-
tra Duarenum, separandas etiam vrbanas à rusticis:
non quidem si rationem iuris spectemus quæ semper
illa obstat, quòd seruitus, vt superiore capite disputa-
uimus, constitui ad tempus non possit, omne verò pi-
gnus sit ad tempus, sed ex æquitate, ac propter vtili-
tatem contrahentium, vt scriptum est in *d.l. sed an vie,*
12. ff. de pignor. quæ vtilitas rusticarum duntaxat serui-
tutum oppignerationem induxit, non etiam vrbana-
rum propter illam diuersitatis rationẽ quã attulit Cu-
iacius, quod vrbanæ seruitutes non possit vendi sine
prædio cui debentur, nec si dominus ipse prædij ser-
uientis consentiat quia non alij quàm domino fundi
dominanti vtiles esse possunt: inutile autem pignus
fit quod distrahi nequeat. Seruitutes autem rusticæ
possunt vendi, quoniam alij etiam vicino vtiles esse
2 possunt. † Ideo autem separamus seruitutes constitu-
tas à constituendis, quòd cùm pignori datur seruitus
iam constituta, fit iniuria domino prædij seruientis:
cùm verò seruitus nunc primùm constituitur pigno-
ris iure, & hac lege nominatim adiecta, quam requirit
Paulus in *d.l. sed an viæ,* vt non soluta ad diem pecunia
liceat creditori oppigneratam sibi seruitutem alij vi-
cino distrahere, nulla fit iniuria domino fundi seruiẽ-
3 tis, qui hanc ipsam legem sibi dixit. † In quo quemad-
modum errauit Cuiac. ita & à contrario Duarenus,
non in eo solum quòd seruitutes vrbanas à rusticis
non distinxit quomodo distinxerunt Iureconsulti in
d.l. 11. §. vlt. & l. 12. de pign. sed in illo etiam quòd ean-
dem precarij & pignoris rationem esse existimauit.
Nihil enim est quod eum tam fefellerit, vt dixerit ser-
uitutes etiam vrbanas constitui posse iure pignoris,
quàm quod vidit posse illas etiam dari precario *d.l. 3.*
D. de precar. Quasi non sit difficilius vt dentur pigno-
ri, quàm vt dentur precariò: Nec animaduertit diffe-
rentiam illam quæ alioqui pereuidẽs est inter pignus
& precarium, quòd valet precarium omnium rerum,
quæ aliquam commoditatem accipienti præbere pos-
sunt, quamuis distrahi nequeant at non similiter dari
possunt pignori ea omnia quæ commodum aliquod
adferre queant, si non etiam illud concurrat vt distra-
4 hi possint. † Contrario autem errore Cuiacius existi-
mauit seruitutes etiam constitutas posse dari preca-
rio, quod certè non minùs falsum est, quàm si quis
diceret, Posse etiam vrbanas dari pignori. Nam cùm
seruitus aliqua, siue vrbana, siue rustica prædio meo
debetur, non est meum precibus tuis concedere, vt
ea seruitute vti possis in vicini prædium, quia seruitu-
tem debet, sed ad eum pertinet cuius est prædium
seruiens, vt eam commoditatem præstet, si velit. Nec
enim quicquam obstat, quominus idem prædium
eandem seruitutem pluribus præstet, *leg. qui perceptum*
15. D. comm. præd. leg. 2. §. 1. de seruit. rust. præd. & ob id
nimirum I.C. in *dict. leg. 3. de precar.* disertè loquitur
de seruitute per precarium constituta, non de consti-
5 tuta seruitute precariò data. † Nec minùs apertè Pau-
lus in *d.l. sed an viæ,* cùm ex Pomponio scribit viden-
dum esse vt talis pactio fiat, vt quandiu pecunia solu-
ta non sit, iis seruitutibus creditor vtatur, quæ scil. ex i-
pso tempore iure pignoris constituuntur. Idq. ita de-
mùm si vicinum fundum habeat creditor, itemq; si in
conuentione illud etiam adiectum sit, vt si pecunia
intra diem constitutum soluta non sit, liceat vicino eas
seruitutes ita constitutas pignoris iure alij vendere,
qui sit etiam vicinus, vt intelligamus, nisi hæc omnia
concurrant, non posse defendi oppignerationem ser-
uitutum rusticarum, ne quidẽ ex contrahentium vti-
litate: nempe quia non liceret creditori seruitutem i-
ta constitutam vendere nisi in ea seruitute constituẽ-
da nominatim id cautũ esset. † Quod non satis bene à 6
Cuiac. obseruatum est, cùm scripsit pignus seruitutis
hac in re nõ differre à cæteris pignoribus, sed eandem
naturam & conditionem habere, vt in perpetuum di-
strahi possit. Perpetuus.n. viri doctissimi error in eo
est, quod putat seruitutem, quæ est eius prædij, posse
vendi sine prædio, quod tamen fieri nunquam potest
nisi in seruitute constituenda id nominatim cautum
sit, *l. cum essent 33. §. 1. de seru. rustic. præd.* Solet.n. prætor
tueri conuentiones quæ fiunt de seruitutib. eo tem-
pore quo constituuntur, licèt à ratione iuris sint alie-
næ, puta si vel ex tempore, vel ad tempus constitutæ
sint, vel sub conditione, vel ad conditionem, quia cre-
dibile est, eum qui hac lege seruitutes constituit, non
aliter eas constituturum fuisse *d.l. 4. D. de ser. l. cum qui*
ita 56. § qui ita. in fi. De ver. obl. † At fortasse obiiciet 7
quispiam, Si nihil aliud impediret oppignerationem
seruitutum vrbanarum, nisi quòd vendi non possunt
(ne scil. oppigneratio illa vtilitatis causa defendi pos-
sit, sicut defenditur oppigneratio seruitutum rustica-
rum) non debuisse hac parte separari seruitutes rusti-
cas ab vrbanis, cùm è contrario seruitutum vrbanarũ
propriũ illud sit vt interpositum prædium vicini non
impediat quominùs constituantur, *ex l. si ædes meæ 38.*
cum seq. De ser. vrb. præd. l. in tradendis 7. § interpositis.
D. comm. præd. l. loci corpus 4. § vltim. & l. seq. si ser. vind.
quod in seruitutib. rusticis diuersum est, quas constat
impediri si medium prædium sit quod seruitutem nõ
debeat, *leg. qui sella 7. in fin. de seru. rust. præd.* Cur non e-
nim posset vendi seruitus vrbana, quæ sic esset consti-
tuta, & emptorem reperire, saltem vicinum illum, cu-
ius ædes essent interpositæ, & cuius maximè interes-
set suis ædibus acquirere illam seruitutem? † Verùm 8
respondendum est pro Cuiacio, cum quo & nos hac
parte sentimus, non posse vrbanam seruitutem dari
pignori, nec si ea conuentio expressim facta sit, vt li-
ceat illam vicino vendere (hoc enim addendũ neces-
sariò est, vt retineatur ea differentia quã ponimus in-
ter vrbanas & rusticas seruitutes) quia nec credibile
est, vicinum vnquã empturum illam, quippe qui ean-
dem vtilitatẽ seruitutis habiturus sit etiã citra emptio-
nẽ. Si.n. ædes Titij vicini mei debeant tuis seruitutẽ
altiùs non tollendi, & meæ interpositæ sint, nõ potest
fieri vt tu ea seruitute vtaris, quin ego etiam vtar, siue
meæ quoque ædes tuis debeant eandem seruitutẽ, si-
ue nullam. Cur ergo emerem à te eam seruitutẽ quã
nec possis retinere, quin ego eâdem vtar, nec alij ven-
dere, cui s. ea emptio vtilis esse nõ possit? † Replicabis, 9
Imo posse fieri vt mihi vtilis sit emptio ob hoc saltem
ne alioqui eam ipsam vendas, i. accepto pretio remit-
tas domino fundi seruientis, qui postea ædes suas altiùs
sublaturus sit, atq; ita meis incommodaturus. Sed non
potest hæc ratio facere bonam oppignerationẽ serui-
tutis, quia cùm dicimus inutile esse pignus, quod ven-
di non potest, exigimus vt possit reperire emptorem
alium quàm ipsum debitorem, cùm eo demùm casu

solcat perueniri ad venditionem pignoris, cum debitor non vult soluere, & pignus luere: Quod ipsum vix aliter vnquam contingit, quàm si pecuniam non habeat in numerato, quam tamen statim explicari sibique numerari creditor velit. Nec rursus credibile est, debitorem quemquam fore tam stultum, qui pignus à se datum velit emere, aut potiùs luere à creditore qui nullum alium reperire possit emptorem, præter id quod remissio seruitutis ea potiùs dicenda esset, quã venditio, cùm rem suam emere nemo possit, *leg. suæ rei 16. Digest. de contrah. empt.* multo minùs debitam à prædio suo seruiente. Quod si ponas, vltra ædes tuas, quibus debetur ea seruitus altiùs non tollendi, contiguas esse ædes Sempronij, cui tu eam posses vẽdere, perinde ac mihi: dicam similiter non magis separandum esse vt velit ille emere seruitutem, cuius cõmodum percipiat etiam citra emptionem, præsertim quia etiam vbi eam emisset, tamen esset io potestate mea & tua altius tollendo ædes nostras, siue vtrasque, siue alterutras, facere vt nihil iam tua interesset, an vicinus ille meus suas altiùs tolleret, nécne. Nisi etiam adderes impositam & meis, & tuis ædibus, seruitutem altiùs non tollendi. In quo tamen non video quænam possit esse tua vtilitas in vendenda ea seruitute, cuius non aliter emptorem reperire possis, quam si propriis quoq. tuis ædibus seruitutem imponeres.
10 † Illud tamen explicatione dignũ est, quam rationem habeat quod toties diximus, interpositum prædium liberum non obstare quominùs vrbana seruitus constituatur, cùm tamen obstet in seruitutibus rusticis constituendis. Puto autem diuersitatis huius rationẽ petendam ea eo esse quod alibi docuimus, vrbanarũ seruitutum ius & vsum pendere ea statu ipso prædij seruientis, & dominantis: rusticarũ verò ex facto hominis, cuius est prædiũ cui seruitus debetur, *l. hac autem 6. de seru. vrb. præd.* Inde namque fit vt non possis mihi constituere seruitutem itineris per tuum fundum ad meum, si interpositũ sit prædium Titij quod meo non seruiat, quia nullus mihi vsus esse posset eius seruitutis, nisi eundo per tuum fundum ad meum, ad quem tamen ire nõ possum iure meo, quin ius habeam eundi per fundum quoque Titianum: quod ius non habeo, nec habere possum nisi constituta etiam per Titium seruitute. At cùm agitur de seruitute vrbana, puta altiùs non tollendi quàm ædes tuæ debeãt meis, licèt interpositæ sint ædes Titij, non eo minùs tamen vtor seruitute, & quidem iure meo, ac inuito etiam Titio, quandiu ille non tollit altiùs ædes suas, dummodò tuæ in conspectu mearum sint, quia vsus talis seruitutis non exigit vt quid faciam, aut facere possim in ædibus Titij, sed tantum ne quid ille faciat quod vsum seruitutis impediat. Itaque si ædes suas velit altiùs tollere, atque ita facere ne amplius ædes tuæ in conspectu mearum sint, poterit quidem pro suo iure id facere, & assequi si per longum tempus ædes suas altiùs sublatas habuerit, vt hoc ipso amiserim seruitutem à tuis ædibus debitam meis, scil. non vtendo: sed ea res non impedit, quominus etiam inuito eo inter nos ea seruitus constituatur, tamdiu nimirum futura vtilis, quandiu ille suas ædes altiùs non sustulerit, aut etiamsi sustulerit, dummodò ante completum id tempus quo seruitutes non vtendo amittuntur, sublatas habere desierit, *d. l. loci corpus. §. vlt. l. 5. & 6. in pr. si seru. vind.*
11 † At rursus ille scrupulus adhuc tollendus superest, cur non ergo seruitutum rusticarum saltem & constituendarum locatio permissa sit, sicut & oppigneratio, non quidem ex iuris ratione, quæ nõ magis oppignerationem patitur, quàm locationem, vt supra diximus, sed ex contrahentium vtilitate. Neq. enim dubitandum arbitror, quin quod scriptum est *in l. locare. 44. ff. locat.* seruitutem locari nõ posse, generaliter accipi debeat non solum de seruitutib. omnibus, sed etiam ita vt earũ locatio non magis ex vtilitate contrahentiũ, quam ex iuris ratione defendatur. Verum facilis responsio est, locationẽ nullã fieri nisi eius rei quæ iam sit, & cuius proprietas adeoque possessio remanere debeat penes locatorẽ. Nec quemadmodum necessitas plerumque exigit, vt seruitus rustica vel pignori vel precariò constituatur, ita potest vnquam necessarium videri vt seruitus locetur cum vtilitatem aliquam adferre non possit locatio, quam non facilius & commodius possit quis sibi comparare emendo seruitutem ad tempus, postquàm placuit tales seruitutis constitutiones ad tempus factas defendi à prætore.
† At vt possint seruitutes etiam vrbanæ precario constitui, vtilitas contrahentium facit, 12
ne alioqui nulla supersit ratio adquirendę sibi gratuitò in tempus aliquod seruituris. Nec. n. posset constitui seruitus aliqua titulo commodati, magis quàm titulo locati. Eadem ratione, quia nec commodari potest id quod nondum est, Item quod commodatum vel locatum fuit, restituendum tandem est finito tempore locationis vel commodati. Nihil autem esset quod posset restituere is cui seruitus vel locata fuisset, vel commodata. Quod in precario diuersum est, de cuius natura non est, vt reddi debeat, sed tantùm vt finiri, & quidem ad nutum concedentis, vnde est quod in iuribus quoque potest consistere, *l. 2. §. vlt. ff. de precar.* in quibus tamen nec locatio posset consistere, nec commodatum.
† Quod autem ad pignus attinet, ea ratio vtilitatis suadet, vt permittenda sit oppi- 13
gneratio seruitutum rusticarum, quæ per ipsam pignoris conuentionem tum primùm constituantur, quòd facilè pòssit euenire, vt quis creditorem quærens nullum inueniat sine pignore, nec tamen aliud onus commodè dare possit, quàm seruitutis, cuius cõstitutionem titulo pignoris facere non recuset, spe futuræ aliquando luitionis, quam tamen per venditionem puram & in perpetuum constituere nollet: sicut & facilè possit contingere, vt reperiatur qui velit talem seruitutem pignori accipere, vt liceat sibi vendere illam vicino, si ad certam diem pecunia non soluatur, qui tamen eam pro se empturus non esset, fortassis ea non indigens, & sciens futurum vt quæsitam prædio suo seruitutem alij postea quantumuis vicino vendere sine prædio non posset. Denique in iis omnib quæ contra rationem iuris ea sola contrahentium vtilitate admittit legislator, perpetuò solet obseruare, vt nihil admittatur, nisi quatenus necessitas & libertas commercij exigit, ne priuentur ciues eo commodo, quod ea rebus suis percipere alia iusta & licita ratione non possunt, vt à iuris regulis, quàm minimùm fieri potest, recedatur.

CAPVT VIII.

De oppigneratione vsusfructus, vsus, & habitationis. Et ad l. 1. ff. de vsufr. legat.

SVMMARIA.

1 *Cur vsusfructus magis quàm cæteræ seruitutes oppignorari possit?*

2 *Aliter vsumfructum, aliter rusticas seruitutes oppignorari.*

3 *Vsum sicuti nec locari, nec vendi ita nec pignorari posse, habitationem verò posse.*

4 *Pignus seruitutis rusticæ non aliter valere quàm si ea creditor*

creditor vtatur, in cæteris verò pignoribus creditorem pignore vti non poss. quin furtum faciat.

5 *Ratio diuersitatis.*

6 *Reijcitur ratio ab Interpretibus allata, ob quam seruitutum oppignorationem ipso iure valere non putant.*

7 *Seruitutes in bonis nostris esse.*

8 *Explicatur* l. i. ff. de vsufr. leg.

1 PVgnare † cùm iis, quæ diximus, maximè videtur, quod scriptum est *in d. l. si is qui. 11. §. vsusfructus ff. de pign.* vsumfructum posse dari pignori & hypothecæ, cùm vsusfructus sit seruitus, & consequenter in iure consistat, vt cæteræ omnes seruitutes, nec proinde magis quàm cæteræ oppignerari posse videatur. Sed dissimilis ratio est vsusfructus, & cæterarum seruitutum, quæ prædiorum appellantur, non in hoc tantùm quòd personalis seruitus est, illæ verò reales & prædiales, sed in eo etiam quòd vsusfructus, licèt in iure consistat, non in corpore, nec in parte dominij, tamen omne rei commodum & emolumentum continet, *l. Mæuius. 66. §. fundo. l. cùm filius. 76. §. dominus de leg. 2.* ideóque omnem vtilitatem, quæcumque ex re fructuaria colligi potest, fructuario adferre debet. Atqui fructus rei esse vel pignori dare licere, *l. vlt. ff. de vsur.* Quidni ergo ei licere debeat dare pignori non tantùm vsumfructum, cuius ipse pleno iure dominus est, sed etiam rē ipsam, cuius ille non nisi fructuarius est? Hactenus nimirum vt valeat pignus, quandiu durabit vsusfructus *d. l. vlt.* Alioqui certum est proprietatem à fructuario in perpetuum obligari non posse, *l. inter-*
2 *est. 6. C. de vsufr.* † Sed & obseruandū illud est, alio sēsu nos admittere oppignerationē vsusfructus, quàm admiserimus seruitutū rusticarum. Has. n. ita demū oppignerari patimur si pignoris iure constituantur, non si iam ante fuerint constitutæ. Vsusfructus verò etiā qui iam fuerit constitutus oppignerari potest, quia in eo nulla fit iniuria domino proprietatis, non magis quam si venditus aut locatus esset, quippe qui semper æstimetur ex persona fructuarij, vt eo moriente vel capite minuto finiatur: quod in seruitutibus rusticorum prædiorum diuersum est, quæ si à domino prædij dominantis in alium transferri possent sine prædio, aliæ essent seruitutes, nouaque iura prædiorum quibus acquirerentur, ideóque manerent iis in perpetuum acquisitæ. Nec eo minùs tamen admitto, Posse vsumfructum sicut & seruitutes rusticas constitui iure pignoris, adeóque quod magis est ex ipsa etiam iuris ratione, quia vsusfructus in eo differt à seruitutibus realibus, quòd & ex tempore, & ad tempus constitui potest. *l. 4. ff. de vsufr. l. & puto. 16. vsusfr. ff. famil. ercisc.* quia non quæ ratio impedit ne seruitutes prædiorum ad tempus cōstitui possint, nempe quoniam sunt iura prædiorum, eadem locum habet in vsufructu, quippe qui ius quidem est sed personæ, non prædij. † Alia v-
3 surarij ratio est quia sicuti locare vsum nō potest, nec vendere, ita neque pignori dare, cùm id ad fructus magis quàm ad vsus causam pertineat, *d. l. vlt. De vsur.* vsurarius verò vsum duntaxat habere debeat, non etiā fructū. At in legatario habitationis postquàm placuit Iustiniano vt possit habitationē locare, in *l. cùm antiquitas. 13. C. de vsusf.* facilè etiam illud admitti potest, vt pignori habitatio dari possit, & hac parte vt & in alus plerisque vsufructui magis quàm vsui soli
4 comparetur. † Sed hoc est valde singulare in seruitutū rusticarum oppigneratione, quod vtilitatis causa receptum esse diximus, vt necesse sit pignus illud ita constitui, vt eo vti creditor possit, adeo vt nec aliter valiturum sit, quàm si conueneris vt iis seruitutibus rusticis iure pignoris constitutis vti creditor possit, *l. sed an vtar 12. ff. de pign.* Cum tamen in cæteris pignoribus regulare sit, vt pignore creditor vti nō possit quin furtum faciat, *l. si pignore 54. De furt.* sicut & qui vtitur deposito, aut etiam commodato in alios vsus, aut in aliud tempus, *§. furtum. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.*
† Ratio autem diuersitatis est, quia non posset valere 5
pignus quod non posset vendi: nec vendi, quod non posset tradi: cùm venditor quilibet teneatur ad tradendum, *l. 1. ex empto 11. §. 1. ff. de act. empt.* neq. rursum tradi quod non possideretur à creditore, siquidem traditio nihil aliud est quàm datio & translatio possessionis, *l. 3. in pr. eod.* Ob eámq. causam si non pignus cōtractum sit, quod non contrahitur nisi per traditionem, sed tantùm hypotheca, quæ contrahitur nudo pacto, non prius potest creditor hypothecam vendere, quàm egerit hypothecaria siue contra debitorem ipsum, siue contra quemlibet alium possessorem, ad auocandam scilicet possessionem, *l. si cùm venditor 66. ff. de euict. l. debitor 5. l. vl. & pass. C. de remiss. pign. l. quæ prædium 3. C. de distract. pign.* Ac nec rursus posset creditor seruitutem sibi iure pignoris constitutam possidere, quin prius ei esset tradita aut quasi tradita per debitorem: qui porrò non aliter eā quasi tradere potest, quàm si patiatur creditorem ea seruitute vti, *l. 1. in fin. De seruit. rust. præd.* aut, quod effectu idē est, quàm cauerit per se non futurū, quominùs creditor ea seruitute vtatur, *l. vlt. ff. de seru. l. 3. §. si iter deduct. empt.* Consequens igitur est, vt non aliter valeat pignus seruitutis, quàm si eo pignore creditor vtatur, vel ob id etiam ne alioqui videatur data pignori res, quæ nō sit. Nec. n. seruitus quæ nunc primum constituitur, & qua nemo adhuc vsus fuerit, vlla esse intelligitur
priusquàm seruitute quis vtatur, an vti possit. † Appa- 6
ret verò ex iis quæ hoc capite diximus, quàm stulta sit ratio illa quā adferre nostri solent, quoties quærunt, Cur non valeat ipso iure oppigneratio seruitutū: Rationem. n. aliam non adferunt, quàm quia seruitutes neque in bonis nostris sint, neque extra bona. *l. 1. ff. de vsufr. leg.* pignus a. non aliarum rerum valere possit, quàm quæ sunt in bonis nostris. *l. quæ prædiū. & 1. 2. C. si alien. res pig. dat. sit.* Ita namq post Azonem ratiocinatur Accurs. ad *d. l. si is qui 11. §. vlt. ff. de pign.* Quæ ratiocinatio si recta esset, quæro cur vsumfructum potius quam alias seruitutes oppignerari leges permittant. Nam nec nisi de vsufructu loquitur *d. l. 1. de vsufr. leg.* ex qua desumunt illi propositionem istam, Seruitutes neq. in bonis nostris, neque extrà bona esse. † 7
Quidni verò sunt in bonis nostris, cum earum nomine & actiones competant, & exceptiones & interdicta *tot. tit. ff. si seru. vind. vel ad alium pertin. neget.* Et *tit. De itin. actúque priuat.* Siquidem solemus dicere, & verissimum est, eam demum rem in nobis nostras esse, cuius nomine & actionem habemus ad eam consequendam, & exceptionem ad retinendam, *l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom.* † Neq. verò existumandum est a- 8
liter Paulum sensisse *in d. l. 1. de vsuf. leg.* vbi quod scripsit, *quia id neque ex bonis, neque extra bona sit,* non ad vsumfructum, aut ad seruitutem simpliciter referendū est, sed ad vsumfructum itineris, de quo ibi agitur, & ad seruitutem seruitutis quæ per rerum naturam nulla esse potest, quia & secundum philosophos accidens accidentis non est: Non entis autem nullæ sunt qualitates, vt proinde id quod neque natura neque iure subsistit, nec in bonis nostris, nec extra bona nostra esse possit. Planè quod sequitur in d. l. 1. ab illis verbis, *sed incerti actio,* vsque ad finem legis Triboniani omnino est, non Pauli cum abhorreat euidenter à iuris ratione, vt alio loco ostendemus.

Capvt IX.

De vſucapione & longa quaſi poſſeſſione ſeruitutum.

SVMMARIA.

1 *Cur ſeruitutes prædiorum ſiue vrbanorum ſiue ruſticorum vſucapi non poſſint?*

2 *Specialiori ratione ruſticarum ſeruitutum vſucapionem impediri.*

3 *Vrbanarum ſeruitutum quaſi poſſeſſionem continuam, ruſticarum verò interruptam eſſe.*

4 *Alia differentia inter vrbanas & ruſticas ad earum amiſſionem pertinens.*

5 *Non poſſe ſeruitutem vrbanam prædio dominanti debitam amitti, quin ſeruitus ei contraria à domino prædij ſeruientis ſtatim acquiratur.*

6 *Explicatur* §. vlt. l. 4. ff. de vſucap.

7 *Contrariam illam ſeruitutem quæ per libertatis vſucapionem acquiritur odioſam non eſſe, eiuſque vſucapionem permittendam eſſe.*

8 *Lege Scribonia vſucapionem ſeruitutis odioſa, non etiam eius quæ fauorabilis eſt ſublatam eſſe.*

9 *Quomodo libertas ſeruitutis vrbanæ vſucapi poſſit?*

10 *Seruitutes licèt vſucapi non poſſint, pro iure conſtitutis haberi, ſi forte earum vetuſtas tanta ſit vt memoriam hominum excedat.*

11 *An illi iuris loci qui de ſeruitute longo tempore acquirenda tractant, de decennio vel vicennio, an verò de tempore immemoriali accipiendi ſint.*

12 *Corraſij hac parte diſtinctio inter iuris rationem, & æquitatem ſiue publicam vtilitatem refellitur.*

13 *Refutatur alia Interpretum diſtinctio inter ſeruitutes continuas & diſcontinuas.*

14 *Pleraſque ſeruitutes vrbanas quaſi poſſeſſionem continuam non habere.*

15 *Omnes ſeruitutes tam vrbanas quàm ruſticas cauſam perpetuam habere debere, vbi quid ſit cauſa perpetua docetur.*

16 *Aquæductus ſeruitutem, licèt diſcontinua ſit, longo tempore & ſine titulo acquiri poſſe.*

17 *Nullam aliam ſpeciem ſeruitutis vſucapi poſſe, quàm eam quæ in conſequentiam vſucapta libertatis neceſſario acquiritur.*

1 SEruitutes † prædiorum, ſiue vrbanorum, ſiue ruſticorum vſucapi non poſſe notiſſimum eſt, *leg. ſeruitutes 14. ff. de ſeru.* ratione illa omnibus cõmuni, quòd ſeruitutum omnium natura ea ſit, vt poſſideri non poſſint, cùm ſint incorporales. *leg. ſi ædes meæ 32. §. 1. vrban. prædior.* Certum enim eſt ſine poſſeſſione nullam eſſe vſucapionem. *l. ſine poſſeſſione 25 ff. de vſuc.* † In

2 ſeruitutibus tamen ruſticis alia ſpecialior ratio eſt quæ impedit vſucapionem, nimirum quòd tales illæ ſunt vt non habeant certam & continuam poſſeſſionem. Nemo ſiquidẽ tam perpetuo & tam continenter iure agere poteſt, vt nullo momento eius poſſeſſio interpellari videatur, *d. l. ſeruitutes.* Atqui ad vſucapionem non tantùm neceſſaria eſt poſſeſſio, ſed illud etiam, vt poſſeſſio ſit continua. Ergo quod ſequitur *in d. l. ſeruitutes*, idem & in ſeruitutibus prædiorum vrbanorum obſeruari, quod ſcriptum fuit in ſeruitutibus prædiorum ruſticorum, non ſic accipiendum ſit, quaſi nulla ſit hac parte inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas differentia, quod ad continuã earum poſſeſſionẽ, ſed tantùm vt non magis vrbanæ, quàm ruſticæ vſucapiantur. † Cæterùm vrbanarum ſeruitutum quaſi

3 poſſeſſio continua eſt, non vt ruſticarum, interrupta, quia ruſticæ æſtimantur ex hominis facto, quod continuum eſſe numquam poteſt: vrbanæ verò ex prædij ſeruientis ſtatu, qui ſuapte natura ſemper idẽ manet, quamdiu vel ab homine, vel ipſa temporis vetuſtate non immutatur. Itaque qui habet, exempli cauſa, ſeruitutem tigni immittendi, licèt non niſi ſemel tignum immiſerit in ædes vicini, ſemper tamen ſeruitute vtitur, tum quoque cùm dormit, nec ſolùm quandiu tignum immiſſum manet, ſed etiam exemptum ſit, dummodò non ſit obturatum foramen in quod fuerat immiſſum, *l. hæc autem 6. de ſeruit. vrbanor.*

prædior. † vbi Caius aliam ex hoc differentiam infert 4

inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas: nempe quòd ruſticæ ſolo non vſu pereunt & amittuntur: vrbanæ verò non aliter quam ſi dominus prædij ſeruientis aliquid in ſuo prædio fecerit contra ſeruitutem, quæ debebatur, quod videri poſſit acquiſiuiſſe prædio ſuo libertatem: puta in ſeruitute tigni immittendi, ſi foramen ex quo tignum exemptum eſt, obturauerit: aut in ſeruitute altiùs tollendi, ſi ædes ſuas quæ ſeruiebant altiùs ſublatas per ſtatutum tempus habuerit. Quoniam alioqui nihil eſſet ex quo poſſet dici dominum prædij dominantis non eſſe vſum ſeruitute, cùm non priùs incipiat non vti, quàm à vicino aliquid factũ ſit per quod vti prohibeatur. † Ex qua differentia 5

rurſus illa naſcitur, quòd nõ poteſt amitti ſeruitus vrbana quæ debebatur prædio dominanti, quin hoc ipſo dominus prædij ſeruientis vſucapiendo libertatem ſuarum ædium, acquirat iis ſeruitutem contrariam ei, quæ amiſſa fuit, hoc eſt, negatiuã, ſi amiſſa fuit affirmatiua, & contrà. Exemplũ eſto in eo cuius ædes debebant ſeruitutẽ altiùs non tollendi. Nã ſi ædes ſuas altiùs ſublatas habuerit per ſtatutum tempus, quod olim erat bienni, hodie decennij, aut vicennij, non tantùm dicetur vſucepiſſe libertatem ſuarum ædium, *d. l. ſi ædes 32 § libertas. de ſeru. vrb. præd.* ſed etiam hoc ipſo acquiſiuiſſe ſeruitutem altiùs tollendi, non per quam cogat vicinum altiùs tollere (nulla enim talis ſeruitus prodita eſt, *l. quoties. §. 1. de ſeru.*) ſed vt habeat ius ædes ſuas altiùs tollendi inuito etiam vicino, cùm anteà prohibente ſeruitute id facere non poſſet. Atque ita cùm deberent ipſius ædes ſeruitutem negatiuam, acquiſiuit iiſdem ſeruitutem affirmatiuam. † Et 6

hoc eſt, vt puto, quod ait *l. 4. §. vlt. de vſuc.* libertatem ſeruitutum vſucapi poſſe, nec prohiberi vſucapionem per legem Scriboniam, aut, vt alij malunt, Voconiam, quæ vetabat ne ſeruitutes vſucaperentur. Id enim pertinebat ad eas ſeruitutes quas aliquis ſibi per vſucapionem acquireret, ac tum primũ conſtituere vellet. Quæ vſucapio inhibenda fuit fauore libertatis naturalis omniũ rerum, quam conſeruari publicè intereſt, perinde ac ipſam hominũ libertatẽ, niſi quatenus iure conſtituta ſeruitus reperiretur. At hæc eadẽ ratio facere debuit, vt libertas ſeruitutum vſucapi tanto facilius poſſet, cùm per talem vſucapionem nihil noui fiat cùm ad priſtinam libertatẽ, ſtatúmque naturalẽ res reuocatur. † Nec pugnat, quòd proximè 7

diximus, vſucapi non poſſe libertatem ſeruitutis vrbanæ, quin hoc ipſo ſeruitus priori contraria vſucapiatur, lege autẽ Scribonia ſublatã eſſe vſucapionem ſeruitutũ. Illa. n. ſeruitus contraria, quæ per vſucapionẽ libertatis acquiritur, non eſt talis ſeruitus, quæ videri debeat odioſa, & cuius vſucapionẽ oportuerit eã ob cauſam lege Scribonia inhiberi, cum ea nihil aliud inducat, quã vt dominus prædij ante ſeruientis poſſit liberè vti fundo ſuo, acſi nunquam ſeruitutem debuiſſet, niſi quòd hoc ipſum ius vtendi liberè fundo ſuo, ſeruitus hodiè eſt, quod non eſſet ſeruitus ſi contraria nulla præceſſiſſet. † Igitur quod ſcriptum eſt in 8

d. l. 4. §.

d.l.4.§.vlt. sublatam lege Scribonia vsucapionem per quã seruitus constitueretur, intelligi debet de ea seruitute quæ sit odiosa, & contra naturalem prædij libertatem, non de illa quæ sit è contrario fauorabilis, & restitutam prædij libertatem necessariò concomitetur.
9 † At difficilius illud videtur, quomodo possit vsucapi libertas, cum ea non minus quàm seruitus, sit quid incorporale, & quod possideri non potest. Verũ ad hanc dubitationem respondet Iulianus *in d.§.libertas*, naturam seruitutum etiam vrbanarum eam esse, vt quamuis possideri non possint, tamen intelligatur earum possessionem habere is qui ædes possidet, indeque fieri vt is, qui ædes possidebat quæ debebant seruitutem altius non tollendi, cum libertatem seruitutis vsucapere cœperit, & iam altius ædificatũ habere, deinde ante statutũ tempus desierit eas possidere, interpellata sit vsucapio, sitque ei necesse qui postea easdem ædes possidere cœperit, vt integro statuto tẽpore eas possideat, ad libertatẽ vsucapiendã. Ex quo apparet, quoties de libertatis vsucapione tractamus, non nisi de libertate seruitutis vrbanę nos intelligere. Nã seruitutis rusticæ libertas vsucapi nunquã potest, cum acquiratur, vt diximus solo non vsu domini prædij dominantis.
10 † Quamquã autẽ seruitutes vsucapi non possunt, neq. per longi temporis possessionẽ acquiri, tamen pro iure constitutis habentur, si fortè earum vetustas tanta sit vt memoriam hominum excedat *l.3.§.ductus aquæ.ff de aqua quotid.& æst.* vbi scriptum est, ductum aquæ, cuius origo memoriam hominum excesserit, haberi loco eius qui iure sit constitutus. Quò etiam pertinet, quod scriptum est *in l.1.§.vlt.ff de aqua & aq.pluu. arcend.* quotiescunque seruitus non inuenitur imposita, eum qui diu illa vsus sit, neque vi, neque clam neque precariò videri habuisse longa consuetudine, vel ex iure impositam seruitutẽ, vt intelligamus nihil referre an ex iure, an ex consuetudine seruitus imposita sit, quoniam longa consuetudo ius est, & ideo non minus habilis quàm conuentio aut legatum ad imponendas & constituendas seruitutes, quæ sunt iura. Vnde & Paulus noster *in l.2.in pr. eod. tit.* inquit tria esse in summa per quæ locus vnus seruiat alteri. Conuentionem partium, Naturam loci, puta si fundus vnus sit superior, alius inferior (semper enim qui inferior est, naturaliter seruit superiori *d.l.1.§.sed etsi vicinus.& d.§.vlt.*) & deniq. vetustatem, quæ, inquit, semper pro lege habetur, minuendarũ scilicet litium causa.
11 † Etsi non parua dubitatio est, an iis locis dicatur ille diu vsus seruitute, qui vsus est per longum duntaxat tempus, id est per decenniũ inter præsentes & vicennium inter absentes. An verò debeat vterque locus intelligi de eo vsu quem vetustas vsus seruitutis hominum memoriam excesserit *ex d.l.3.§.ductus aquæ.* Eadẽmque dubitatio cadit in responsum Scæuolæ, de quo *in l. vlt. de aqua & aqua pluu. arcen* vbi ait, solere illos, qui iuri dicundo præsunt, tueri ductus aquæ, quibus autoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur. Facit verò dubitationem, quod Vlpianus scribit in *l.si quis diuturno.* 10. *ff. si seruit. vindic.* Si quis diuturno vsu & longa quasi possessione ius aquæ ducendæ nactus sit, non esse ei necesse docere de iure quo aqua constituta sit, veluti ex legato vel alio modo, sed habere illũ vtilem actionem, si ostendat per annos fortè tot vsum se non vi, non clam, non precariò. Illa namque verba *per annos fortè tot*, non obscurè præ se ferunt significati tempus certum, & quod sit longè breuius, quàm quod immemoriale vocant cui etiã conuenit quod scriptum est in *l.1. C. de seruit. & aqua.* longi temporis consuetudinem seruitutis vicem obtinere, si modo is qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possederit: & in *l.1.2.C.eod.* apertè scriptum est. Si quis per fundum vicini eo sciente aquam duxerit, acquisiuisse eum seruitutem tempore, exemplo rerum immobilium. Quæ verba excludunt omnino tempus illud cuius memoria non extet, quippe quod nec longum vnquam appellatur, cùm sit plusquàm longissimum, neque ad vsucapionem, aut præscriptionem rerum immobilium tale vnquam requiratur: præter id quod fieri nequit, vt immemoriale sit tempus illud quo quis aquam duxerit, non magis quàm vt per immemoriale tempus quis vixerit. Accedit quod Paulus in *l. foramen. 28. de ser. u.vrb.prædior.* ait non posse acquiri tempore seruitutem, si foramen sit in imo pariete conclauis, vel triclinij, quod esset proluendi pauimenti causa, quòd id neque flumen, neque alia seruitus esse possit: Ita innuens, fore vt tempore posset acquiri, si tale quid esset quod posset esse seruitus.
† Scio placuisse Ioan. Corra- 12
sio separandam hac parte rationem iuris ab æquitate, & publica vtilitate, vt ex ratione iuris non possit seruitus acquiri tempore præsertim post legem Scribonianam quæ sustulit earum vsucapionem *d.l.4.§.vlt.de vsucap.* iuncta *d.l.seruitutes 14.de seruit.* sed tamen propter vtilitatem publicam receptũ tandem fuisse, vt vsucapi possent quãuis earum natura repugnaret quòd incorporales essent, nec possideri possent. Sed contra sententiam hanc multa vrgent. Illud primum quòd nulla lex est quæ dicat posse vsucapi seruitutes, sed tantùm posse tempore acquiri, quod longè diuersum est. Nam & ea tempore olim acquirebantur, quamuis vsucapi non possent. Longius siquidem tempus exigebat longi temporis præscriptio, quàm vsucapio, & facilius interrumpebatur, nimirum superueniente mala fide, quia minùs fauorabilis erat quod non tam expressa lege, vt vsucapio, quàm moribus esset introducta. Deinde quia leges quæ probant tempore acquiri posse seruitutem, non magis publica vtilitate, quàm ratione iuris nituntur, vt proinde distinctio illa planè commentitia esse videatur. Adde, quòd neque dubitationem nostram tollit, quæ potissimùm in eo est, An ad acquirendas tempore seruitutes necessarium sit tempus immemoriale, an sufficiat decennale inter præsentes, vicennale inter absens. Nam & cum quid diu factũ esse Iureconsulti dicunt, vt plurimùm intelligunt de decennio, vt in *l.si cum fideicommiss. 16. §. An isto. D. qui & à quib. manum.*
† Itaque magis com- 13
muniter probata est ab interpretibus nostris distinctio illa, quæ fuit veterum, an agatur de continua, an de discontinua seruitute. Ita enim solent illi seruitutes distinguere, vt aliæ sint continuæ, aliæ discontinuæ. Continuas appellant eas quæ habent causam continuam, eiusmodi volunt esse seruitutes vrbanorum prædiorum: discontinuas verò, quæ habent causam discontinuam & interruptam, vt seruitutes rusticorum, ex *d.l.seruitutes 14.de seruit.& d.l.foramen 28.vrban.præd.* Volunt autem continuas posse acquiri longo tempore ex *d.l.foramen.& l.1.C.de seruit.* Discontinuas verò non nisi eo tempore quod hominum memoriam excedat, ex *d.l.3.§.ductus aquæ.de aqua quotid.& æst.& d.l.vlt.de aqua & aquæ pluu.arcend.* atque ita esse accipiendam *l.si quis diuturno 10. D. de seruit. vindic.* Ego verò hanc distinctionem semper commentitiam esse existimaui. Inaudita enim sunt prudentibus nostris nomina ista continuarum, & discontinuarum seruitutam,
† & pleræque sunt seruitutes, etiam vr- 14
banorum prædiorum, quæ quasi possessionem continuam non habent, vt seruitus stillicidij immittendi,

immittendi, vel auertendi, seruitus fluminis, id est, foramen per quod fluit aqua de cœlo cadens, vnde aqua non magis assiduè cadere potest, quàm illud fieri, vt assiduè quis vtatur seruitute aquæductus.

15 † Neq. verò ita loquitur Paulus in *d. l. foramen*, vt dicat seruitutes omnes prædiorum aut quasdam debere causam habere continuã, sed ait omnes omnino seruitutes debere causam habere perpetuam, quod planè aliud est. Causa enim perpetua dicitur, quæ est naturalis, licèt non habeat effectum continuum, & numquam interruptum, quia, vt lex ait, quod ex naturali causa fit, licèt non assiduò fiat, perpetuò tamen fieri intelligitur, nempe, quia perpetuò fieri posset, si rerũ vtilitas, & natura id exigeret. Proinde non sunt hac parte separandæ seruitutes rusticæ ab vrbanis, vt ex eo intelligamus, quod in eadem *l. foramen*, Paulus loquitur, etiam de aquæductu, quam tamen nemo negauerit esse rusticam seruitutem. Et huius propositionis ratio illa est, quia seruitutes nihil aliud sunt, quàm iura prædiorũ, iura verò prædiorum nihil aliud quàm ipsa prædia qualiter se habentia, *leg. quid aliud 86. de verb. signif.* Atqui prædia ipsa sicut naturaliter, ita perpetuò sunt prædia, ergo & iura prædiorum perpetua esse necesse est, & consequenter causam habere naturalem, vt possint esse perpetua. Ex quo infert Paulus in *d. l. foramen*, non posse aquæductum constitui ex stagno, quod scilicet in plano continetur, neque ex lacu, qui nõ sit viuus & perpetuus, qualis ille est de quo in *l. via 23. §. 1. rust. præd.* sed qui nihilò magis dici posset lacuna viuam aquam non habens, quia talis lacus post constitutam aquæductus seruitutem fortasse cito aresceret, atque ita perpetua seruitus esse non posset: ideóque nec ex cisterna eadem seruitus constitui potest, quia non habet perpetuam causam, nec viuam aquã, *l. 1. § hoc interdictum. de cisterna. D. de fon.* nec rursus ex puteo possis seruitutem haustus imponere, nisi habeat aquam perennem *l. 1. §. sequitur 5. de aqua quotid. & æst.*

16 † Deinde facit contra interpretum sententiam, quod seruitus aquæductus est ex earum numero, quas illi discontinuas vocant, cùm fieri nequeat, vt assiduè & continenter aqua ducatur, neque rursum id etiam præ his, quibus talis seruitus debeatur, expediat. Et tamen seruitutem aquæductus acquiri posse longo tempore exemplo rerũ immobilium, adeóque quod magis est sine titulo apertè scriptum est in *d. l. 2. C. de seruit.* & *d. l. si quis diuturno 10. D. si seruit. vindic.* Alia igitur conciliatio quærenda est. & illud primùm quidem iudicio meo animaduertendum, nullo iuris loco scriptum esse,

17 † Vsucapi speciem vllam seruitutis, præter eam quæ vsucapitur necessariò in consequentiam vsucaptæ libertatis, si qua seruitus antea debebatur. Et verò cùm ius vsucapionis inductum sit lege duodecim tabularum iis verbis, *Vsus auctoritas fundi biennium esto, cæterarum rerum vsus annuus esto*, nemo vtique dixerit seruitutes quæ iura sunt, & incorporales, fundi appellatione contineri, quamuis fundo adhæreant *dict. l. seruitutes 14. D. de seruit.* multo minùs appellatione rerum mobilium, cùm adhæreant rebus immobilibus, adeo, vt ab iis separari non possint, non magis quàm vnum & idem prædium censeri iure rei mobilis, quod ad aliqua; & iure rei immobilis, quod ad alia, *l. eum qui ædes 23. de vsucap.* sed & in lege 12. tabul. vsus nihil aliud significat quàm possessionem, eámque continuam, *l. 3. & l. sine possessione 25. D. de vsucap.* Atqui seruitutes possideri non possunt: ergo neq. vsucapi, vt initio capitis diximus, & scriptum est in *dict. l. seruitutes & l. 4. de vsucap.* quomodo etiam scriptum fuisse opinor in *leg. si aliena 10. §. hoc iure eodem* vbi tamen Tribonianus more suo reposuit *longo tempore capi*, pro eo quod Iurisconsultus scripserat, *vsucapi*. Etsi loquitur ibi I.C. de seruitutibus alieno fundo debitis; nos de iis quas quis prædio suo debitas esse dicit. In eo igitur tota quæstio versatur, quid illud sit quod tot aliis iuris locis scriptum est, posse acquiri tẽpore seruitutes. Rursum cur tempus illud exigatur aliquando tantum, vt hominum memoriam excedat, aliquando verò contenta sit lex, vt fuerit breuius, quale est tempus quod longum appellatur *tot. tit. C. de long. temp. præsc.* De quibus omnibus quid nos sentiamus post aliorum sententias & distinct. confutatas dicendum nobis est c. seq.

Capvt X.

De differentiis vsucapionis & præscriptionis longi temporis, maximè in acquirenda seruitute: & ad l. si quis diuturno. 10. ff. si seruit. vindicet.

SVMMARIA.

1 *Quinque præcipuæ inter vsucapionem & longi temporis præscriptionem differentiæ notantur.*
2 *Eum qui longi temporis præscriptione tutus erat, si rei acquisitæ possessionem amisisset, rei vindicationem ad rem illam recuperandam habere non potuisse.*
3 *Longi temporis præscriptionem vsucapionis quodammodo subsidiariam fuisse, sed quoad res prouinciales quam ad seruitutes.*
4 *Seruitutes immobilium exemplo, sed tamen longè aliis conditionibus & legibus longo tempore præscribi seu acquiri posse.*
5 *Res immobiles etiam ignorante & absente domino præscribi, seruitutes nonnisi sciente vicino longo tempore non posse.*
6 *Ad acquirendam longo tempore seruitutem hoc quoque requiri, vt quis ea tanquam iure suo, & credens sibi debitam vsus sit.*
7 *Cur ad seruitutis præscriptionem præcedens titulus non requiratur ad immobilium verò præscriptionem necessarius sit?*
8 *Pro seruitute per longi temporis possessionem acquisita non minùs quàm pro seruitute iure legitimo constituta aduersus dominum fundi seruientis actionem in rem competere.*
9 *Cur in seruitutum præscriptione scientia & patientia domini fundi seruientis requiratur, in immobilium præscriptione non requiratur?*
10 *Quid hac parte a Iustiniano immutatum fuerit?*
11 *Ratio dubitandi in* §. 1. l. si quis diuturno ff. si seruit. vindic.

EXistimo in proposita quæstione de seruitutibus tempore acquirendis, & in aliis plerisque, separandam esse vsucapionem à longi temporis præscriptione, & quamuis seruitus nulla vsucapi possit, quemadmodum superiore capite probauimus, Omnes tamen seruitutes tã vrbanas quàm rusticas longo tẽpore acquiri posse. † Fuerunt enim plures olim differentiæ inter vsucapionem, & lõgi temporis præscriptionem, inter quas hæ potissimùm: prima quòd ius vsucapionis Italico solo concludebatur, ius verò præscriptionis longi temporis, ad regiones quæ extra Italiam essent populo Romano subiectæ, pertinebat, *l. vnic. C. de transform. vsucap. §. 1. Institut. de vsucap.* Secunda, quòd vsucapio rerum mobilium anno vno, immobiliũ biennio cõplebatur: præscriptio verò longi temporis quantum ad res quidem mobiles annum similiter exigebat.

exigebat, sed quantum ad immobiles, decennium in-
ter præsentes & vicennium inter absentes *d. §. primo*
de vsucap. Tertia quòd per vsucapionem dominium
acquirebatur, & quidem absolutum, id est, quiritariũ,
vt constat ex definitione ipsa vsucapionis posita in *l.*
3. D. eod. At per longi temporis possessionem non ac-
quirebatur dominium, sed præscriptio tantùm, id est,
exceptio. Vnde & longi temporis præscriptio appel-
labatur. Quid enim aliud est Latinis & prudentibus
nostris præscribere, quàm excipere? *tot. tit. de except. præ-*
scr. & praeiud. & de diuers. tempor. præsc. & C. de præscr.
long. temp. † Quare nec vindicationem habere pote-
rat is, qui longi temporis præscriptione tutus erat, si
fortè rei possessionem amisisset, sed cogebatur expe-
riri interdictis recuperandæ possessionis, vt possessor
factus, si postea rem ab eo dominus vindicaret, tueri
se posset longi temporis exceptione. Cuius iuris licèt
antiquati à Iusti. in *l. vnic. C. de vsu. transfor.* vestigium
tamen superest in *l. si duo, 13. §. Iulian. de iureiu.* vbi scri-
bitur, eum qui post longi temporis possessionem in-
quietatus de fundi dominio iurauit aduersario defe-
rente suum esse fundum, etiam vtilem actionem ha-
bere debere, scilicet in rem, qui vtique directam ha-
bere deberet etiam citra iusiurandum, si per longi
temporis possessionem sicut per vsucapionem domi-
nus factus esset. At non habet nisi vtilem, quia re vera
dominus non est, eámque habet non propter longi
temporis possessionem, aut præscriptionem, sed pro-
pter religionem iurisiurandi, quod non tantum rei iu-
dicatæ, sed etiam probationis vim habet *l. 1. cum l. eum*
qui. 30. & poss. eo tit. Quarta differentia erat, quod vsu-
capio non interrumpebatur per superuenientem ma-
lam fidem, adeóque nec per litis contestationem, *l. si*
post acceptum, 18. & l. praeced. § fin. D. de rei vindic. At lõ-
gi temporis præscriptio non tantùm ab initio bonam
fidem exigebat, sed per totum possessionis tempus
continuam, *l. 1. & 2. l. nec bona fide. 10. C. de præscr. long.*
tem. &c. Sed & in longi temporis præscriptione adhi-
bebantur distinctiones quædam inter causam lucra-
tiuam & onerosam, minúsque fauebatur possessori lu-
cratiuam duntaxat habenti quàm si onerosam habe-
ret, præsertim cùm quærebatur de accessione tempo-
ris quo possessoris autor possedisset, vt innuit Iusti-
nianus *in l. super longi 11. cod. tit.* Vbi tollit eiusmodi
distinctiones, quibus certè nullus in vsucapione locus
erat, quippe quæ esset tanto fauorabilior, quanto Ita-
lia dignior erat prouinciis, & lex duodecim dignior
iure moribus tantùm recepto. † Ex quibus apparet
3 non solùm differentiam olim fuisse inter vsucapionem
& longi temporis præscriptionem, sed etiam, quod ad
institutam à nobis disputationem magis pertinet, præ-
scriptionem longi temporis fuisse quodammodo sub-
sidiariam vsucapioni, vt quæ res vsucapi non possent,
earum pleræq. tamen longi temporis præscriptione
acquiri possent. In quo numero sicut erant res prouin-
ciales, propter loci qualitatem quòd essent extra so-
lum Italicum, ita & seruitutes propter qualitatem rei
quòd essent incorporales. Quanquam enim longi tempo-
ris præscriptio non minùs quàm vsucapio possessionẽ
requirebat, cùm tamen nulla lege esset introducta,
sed tantùm moribus, minuendarum litium causa, &
ne manerent omnia in incerto, nihil vetabat acquiri
tempore seruitutes, quamuis non possiderentur, quòd
earum saltem quasi possessio aliqua siue ex emptorũ
prædiorum possessione, siue ex vsu ipso intelligere-
4 tur. † Quare non sic loquimur, vt dicamus seruitutes
longo tempore possideri potiùs quàm vsucapi potuis-
se, sed dicimus eas longo tempore acquiri, &, vt lo-
quitur, præscribi potuisse, & quidem exemplo rerum
immobilium, vt scriptum *in l. 2. C. de seru. & aq.* sed ta-
men longè aliis cõditionib. & legibus. Res namq. im-
mobiles ita demũ longo tẽpore acquirebantur, si pos-
sessor habuisset bonam fidem, quam tamen non aliter
habere poterat, quàm si titulum aliquem haberet suæ
possessionis, puta si doceret rem sibi venditam, vel le-
gatam, vel traditam à non domino fuisse. Nec enim
sufficiebat, si putaret se habere titulum, si re vera nul-
lum haberet, ne quidem in vsucapione, quamuis esset
illa multò fauorabilior, vt iam diximus, *l. Celsus. 27. de*
vsuc. l. si existimans pen. eod. alias l. pen. pro solu. l. 2. pro emp.
l. 1. pro don. l. nemo. 6 pro derelict. l. 2. & 3. pro legat. l. vlt &
pen. C. pro h. red. At seruitutes poterant longo tempore
acquiri etiam sine titulo, in eóq; melioris erant con-
ditionis quam res quælibet immobiles, non quasi sine
modici præiudicij, vt post Dynum & Bartolum vulgò
creditum est (quid. n. grauius & intolerabilius, quàm
fundum habere affectum seruitute?) † sed quoniam 5
ex alia parte deterioris conditionis erant in eo quòd
res immobiles poterant & vsucapi, & longo tempore
acquiri etiam domino ignorante, nedum absente, ob
eámque causam adhibebatur distinctio, non quidem
in vsucapione, quia lex 12. tab. quę vsucapionẽ induxe-
rat, locuta fuerat indistinctè, sed in longi tempo-
ris præscriptione, an contra præsentem præscriptionis
tempora cucurrissent, an contra absentem, vt contra
præsentem sufficeret decennium, contra absentem verò
vicennium requireretur. At seruitutes non poterant
longo tempore acquiri nisi quis vsus iis esset sciente
vicino contra quem volebat acquisitas. *d. l. 2. C. de seru.*
& aqua. Idque esse videtur, quod aliis locis scriptum
est, eum qui dicit longo tempore à se quæsitam serui-
tutem probare debere, quòd ea vsus sit per tot annos
non vi, non clam, non precario, *d. l. si quis diuturno, 10.*
ff. si seru. vind. d. l. 1. §. vlt. De aqua & aquæ pluu. arcend. l.
vlt. de itin. actúque priu. Vix. n. est vt quis vti potuerit
seruitute, nec vi, nec clam, nec precario, quin ea fuerit
vsus, non solum sciente vicino, sed etiam patiente.
Siquidem vi facere dicitur quisquis aliquid facit pro-
hibitus: clam verò, qui celato aduersario à quo con-
trouersiam timuit, aut verisimiliter timere debuit, *l. 1.*
§ quod si in. & l. 3. §. penult. & vlt. cum l. seq. ff. quod vi aut
clam. Precariò autem qui precibus impetrauit à vici-
no, vt liceret sibi seruitute vti, vel alia re aliena, *l. 2. §.*
vlt. l. 3. de prec. A quo multùm distat, qui re aliena vsus
est, vel in ea quid fecit iure familiaritatis, *l. qui iure. 41.*
de acq. poss. † Quanquam nec hoc sufficit ad acquiren- 6
dam longo tempore seruitutem, vt si ea vsus aliquis
sit non vi, non clam, non precariò: nisi etiam illud cõ-
currat vt sit vsus tanquam iure suo, & credens sibi de-
bitam seruitutem. Alioqui non potest videri acquisi-
uisse seruitutem is qui ea vsus est, ideò quòd vti non
prohiberetur, non vsurus tamen si prohiberetur, ne
quidem ad causam interdicti, quamuis soleat illud
concedi faciliùs quàm actio in rem, & vindicatio ser-
uitutis, *d. l. vlt. ff. de itin. actúque priu.* vbi rationem
Cels. reddit, quòd iure fundi possedisse oporteat, vt sit
locus ei interdicto: neque sufficiat quòd per alienum
fundum iuerit, neque vi, neque clã, neque precariò,
quinimò etiam si quis per alienum fundum iuerit, ex-
istimans posse se id facere, inuito quoque domino
fundi, idémque facturus, tametsi prohiberetur, sed ta-
men iure publico, aut alieno potiùs quàm suo priua-
to, puta dum existimat se vti via publica, aut alterius
tertij seruitute, nõ videbitur acquisiuisse longo tẽpo-
re seruitutem, quãuis verũ sit eũ nec vi, nec clam, nec
precariò, nec iure familiaritatis vsum fuisse, quia verũ

7 etiam est eum non fuisse vsum tanquam iure suo *l.vl. ff. quemadm. seruit. amitt.* † Cùm igitur ad acquirendá longo tempore seruitutem ista omnia concurrere necesse sit, vt quis ea vsus fuerit tanquà iure suo, & prætereà nec vi, nec clam, nec precario, ac quod plus est, sciente & patiente vicino, mirum videri non debet. ita iùs constitutũ esse vt ad huiusmodi acquisitionem non requiratur præcedens titulus, qui ad acquisitionem reiũ immobilium requireretur, *l. diutina. 4. con seq C de præscrip. long. temp.* nempe quoniam rerum immobilium traditionem necessariò ponendũ est à non domino factam fuisse, cùm si à domino facta esset, hoc ipso dominium translatum inueniretur, nec locus superesset quæstioni de vsucapione aut longi temporis præscriptione. At seruitutis quasi traditio, quæ per patientiam inducitur, ficta reperitur ab ipso fundi domino, qui eam expressim constituere potuisset, hoc ipso nimirum quòd sciuit & passus est vicinũ vti seruitute. quandoquidem scientia illa, & patientia in rebus incorporalibus vicem traditionis obtinet *l. vlt. ff. de seruit l. 1. in fi de seru. rustic. præd.* Qua. v. fronte potest titulum seruitutis exigere is qui tradidit ipse. aut saltem quasi tradidit seruitutem: Aut quis tam stultus & supinus sit, vt vicinum vltro patiatur iure seruitutis ire, aut quid aliud facere per fundum, qui nullam debeat seruitutem: Ob eam igitur causam meritò receptum est, vt longo tempore possit acquiri seruitus, etiam de cuius iure à titulo non doceatur, dummodò in ea acquirenda concurrant omnia, quæ diximus. quæ ipsa tamen sanè pro titulo sunt, adeóque quod magis est, pro titulo eum à vero domino habuerit, præscribens. Et ideo *d. l. ... si quis diuturno.* non ita loquitur. *si quis diuturno vsu, & longa quasi possessione aquam duxerit,* sed, quod longè diuersum est, *Si quis diuturno vsu, & longa quasi possessione ius aquæ ducendæ nactus sit.* Nam vt quis tale ius nanciscatur, non sufficit quòd aquam duxerit per longum tempus, sed aliud etiam exigitur vt duxerit iure suo, non vi, non clam, non precario, adeóque sciente & patiente vicino, *d. l.*
8 *2 C. de seruit. & aqua.* † Sed & hoc plus est in seruitute per longi temporis possessionem acquisita, quòd eius nomine competit actio in rem non minùs quàm pro seruitute quæ iure legitimo esset constituta, nec minùs aduersus dominũ fundi seruientis, quàm aduersus tertium quemlibet prohibentem vsum seruitutis, *d. l. si quis diuturno, in prin. & §. 1.* cùm tamen acquisitio quæ fiebat olim per longi temporis præscriptionem, non pareret actionem in rem, saltem contra verum dominum, sed tantùm exceptionem, vt iam probauimus tam ex nomine ipso præscriptionis, quam ex *d. l.*
9 *si duo. 13 §. 1. de iureiur.* † Quare nec est quod quis miretur in præscriptione seruitutũ requiri scientiam & patientiam vicini, seu domini fundi seruientis, quæ in rerum immobiliũ præscriptione non requiritur. Sicut. n. mitiùs agitur cum præscribente seruitutem in eo quod de titulo suo docere non cogitur, ita oportuit cum eo duriùs agi in eo, quod nisi sciente & patiente domino sibi seruitutem acquirere non posset. Quoniam alioquin fieri non posset, vt non videretur in mala fide fuisse, qui per eum fundum quem sciuisset alienum, & naturaliter liberum, sibi aliquod ius comparere voluisset, nullo præsertim titulo præcedente. Sed etsi poneres venditum tibi fundum Corn. tanquam dominantem, & cui seruitus itineris à fundo Sempron. deberetur, quæ reuera nulla debebatur, non faciet ille titulus vt eo magis videaris tibi quæsiuisse seruitutem, etiamsi per fundum Sempron. iueris longo tempore, si non iueris domino eius fundi sciente, ac patiente: quia statim atque tollis scientiam & patientiam domini, nihil est durius, aut odiosius seruitutis acquisitione, nec propter quod tam citò ad rixas & arma, nedum ad lites decurratur: dũ studet quisque naturalem rei suæ libertatem tueri quantũ potest. †
Iustin tamen in *l. vlt. in fin. C. de præscrip. long. temp.* nouum ius hac in re fecit, & constituit, vt non magis in seruitutibus quàm in aliis rebus quæ & corporales & immobiles sunt, longo tempore acquirendis distingui oporteat, an aduersarij scientia, vel ignorantia interuenerit, dummodò bonum fuerit initium præscriptionis, hoc est, dummodò aliquis titulus adfuerit. Alioqui quomodo bonum posset esse initium possessionis, si neque titulus, neque domini scientia interuenisset? † Vnde & dubitandi causa nascebatur in *d. l. si quis* 10
diuturno. §. 1. vt non videretur danda in rem actio pro seruitute contra tertium, quasi quæ longo tempore quæsita non fuisset, nisi propter scientiam, & patientiam domini, quæ porrò non alij nocere debere videbatur, quam illi ipsi qui sciuisset, ac passus fuisset. Verùm vt in rebus mobilibus aut immobilibus facta traditio à domino parit acquirenti vindicationem, nó tantùm contra veterem dominum, sed etiam contra quemlibet possessorem: ita & in seruitutibus dicendũ est, eam quæ fuit quæsita per longum tempus ex causa quasi traditionis factæ à vero domino, posse vindicari non minùs contra quemlibet impedientem vsum seruitutis, quàm contra dominum ipsum. 11

CAPVT XI.

Ad l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æstiu.

SVMMARIA

1 *Legum pugna in quæstione, an ad seruitutum præscriptionem longum tempus, an verò immemoriale requiratur.*
2 *De duplici aquæductus specie quam commenti sunt Interpretes vt* l. 2. C. de seruit. & ag. & l. si quis diuturno. ff. si seruit. vind. *cum §.* ductus aquæ l. 3. ff. de aqu. quotid. & æst. *conciliarent.*
3 *Accursij distinctio ad harum legum conciliationem.*
4 *Omnem aquæductus seruitutem discontinuam esse.*
5 *Seruitutes, licet longo tempore acquiri possint non tamen pro iure constitutis haberi, nisi eo casu quo earum vsus hominum memoriam excesserit.*
6 *Explicatur distinctio proposita in* § vlt. l. 2. ff. de aqua & aquæ pluuiæ arcendæ. *inter seruitutem quæ ex consuetudine, & eam quæ ex iure imponitur.*
7 *Loci indicantur qui de ea aquæductus specie cuius origo memoriam hominis excesserit accipi debent.*
8 *Seruitute & præcipuè vrbanâ vsum videri eum qui in alieno fundo aliquid iure seruitutis habet & retinet, licèt seruitutis illius commoditatem nullum percipiat.*
9 *In seruitute aquæductus illam quæstionem rarò incurrere, an is qui se per longum tempus seruitute vsum dicit, iure suo vsus fuerit nec ne.*
10 *In cæteris seruitutibus præsumi vnumquemque suo iure facere voluisse quod fecit, dummodo sciente ac patiente domino fecerit.*

1 PRæcipua † quæ in hoc tractatu est difficultas versatur circa id quod scribit Pomp. in *l. 3. § ductus aquæ. De aqua quotid. & æst.* ductum aquæ, cuius origo memoriam hominum excesserit iure constituti loco haberi. Videtur enim id pugnare ex diametro cum eo quod scriptum est in *d. l. 2 C. de seruit. & aqua,* seruitutem aquæductus acquiri longo tempore exemplo rerum

rerum immobilium: quod tempus immemoria le esse
non potest, siue quodnam tempus longum sit, siue e-
xemplum rerum immobilium intueamur. Nec rursus
potest harum legum conciliatio peti ex ea, quam ab
interpretibus nostris adhiberi diximus, distinctione,
An seruitus continua sit, an discontinua, cùm vterque
locus sit de seruiture aquæductus, de qua etiam agi-
tur in *l. si quis diuturno.10. ff. de seruit. vind.* vbi tamen
pro acquirenda huiusmodi seruitute, diuturnum dun-
taxat, id est longum tempus requiritur. vt in *d. l. 2. non*
2 *immemoriale, vt in d. §. ductus aquæ.* † Et ideo interpre-
tes nostri cùm nihil melius excogitare possent quod
dicerent, duplicem aquæductus speciem constitue-
runt, vnam quæ sit seruitus continua, vel saltem quasi
continua, id est, si non actu, tamen aptitudine: nimi-
rum, inquit Bartolus post Accursium si aqua de cœlo
cadat, quo casu nullum hominis factum intercedit,
habétque seruitus causam naturalem, & consequen-
ter perpetuam, vt docuimus in superioribus: Alteram
verò, quæ sit seruitus discontinua, si aqua ex fonte a-
liquo ducenda sit, aut ex lacu viuo: In quo casu, quia
factum hominis omnino necessarium est, fieri nequit
vt seruitus continuum habeat vsum, nec continuam
quoque causam. In priore specie aquæductus volunt
decennium sufficere, ac de ista specie accipiendum
esse quod scriptum est in *d. l. 2. C. de seruit. & aqua,* &
in *d. l. si quis diuturno:* In posteriore autem requiri tem-
pus immemoriale & ad eam speciem pertinere quod
3 ait Pomponius in *d. § ductus aqua.* † Scio Accursium
addere, intelligi Pomponium posse ac debere de a-
quæductu publico, vel fiscali: alias verò leges de aquę-
ductu priuato. Sed hanc distinctionem vti planè cō-
mentitiam & ineptam alij omnes interpretes reiece-
runt, superiorem verò, duce Bartolo adprobarunt.
Quam tamen non minùs commentitiam esse, apparet
ex eo, quod ij omnes loci quos adduximus de aquæ-
ductu, simpliciter ac indistinctè loquuntur, nec ver-
bum in iis vllum est ex quo possit coniici an hîc aut
ille agatur de aqua quæ de cœlo cadat, an de ea quæ
facto manúq. hominis ex fonte ducenda sit: nisi quòd
si verum amamus, lex secunda *C. de seruit. & aqua,* ad
eum potiùs aquæductum pertinet, cuius quasi posses-
sio factum hominis requirat. Id. n. præ se ferunt verba
illa, *si aquam duxisti,* quæ & ad personam relata sunt,
& personæ factum designant: E contrario autem in *d.
§. ductus aquæ,* nihil est quo factum aliquod hominis
significetur, sed potiùs opus ipsum aquæductus, cuius
origo memoriam hominū excesserit. Ergo secundùm
Bartoli distinctionē debuerat Imp. in *d. l. 2.* requirere
tempus immemoriale, vbi tamen non nisi longū tem-
pus exigit. Pomp. autem in *d. §. ductus aquæ,* contentus
esse longo tempore, vbi tamen immemoriale requi-
4 rit. † Et verò nomen ipsum *aquaductus* nihil aliud so-
nat quàm ductionē ipsam aquæ, quæ ductio quomo-
do possit vel intellectu ipso concipi sine facto homi-
nis qui equam ducat? Riuus. n. ipse per quem aqua
ducitur, & qui semel factus nullum aliud homini fa-
ctum exigit ad ducendam aquam, quæ de cœlo cadit,
non ductus, sed iter aquæ est, aut potius iter ductus,
vt loquitur Labeo in *l. vlt. ff. si seru. vind.* Neque rur-
sum expedit prædio dominanti vt semper ducatur a-
qua quæ de cœlo cadit. nec si assiduè plueret, sed statis
temporibus, vt proinde factum hominis semper ne-
cessarium sit, vt aqua etiam quæ de cœlo cadit, duca-
tur, vel non ducatur. Alioqui aut semper aqua duce-
retur etiam cū non expediret, aut nūquā, i. ne tunc
quidem cùm expediret, ob eamque causā solent aquę-
ductuū riui ita construi, vt nō nisi ad voluntatē domi-
ni aquam possint excipere, ne alioqui damnosa fiat
seruitus quæ propter prædij vtilitatem fuerat consti-
tuta Quare nec dubitandum est quin aquæductus o-
mnis seruitus discontinua sit, si qua vspiā est quę hoc
nomen mereatur. Exiget ergo semper eius acquisitio
tempus immemoriale, si vera interpretum nostrorum
traditio est, cùm tamen leges omnes quotquot de a-
quæductu loquuntur, longo tempore contentæ sint,
si excipias quod Pomponius scribit in *d. §. ductus aqua.*
† Nos verò respondemus in *d. §. ductus aquæ* non ne- 5
gari seruitutē aquæ ductus acquiri decennio, quod a-
pertè scriptum est in *d. l. 2. & d. l. si quis diuturno.* sed il-
lud tantùm dici, Ductū aquæ cuius origo memoriam
excesserit, iure constituti loco haberi: quorum verbo-
rum longè alius planéque diuersus sensus est. Etsi. n.
dicimus, Posse acquiri longo tempore seruitutes, et-
iam de quarum iure non doceatur, non ideo tamen
admittimus perinde habendas eas esse, acsi essent iure
constitutæ, nisi eo casu quo earum vsus hominum me-
moriam excesserit. Nempe quia cùm seruitus iure cō-
stituta est, aut quod effectu ipso idem est, cùm perin-
de habetur acsi seruitus esset iure constituta, nihil e-
xigimus eorum omnium quorum probationē requiri
supra diximus ad acquirendas tempore seruitutes, nec
inquirimus an quasi seruitute vsus fuerit, & suo iure,
nec rursus an vi, aut clam, aut precariò, quæ tamen
omnia nisi probētur cōcurrere in acquirenda per lon-
gum tempus seruitute, præscriptio non procedit. † 6
Probatur autem hæc distinctio non obscurè ex *d. l. 1.
§. vlt. De aqua & aqua pluu. arcend.* vbi dicitur eum qui
diu sit vsus seruitute, neque vi, neque clā, neque pre-
cariò, videri habuisse seruitutem impositam vel ex
consuetudine, vel ex iure, ita separans seruitutem im-
positam ex iure ab ea quæ sit imposita ex consuetudi-
ne, vt intelligamus seruitutem impositam ex consue-
tudine nō idcirco statim videri impositam ex iure, ni-
mirum quoties consuetudo est temporis non imme-
morialis. Cùm enim tempus immemoriale est, non tā
ex consuetudine, quàm ex iure imposita credi debet
d. §. ductus aqua, nec locus relinquitur quæstioni, An
ea interuenerint quæ necessaria sunt ad consuetudinē
inducendam, de quibus alius erit, dicendi locus. † Et 7
de hac vtique aquæductus specie, cuius origo memo-
riam hominis excesserit, accipi debet quod scriptum
est in *d. § vlt. De aqua & aqua pluu. arcend.* solere illos,
qui iuri dicundo præsunt tueri ductus aquæ, quibus
autoritatem vetustas daret, tametsi ius non probare-
tur. Quis enim credat vetustatis appellatione nihil
nisi longū tēpus solúmque decenniū significari? Sic &
apud Vlpianū & Paulū in *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. eod.* vbi scri-
bunt vetustatē semper pro lege haberi, minuendarū
scilicet litium causa, vt Paulus ait in *d. l. 2.* quamuis ea
ratio non minùs prosit ad longi temporis, quàm ad
immemorialis præscriptionem inducendam: nec alia
melior ratio quærenda est, propter quam iure ita non
minùs iurisprudentia, quàm natura receptum sit, vt
longo tempore acquiri seruitutes possint. Fieri autem
facilè potest, vt in seruitutē aquæductus, vt extet o-
pus, cuius extructio fuerit, necessaria, ad inducendam
aquam, nec memoria temporis extet, quo illud opus
extructum est: neque tamen qui hodie vult vindica-
re seruitutem aquæductus, ea fortassis vnquam vsus
sit: quo casu nemo dixerit permittendum ei esse vt
vindicet seruitutem aquæductus, quasi longo tempo-
re quæsitam. Neq tamen eo minùs diceremus cum Scæ-
uola tuendum illum in ea seruitute, cui autoritatem
vetustas daret, si modò non esset amissa seruitus non
vtendo: quod vix est vt eueniat in aquæductu, cuius

8 iter & opus perpetuò manſerit. † Generaliter enim verum eſt videri ſeruitute vti eum, quiſquis in alieno fundo aliquid habet & retinet iure ſeruitutis, quamuis alioqui ſeruitutis commodum nullum percipiat, vt in vrbanis ſeruitutibus cernere eſt, puta in ſeruitute tigni immittendi, ſi ſotamen maneat in pariete ſeruiente, quamuis tignum nullum manſerit immiſſum. In ſeruitutibus verò ruſticis difficilius quidem illud eſt, quia vt plurimùm non exigunt, vt opus vllum fiat in fundo ſeruiente, ſed tamen exemplum aptiſſimum occurrit in hac ipſa ſeruitute aquæductus, de qua tractamus: quia non poteſt eſſe quin per fiſtulas, aut per lapidem ſtratum aqua ducatur, *leg. ſi prius. 17. §. vlt. D. de aqua & aquæ plu arcen. leg. vltim. Digeſt. de aqua quot. & æſt.*
9 † Ex quo etiam fit vt in ſeruitute aquæ ductus non poſſit facilè occurre illa facti quæſtio quæ in aliis ſeruitutibus occurrit, An is qui ſe per longum tempus dicit ſeruitute vſum, fuerit vſus iure ſuo, necne. Nec enim quiſquam in alieno fundo riuos aut fiſtulas ponere auſit, niſi iure ſeruitutis, cùm nemo permiſſurus ſit tale quid fieri in fundo ſuo iure familiaritatis: niſi ſaltem interpoſita ſolenni teſtatione, per quam id probari quandoque poſſit quod alioqui nemo crederet. Quamquam in cæteris quoque ſeruitutibus verius eſt, præſumi vnum quemque ſuo iure facere voluiſſe quod fecit, dummodo ſciente ac patiente domino, niſi ex aduerſo probetur eum vel feciſſe vi, aut clam, aut precariò, vel iure familiaritatis, vel iure publico, vel denique iure alienæ ſeruitutis, *dict. leg. ſi quis diuturno dicta l. vlt. D. quemadm. ſeruit. amit. leg. vltim. de uin. actiq priuat.* Abſurdum ſiquidem eſſet ab eo probationem exigi qui ſe fundat in negatione: cùm negatio per rerum naturam, ſicut nihil eſt, ita probari nullo modo poſſit, *l. actor. 23. C. de probat. l. adſeueratio. 10. C. de non numer. pecun.* Qui autem probat ſe vſum ſeruitute, in eo quod addit, *non vi, non clam, non precario*, nihil planè adfirmat, ſed tantùm negat.

CAPVT XII.

Ad l. ſi quis emptionis. 8. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. obſeruatus Triboniani error.

SVMMARIA.

1 *Ei qui longi temporis poſſeſſione rem acquiſierat dominium non potuiſſe olim acquiri, nec amiſſa poſſeſſione actionem in rem ſed tantum exceptionem competiiſſe.*
2 *Superioribus obſtare videri* d. l. ſi quis emptionis. in fine principij.
3 *Ius illud vetus vel planè diuerſum vel omnino certum fuiſſe.*
4 *Locum illum de ea actione accipiendum quæ non contra dominum aut creditorem eius hypothecarium, ſed contra tertium exerceatur.*
5 *Dictam* l. ſi quis. *ante transformatam à Iuſtiniano vſucapionem latam fuiſſe.*
6 *Iuris illius veteris vnico propoſiti veſtigia quædam in Pandectis extare.*
7 *Magnam eſſe quod ad præſcriptionem longi temporis differentiam inter ſeruitutes & res immobiles.*
7 *Cur olim rei longo tempore poſſeſſæ dominium acquiri non potuerit, nec ipſa vindicatio competierit?*
9 *Seruitutem longo tempore quæſitam vtili actione tam contra dominum fundi ſeruientis, quàm contra tertium quemlibet vindicari poſſe.*

1 ET † quod diximus in præcedentibus, ex longi tempori poſſeſſione non potuiſſe acquiri olim dominium, nec proinde actionem in rem, ſed tantùm exceptionem ſiue de re mobili, ſiue de immobili longo tempore poſſeſſa quæreretur, valde contrarium eſſe illud videtur, quod Iuſtinianus ait in *leg. ſi quis emptionis 8. Codic. de præſcriptione triginta vel quadraginta ann.* † vbi non ſolùm conſtituit, vt ſi quis emptionis, 2
vel donationis, vel alterius cuiuſque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem, vel viginti annos poſſederit, & longi temporis præſcriptionem contra dominos vel creditores hypothecarios ſibi acquiſiuerit, poſtea ſortuito aliquo caſu eius rei poſſeſſionẽ amiſerit, actionem habeat ad eam vindicandam: ſed etiam addit, idem olim veteres leges, ſi quis eas rectè inſpexerit, ſanxiſſe. Verùm circa hanc conſtitutionem multa iudicio meo ſunt obſeruanda; quæ facient ne quid à nobis falsò hac in re aut imprudenter à nobis dictum videatur. † Primùm, apparere ex ea ipſa con- 3
ſtitutione ius vetus, vel planè diuerſum, vel ſaltem nõ omnino certum fuiſſe: alioqui ſuperuacua eſſet conſtitutio Iuſtiniani in eo iure confirmando, quod antea indubitatè obtinuiſſet. Quod & innuunt verba illa *Si quis eas rectè inſpexerit*, † deinde dici etiã poſſe, quod 4
& veriſſimum arbitror, eam actionem in rem quam dat Iuſtinianus, & quem veteribus legibus non incognitam fuiſſe teſtatus, de ea eſſe accipiendam, quæ nõ contra dominum, aut creditorem eius hypothecariũ, ſed cõntra tertium exerceatur. Id enim ipſa conſtitutionis verba præcisè ferunt, quæ non niſi de exceptione contra dominos vel creditores danda loquũtur, itémque manifeſta ratio iuris, quia inauditum eſt vt actio in rem quæ non niſi domino detur, contra dominum dari debeat: multóque facilius eſt vt contra quemlibet alium poſſeſſorem accommodetur, vt cernere eſt in Publiciana quæ datur non domino contra poſſeſſorem quemlibet, etiam qui ſit in bona fide, ſed non contra dom. *l. 1. pen. & vlt. ff. de Publ. in rem act.* Quod videtur etiam poſſe colligi ex alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione *in l. vnic. C. de transfor. vſuc.* vbi transformans Iuſtinianus vſucapionem in longi temporis præſcriptionem, & ſimiliter præſcriptionem in vſucapinnem, vt ex eo iure quod in vtraque obtinebat nouum modum conſtituat acquirendi tempore res alienas, præcipit inter cætera, vt qui longo tempore rem alienam bona fide ab initio interueniente poſſederit, iure eam poſſideat quaſi per vſucapionem acquiſitam. Quibus verbis omnino conſequens eſt vt non tantùm exceptionem habere debeat, quemadmodum anteà, ſed & vindicationem, adeóque contra eum qui priùs fuiſſet dominus, quoniam impleta vſucapione idem contingeret. Hoc ipſum verò conſtitui nil neceſſe fuiſſet, ſi prioris conſtitutionis Iuſtiniani quæ extat in *dict. l. ſi quis emptionis*, eadem ſententia fuiſſet: vt ei qui longo tempore rem alienam bona fide poſſediſſet, vindicatio etiam dari deberet contra veterem dominum, aut eius hypothecarium creditorem. † Latam enim fuiſſe legem *ſi quis emptionis*, ante transſormatam à Iuſtiniano vſucapionem, colligi poteſt ex eo quod in *dict. l. ſi quis*, vocat ille longi temporis præſcriptionem exceptionem, cùm tamen hodie poſt eam vſucapionis transformationem non tam exceptio ſit, quam acquiſitio dominij, ſicut erat olim vſucapio *l. 3. D. de vſuc.* † Quòd ſi 5
putauit Tribon. illud quoque legibus antiquis cautũ fuiſſe, vt qui haberet longi temporis præſcriptionem, idem etiam vindicationem haberet, nec minùs contra veterem dominũ quàm aduerſus aliũ poſſeſſorem quemlibet, proculdubio errauit, aut certè iniuriam nobis fecit, qui non modò nulla eius iuris veſtigia nobis

bis in Pandectis reliquit, sed etiam contrariæ senté-
tiæ non obscurum argumentũ, vt supra probauimus
in *l. si duo. 13. §. 1. D. de vsurc.* Possetque eo casu Trib.
fefellisse quod scriptum est in *d. l. si quis diuturno.* 10
D. si seruit. vind. de seruitute qua quis per longum
tempus vsus sit non vi, nõ clam, non precariò, vtilem
7 competere actionem in rem. † Vidit. n. non esse hanc
vsucapionem, cùm seruitutes vsucapi non possunt,
sed tantùm per longi temporis præscriptionem ac-
quiri, nec cogitauit quod cogitare debuit, magnã esse
hac parte differentiam inter res immobiles & serui-
tutes, quam nos explicauimus in superioribus, népe
in eo, quòd seruitutes longo tempore acquirũtur, hoc
ipso videntur traditæ à domino, id est, ab eo qui ius
habuisset constituẽdæ expressim seruitutis, si eam cõ-
stituere voluisset, cuius nimirum & scientiam & pa-
tientiam interuenire necesse est ad acquirendam lõ-
go tempore seruitutem. Res verò immobiles, quanto-
cunque tẽpore possessæ, non idcirco videri possunt à
domino traditæ, cùm & verum sit à non domino tra-
ditas fuisse, & ad earum præscriptionem necessaria nõ
sit scientia & patientia domini quæ pro traditione es-
8 se possit. † Itaque cùm actio in rem non competat nisi
domino, dominium autem quod ad hanc rem perti-
net, non possit acquiri nisi per vsucapionem, vel per
traditionem quæ à vero domino facta sit, fatendum
est longi temporis præscriptionem, quæ nec vsucapio
est, nec comitem habere potest traditionem à domino
factam, dominium quoque acquirere non posse. nec
consequenter parere rei vindicationem, siue directã,
siue vtilem, saltem contra veterem, dominum, nisi
quatenus id contra iuris rationem Iustiniani consti-
tutiones introduxerunt: in quibus tamen illud etiam
reprehensione dignum est, quod antiquato hac parte
iure vetere antiquum tamen præscriptionis nomen
retinuerunt: quo nomine certum est solam exceptio-
9 nem non etiam actionem vllam significari. † At lon-
go tempore acquisitam seruitutem è contrario neces-
se est posse vindicari, saltem vtili actione, tam contra
dominum fundi seruientis, quàm contra tertiũ quem-
libet, cum quasi dominus seruitutis videri debeat ille
cui fuit quasi tradita per eum qui verum seruitutis
dominium transferre potuisset. Traditio enim illa est
quæ dominium transferre solet, non conuentio quæ
præcedit traditionem, *vulg. l. traditionibus. 20. C. de pact.*
Ac quanquam non aliter solet traditio dominium
transferre, quàm si iusta causa præcesserit. hoc tamen
ad propositum non pertinet, quia si traditio, aut quasi
traditio seruitutis fieret ex iusto titulo præcedente,
acquireretur verum dominium seruitutis, atque ita
daretur vindicatio directa ei cui seruitus constituta
esset, etiamsi nunquam ea vsus fuisset. Nos verò lo-
quimur de vtili tantùm in rem actione danda ex cau-
sa quasi traditionis factæ à vero domino, concurrente
tamen vsu seruitutis per longum tempus.

CAPVT XIII.

De seruitutibus quæ in superficie consistere dicuntur. Item de iis quæ superficiario constituuntur ab herede pendente conditione legati.

SVMMARIA.

1 *Seruitutes alias in solo alias in superficie consistere.*
2 *Seruitutes quæ in superficie consistunt videri quodammodo cum ipsis ædibus possideri, ac proinde vrbanarum seruitutum quæ in superficie plerumque consistunt libertatem vsucapi posse.*
3 *Rusticarum seruitutum libertatem vsucapi non posse, sed eas tantum non vtendo amitti.*
4 *Seruitutes vrbanas ferè omnes in superficie, rusticas verò in solo consistere.*
5 *Definitio seruitutum quæ in solo, & earum quæ in superficie consistunt a nonnullis Interpretibus allata refellitur.*
6 *Seruitutes quæ à superficiario vel possessore fundi vectigalis aut emphyteuta constituuntur, non ipso iure sed tuitione prætoria valere.*
7 *Easdem ab iisdem constitutas tempore finiri posse, licèt eo animo constituta fuerint vt perpetua essent.*
8 *Pignus fundi vectigalis a possessore constitutum tandiu durare quandiu ius possessoris durat.*
9 *Seruitutes fundo quem testator sub conditione ab herede legauerat, ab herede impositas legati conditione existente finiri.*
10 *Easdem seruitutes pendente conditione valere, nec tam sub conditione constitutas, quam sub conditione extinguibiles videri, si legati conditio extiterit.*
11 *In quo hæ dissimiles sint à seruitutibus superiùs hoc capite enarratis?*
12 *Cur pendente conditione seruo legato heres eum manumittere non possit, fundo verò sub conditione legato ea pendente seruitutem imponere possit?*

INter † cæteras seruitutum prædialium diuisiones 1
vna illa est, vt aliæ in solo, aliæ in superficie consi-
stant, *lege tertia ff. de seruitut.* Nam vt prædia vel,
ex solo tantum constant, vel ex solo & superficie,
ita & seruitutes prædiorum, quæ nihil aliud sunt,
quàm ipsa prædia qualiter se habentia, necesse est
vt aliæ consistant in solo, aliæ in superficie. In solo
quidem eæ quæ solo contentæ sunt, nec superficiem
vllam requirunt, cuiusmodi sunt seruitutes itineris,
actus, viæ, aquæductus & rusticæ ferè omnes. In
superficie verò, quæ constitui non possent, si superfi-
cies nulla esset, quales sunt seruitutes tigni immitten-
di, mænianum in alterius ædes immissum haben-
di, stillicidium proiiciendi, & aliæ huiusmodi penè
omnes seruitutes vrbanorum prædiorum, *leg. seruitu-
tes quæ in superficie. 20. vrbanor. prædior.* † vbi Paulus 2
ait, has seruitutes quæ in superficie consistunt, Pos-
sessione retineri, hoc est, videri quodammodo cum
ipsis ædibus possideri, vt quamuis seruitutes sui na-
tura possideri nequeant, istarum tamen possessio-
nem habere videantur, qui superficiem possident,
vt Iulian. scribit in *leg. si heres. 22. §. 1. eodem titul.* vbi
ex hoc infert, vrbanarum seruitutum libertatem
posse vsucapi quod & scriptum est in *lege quarta §. vlt.
de vsucap.* quia cum vsucapio non sit sine possessione,
necesse fuit aliquid esse in seruitutibus propter quod
tanquam ratione adiuncti possideri viderentur. † 3
Vnde etiam fit, vt in seruitutibus rusticis aliud iuris
sit, nec earum libertas vlla esse possit quæ vsucapia-
tur, sed tantum amittantur illæ non vtendo, *l. hac au-
tem. 6. vrban. præd.* quia nimirum non consistunt in su-
perficie, sed in solo, & in facto hominis iis vtentis, ob
idque non possunt vlla quasi possessione retineri. *d. l.
seruitutes. 20. eod.* † Ex quo intelligitur, parum referre 4
an dicamus alias in solo, alias in superficie consiste-
re, an verò alias esse vrbanas, alias rusticas: nisi quòd
fieri potest vt etiam vrbana seruitus in solo consistat,
puta si cùm haberemus areas contiguas, mutuam
seruitutem constituerimus altiùs non tollendi, &
nunquam in areis illis ædificandi alioqui posset

quilibet nostrûm in area sua pro arbitrio ædificare.
Excepto casu *l. vlt. cùm autem. C. de seruit. & aqua* vbi
Iustin. constituit vt in præiudiciũ areę, in qua fructus
triturantur, nõ possit vicinus altiùs ædificare, hacte-
nus scilicet vt ventum excludat, qui necessarius est ad
triturationem. † Sunt tamẽ qui putent aliam esse Pau-
5 li sententiã in *d. l. 3. De seruit.* vt nimirũ eæ seruitu es
dicantur in solo consistere quæ à domino soli impo-
nuntur. In superficie verò, quæ à superficiario quẽ alii
dominũ vtile superficiei appellant, de quo in *l. in spe-
ciali. 73. §. superficiario. & leg. 16. seqq. ff. de rei vindi. & in l.
1. ff. de superfic.* Sed interpretatio hæc probabilis non
videtur. Nam præter id quod longè aliud est dicere,
seruitutẽ consistere in solo aut in superficie, quomo-
do Paulus loquitur, aliud verò constitui à domino so-
li vel superficiei, † certum etiam est non valere ipso
6 iure seruitutes, quæ à superficiario constituuntur, sed
tantùm tuitione prætoria, ita vt earũ nomine neq; di-
rectæ actiones competant, neq; directa interdicta, sed
tantùm vtiles actiones, & vtilia interdicta, *d. l. 1. §. vlt.
de superfic.* non quasi sint constitutæ ad tempus, siqui-
dẽ superficiariæ ædes illæ dicuntur, quæ constitutæ
sunt in fundo qui sit in perpetuũ conductus, *l. id est.
74. de rei vindic.* Sed quia non potest imponi seruitus
nisi ab eo, qui sit dominus eius rei, cui seruitus impo-
nitur, cùm seruitus sit ius prædij, quod tamen is qui
dominus non est, nullo modo afficere potest, adeò vt
nec sufficiat esse dominũ pro parte, nisi sit solidum, *l. 2.
ff. de seruit. l. per fundum. 11. & l. vnu. 24. rustic. præd leg.
vlt. ff. commun. præd.* Atqui superficiarius non est domi-
nus, ne quidẽ superficiei, nedũ soli: quia & naturali &
ciuili ratione dominium superficiei ad eum necessariò
pertinet, ad quẽ & dominiũ soli, *d. l. 2. de superfic. l. qui
res. 98. §. aream. de solut.* Non potest igitur constitui ser-
uitus à superficiario, nec similiter à possessore fundi
vectigalis, aut ab emphyteuta. Horũ.n. omniũ eadem
ratio est, vt dicemus in sequentibus, cùm de dominij
directi & vtilis distinctione disputabimus. † Ceterùm
7 quod dicimus seruitutes à superficiario constitutas
iure prætorio defendi, nec ad tempus videri constitu-
tas, non sic accipiendũ est, quasi omnimodo debeant
esse perpetuæ perinde acsi à domino soli constitutæ
essent: Fieri.n. potest vt sint ad tempus, & tempore fi-
niantur, quamuis ita fuerint constitutæ, & eo animo
vt essent perpetuæ, puta si superficiarius, vel vectiga-
lis possessor, vel emphyteuta cessauerit in solutione
vectigalis & canonis annui domino præstandi. Tunc
.n. sicut eius qui seruitutẽ constituit, totũ ius finitur,
adeò vt possit ille expelli à domino ex natura ipsa &
lege contractus, *l. 1. & 2. si ager vectig.* ita seruitutes ab
eo constitutas finiri necesse est, quia quemadmodum
nemo plus iuris in alium transferre potest quàm ipse
habeat, *l. nemo plus iuris. 71. de reg. iur.* ita & resoluto iu-
re datoris, id est, in eam causam deducto, vt nullum
ius ille vnquam habuisse videatur, ius quoque accep-
toris resolui necessariò consequens est, *l. lex vectigali
fundo. 31. ff. de pign.* † vbi Scæuola hanc ob causam scri-
8 bit, Si vectigalis fundi possessor eum pignori dederit,
tenere quidem pignoris dationem quandiu posseso-
ris ius durat: sed si propter vectigal nõ solutũ iure suo
dominus vtatur & eũ fundum transferit, etiã pigno-
ris ius euanuisse, *l. voluntate. 10. §. 1. quib. mod. pign. vel
hypoth. soluit.* Quoties.n. contractus resoluitur in pri-
stinã causam res redit, hoc est in eam causam in qua
esset, si contractus nullus præcessisset. Atqui si nulla
facta esset perpetua locatio, nullum ius habuisset pos-
sessor eius fundi oppignerandi, aut seruitutis in eo
constituendæ, quia neutrum fieri à non domino & in

fundo alieno potest. Ergo nec durabit pignus, aut ser-
uitus post resolutum ius possessoris, qui pignus vel
seruitutem constituerit: quomodo etiam contingit in
alia specie, quam Vlp. tractat in *l. 4. aliàs l. duobus §.
Marcellus. ff. de in diem addict.* de cuius sententia, &
tatione alibi scripsimus. † Non omnimodo dissimile 9
est, quamuis nec prorsus simile quod Marcellus scri-
bit in *l. si cui via 11. § heres. D. quemad. seruit. amit.* si he-
res à quo fundum testator legauerat sub condicione
eidem fundo seruitutes aliquas imposuerit, valere
quidem ipso iure seruitutes, quandiu legati condicio
pendet, sed tamen statim atque legati condicio exti-
terit, finiri eas & extingui ipso iure. Quod etiam eue-
nit si heres hic pendente conditione moriens eundẽ
fundum alij legauerit, qui ipse eidem fundo seruitu-
tes constituerit. Nam existente quandocunque con-
ditione quæ priore testamento fuerat adposita, sicuti
proprietas ad priorem legatarium ipso iure pertinet,
ita & impositam ab heredis legatario seruitutem fi-
niri necesse est, *l. si fundum. 105. de cond. & dem. iunct. l. si
fundum. 81. de leg. 1.* His enim casibus ideo valet ipso
iure seruitus ab herede, aut legatario heredis consti-
tuta, quod negari non potest quin constituta sit à ve-
ro domino: Siquidem quandiu legati conditio pen-
det, heres dominus est rei legatæ, & quidem pleno iu-
re licèt speretur dominium ab eo discessurum si lega-
ti conditio extiterit, *l. non ideo. 66. de rei vend. l. fundus.
4. ff. si vsusfr. pete. l. & post litem. 12. § res quæ. D. fam. erc. l.
1. § serui. 4. D. de S.C. Silan. l. generaliter. 29. § 1. qui & à
quib. manum.* At existente condicione ideo finitur ser-
uitus, quia ex euentu retro fingitur dominium fundi
legatum fuisse legatarij iam ex die mortis, ac proinde
eo tempore quo seruitus constituebatur, vt idcirco
videatur à non dom. constituta. Est enim hoc ex eo-
rum genere, in quibus ex euentu & ex post facto ap-
paret, quid antea fuerit, *l. quædam sunt. 15. De reb. dub.
l. qui res. 98. §. rem autem. D. de solut. d. l. si fundum. 81.
iunct. l. si tibi hom. 86. §. cum seruus de leg. 1.* † Dicet ali- 10
quis, non posse huiusmodi seruitutes valere quæ con-
stitutæ sunt ab herede pendente condicione legati,
tanquam quæ sint constitutæ ad tempus, & quousque
legati condicio extiterit. Sed respondeo non ita esse:
quia quòd potest existere conditio legati, non facit,
vt ideo videatur heres interim dominus ad tempus,
sed tantùm vt possit aliquando ab eo dominium
abscedere, quod interim habet absolutum, *dict. leg.
non ideo.* Igitur vt absolutè dominus est, talisque in
perpetuum mansurus, si nihil noui eueniet, ita quæ
ab eo constituuntur seruitutes, perpetuæ sunt sui na-
tura, nec tam ad tempus, aut sub conditione constitu-
tæ videntur, quàm esse, vt ita dicam, extinguibiles sub
conditione: nempe si legati conditio extiterit. † In eo- 11
que dissimilis est hic casus superioribus, in quibus nõ
tam finiuntur seruitutes, quàm resoluuntur, & pro
nunquam constitutis habentur: tanto magis quòd ve-
ctigalis fundi possessor, aut superficiarius, aut emphy-
teuta numquam dominus fuit, *leg. item prædia. 10. ff. fa-
mil. ercisc.* vbi hanc ob causam prædia quæ nostri pa-
trimonij sunt, à vectigalibus & superficiarijs separan-
tur. At heres qui pendente legati condicione seruitu-
tem constituit, verè dominus fuit eo tempore, nec tam
resolui dicitur seruitus ab eo constituta, quàm finiri.
† In quo tamen obseruatione dignum illud est, quod 12
deterioris conditionis videtur hac parte libertas,
quàm seruitus: cùm pendente condicione legati
serui, manumittere illum heres non possit, qui ta-
men posset, vt diximus, constituere seruitutem fun-
do legato sub conditione, *dict. leg. generaliter. 29. §. 1. ff.
qui &*

qui & in quib.mimum.d.l.cu 11.§.heres.ff. quemadm. seruit.amitt. Sed id fit propter fauorem ipsum libertatis, qui tantus est vt semel competens libert s nunquam possit reuocari, *l.si ex causa 9.§.vlt.ff.de minor.l.Pap.§.vlt.& l.seq.l.si sub hac 26.ff.de inoff.testam.* Itaque fieret iniuria legatario, cui seruus legatus est sub condicione, si ea condicione pendente manumittere illum heres posset: adeò vt si optio serui ex vniuersa familia legata sit, & heres aliquem ex ea familia manumiserit, priusquàm optaretur, eum interim ad libertatem non perducat *l.si cum optio 14. D.De option.legat.* ne scilicet fiat iniuria legatario si fortassis eum ipsum optare velit. Sanè quotiescumque heres ita manumiserit seruum, eum amittit statim, quia aut electus legato cedet, aut relictus, tunc liber ostenditur, *d.l.si cum optio.* At nulla fit iniuria legatario, cùm seruitutes ab herede constituuntur pendente condicione legati, cùm nihil iuris habeat in fundo quandiu conditio legati pendet, existente verò condicione seruitutes statim & ipso iure euanescant.

CAPVT XIIII.

Explicatio l.nam satis 6. §. 1. D. quemadm. seruit.amitt.

SVMMARIA.

1 *Fundo dominante etiam particulatim diuersis emptoribus vendito singulis fundi partibus seruitutem deberi.*

2 *Non obstare quod fundi seruientis conditio hoc casu deterior fiat.*

3 *Species & distinctio proposita in* d.§.1.d.l.nam satis.

4 *Seruitutem fundo communi debita qui intellectu magis quam realiter diuisus sit, per vnum ex nobis pro sua parte non vtendo amitti non posse quandiu alius vtendo eam retinuit.*

5 *Seruitutem per plures fundos impositam etiamsi per vnum tantum fundum eatur totam retineri.*

6 *Seruitutem debitam fundo qui diuisis regionibus communis sit ab alterutro comminorum pro sua parte non vtendo amitti.*

7 *Vsurpare pro iure retinere.*

8 *Superiore casu domini fundi seruientis conditionem non deteriorem sed meliorem fieri.*

9 *An & quando communi fundo seruiente per regiones diuiso seruitus non vtendo amittatur?*

10 *In omni via & longitudinem & latitudinem esse.*

11 *Viam licèt suam a lege latitudinem habeat, contrahentium tamen voluntate aut latiorem aut angustiorem constitui posse.*

12 *Seruitutem fundi communis & per viæ longitudinem diuisi pro alterutrius parte non vtendo amitti.*

13 *Diuisione verò per latitudinem facta, licet prædij dominantis dominus per alterutram duntaxat fundi seruientis partem iuerit, seruitutem tamē integrā retineri.*

14 *Duas seruitutes eo casu non ideo fieri licet post diuisionem illam per latitudinem viæ tantum in vnoquoque fundo spatij supererit, quantum ad integram viam iterum constituendam necesse est.*

15 *Alterutrum tamen fundum ab hac seruitute viæ, si modo specialiter id conuenerit, liberari posse.*

16 *An si dominus fundi dominantis post eam diuisionem alterum ex fundis diuisis comparauerit, alterius fundi seruitus permaneat?*

17 *Explicatur posterior pars distinctionis initio propositæ.*

1 QVod † iam sæpius diximus, iura prædiorum nihil aliud esse quàm ipsa prædia qualiter se habentia, *l quando aliud.86.de verb.sign.* facit necessario vt alienato fundo cui seruitus debeatur, hoc ipso alienata quoque seruitus intelligatur, tanquàm quæ omnimodo prædium sequatur, *l. via 23.§.si fundus.cum l.seq.l.si partem 21.l.cum in fundo 36. D.rustic.præd.l.cum fundus.12.D.commun.præd.* Sed &, quod magis mirum est, si prædium, cui seruitus debetur, fuerit per partes venditum diuersis temporibus, omnes fundi partes seruitus sequetur, ita vt singuli emptores rectè acturi sint
ius sibi esse vtēdi seruitute, *d.l.via.§.quacunque.* † Nec 2
ad rem pertinet si quis obiciat fieri hoc casu duriorē
conditionem seruitutis quæ fuerit constituta eo fortassis tempore, quo vnus tantùm erat dominus prædij dominantis. Etsi enim fatendum est fore multo incommodius domino prædij seruientis, si per fundū plures eant, aut agant quam si vnus solus, debuit tamē prospicere cùm seruitutem imposuit, fore vt possit id aliquando euenire, & ideo sibi debet imputare cur nō melius sibi cauerit, vt in specie quamuis dissimili argumentatur Vlp *in l.si quis domum.* .*§.1 vers.idem quæritur.D.locat.* Et sanè quemadmodum post diuisum regionibus fundum tot sunt fundi, quot sunt partes diuisæ, quia quælibet pars fundi fundus est, *l.plane.34.§.vltim de legat.1.* ita & tot viæ esse videntur, quot sunt fundi *l.nam satis 6.§.1.D.quemad.seruit.amit.* vbi Celsus tractat. † Si cùm fundum communem ego & tu 3
haberemus, cui seruitus aquæ per fundum vicini debebatur, ego ea vsus fuero, tu autem constituto tēpore cessaueris, an ius tuum amiseris? Et è contrario, Si vicinus, cui via per fundum mihi & tibi communem debebatur, per meam partem iuerit, egerit, tuam verò partem ingressus non sit, an pars tua libera erit? Et respondet, multum interesse an fundus sit inter nos communis regionibus diuisus, an ex iis partibus quæ iuris intellectu magis, quàm reali corporis diuisione
consistant: † Hoc enim posteriore casu certum esse, 4
Vnum tantùm esse seruitutem, quæ per vnum ex nobis amitti non possit, ne pro ea quidem parte quādiu alius eam vtendo retinuisset, *l.si communem.10.eo.tit.* vbi Paulus ait, Si communem fundum ego & pupillus haberemus, licet vterque non vteretur: tamē propter pupillum me quoque viam retenturum: cùm pupillus nihil possit alienare, nec consequēter amittere seruitutem: quādoquidem alienare etiam dicitur is, qui nō vtendo seruitutē amittit, *l alienationis verbo.38. de verb. sign.* Quomodo etiam dicimus, eum qui it per partem itineris, totum ius vsurpare videri, hoc est, vsu retinere & rursum, Aquam si in partem aquagij influxerit, etiamsi ad vltima loca non peruenerit, omnibus tamē partibus intelligi vsurpatam, *l.si iter.8 in fin. & seq.*
D.quemadm.seruit.amit. † Quinimò, etsi per plures fun- 5
dos seruitus imponatur, & ego per vnum fundum iero, per alium non item, & quidem tanto, quanto seruitus non vtendo amittitur, nec amittetur, nec retinebitur seruitus pro parte, sed tota vel amittetur, vel retinebitur: tota amittetur, si nullo vsus sim, tota seruabitur, si vel vno fuerim vsus *leg.vna est via 18.rustic. præd.* vbi ratio redditur, quia licèt plura sint prædia quæ seruiunt, vna tamē est via, & vna seruitus tantū, siue respicias cōstitutionē seruitutis, quæ vnica tantū est, siue prædiū cui debetur seruitus, quod vnicū est. Nam si plura essent prædia quibus seruitus deberetur plures quoq; seruitutes essent, præsertim si ad plures dominos ea prædia pertinerēt, vt in specie *l.Aquā. 16. quēad.ser.amit.* quāuis eo loco nō de via tractet Proculus, sed de aquæduct⁹ seruitute, quā eo casu multiplicē
esse vult, tametsi vna tātū sit aqua † At priore casu cū 5
fund⁹ diuisis regionib. cōmunis est, placet Celso distin-

guendum esse, an agamus de seruitute viæ quæ fundo communi debeatur, an verò de ea quam debeat
fundus communis. Priore casu perinde est, inquit, atque si ab initio duobus fundis debita seruitus fuisset,
id est, acsi ab initio duo fuissent fundi, & duplex via,
vt proinde sibi quisque dominorum amittat seruitutem, non vtendo, & sibi quisque vsurpet seruitutem id est, vsu retineat, vt bene Accurs. interpretatur.
7 † Vsurpare namq; dixerunt Iureconsulti pro eo quod
est vsu retinere rem quam alius velit vsu sibi acquirere. Vnde vsurpatio definitur vsucapionis interruptio,
in *l. 2. D. de vsurpat. & vsucap*, ob idq. in illo titulo præcedit mentio vsurpationis, quia vsurpatio præcedit vsucapionem, vt eam impediat, nec vsucapio vlla est, nisi quam vsurpatio nulla antecessit. *Nec amplius*, inquit Celsus, *ea in re causa eorum fundorum miscebuntur*, vt vnius fundi iure censeri possint qui re vera
8 duo semel facti sunt. † Nec facit hæc sententia vllam
iniuriam domino fundi seruientis, imò conditionem
ipsius à contrario meliorem, quàm si hæc viæ seruitus
post diuisionem quoq; fundi regionibus factam, vnius
viæ iure censeretur, quoniam alter dominorum vtendo parte sua diuisa tanquam fundo separato, sibi tantum proficit, non etiam toti fundo, atque ita dominus
fundi seruientis fruitur libertate partis seruitutis vt
loquitur Proculus *in d. l. aquam 16. in fi. ff. eod.* Quod
non esset si vna tantùm esset via, quia per minimæ partis vsum tota eo casu retineretur, *d. l. vna est via 18. rust. præd.*
9 † Sed si agamus de fundo communi seruiente
qui diuisus sit, ita vt proximè diximus, id est regionibus, plusculum dubitationis ea res habet. Distinguendum. n. est an certus & finitus sit locus viæ, ita vt variari postea non possit, siue quod ab initio fuerit ita
constituta, vt per certum duntaxat locum iri posset, siue
quòd ea sit natura seruitutis, vt quamprimùm viam
direxerit is cui seruitus viæ debetur, ea ire agere
debeat, *l. si cui Simplicius 9 ff. de seruit.* an verò nullus
sit certus & finitus viæ locus: quod euenit non eo casu, quo in constituenda seruitute nihil de loco dictum
est (tunc. n. certus viæ locus ille esset per quem dominus seruitutis viam dirigere cœpisset, *d. l. si cui.*) sed
cùm in seruitute constituenda id nominatim actum
est, vt liceat domino fundi dominantis mutare locum
seruitutis: Valet enim illa conuentio, vt sequitur apud Celsum in *vers. cæterum* Priore casu cùm certus
ac finitus viæ locus fuit, rursum subdistinguendũ est,
an diuisus sit fundus seruiens per longitudinem viæ,
10 an per eius latitudinem: † Siquidem in omni via &
longitudo est, & latitudo. Longitudinem facit necessitas fundi dominantis, quia tam longam esse viam
necesse est, quàm longa esse debet, vt per fundum seruientem iri possit ad dominantem. Neq; in ea re lex
aut conuentio partiũ facere quicquam potest: latitudinẽ facit conuentio contrahentium, & quantam volunt contrahentes, aut si nihil ab iis dictum sit, legitima latitudo sumẽda est, id est quam lex duodecim tabularum cõstituit: nempe quæ in porrectum octo pedes habet, in anfractum verò sexdecim *l. viæ latitudo 8.*
11 *l. certo generi 13. §. latitudo. de seruit. rust. præd.* † vbi monet Iauol. differre viam ab itinere & actu, quia itineris actúsq. latitudo nulla est nisi quæ à contrahentibus demonstrata fuit, aut si nihil ab iis dictum sit quæ
ab arbitrio statuta est. Via verò suã habet à lege latitudinẽ, ideo fortassis quòd maiorem rixarum & litiũ
materiam præbere potuerit incertitudo latitudinis
viæ, quã itineris aut actus, aut quòd seruitus viæ maioris momenti sit & vtilitatis. Cæterùm non facit lex
duodecim tabularũ quin posset via constitui & latior
& angustior pro arbitrio contrahentiũ, dummodò eam
habeat latitudinem qua vehiculum transire possit:
alioqui non esset via, sed iter, *l. via constitui 13. in prin. eo. l. si tam angusti 13. ff. de seruit.* † Ergo vt ad Celsi subdi- 12
stinctionem veniamus, si fundus inter te & me cõmunis, qui fundo Sempronij seruitutem viæ debeat, diuisus sit inter nos regionibus per longitudinem viæ,
i interrupta per diuisionem viæ longitudine eadẽ omnia erunt seruanda, inquit Celsus, quæ seruarentur
si constituendæ seruitutis initio similiter hîc duo fundi fuissent: nimirum vt duplex quoque videatur seruitus viæ, ita vt si Sempron. per tuam duntaxat partẽ
iuerit, non per meam amiserit seruitutem non vtendo quod ad meam partem, retinuerit autem vtendo,
& vsurpauerit, quod ad tuam. Diuisio. n. facta per lõgitudinẽ viæ non potest viã interrumpere, aut diuidere, cùm nullam illa habeat longitudinem limitatã.
† Atsi per latitudinẽ viæ fundus diuisus sit, siue æqua- 13
liter id factum sit, siue inæqualiter, tunc manet idẽ ius
seruitutis quod fuerat anteà cum adhuc indiuisus esset fundus, id est vnica manet, ac indiuidua seruitus,
sicut & tũc vnicus fundus erat. Et ita fiet vt quamuis
Semproo per tuã tantùm partem iuerit, aut egerit, nõ
per meam, nihilominùs totam seruitutem vsurpauerit, etiam quod ad meam partem, *d. l. vna est via, 18.* Et
ratio est quia diuisio fundi facta per viæ latitudinem,
viam corrũpit & diuidit, ita vt ex vna via faciat duas
semitas, hoc est semiuias, tantum abest vt facere possit
duas vias. Duæ autem semitæ sicut vnam duntaxat
viam faciũt, ita nec nisi vnius viæ iure censeri possunt,
& consequenter pro vno eodémque indiuiduo iure
haberi: vt quamuis fortè inciderit vt Sempron. ea tãtùm semita vsus sit quæ per alterum fundum esset, nõ
idcirco tamen alter fundus liberetur, nõ magis quàm
si nulla diuisio fundi facta fuisset, quia quod ad viam
pertinet, nulla diuisio facta intelligitur. Necquemadmodum post diuisionem tot sunt fundi, quot sunt
partes, ita possis dicere tot esse vias quot sunt fundi,
cum per latitudinem viæ facta diuisio est. † Neque ad 14
rem pertinebit si ponas viã ab initio cõstitutam adeò
latam, vt etiam post diuisionem factam per latitudinem, tantum supersit spatij in vnoquoq. fundo, quantum necesse esset ad integram viam ab initio constituendam. Non. n. spatij quãtitas quæ duabus viis sufficere possit, duas vias facit, si ab initio vna tãtùm via
constituta fuit, & idcirco nec fiunt duæ viæ per diuisionem etiam æqualiter factam in latitudine, sed duæ
semitæ acsi ab initio non nisi octo pedum via fuisset
constituta. † Quod quamquam ita sit, dubitandum ta- 15
men non est, quin alter fundus liberari possit ab hac
seruitute viæ, si modò specialiter id conuenerit, quia
plus potest conuentio quàm non vsus tanquam quæ
manifestiùs exprimat voluntatem domini seruitutis.
Fieri siquidem facilè potest, & verò fit plerumque, vt
qui vnica seruitute vsus est per vnum fundum, per vtrumque vti voluisse videatur. † Quid ergo, si domi- 16
nus fundi dominantis post eam fundi diuisionem factam per latitudinem viæ, alterum ex iis fundis comparauerit atq. ita pro illo fundo confusa sit seruitus, an
nihilominùs alterius fundi seruitus permanebit? Hæc
quæstio est quam tractat Celsus *in vers. certò*: ad eámque respondet non videre se quid absurdi consecuturum sit eam sententiam, quæ dicat, alterutrum fundũ
manere seruum, si modo fateamur, quòd necessariò
fatendum est, potuisse & ab initio constitui viam longè angustiorem, quàm lege fuerit definita, *d. l. via 25. rust. præd.* dummodò tamen supponamus tantùm adhuc loci superesse in eo fundo (cuius seruitus passiua,
nec

nec remissa, nec confusa est) quantum sufficere possit viæ, id est, ad vehiculum ducendum. Nam si minus loci superesset, quam viæ sufficeret, dicendum esset vtrumq. fundum liberari, alterũ quidẽ propter redemptionem, quæ seruitutem cõfudisset facto eod. domino vtriusq. fundi & seruientis, & dominantis, alterũ v. quia per eum locum qui superesset, via constitui nõ posset, adeò vt nec iter, nec actus superesse dici possit, quamu is tantum supersit loci, quãtum ad iter actúmve necesse esset, quia ab initio via constituta fuit, non iter aut actus. Quæ distinctio adhibenda est, & in illo superiore casu, de quo proximè diximus, cùm dominus fundi dominantis speciali conuentione id egit, vt alterutrum fundũ post diuisionẽ liberaret. Quamuis enim non nisi eum fundũ liberare voluerit, vterq. tamen liberatus reperietur in necessariam consequentiã si in altero fundo, quem voluerit seruum retinere, minus loci supersit, quam sufficere possit ad viã con-
17 stituendã.† Posteriore verò casu prioris nostræ generalis distinctionis. i. si ita sit constituta seruitus viæ, vt nullus fuerit ipsius certus locus, neq. ab initio, neq. ex postfacto definitus, quod tunc diximus contingere, cum conuenit non solum, vt per quamlibet partem fundi ire agere liceat (quod vt conuenisse intelligatur, sufficit viam simpliciter fuisse constitutam, *l. si cui. 9. ff. de seruit.*) sed etiam vt subinde liceat mutare locũ viæ, & deinde diuisus est inter socios fundus seruiens, rursum subdistinguendum est, an ita sit diuisus fundus, vt per quãlibet eius partẽ æquè iri atq. agi possit atq. si non esset diuisus, an verò ita vt pars altera tam arcta sit & angusta, vt per eã viæ vsus nullus esse possit. Potest n. hoc facilè euenire, siue quod minimam in fundo communi partem quis habuerit duodecimam fortè aut vicesimam, siue quod commodius videatur aliquando compensare longitudine quod latitudini deest. Primo casu perinde obseruandum erit, ac si ab initio duobus fundis duæ seruitutes viæ iniũctæ fuissent, vt nimirũ altera non vtendo deperire possit, altera retineri. Secũdo autẽ casu amissa seruitute non vtendo per illum fundum per quem ea vti quis poterit, nulla alia superesset de qua possit tractari an periisse videatur, an superesse. Sed si dominus fundi cui seruitus debebatur ea vsus sit per illum fundum per quem vti potuit, dubitandum non est quin saltẽ per eum fundum eam retinuerit. Idq. est quod ait Celsus *in ver. caeterum.* Nec obstat, inquit, superiori sententiæ si quis obiiciat ita euenire vt alieno facto ius alterius immutetur, cum si diuisio fundi facta non fuisset, vtendo ille via per vnam fundi partem totam viam per totum fundũ retinuisset. Debet. n. sibi imputare, quod antequam lapsa essent tempora per quæ non vtendo amittitur seruitus: non fuerit ille vsus seruitute per alteram quoque partem fundi. Et preterea incommodum si quod sit, ex huiusmodi diuisione, debet compensare cum eo commodo quod ipsi accedit ex causa, & occasione diuisionis, per quam scilicet factum est, vt iam per duas pariter vias ire agere possit, qui anteà cum vnus tantum esset fundus non nisi vnam habebat viam, itémq. vt bis octonos pedes in porrectum, & bis senos denos in anfractũ habere debeat qui antea non nisi semel totidem habuisset. Quod enim nulla facta diuisione licuit illi variare locũ viæ, idipsum etiam post diuisionem licere ei debet, non vt eodem tempore duas vias habere intelligatur, cum vnica tãtum fuerit ab initio constituta, sed vt via illa quam vnicam habet, possit vti pro arbitrio per vnũ fundum perinde ac per alterum diuersis tamen temporibus, vt per hanc viæ variationem tantum consequatur, quantum si duplex esset via. Atque ita explicata sit tota illa Celsi tractatio satis alioquin obscura, & in Accursij quoq. glossis intricata, quàm non fuit assecutus Francisc. Hotom. qui putat lib. 1. obs. cap. 31. locum hunc esse corruptum *in vers. sed si is fundus*, quo nomine meritò notatus est à Iac. Cuiac. lib. 14. obs. c. 11.

CAPVT XV.

De differentiis vrbanorum & rusticorum prædiorum, itémque seruitutum vrbanar. & rusticar. & de variis seruitutibus.

SVMMARIA.

1 *Seruitutes iura prædiorum actiuè & passiuè dici.*
2 *Veteres ICtes in definiendis vrbanis & rusticis prædiis dissensisse.*
3 *Quænam sententia hac parte tandem præualuerit?*
4 *Alia Veterum dissensio in definiendo quænam seruitutes prædiorum vrbanorum quænam rusticorum essent.*
5 *Ad quid prudentes in constituenda superiore seruitutum differentia potissimum respexerint.*
6 *Seruitutes vrbanas circa idem subiectum plerumq. duplices esse, vnam affirmatiuam alteram negatiuam, rusticas verè simplices & affirmatiuas tantum.*
7 *Huius differentiæ ratio redditur.*
8 *Seruitutem altius non tollendi à seruitute ne luminibus officiatur distinguendam esse, contra Cuiacium contenditur.*
9 *Respondetur ad* l. luminum 4. ff. de seruit. vrban. *pro Cuiacij sententia allatam.*
10 *Seruitute quoquomodo constitutâ eam semper interpretationem capi debere ne qua durior seruitus constituta videatur.*
11 *Seruitutem luminum à seruitute ne luminibus officiatur, & hanc a seruitute ne prospectus offendatur separandam esse.*
12 *Eum qui seruitutem impositam esse dicit hoc ipsum probare debere.*
13 *Eum qui seruitutem non debet altiùs ad lubitum tollendo vicini luminibus officere posse.*
14 *Superioribus obstare videri leges quæ de statura antiquorum ædificiorum forma custodienda præcipiunt.*
15 *Cuiacij ad earum legum conciliationem distinctio, an quis ædes suas iure libertatis naturalis, an verò iure imposita seruitutis altius tollat.*
16 *Indicantur leges quædam quæ de eo accipiendæ sunt qui iure seruitutis altius tollens veterem ædificiorum formam seruare tenetur.*
17 *An aliquod exemplum dari possit eius qui iure seruitutis in suo ædificet aut altius tollat.*
18 *Aliud esse remittere seruitutem ædibus suis debitam, aliud ædes suas contraria seruitute onerare.*
19 *Seruitutem altius tollendi eam demum dicendam esse quæ per consequentiam necessariam inducitur ex vsucapta libertate seruientis altius non tollendi.*

QVod† dicimus, Seruitutes omnes prædiales, & vt vocant, reales, nihil aliud esse quàm iura prædio- 1
rum, *l. 1. §. vlt. D. de rer. diuis.* & apud Iustin. *in tit. De reb. corp. & incorp.* duplicem sensum habet, passiuum & actiuum, quomodo & iurium quę in actionib consistunt alia passiua sunt, alia actiua. Nam & actionum alias actiuas, alias passiuas nostri vulgò appellãt. Passiua iura prædiorum, sunt seruitutes quantum ad prædia à quibus debentur: & hoc sensu personales quoq. seruitutes iura prædiorum dici possent, quia licèt personis non prædiis debeantur, tamen à prædiis deben-

tur, actiuè a. dicimus seruitutes esse iura prædiorum,
quibus debentur, & ideò cum iura prædiorum sim-
pliciter dicimus, seruitutes reales, non personales in-
telligimus, cùm solis realib. conueniat vterque sensus
huius appellationis: debentur namque prædijs à præ-
diis. Cumqua omnia prædia vel vrbana sint, vel rusti-
ca, ipsas quoque seruitutes ex eo quòd prædiis, vel vr-
banis, vel rusticis debentur, necesse est vel vrbanorum
prædiorum esse, vel rusticorum. Quæ res facit vt dif-
ficile videatur dicere quænam seruitutes vrbanæ sint,
& quænam rusticæ, quia nec satis planum est quęnam
2 prædia vrbana sint, quænam rustica. † Mihi semper
visum est probabile. quod ex recentioribus ante nos
quidam dixerunt dissensisse in eo veteres Iurecõsul-
tos, Neratium sc. ab omnibus cæteris. Ille enim puta-
bat prædia vrbana distinguenda esse à rusticis ex lo-
co, vt quæ essent in vrbe dicerentur vrbana; quæ ruri,
rustica: vt colligere licet ex *l. 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign.
vel hypoth. tacit. contr.* vbi negat stabula posse dici vr-
bana, quæ non sunt in ædificiis continentibus, id est,
nec in vrbe, nec in suburbiis. Cæteri verò vrbana æ-
stimanda putabant, non ex loco, sed ex materia, aut
potiùs ex genere vsus patrisfamiliâs *l. quemadmodum
12. ff. de supell. lega. l. vrbana familia 166. l. vrbana prædia
198. de V. S. l. cum quæreretur 60. §. 1. l. seruus vrbanus 99.
3 legat. 3.* † Quæ sententia tandẽ præualuit, & ab Impp.
quoque adprobata est *in l. si prædium 16. C. de præd. mi-
4 nor.* † Ex hac dissensione illa etiam nata est, cuius ve-
stigium extat *in l. 2. ff. de seruit. rust. præd.* Ibi enim Ne-
ratius scribit rusticorum prædiorum seruitutes esse,
Licere altiùs tollere, & officere prætorio vicini, cùm
tamen eas seruitutes vrbanorum prædiorum esse a-
pertè scriptum sit *in l. 2. de seruit. vrban. præd.* nempe
quia Neratius existimabat posse rusticum prædium
esse, etiam quod prætorium diceretur, si modò extra
vrbem & ruri ædificatum. Neq hoc tantùm putabat
Neratius, verùm etiam rusticorum prædiorum serui-
tutes dicendas esse omnes illas, quæ talibus prædiis
deberentur, quasi absurdum esset vrbanam seruitu-
tem dici quæ rustico prædio debeatur. Sed aliorum
iuris autorum alia fuit sententia, Nimirum seruitutes
vrbanorum prædiorum perpetuò dicendas esse eas
quæ enumerantur *in l. 2. 3. & 4. ff. de seru. vrb. præd.* ta-
metsi rusticis prædiis debitæ proponantur, id est ser-
uitutes altiùs tollendi, & non tollendi altiùs, tigni
immittendi, & tigni non immittendi, officiendi lumi-
nibus, &, ne luminib. officiatur. Luminum itémque
prospectus, ne sc. prospectu officiatur, stillicidij auer-
tendi, & non auertendi, deniq. oneris ferendi. Serui-
tes verò rusticorum prædiorum eas esse quæ recen-
sentur *in l. 1. 2. 4. & 5. rust. præd.* tametsi etiam vrbano
prædio interdum debeantur. Cuiusmodi sunt iter, a-
ctus, via, aquæductus, haustus aquæ, pecoris ad aquã
appulsus, ius pascendi pecoris, ius calcis coquendæ, a-
renæ fodiendæ, cretæ eximendæ. Nemo. n. vnquã præ-
ter Neratium dixit, rusticorum prædiorum seruitutes
illas esse, quas diximus vrbanorum, aut contrà: alioqui
confunderentur iura omnia de seruitutibus si ex vr-
banis possent fieri rusticæ, vel è contrario, pro locorũ
vel qualitatis prædij diuersitate, cùm pleræq. sint in-
ter seruitutes vrbanas & rusticas differentię, quas ali-
5 bi prosequemur. † Videntur a. prudẽtes in ea primùm
constituenda differentia ad id potissimom respexisse,
quòd ex seruituribus quædam visæ sunt habere plus
necessitatis aut vtilitatis ratione prædiorũ quæ essent
in vrbe, id est ædificiorum, quæ dubitandum non est
ab initio vrbana dicta fuisse. Aliæ verò, aptiores esse
fundis, & prædiis quæ ruri essent, excolendis, indéque
aliis naturam & appellationem vrbanarum seruitu-
tum inditam fuisse, aliis rusticarum. † Cum verò inter 6
vtrasq. seruitutes differentiæ multæ sunt, tum illa in
primis & obseruatione dignissima quòd vrbanæ circa
idem subiectum sunt vt plurimum duplices, vna af-
firmatiua, vt altius tollendi, tigni immittendi, stillici-
dij auertendi. Alia negatiua, vt altius non tollẽdi, Ti-
gni non immittẽdi, & similes. Rusticorum verò præ-
diorum seruitutes sunt simplices, & affirmatiuæ tan-
tum, perpaucis exceptis, quæ possunt constitui negati-
uè. Itaque seruitus quidem aliqua est quæ tribuit ius
eundi per fundum alienum, & iter appellãt: sed nulla
est, quæ tribuat ius non eundi. Idémque de actu &
via dici potest. † Cuius differentiæ ratio pendet ex eo 7
quod iam in præcedentibus docuimus, seruitutes ru-
sticas in hominis facto consistere, eóque tali quod cõ-
tinuum esse nõ potest. Nemo enim tam perpetuò, aut
tam continenter ire potest, aut agere, aut vehere, vt
non sit ei sæpissime quiescendum, *l. seruitutes 14. ff. de
seru.* Aut seruitutes vrbanorum prædiorum tales sunt,
vt earum vsus sit continuus: adeò vt quamuis nullus
seruitutis vsus esse amplius possit, adhuc tamen serui-
tus duret, nisi is cuius prædium seruitutem debebat,
aliquid ex parte sua fecerit, per quod impediat vsum
seruitutis, veluti si ædes tuæ ædibus meis seruiant, ne
altius tollantur, aut ne luminibus mearũ officiatur, &
ego per statutum tempus quod olim erat biẽnij, ho-
die verò decennij aut vicennij fenestras meas refixas
habuero, vel obstruxero, ita demum ius meum amit-
to, si tu per hoc tempus ædes tuas sublatas habueris: a-
lioqui si nihil noui feceris, retineo seruitutem, *leg. hæc
autem 6. de seru. vrb. præd.* vbi aliud exemplum additur
de seruitute tigni immittendi Inde namque fit, vt se-
mel constituta seruitus altius non tollendi non possit
amitti, aut extingui, quin hoc ipso ædes quibus ante a
debebatur, incipiant debere contrariam seruitutẽ al-
tius tollendi, id est patiendi vt ædes quæ seruitutẽ de-
bebant altius non tollendi, iam altius tolli possint: a-
lioquin prior illa seruitus altius non tollendi semper
durare intelligeretur. Quod in seruitutibus rusticis
nõ similiter euenit, quia hoc ipso quod dominus præ-
dij dominãtis nihil amplius facere non potest in fun-
do alieno qui seruitutem debebat, satis apparet extin-
ctam esse omnino seruitutem, siue non vtendo perie-
rit, siue per stipulationem, qui sensus est *d. l. Hæc au-
tem.* † Distinximus. v. seruitutem altiùs non tollendi à 8
seruitute ne luminib. officiatur, vt refellamus senten-
tiam I. Cuiacij, qui lib. 17. obseru. c. 37. scripsit esse vnã
& eandem seruitutem, ita vt acquisito iure. Ne altiùs
possis ædes tuas tollere, illud etiam acquisiuisse vi-
dear. Ne luminib. meis officere queas, ex *l. luminum 4.
D. vrb. præd.* vbi distinguit quidem Paulus seruitutem
luminum à seruitute, Ne luminib. officiatur, sed non
similiter seruitutem. Ne luminibus officiatur, à serui-
tute altiùs non tollendi. Ait. n. luminum seruitute cõ-
stituta id acquisitum videri, vt vicinus lumina nostra
excipiat, i. non possit prohibere quominus ædiũ no-
strarum fenestras aduersus ædes. aut aream ipsius a-
pertas habeamus At cùm seruitus imponitur, Ne lu-
minibus officiatur, non illud tantùm adepti videmur,
sed hoc etiam amplius, ne ius sit vicino inuitis nobis
altius ædificare, atque ita minuere lumina nostrorum
ædificiorum. At contra Cuiacium illud facit quod
multo generalior est seruitus illa, Ne luminib. officia-
tur, quàm illam, Ne altiùs tollatur: siquidem ædificia
quæ seruitutem illam patiuntur, viridaria supra illam
altitudinem habere possunt, itémque arbores, & alia
huiusmodi pręterquàm parietem altiorem, tametsi ea
ratione

ratione futurum sit vt luminib. officiatur: quod tamē
diuersum esset ea seruitute cōstituta, Ne luminib. of-
ficeretur. Facit.n.contra realem seruitutem quisquis
tale quid facit quod officiat luminibus vicini, vt pro-
batur apertissime ex coniunctione *l. aedific. 12. cum l. si*
9 *arborem 17. D. de seru. vrb. praed.* † Nec repugnat *d. l. lu-*
minum, quae ait duntaxat eum cuius aedes debent ser-
uitutem, Ne luminib. officiatur, non posse altiùs tol-
lere: Nimirum quia hoc ipso, quòd altiùs tolleret, ob-
scuraret aedes dominantes. Sed non est bona consecu-
tio, vt è contrario is cuius aedes debent seruitutem al-
tiùs non tollendi, non possit officere luminibus vici-
ni, quia hoc tantum prohibitus videtur, ne officiat al-
tiùs tollendo, non etiam alio quouis modo, puta vi-
ridaria aut arbores supraponendo. Nec.n.altius tol-
lit aedes, qui ista facit. Et quamuis seruitus altius non
tollendi ob eum praecipuè finem constitui soleat ne
luminib. officiatur aedium vicinarum *d. l. hac autem*, id
tamen ita accipiendum est ne luminibus officiatur
eo modo, id est altius tollendo, non vt alij modi lumi-
10 nib. officiendi prohibiti intelligantur. † Cum enim
sicut homines ipsi, ita & res quoq. naturalem habeant
libertatem nisi quatenus iis imposita seruitus est siue
per stipulationem siue per pactum in tradendo inter-
positum aut incontinenti post aliquem contractum
siue per vltimam voluntatem (quib. duntaxat modis
seruitutem constitui posse placuit *§. vltim. Inst. de seru.*
praed.) omnino consequens est vt ea semper interpre-
tatio capi debeat quantum fieri potest ne qua durior
seruitus constituta videatur, vt à naturali cuiusque
rei libertate quàm minimum recedatur, *l. altius 8. C. de*
seru. & aqua. [illegible] cum eo 9. D. seru. vrban. praed. Et ideò dili-
genter animaduertendum est quibus verbis constitu-
ta sit seruitus, potestque imputari ei qui constituit, in
testamento, aut ei qui per stipulationem aut per pactū
sibi eam acquisiuit, cur non dixerit legem apertiùs, ex
generali regula, *l. veteribus 39. D. de pact. l. Labeo 21. D.*
11 *de contr. empt.* † Vnde est quod separamus etiam serui-
tutem luminum à seruitute Ne luminibus officiatur,
cùm tamen prima facie & minùs subtiliter intuenti
eadē seruitus esse videatur. Sed & seruitutem Ne lu-
minib. officiatur distinguere oportet à seruitute Ne
prospectus offendatur; quia in seruitute prospectus
hoc plus habet dominus seruitutis, ne quid ei officia-
tur ad gratiorem & liberiorem prospectum. In serui-
tute autem luminibus non officiendi, hoc duntaxat
ne lumina ipsius obscuriora fiant, id est, quantum ad
hoc vt coelum aequè videatur. Illa namque differentia
est inter lumen & prospectum, quòd prospectus etiā
ex inferiorib. locis est, lumen verò ex inferiorib. esse
12 non potest. † Deniq. cum seruitutes omnes habeant
causam imposititiam, *l. de pupillo §. [illegible] & bellè Sextus Pe-*
dius de oper. no. nunc. quisquis dicit aliquam & talem
impositam esse seruitutem, id ipsum probare debet *d.*
l. altius, & l. vlt. eius 15. C. de probat. Et hoc est quod ait
Vlp. in *d. l. cum eo 9. vrban. praed.* nullam competere a-
ctionem cum eo, qui altiùs tollendo aedes obscurat
vicinas quib. non seruiat, & in *l. inter seruitutes 15. eod.*
eum qui in suo aliquid facit per quod impediat lumen
vicini, posse ita demum prohiberi ne id faciat, si de-
13 beat seruitutem. † Etsi.n. nemini permittendum est vt
alteri iniuriam faciat, aut damnū adferat. damnū au-
tem esse videtur, etiam cum aedium luminib. officitur,
non potest tamen videri, aut iniuriam, aut damnū in-
ferre is, qui iure suo vtitur, quomodo vtitur, qui pro
arbitrio aedificat in libero solo *l. fluminum 24. §. vl. cum*
ll. seq. D. de damn. infect. vbi additur nec videri damnū
facere, i. pati eum qui illo veluti lucro, quo hucusque
vsus fuciat, nunc vti prohibetur, multúmque interes-
se, vtrum quis damnū sentiat, an lucro quod faciebat
vti prohibeatur. Quod tamen ita est accipiendum, ne
ad inuidiam alterius aedificetur. i. eo duntaxat animō,
vt vicino noceatur, non vt aedificanti potissimū cōsu-
latur. Hoc enim non magis licet, quàm [illegible] prohibere
aedificantem, *l. ex quo 13 §. & hoc quaesitum 7. C. de aedific. pri-*
uat. † Obstare tamen valde videtur, quod scriptum est 14
in *l. qui luminib. 11. D. de seru. vrb. praed.* eum qui lumini-
bus vicinorum officeret, aliúdve faceret contra com-
modum vicini, formam ac statum antiquorum aedifi-
ciorum custodire debere: quod & scriptum est in *d. l.*
ex quo §. 1. vbi Zeno praecipit, vt qui priùs domos
renouare cupiunt, veterem formam non excedant, si-
cut nec hi, qui nouas aedificant, ne lumen aut prospe-
ctum vicinis auferant. Quò etiam pertinere videtur
rescriptum Imp. Antonini in *l. 1. C. de seru. & aqu.* v-
bi dat actionem ordinariam aduersus eum, qui aedifi-
cium contra veterem formam extruxit vt luminib. vi-
cini officeret. Itémque quod Paul. scribit in *l. cuius 24.*
De seru. vrb. praed. Cuius aedificium iure superius esse-
ius esse in ipsum. [illegible] supra suum aedificium imponere,
id est, vt sequens lex explicat, ex aedificio suo quantū
velit in aliud immittere, dum inferiora aedificia non
grauiore seruitute oneret, quàm [illegible]. In quib.
omnibus locis & interpret. [illegible] mi-
rum est quantopere se torqueant interpretes. Sed ne 15
in eorum opinionibus & reiciendis & refellendis si-
mus longiores probanda omnino est ea sententia, quā
& Cuiacius sequitur ad *§. aquae. Inst. de act. & tract. 9. ad*
Africanum ad l. si propinquam 35. D. de oper. nou. nunc. vt
distinguendum sit, an quis altiùs tollat aedes suas iure
suo, id est iure libertatis naturalis, an verò iure impo-
sititio, id est iure impositae seruitutis. Nam qui tollit
altiùs suo & naturali iure, potest tollere in infinitum,
nec veterem formam aedificiorum seruare cogitur,
quomodo intelligendum est quod dicitur in *d. l. [illegible]*
d. l. inter. d. l. altius. Qui verò altiùs tollit iure impositae
seruitutis, veterem formam seruare cogitur, & ita ae-
dificare, vt non faciat duriorē vicini conditionē quàm
fuerit anteà. † Sicque accipi debet quod scriptum est 16
in *d. l. qui luminib. & d. l. cuius*, vt probant verba illa, *dū*
inferiora aedificia non grauiori seruitute oneret, quam pati
debeant. Nō enim quaerendū esset de seruitute, si aedi-
ficaret iure libertatis naturalis, non seruitutis. Sic & in
l. seruitutes 20. eo. tit. in §. si sublatum, vbi cùm requirit
I.C. vt si sublatum sit aedificium ex quo stillicidium
cadebat, in eadem specie & qualitate reponatur, po-
nendum necessariò est praecedere seruitutem si nō al-
tiùs tollendi, saltem stillicidij recipiēdi. Quae seruitus
ne cum aedificio ipso sublata, extinctáq. intelligatur,
necesse est aedificiū quod reponitur intelligi esse idem
quod antea erat: quod tamē non aliter induci potest,
nequidem ex vtilitate publica, quàm si in pristina spe-
cie & qualitate reponatur. Cùm etiam hoc facto nihi-
lominus fatendum sit, si quis rē strictiùs interpretari
velit, aliud aedificium esse, quòd sequenti loco poni-
tur, adeò vt aedificio sublato vsusfruct⁹ intereat, quā-
uis area sit pars aedificij, nec restitutis aedibus vsusfru-
ctus restituatur: quae sententia est *d. §. si sublatum. [illegible]*
l. quoties 34. §. vlt. D. de vsufr. Si deniq. quod scriptū est
in *d. l. 1. C. de seru. & aqua*, dandam actionem aduersus
eum qui aedificium contra veterem formam extruxit,
vt luminibus vicini officeret, sicut non de alia actione
potest accipi, quàm quae sit de seruitute, ita nec de a-
lio intelligi potest, quàm de eo iure seruitutis & con-
tra seruitutem aedificauerit, non de illo, qui iure li-
bertatis naturalis. Quod apertiùs exprimit Zeno in *d.*

leg. ex quo. §. 1. vbi loquitur disertè de iis qui proprias domos renouare cupientes formas veterum excedũt, aut prospectum vicinis aufferũt, *aduersus eum,* inquit, *quæ pridem constituta sunt,* i. vt ego interpretor, contra ea quæ aliquando placuerunt, cùm seruitus imponeretur. Neque videtur hæc distinctio magnam habere
17 difficultatem. † Sed difficiliùs illud est apud interpretes, exemplum date de eo qui ædificet, aut altiùs tollat in suo, seruitutis iure, cum dixerimus licere cuiq. id facere iure suo, nec in eam rem opus esse vlla constitutione seruitutis. Sunt qui Ioannem Fabrum secuti, putent non aliud exemplum adferri posse, quàm in iis ciuitatibus, in quibus iure municipali certus modus ædificiis constitutus est, ne quis possit supra eum modum altiùs ædes suas tollere vt apud Belnenses seruari audio. Potest enim iis in locis necessaria esse seruitus altiùs tollendi, vt quis consentiente non solùm magistratu, sed etiam vicino cuius præcipuè interest tale ius ædibus suis comparare possit. Sed interpretatio hæc parum probabilis est, cùm ad ius municipale pertineat, non ad ius commune, quod tamen agnoscit istam seruitutem altiùs tollendi, vt constat *ex d. §. æquè. & ex l. 2. de seruit. rustic. præd.* Itaque placet aliis seruitutem altiùs tollendi tunc constitui cùm is cuius ædibus debebatur seruitus altiùs non tollendi
18 eam remittit. At hoc quoq. parum subtiliter. † Aliud enim est remittere seruitutem ædibus suis debitam, aliud verò suas ædes contraria seruitute onerare. fieriq. facilè potest vt quis debitam ædibus suis seruitutem vltro & gratis remittat, qui tamen aliqua seruitute suas ædes onerari, etiam oblata in eam rem ingenti pecunia non pateretur. Et verò vix est, vt qui à vicino petit remissionem seruitutis altiùs non tollendi, velit eum ad id quoque adigere vt hoc ipso seruitutem nouam ædibus propriis imponi patiatur. Esset enim illa flagitatio non solùm importuna, & inciuilis, sed etiam inutilis ex parte illius qui vellet ædes suas altiùs tollere, cùm ad hoc vt altiùs tollere possit sufficiat ei quòd nullæ ædes debeant seruitutem altiùs non tollendi. Ex parte verò illius qui talem seruitutem concederet, quamuis posset dici, forte ipsi vtilem constitutionem seruitutis in id vt qui altiùs tollere vellet, non cogeretur seruare veterem formam ædificiorum secundùm ea quæ diximus, parum prudenter tamen ne dicam ridiculè faceret, qui huius commodi captandi gratia vellet ædibus suis imponere seruitutem. Esset enim ei longè commodius & expeditius, remittendo seruitutem altiùs non tollendi, siue liberaliter siue acceptâ pecunia eam remissioni legem dicere, vt tamen supra certum modum altius tollere non liceret. Ideóq. nec illud probare possum, quòd video alios existimare seruitutem altiùs tollendi eam esse, non quæ ex remissione seruitutis altiùs non tollendi inducatur, sed quæ post remissam seruitutem altiùs non tollendi propria & speciali actione
19 constituitur. † Longéq. probabilius arbitror, vt dicamus, quod iã in præcedentibus attigimus, vt seruitus altiùs tollendi ea demũ dicenda sit quæ inducitur per consequentiam necessariam ex vsucapione libertatis seruitutis altiùs nõ tollendi, cum fieri nequeat vt seruitutis libertas vsucapiatur quin hoc ipso contraria seruitus acquiratur, per quam fiat, vt qui ædes suas altius tollere non poterat te inuito, eas nunc possit tollere altius etiam inuito te, idque non ex libertate illa naturali quæ hãc facultatem ei daret, si nulla seruitus vnquam debita fuisset, sed iure acquisito per vsucapionẽ libertatis. Et hæc interpretatio valdè conueniẽs est ei quòd diximus, seruitutem hanc altius tollendi non acquiri nisi in consequentiam libertatis acquisitæ seruitutis altius non tollendi. Sicut enim non acquiritur ea libertas, nisi illo qui seruitutem altiùs nõ tollendi debebat, altiùs tollente, *l. 4. §. vl. de vsuc. l. si ædes 32. § libertas ff. vrb. præd.* ita nec potest videri acquisita seruitus altius tollendi, nisi quatenus ille altius sustulit, vt tantum videatur præscriptum, quantum possessum, ac proinde si velit modum illum excedere, & adhuc altius tollere, non est ei permittendum, quasi durantibus reliquiis quibusdam seruitutis pristinæ altius non tollendi in eo quod excedit modum illum veterem ædificij, qui seruatus fuit in vsucapienda libertate.

CAPVT XVI.

Interpretatio l. vlt. ff. comm. præd. & l. vsusfructus 26. ff. de stipul. seruor.

SVMMARIA.

1 *Seruitutem quæ fundo communi imponitur nonnisi ab omnibus dominis vtiliter constitui.*
2 *Si quis ex dominis separatim dicto fundo seruitutem imposuerit eundem posse summo iure prohibere ne is cui constituta est ea vtatur.*
3 *Ex æquitate tamen pati debere vt iure cesso vtatur.*
4 *Nouissimo ex dominis fundi communis seruitutem cedente & constituente præcedentes omnes cessiones ex nouissimo illo actu confirmari.*
5 *Domino qui primus cessit decedente cessionem a nouissimo post primi decessum factam non valere.*
6 *Quomodo accipi debeat quod dicitur posteriore cessione seruitutis priores confirmari.*
7 *Retroactionem eo casu nullam esse, sed fictionem tantùm.*
8 *Sensus & emendatio versic. adem iuris.*
9 *Domino qui non cessit decedente vel partem suam alienante, omnes etiam eos qui iam cesserant ex integro cedere debere.*
10 *Ex legato quod posteriore loco socius fecerit aliam cessionem prius ab alio factam confirmari.*
11 *Quid iuris, si omnes socij siue eodem siue alio atque alio tempore factis testamentis seruitutem legent?*
12 *Cur eo casu Paulus in* d. l. vlt. *requirat vt vtriusque hereditas pariter adeatur?*
13 *Legatorum diem tam iure vetere quàm nouo ab adita hereditate cedere.*
14 *Vsufructu vel alijs personalibus seruitutibus legatis diem legati nonnisi ab adita hereditate cedere.*
15 *Paulum in quæstione proximè proposita, de tempore aditæ hereditatis locutum esse.*
16 *Explicantur vltima illa Pauli verba,* non sicut viuentium, ita & morientium actus suspendi posse.
17 *Respondetur ad* l. vsufructus 26. ff. de stipulat. seru.
18 *Actus viuentium non magis quam morientium ratione iuris inspecta suspendi posse, ex æquitate verò aliquam hac parte inter hos actus differentiam esse.*

SIcuti † seruitutes prædiorum constitui non possunt sine duobus prædiis, quorum alterum seruitutem debeat, alteri verò seruitus debeatur, *l. 1. ff. com. præd.* ita neque à non domino fundi seruientis, neque ab vno ex dominis eiusdem fundi si plures fortasse proponantur, sed necesse est constitui seruitutem à dominis omnibus, adeóq. simul: quia cum seruitus sit ius prædij tam ex parte fundi seruientis, cuius ius diminuit, quã ex parte fundi dominantis, cuius ius auget, 1

l. de

l. de pupillo. 5. §. & bellè Sextus. ff. de oper. nou. nunciat. fie-
ri non potest, vt constituatur ab eo qui nullum ius in
re habeat, neq. rursus ab eo qui non sit dominus nisi
pro parte, siue pro diuiso, siue pro indiuiso, cum serui-
tus quæ indiuidua est, pro parte acquiri non possit, *l.
per fundum 11. ff. de seru. rust. præd. l. si quis duas 6. § item
2 si duo. l. vlt. ff. comm. præd. l. pro parte 11. ff. de seru.* † Ergo
si quidam ex dominis separatim constituerint serui-
tutem, dicendum est subtili ratione iuris, non aliter
meam fieri seruitutem, quàm si omnes constituerint,
& consequenter illos etiam qui iã constituerint, pos-
se me interim prohibere, ne ea seruitute vtar, *d. l. per
3 fundum.* † vbi tamen subiungitur benignius & æquius
esse, vt prius etiam quàm nouissimus cesserit, non pos-
sint me vetare vti iure cesso ij saltem qui iam anteà
cesserunt, & constituerunt. Hic enim, vt & in aliis
plerisq. præsertim quæ ad seruitutes pertinent, negli-
gimus persæpè subtilem rationem iuris, vt contrahen-
tium voluntati inseruiamus, quantum æquitas pati
potest. Æquum autem non videtur, vt cuiquam lice-
re debeat cõtra proprium factum venire eo solo præ-
textu, quòd alius nondum id fecerit, quod fieri postea
4 quandocunq possit. † At obseruandum illud est quòd
nouissimo ex dominis cedente & constituente serui-
tutem, præcedentes omnes cessiones ex nouissimo il-
lo actu confirmantur, & fiunt efficaces. *d. l. per fundum,
& d. l. vlt. com. præd.* quo loco addit Paulus perinde es-
se hoc casu atque si eodem tempore omnes cessissent.
Quod tamen non sic accipiẽdum est, quasi hoc ipsum
mera iuris ratio patiatur. Nam & hoc quoque contra
iuris rationem receptum fuit ex æquitate, vt prima
legis verba probant. Sicut enim seruitus quælibet so-
lo vsufructu excepto indiuidua est *l. 1. §. si vsusfructus.
ff. ad leg. falcid.* ob idque nec per partes acquiri potest,
vt iam dixi, ita nec potest fieri vt priores cessiones
quæ ipso iure non valuerunt, confirmentur ex poste-
riore quæ nec ipsa magis valere potest quàm cæteræ,
5 cum facta sit separatim, vt priores. † Ex eo autẽ, quòd
dicimus priores cessiones non nisi ex nouissima con-
firmari, bene infert Paul. *in d. l. vlt.* Si is qui primus
cessit, decesserit, vel alio modo partem suam fundi a-
lienauerit, post deinde alius socius cesserit, qui non-
dum cesserat, nihil agi posteriore cessione, non magis
quàm priore. Nempe quoniam eo tempore socius hic
qui cessit tanquam vltimus, non reperitur vltimus ex
sociis qui cedere debent, cum habeat nouum so-
cium, qui nondum cessit, scilicet prioris cedentis he-
6 redem, vel eum qui à priore illo cedente emerit. †
Quod enim dicimus posteriore cessione priores con-
firmari, non ita accipi debet, inquit Paulus, quasi po-
sterior cessio retrotrahatur ad tempus prioris, (quid
enim si duæ essent priores, & quidem diuersis tem-
poribus factæ?) sed vt perinde habeatur, atque si eo
tempore quo postremus ex sociis cedit, omnes simul
7 cessissent. † Itaque retrofictio hic nulla est, sed fictio
tantum, quæ priores cessiones tantisper in suspenso
retẽtas in id tempus protrahat, quo vltima cessio fiet,
vt omnes simul factæ videantur. Nam & facilior illa
fictio est, minúsque à veritate abhorrens vt fingan-
tur omnes socij eo tempore cessisse, quo verum est
neminem superesse, qui iam non cesserit, quàm vt fin-
gantur cessisse omnes eo tempore quo verum sit ne-
minem adhuc excepto vno cessisse. Lex enim ciuilis in
fictionibus inducendis perpetuò ita obseruat, vt quẽ-
admodum eas non inducit nisi ex necessitate, ita nec
nisi quatenus necesse est, & vt ab eo quod verum est,
8 quàm minimum discedat. † Quod cum ita sit, dicen-
dum videtur in proposita specie rursus pendere hunc
cessionis actum, quem fecerit socius ille qui nouissi-
mus videbatur, donec nouus socius cedat, siue heres
sit prioris cedentis, siue emptor. Idémq. iuris erit, in-
quit Paul. si vni ex dominis prædij dominantis ceda-
tur seruitus, deinde in persona ipsius aliquid nouũ ac-
ciderit, vt vel defunctus sit, vel partem fundi aliena-
uerit. Si n. post ipsius mortem vel alienationem ab i-
pso factã eadẽ seruitus cedatur alteri ex dominis, cui
nondum cessa fuerat, non ideirco valebit cessio quasi
priore per posteriorem confirmata. Sed hic quoq. no-
uissimus casus cessionis pendebit quousq. facta sit alia
cessio heredi eius cui priorem factam fuisse ponimus
vel emptori: Qui sensus est *d. l. vlt. in vers. idem iuris est.*
vbi proculdubio irreptitia sunt, & delenda omnino
verba illa, *in personam socij*, quæ ideò tanquã suspecta
parenthesi cõcluduntur. † Sequitur apud Paulũ. Ergo 9
& ex diuerso si ei qui non cessit, aliquid supradictorũ
contigerit, nempe vt vel decesserit, vel partem suam
alienauerit, ex integro cedere omnes debere, etiã eos
qui iam cesserant, quia cùm cessionis tempore habue-
rint alium socium quàm nũc habent, fieri non potest,
vt cessio quæ nunc fiat ab herede illius qui tunc so-
cius erat, videatur facta ab omnib. sociis simul. Neces-
se. n. est vt vtroq. tempore prioris & posterioris cessio-
nis iidem fuerint socij nõ diuersi, adhoc vt cessio di-
uersis tẽporibus facta eodem instanti facta existime-
tur. Idq; est quod idem Paulus ait. Istis sociis tempus
dũtaxat remissum esse, quo dare facere ac seruitutem
cedere possint, i. vt diuersis quoq. temporib. possint ce-
dere: aut non etiã vt mutato socio prior cessio valere
possit, siue loquamur de sociis, qui cessionẽ fecerint,
siue de iis quib. cessio facta sit: alioqui videretur ces-
sio facta vel vni, vel ab vno ex sociis, quorum neu-
trum fieri potest. † Idémque dicendum est addit Pau- 10
lus, et si alter ex sociis cedat, alter leget seruitutẽ, vt ni-
mirum ex legato, quod posteriore loco socius fecerit,
alia cessio prius ab alio facta confirmetur. In quo du-
bitandi ratio erat, quòd non videretur posse fieri, ab
vtroque ex sociis eodem instanti constituta seruitus
fingi posset, quæ ab vno constituta esset inter viuos,
ab altero autem per legatum: sicut dici solet inter eos
qui ex diuerso iure, aut ex diuersis testamentis succe-
dunt, non esse locũ adcrescendi. *l. si sub conditione 16. ff.
quib. mod. vsusfr. amit. l. sed cum patrono 6. ff. de bon. poss.*
Sed ratio decidendi est, quia cùm nõ minus per lega-
tum possit constitui seruitus quàm per contractum, *l.
potest 16. com. præd.* nihil vetat eodem instanti & legati
iure acquiri seruitutem ab vno ex sociis, & ex con-
tractu ab altero. † Quid igitur si omnes socij legent 11
seruitutẽ, siue eodem siue alio atq alio tempore factis
testamentis? Ait Paulus in dict. leg. vltim. non tam il-
lud inspiciendum, an pariter & eodem tempore te-
stamentum fecerint, quàm vtrum hereditas vtriusque
pariter adeatur. Hoc. n. casu erit vtile vtrumque lega-
tum, quod è contrario esset inutile si vnius ex testato-
ribus hereditas priusquàm alterius adita proponere-
tur. Inutiliter enim cederet dies legati ab eo relicti,
cuius hereditas prior adita esset, quia nõ magis testa-
mento quam cõuentione potest constitui seruitus pro
parte: legatum autem necesse est valere, vel eo tem-
pore, quo diẽ eius cedere oportet, vel nunquam. Rur-
sum postéaquàm inutiliter cessisset dies illius legati,
nõ posset fieri postea vt caderet vtiliter dies alterius
legati quod in alterius socij testamẽto relictũ esset, &
ex quo adita esset posteriore loco hereditas. Eadem
nimirum ratione, qua diximus, alterius legati cessio-
nem impediri. Nec. n. sicut viuentium, ita defuncto-
rum actus suspendi receptũ est, vt Paulus ait. † In quæ 12

tamen ratiocinatione possit quis mirari cur requirat ille vt vtriusque hereditas pariter adeatur potiùs quàm vt ambo testatores pariter moriantur, aut cur non saltem vtrumque simul, cùm hereditas quandocunque adita, ex die mortis adita esse retrofingatur, *l.*
13 *heres quandocunque 54. ff. de acquir. hered.* † Vnde & illud est, quod quamuis non priùs possint valere legata, quàm sit adita hereditas, *l. si nemo 9. ff. de testam. tutel. l. si tibi homo 86. § cum seruus. de leg. 1. l. ea quam 14. C. de fideic.* legatorum tamen dies cedere dicatur, non ab adita hereditate, sed à die mortis, siue inspicias ius vetus quod fuit à tempore legis duodecim tabularum vsque ad legem Papiam, siue ius nouum, quod induxit Iustinianus restituendo ius vetus abrogata lege Papia, *in l. vnic. §. in nouissimo. C. de caduc. tollend.* Accedit quod testamentum confirmari dicitur à lege, non eo tempore quo aditur hereditas, sed quo testator moritur. Aditio enim quamuis sit necessaria ad hoc vt testamentum possit effectum suum habere, tamen non tam legis quàm hominis ea confirmatio est: ob idque non adita hereditate dicimus testamentum destitui, ab homine scilicet non à lege. Nam neque posset destitui ab homine, si non esset antè confirmatum à lege, id est, si non esset instituto heredi delata hereditas ex testamento: quæ porrò sicut à lege deferri tantùm potest, ita & eo tantùm tempore quo confirmauit testamentum, & quo testamentariam hereditatem lex induxit. *leg. delata 151. leg. lege obuenire 130. ff.*
14 *de V. S.* † Nec videtur posse responderi quod fortallè quis ex superiore loco Pauli vellet inferre, diem legatæ seruitutis non cedere nisi ab adita hereditate, in eoque vitiari regulam iuris communis legatorum. Est enim id speciale in vsufructu & in aliis seruitutibus personalibus, vt si legatæ sint, earum dies non cedat nisi ab adita hereditate, *l. vnic. §. dies autem. ff. quand. dies vsusf. leg. ced. l. 2. & 3. leg. si habitatio 9. ff. quand. dies leg. ced. dict. l. vnic. §. ignorantibus Cod. de caduc. tollend.* qui omnes loci cùm de vsufructu tantùm loquantur, déque cæteris seruitutibus personalibus, hoc ipso excludunt expressè seruitutes reales, vt intelligamus
15 non idem iuris in iis constituendum esse. † Dicendum igitur est, vt ego quidem existimo, locutum fuisse Paulum de tempore aditæ hereditatis, cùm loqueretur de legato id vtiliter cedente, non quia dies legatæ seruitutis non cedat à morte testatoris vt cæterorum legatorum, sed quia tùm quoque cùm cedit à die mortis, necesse tamen est aditi hereditatem antequàm possit dici cessisse, quandoquidem si postea non adiretur hereditas, verum esset dicere nunquàm cessisse à die mortis. Ac proinde inspiciendum fuit tempus illud quo inciperet omnimodo certum esse valere vtrumque legatum seruitutis, quod non potuit certum fieri posito ita iure, vt inspici deberet tempus mortis nec si ambo testatores pariter mortui probarentur, ita vt nesciri posset vter eorum prior, aut posterior decessisset, vt *in l. quod de pariter 16. l. qui duos 9.*
16 *ff. de reb. dub. l. si cuius 24. ff. ad SC. Trebel.* † Explicandum illud superest quod addit Paulus, non sicut viuentiũ, ita & morientium actus suspendi posse. Pugnare namque id videtur cum eo quod idem Paul. scribit *in l. vsusfructus 26. ff. de stipu. seru.* vbi ponit differentiam inter legatum & stipulationem vsusfructus in persona serui hereditarij, vt quamuis seruus hereditarius inutiliter vsumfructum stipuletur, ratione illa quòd vsusfructus sine persona esse non possit, vsumfructum tamen eidem legari non prohibeat, *l. si seruo 18. ff. quib. mod. vsusf. amit.* Et huius differentiæ rationem illam reddit quòd legati vsusfructus dies non cedit statim, sed adita demum hereditate, stipulatio autem pura suspendi non potest. Immò quod magis est, ibidem subiicit, si seruus hereditarius stipuletur vsumfructũ sub conditione, nec hoc casu valere stipulationẽ, quia quamuis nihil ex ea peti possit ante conditionis euentum, atq. ita conditione ipsa suspensa sit, stipulationẽ tamẽ ab initio valere necesse est, viresq. accipere ex præsenti eo tempore, quo interponitur, atq. ita videtur Paulus concludere, actus morientium suspendi posse, viuentium non posse. † Verùm respondendũ est differre 17
casum illũ ab eo, de quo nunc tractamus. Nã cùm seruus hereditarius stipulatur, necesse est vt valeat stipulatio vel eo instanti quo stipulatur, vel numquã, cùm eo tempore verba proferãtur ex quibus solis æstimatur stipulatio. Nõ potest autem valere nisi ex domini persona, siquidem stipulatio est inuentum iuris ciuilis, cui prorsus incognitus est seruus, nisi quatenus ex persona domini accipit stipulãdi capacitatem. Dominus porrò nullus est qui sit capax acquirendi vsumfructum eo tempore quo seruus est hereditarius, quia quãuis hereditas personam defuncti repræsentet in iis omnibus, quæ sunt iuris, non tamen sustinere illã potest quod ad vsumfructum, quippe cum vsusfructus constet ex vtẽdo fruendo, quod mere facti est, non iuris, *l. vnic. in prin. ff. quand. dies vsusfr. leg. ced. l. 1. §. Scæuola ff. si is qui test. lib. esse iuss.* At in legato vsusfructus aliud est, quia cùm eius dies nõ cedat ante aditã hereditatẽ, etiamsi homini libero fuerit legatus, frustra esset quærere, vtrum ante illud tẽpus persona aliqua sit cui per seruum hereditarium legatum vsusfructus acquiri possit, sufficitq. vt hereditas illa cuius fuerat is seruus hereditarius, habeat heredẽ & personã aliquã veram eo tempore quo aditur hereditas testatoris illius, qui vsumfructũ legauerat seruo alienæ hereditatis. Neq. hoc casu remanet in suspenso potestas legis, sed propter naturã legati tardius cedit dies quàm fuerit cessurus, si quid aliud legatũ fuisset. In ea verò specie quam tractamus de seruitutib. legatis à pluribus dominis, dicendũ esset manere potestatẽ legis in suspẽso, si nõ intercideret legatũ eo tempore quo aditur hereditas vnius ex testatoribus, cùm certũ sit eo tempore aditionis prioris non posse confirmari legatum, quin seruitus pro parte acquiratur, quod fieri multo minùs potest. Ergo cùm nec illud fieri queat vt in suspẽso sit legatũ, quod solã legis potestate subsistit, nihil aliud superesse videtur vt neutrũ valeat. Stipulationem verò seruitutis hoc ipso casu defendimus, nõ quia possit ipsius validitas manere in suspenso, cũ certi iuris sit talem stipulationẽ partis seruitutis ab initio nõ valere ipso iure, sed quoniã ipsius effectum ob contrahentiũ vtilitatem in suspenso retinemus, quãdiu spes est futurum vt posteriore stipulatione, & cessione prior cõfirmetur. † Itaq. si rationem iuris inspicias non dif- 18
ferunt hac parte actus morientium ab actibus viuentium: Verum enim est neq. hos, neque illos suspendi posse. *d. l. per fundum 11. ff. de seru. rustic. præd.* Sed si æquitatem & vtilitatẽ publicam, differunt, & differentiæ ratio est, quia in vltimis voluntatibus eo tempore quo fit acquisitio nullius hominis factum versatur, sed tantum autoritas legis, quam satis est confirmare voluntatem defuncti, quæ alioqui subsistere non posset, nec fuit cur alio præmio aut commodo inuitarentur homines ad testandum: violari autem ab hominib. potestatem legis in ea re, quæ tota pendeat ex ipsius legis liberalitate, iniuriosum sanè esset ac inciuile, quantacunque alicuius vtilitatis ratio obtendatur. At in contractibus iis præsertim qui iure gentium comparati sunt vt emptio, venditio, permutatio, & alij similes, quamuis

etiam

etiam iure ciuili confirmentur, & ideo ad iuris quoq. ciuilis rationem accommodari debeant, facilius tamē est vt benigna interpretatione multa in iis admittantur contra subtilem iuris rationem propter vtilitatem contrahentium, vt magis inuitentur homines ad contrahendum, qui alioquin non essent contracturi. Nec aliud in stipulationibus iuris est, quamuis sint ex mero iure ciuili, quia pendent ex negotio contracto, *l. 5. §. conuentionales. ff. de verb. obl.* & ex iis potissimum contractibus, quos ius gentium introduxit.

CAPVT XVII.

Retractatá quæstio, An coniunctis personis non in potestate constitutis acquiri possit aliqua actio ex alterius stipulatione.

SVMMARIA.

1 *Alteri stipulari neminem posse præterquàm si filius patri, vel seruus domino stipuletur.*

2 *Quinque rationibus & argumentis refutatur exceptio à nonnullis Interpretibus addita, nisi proponatur stipulatio ab eo interposita qui coniunctæ personæ prouidere voluerit & num. 3. 5. 6. 11 12.*

4 *Sententia* l. si genero 26 C. de iur. dot.

6 *Enodatur & explicatur* l. si pater 23 ff. de pact. dotal.

7 *Non semper patrem filio quem in potestate habet, nec filium patri in cuius potestate est vtiliter stipulari.*

8 *Ratio dubitandi & decidendi in* d. l. pater.

9 *Non posse in specie eius legis ex patris stipulatione vtilem actionem filijs accommodari.*

10 *Examinantur* l. 9. ff. de pact. dotal. *& cum* d. l. pater *conciliatur.*

1 QVæcunque † gerimus, cum ex nostro contractu originem trahant, nisi ex persona nostra obligatio initiū sumat, inanem actum nostrum efficiunt, *l. quæcunque. 11 ff. de O. & A.* Eadémq. Vlpiani sententia est *in l. stipulatio ista 38. §. alteri De V. O.* alteri stipulari neminem posse, præterquàm si seruus domino, vel filius patri stipuletur: cuiusq. rei rationem illam reddit & elegantem & generalem quòd inuentæ sint obligationes omnes ad hoc vt vnusquisq. sibi acquirat quod sua interest. Atqui vt alij detur, nihil interest mea, præterquàm, inquit, si pœnam quis stipulatus sit, pura cētum pœnæ nomine, si hoc factū erit, vel non erit, quia in pœnalibus stipulationibus non quærimus an intersit stipulatoris, sed tantū quænam sit conditio stipulationis, & quænam quantitas pœnæ. Et sanè cum obligatio omnis sit iuris vinculū, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ vel præstandæ, *l. 3. de O. & A.* negari non potest quin per eam imminuatur quodāmodo libertas ciuis Romani, quod non facilè permittendum fuit à legislatore nisi eo casu, quo publicæ vtilitatis & societatis ratio idipsum admitti suaderet.

2 † Solent tamen interpretes nostri subiicere exceptionem, nisi stipulatio proponatur ab eo interposita, qui voluerit coniunctæ personæ prouidere, quasi adfectio personarum facere debeat, vt valeant huiusmodi stipulationes, ad actionem, si non directam, saltem vtilem producendam, *ex l. Publia Mæuia 26. in pr. ff. deposit. l. Caius. 46. sol. matr. l. cum quis decedens 37. §. codicillis. de leg. 3. l. pater. 7. C. de pact. convent.* Quæ sententia mihi semper visa est falsa, ob idq. à me primo Coniecturarum nostrarum libro confutata, sed non tam fusè, vt non multa addi possint, ex quibus manifestius confutetur.

3 † Si quid. n. toto in iure nostro certum, illud planè certissimum est, Quoties alter alteri, quem in potestate non habet, stipulatur, adeò nullam esse stipulationem, vt non magis vtilē quàm directam actionem parere possit, etiāsi pater filio emancipato stipuletur, aut mater filio, aut filię, aut filia matri, quāuis sint personæ istæ coniunctissimæ. † In eámq. rem textus est omnium apertissimus *in l. si genero. 26. C. de iur. dot.* quæ loquitur de stipulatione interposita per patrem in fauorem filij emancipati, vt constat tam ex illis verbis, *pater communis*, quàm ex consequentibus, *sibi extraneo constituto.* Non. n. aliter potest filius constitui extraneus, quàm per emancipationem, *l. quintiana 55. in fin. ff. de rit. nupt.* Et tamen lex ait eo casu patrem nec sibi cessante voluntate, nec filio iure prohibente actionem quærere potuisse: quod omnimodo sic accipiendum est, vt neque directam, neque vtilem quæsiuerit, ne aliter facta interpretatione fatendum sit Imperatores contra morem suum de iuris subtilitate, magis quàm de effectu, & æquitate respondisse, cum in effectu nihil intersit directámne quis actionem habeat, an vtilem, *l. actio 47. ff. de negot. gest.* Id enim ipsum est quod iidem Imperatores apertius rescripserunt *in l. cum patrem 19. Cod. eod. tit. ne iur. dot.* ex alieno pacto nullam prorsus competere actionem. Quibus verbis clarius nihil exprimi potuit vt non minus vtilis quàm directa actio excluderetur. 4

† Secundò idem probatur *ex l. pactum dotale 4. Cod. de pact. convent. tam sup. dot.* vbi agitur de pacto dotali per matrem cum dotem daret, interposito, de dote post mortem suam liberis suis restituenda. Et cùm stipulatio ab ipsis liberis adhibita proponeretur, distinguit Imp. Gordian. an stipulatio illa legitimè intercesserit, necne: vt si minùs legitimè, nulla actio liberis quæri potuerit, neq; ex stipulatione quæ non valuit, neq; ex pacto dotali matris. Non quòd ex pacto nunquam nascatur actio (id. n. tùm obtinet cū pactum est nudum, quale dici nō potest illud quòd interponitur cùm dos datur, vt scriptum est in *l. 1. C. eo.*) sed quia mater liberis suis, quod ad hanc rem pertinet, extranea est, cùm non habeat eos in potestate *l. mulierem 5. C. de adop.* Ex pacto autem extraneæ personæ quamuis non nudo, nulla actio dari potest: sed si legitima stipulatione interueniente liberi sibi prospexerint, tùm demum ex ea possunt agere, si modò non sint in patris potestate cōstituti. Id. n. est quod lex ait *si adhuc vinculis patriæ potestatis non alligeris*, quomodo certè legendum est, non vt vulgò *astrigeris.* 5

† Tertiò probatur eadem hæc nostra sentētia ex *l. pater 23. D. de pact. dotal.* vbi cùm proponeretur pater quidam filiæ suæ nomine dotem dedisse genero, & pactus esse, vt si filia vno pluribúsve liberis superstitib. moreretur, maritus partem duntaxat tertiam dotis retineret, reliquum verò idem patri, aut post ipsius mortem, illi aut illi, filiis quos in potestate habebat maritus redderet, interposita etiam in hanc rem stipulatione, mulier vero post mortem patris in matrimonio relictis filiis decessisset: Quærit Africanus an filij stipulatoris possint duas dotis partes petere ex ea stipulatione: Et respondet posse: redditque rationem quòd eius stipulationis hæc vis sit & potestas, vt si in matrimonio mortua esset filia, dos patri redderetur, acsi nulla filiorum stipulatoris mentio facta esset, perindéq. habendum acsi talis stipulatio interposita fuisset, *si nauis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Titio extraneo dare spondes?* Quo casu si post stipulatoris mortē nauis veniat, non eo quidem magis Titio aliqua actio ex stipulatu quæretur, cùm persona ipsius omnino sit extranea, sed tamen perinde stipulatoris heredi debebitur, acsi nulla Titij mētio facta fuisset. Itaque non dubitat Afric. quin proposita in specie inutiliter concepta sit stipulatio in personis 6

filiorum, etiamsi stipulationis tempore in patris eius-
7 démque stipulatoris potestate fuissent : † quia quod
dici solet, Patrem, filio quem in potestate habet, stipu-
lari posse, sicut & filium patri in cuius est potestate, vt
nimirum vtroque casu patri per filium & obligatio
& actio acquiratur, *l. eum qui ita 56. §. qui sibi, vers. quod
si sols. Digest. de verb. obl. §. si quis aly. vers. ea vero. Inst. de
inut. stipulat.* id tamen nunc obtinet, cùm stipulatio fit
purè, aut confertur in diem vel conditionem quæ
possit existere viuo patre, vt in *leg. si filiusfam. 78. D. de
verb. oblig.* At cùm in id tempus confertur quo pater
erit mortuus, ac proinde quo sublata erit patria po-
testas, non tam filio videtur stipulatus pater quam ex-
traneo quem in potestate non habeat, quoniam in sti-
pulationib. cæterisque contractib. qui conferuntur in
tempus inhabile, non tam inspicimus tempus quo
fiunt, vt valeant, quàm tempus in quod conferuntur,
vt eorum validitas impediatur, *leg. quod sponsæ 4. C. de
don. ant. nup. l. Titio cum morietur 51. D. de vsuf.* quod &
in libertatis datione quantumuis fauorabili iuris est,
8 *l. Stichus 39. D. de manu. test.* † Dubitandi ergo ratio a-
pud Africa. illa erat quòd filij quibus pater erat stipu-
latus, in ipsius patris erant potestate, sed decidendi
fortior illa, quòd stipulatio collata fuerat in tempus
9 quo liberi omnimodo futuri erant sui iuris. † Quòd si
Afric. sensus ille esset, vt ex proposita stipulatione di-
recta quidem actio filijs denegaretur, vtilis tamen ac-
commodaretur, non posset verũ esse, quod ipse ait, per-
inde habendã stipulationẽ hanc, acsi patris solius mẽ-
tio facta fuisset : Nemo enim illo casu diceret vtilem
actionem potuisse quæri filijs de quibus nihil in sti-
pulatione dictum inueniretur. Neq. rursum illud ve-
rum esset quod idem Africanus ait, Mortuo ante so-
lutum matrimonium patre, dandam ex ea stipulatione
actionem heredibus, & consequenter ipsis quoq. filijs
tanquam heredibus, nõ ex propria persona. Non. n. fi-
lijs omnibus stipulatus fuerat pater, sed illi aut illi, vt
habent verba legis, id est alterutri duntaxat: & tamen
omnes simul admittuntur ad petitionem : Ergo tan-
quam heredes. & nulla ratione habita vtilis actionis,
quæ semper in effectu præferatur directæ quoties cõ-
currunt directa in persona vnius, & vtilis in persona
alterius, *l. procuratore 55. D. de procur. l. ita tamen 27. §.
qui ex Trebell. ad S.C. Trebel. l. 1. §. si autem. D. de super-
10 fic.* † Quò etiam pertinet quod Pomponius ait in *l. si
ita 9. D. de pact. dot.* Si ita conueniat vt si viuo socero
mortua sit filia, ipsi socero dos reddatur: si mortuo so-
cero, eius filio reddatur : si filio quoque defuncto, to-
tum heredi soceri restituatur, benigna interpretatio-
ne posse defendi vtilem esse stipulationem. Quæ ver-
ba ostendunt manifestè, non valere igitur stipulatio-
nem ipso iure, cùm ob eã causam recurrendum sit ad
benignã interpretationem, vt & in *l. Scæuola 76. D. ad
SC. Treb.* Cur verò nõ valet ipso iure? An ex qua par-
te pactus fuit pater vt sibi dos redderetur, si viuo se fi-
lia decederet? Minimè. Nihil. n. obstat quominùs ex ea
parte valeat stipulatio. An ergo ex postremo stipula-
tionis capite, quo conuenit vt totum heredi patris
redderetur ? Ne hoc quidẽ. Nã quisquis sibi stipulari
potest, eundẽ & heredi suo stipulari posse cõstat, adeò
vt nulla quoque facta heredis mentio ne stipulatus ei
intelligatur, quippe quòd heres personã defuncti re-
præsentet *l. si pactum 9. D. de prob.* Nihil ergo est quòd
hanc stipulationem inutilem facere possit, nisi quod
pater paciscens & suo heredi, mediam filij personam
interposuerit, eiq. voluit acquirere actionem ex pacto
dotali collato in id tempus quo filius morte patris ef-
fectus esset sui iuris. An verò ea Pomponij sententia
est, vt ex huiusmodi stipulatione aliqua actio debeat
dari filio, saltem vtilis? Non puto, ex iis ipsis rationib.
quas proximè disputauimus ad Africanum, cum quo
alioqui sanè Põponius pugnaret. Arbitror igitur hanc
Pomponij sententiam potiùs esse, vt interiecta filij
persona non faciat inutilem stipulationem, quod ad
personam heredis, sed tãtùm quod ad personam filij.
In quo benigna sanè interpretatione op⁹ est, vt stipu-
latio, cuius validitas fuit interrupta per interpositã fi-
lij personã, in heredis tamen persona consistat, perin-
de acsi nulla filij mentio facta esset. † Quartũ argumẽ- 11
tum soleo sumere ex *l. inter socerum 26. §. pen. eo tit.* vbi
tractans Papinianus de filia quæ cùm pro se dotẽ pro-
mitteret, pepigerat vt si in matrimonio sine liberis
moreretur, matri suæ dos solueretur, ait ex pacto filiæ
nullam matri quæri actionem. Ergo ne vtilem quidẽ.
Non est enim nulla, quæ vtilis est, cùm in effectu non
modo tantùm possit quantum directa, *d. l. Lectio 47. de
neg. gest.* sed etiam directæ præferatur. Nec in alio pa-
titur noster Papinianus pactum filiæ prodesse matri
quam hactenus, vt si heres puellæ vltro soluerit matri
pecuniam dotis, ac postea maritus contra placita do-
tem petere velit, siue ab herede, siue à matre puellæ,
debeat ei obstare exceptio pacti conuenti, quia ni-
mirum facilius est vt ex pacto detur exceptio illi etiã
cui non potuit quæri actio, contra eum qui post pacti
implementum venit aduersus pactum, quàm vt ex eo
aliqua nascatur actio siue directa, siue vtilis in fauo-
rem personæ, quæ non fuerit in potestate stipulantis.
† Postrema ratio est ex *l. debitor 59. §. vlt. ad SC. Treb.* 12
vbi Paulus ponit mulierem quæ dotem dabat, pactam
fuisse cum marito vt mortua se in matrimonio dotis
pars matri redderetur, cùm tamen nullam eo nomine
stipulationem mater interposuisset, contenta scilicet
pacto filiæ. Postea moriens filia matrem suam & mari-
tum ex æqua parte heredes fecerat, & à matre petie-
rat vt hereditatem Titio restitueret. Iudex aditus & à
prætore datus de hereditate, vt antiqui loquebantur,
ercifcunda, partem dotis matri adiudicauerat supra
portionem suam hereditariam quasi ex vtili pacto. id
est quasi ex pacto filiæ aliqua matri actio quæsita fuis-
set. Dubitabatur an & ea portio, quam mater quasi ex
vtili pacto illo habuerat à iudice, præstanda esset ex
caussa fideicommissi Titio, cui totam hereditariã por-
tionem restituerat. Et respondet Paulus non esse resti-
tuendam, duplici ratione. Et quia non quasi heres, sed
quasi mater ex pacto eam acceperat : In fideicommis-
sum autem hereditatis non aliud venire solet, quàm
quod fuit hereditatis, *l. in fideicommissaria 18. eodem tit.*
heredémque rogari oportet non solum de hereditate
restituenda, sed etiam tanquam heredem, vt SC. Tre-
bel. locus fiat, id est, vt in fideicommissarium actiones
transire possint, *l. mulier 22. §. vlt. eod.* Et quia non occa-
sione hereditatis, sed errore ex pacti eam portionem
mater habuit, quibus postremis verbis apertè testatur
Paulus errasse in proposito casu iudicẽ qui matri ad-
iudicauit partẽ dotis ex filiæ pacto tanquã vtili, quod
tamen erat prorsus inutile, nec magis ad vtilẽ, quã ad
directam actionẽ producendam. Alioqui si ex tali pa-
cto vtilis actio danda esset, nõ errasset iudex qui do-
tis partem in diuidẽda hereditate matri præcipuã ad-
iudicasset. Quidni. n. potuisset ei adiudicare id quod
ipsa per vtilem actionem ex stipulatu vltro petere &
ab inuito coherede extorquere potuisset? Errãt igitur,
quotquot iudicis errorẽ secuti putant adfectioni per-
sonarum hoc indulgendum esse, vt coniunctæ perso-
næ per coniunctam vtilis actio acquiratur: ac nec Cu-
iacium quidem excipio, cui hunc errorem placere po-
tuisse

fuisse & video & miror. Sed eum fefellerunt procul-dubio ij iurisloci, de quibus in sequētibus dicemus.

Capvt XVIII.

De fideicommisso quod quis à depositario aut alio debitore suo reliquerit, ad l. Publia 26. ff. deposit. & l. si pecunia 77. de leg. I.

SVMMARIA.

1 *Depositum* in princip. d. l. Publia. *filio neque tanquam filio ex conuentione matris neque tanquam heredi ex conuentione matris restitui.*

2 *Maritum in ea specie pro iure suo cum filio prioris thori contendisse.*

3 *Pauli dubitatio in* d. l. *quomodo accipienda sit?*

4 *Depositum in dicta specie non actione depositi directâ vel vtili sed iure fideicommissi filio restitui.*

5 *Cur eo casu necessarium fuerit D. Pij rescriptum vt fideicommissum depositario iniungi posset?*

6 *Non potuisse D. Pium salua iuris ratione facere ne depositarius ille etiam post fideicommissi solutionem ab herede conueniri posset.*

7 *Ex illo rescripto per interpretationem prudentum ad debitores porrecto fideicommissum a quocunque debitore relinqui posse.*

8 *Respondetur ad secundam obiectionem petitam ex §. codicillis* l. cùm quis decedens 27. de leg. 3.

9 *Quo iure frater suum in specie* d. l. codicillis. *actione depositi agere possit?*

Restat vt ad leges quas supra pro communi opinione attulimus, respondeamus:

1 † At primùm ad *l. Publia 26. in prin. ff. deposit.* vbi tractat Paulus de deposito per Publiam Meuiam facto Caię Seię, adiectis his verbis, *cum salua sanáque venero restitues mihi. Certè si aliquid mihi humanum contigerit, restitues filio meo, quem ex alio marito suscepi.* Defuncta est intestata, quærebatur apud Paulum cui res commendatæ, id est depositę restitui deberent, filióne an marito. Respondet Paulus filio restitui debere, sed non aperit quo iure id est an tanquam filio ex conuentione matris, an tanquam heredi. Puto ego nihil minùs cogitasse Paulum, quàm vt eæ res filio tanquam filio ex matris conuentione restituerentur, quasi aliqua ei quæsita actione siue directa siue vtili ex supradictis matris verbis. Repugnant. n. rationes allatæ à nobis capite superiore. At neq. puto Paulum id sensisse, vt restituerentur filio tanquam heredi, quoniam verba illa, *filio quem ex alio marito suscepi,* non obscurè præ se ferunt habuisse illam alios liberos ex secundo marito, alioqui nihil attinebat addere supradicta verba ad demōstrandam personam filij, qui vnicus fuisset.

2 † Quo tamē admisso cū proponatur defuncta mater intestata, fatendum est nō modò filium ex priore marito susceptum, sed alios quoq. liberos ex posteriore matrimonio natos ei ab intestato successisse ex S.C Orficiano pro æquis partibus, *l. matris intestata 4. D. ad S.C. Tertyl.* & consequēter ad secundum maritum ex persona cōmunium liberorū, & pro ipsorum portionibus hereditatis hereditatem maternam pertinuisse, tanquā ei per liberos acquisitam, *l. sacratissime 9. cod. tit. l. qui in aliena 6. §. sed etsi legitima. D. de acq. her.* Et ob eam nimirum causam maritus pro iure suo cum filio prioris thori contendebat debere sibi restitui res depositas vtpote ad quem res illæ pro maiori parte pertinerēt, si plures liberos habere proponeretur, *arg. l. si plures 14. D. depos.*

3 † Aut saltem perinde accipienda est dubitatio Pauli, acsi quæreret an debeant restitui res depositæ soli filio, an etiam marito; vtriq. scilicet pro hereditariis portionibus: Alioqui non video quænā potuerit esse ratio dubitandi pro marito: nec si puneres, quod vulgo putant, res ab vxore depositas proprias fuisse mariti, quia non ob id actio illa posset cōpetere marito, cui vxor nec pacta fuisset, nec paci ei potuisset excepta vindicatione quæ domino datur, & in qua tamen si eā maritus idemq. dominus proponeret, non posset non vincere, iure scilicet dominij citra vllam conuentionem. Quamuis si eo casu quo res depositæ fuissent mulier ei pacta esset, vtilis actio depositi ex eo pacto daretur marito, qui vxori heres non fuisset. *l. pen. C. ad exhib.* propter coniunctā cum iure dominij conuentionem. Sed si ambo illa non concurrant, non potest alterutrū facere vt actio vtilis depositi acquiratur vel domino, cuius fauore nullū fuit initū pactum vel ei qui in conuentione nominatus fuerit, si dominus nō sit, vt omnium apertissimè probat *d. l. pen. C. ad exhi.*

† Cōcludendū igitur est, res depositas in hac specie restitui filio, nō actione depositi, siue directa siue vtili, sed iure fideicōmissi, quod etiā ab intestato potest relinqui à quocunq. debitore præstandū, præsertim verò à depositario post rescriptum D. Pij qui primus hoc ius induxit, vt refert Vlp. in *l. si pecunia 77. de leg. 1. & Scæuola in leg. cùm quis decedens 27. §. pater de leg. 3.* Non. n. potuit Paulus ignorare rescriptum illud, cùm iisdem Vlpiani, & Scæuolæ temporibus vixerit post Diuum Pium. 4

† Quòd si quis pergat quærere, cur necessariū fuerit rescriptum Diui Pij adhoc vt fideicōmissum depositario iniungi posset, respondebo necessarium fuisse, quia ex ratione iuris fieri nō poterat vt tale fideicommissum valeret non quidē ea ratione quę impediret legatū, id est quòd non possit valere vltima voluntas nisi quæ facta sit in sollenni testamēto (id. n. pertinet ad voluntates legitimas, id est legibus cognitas & præsertim legi duodecim tabularum. non ad fideicommissa multo post eā legem tempore introducta, vtpote quæ nullā iuris obseruationem desiderarent. §. 1. *Inst. de codicill.*) sed quia interest depositarij ne possit cōueniri à fideicōmissario, & vrgeri ad depositi restitutionem, quandoquidē non eo minùs remanet obligatus heredi eius qui deposuit, in quem nimirum translata est ipso iure eadem illa depositi actio directa, quæ deponenti cōpetebat. iure scil. hereditatis per quam trāsfundūtur iura omnia defuncti in heredem *l. 1. §. Scæuola in fin. si quis test. lib. esse iuss. l. vlt. & tot. tit. C. de her. action.* Ita enim fit vt mortuo eo qui deposuerat, & qui quandiu vixit, fuit creditor, fiat heres ipsius nomine creditor, vt proinde non aliter possit contingere per solutionē liberatio, quàm si soluatur vel heredi ipsi, vel alteri ex ipsius voluntate, *l. cum tuto 12. C. de sol. et l. si ego 9. §. 1. ff. de tut. act.* nec potest depositario prodesse quod depositū restituerit fideicōmissario ex voluntate defuncti à quo id acceperat. Id enim tunc ei prodesse debet, cùm depositum restituit viuo & iubente deponente, qui eo tempore verus creditor fuisset. At cùm per speciem vltimæ voluntatis depositū restituere iussus est, non priùs restituere iussus dici potest, quàm is qui deposuit, decesserit: quia omnibus vltimis voluntatibus tam solennibus, quàm cæteris hoc commune est, vt morte debeāt cōfirmari nec priùs valeāt. Quam ob causam solemus dicere ambulatoriam esse hominis voluntatem vsque ad supremum vitæ exitum *l. 4. D. de adim. leg.* Defuncto autem eo, qui fideicommissum reliquit, sicut desiit ille esse creditor, qui cœpit esse nullus, ita & desiit volūtas eius posse facere vt depositarius restituendo depositum fideicommissario sine heredis voluntate liberari possit ipso iure, quemadmodum in spe- 5

cie non valdè dissimili tractat Vlp. in *d. §. si res.* Itaq. vt valeret huiusmodi fideicommissum necesse fuisse D. Pium inducere, ac si post factam à depositario restitutionem ei cui deponens fieri praecepisset, conueniretur depositarius ab herede, doli exceptione vti posset quomodo scriptum est in *d. l. si pecunia.*

6 †Non. n. potuit D. Pius facere salua iuris ratione ne posset depositarius etiam post fideicommissi solutionem conueniri ab herede, à quo non esset ille ipso iure liberatus: sed fecit vt actio illa, quæ summo iure heredi competit, fiat inutilis per oppositam doli exceptionem, quæ & alias dari solet contra heredē, quoties per occasionem iuris ciuilis captat ille lucrum ex damno alieno contra testatoris sui voluntatem, *l. 1. §. ideo autem & §. vlt. ff. de dolo mal. except.* In proposito autem facit heres cōtra voluntatem defuncti, cum agit contra depositariū ad reposcendas ex contractu hereditario res depositas, quas depositarius alij soluerit iubente defuncto, quamuis soluerit herede ignorante, vt proinde cùm fideicommisso huiusmodi grauatur depositarius, aliud quoq. fideicommissum tacitum hoc ipso inducatur fauore depositarij, quasi videatur heres tacitè rogatus ei remittere depositi actionem. Quorū omnium nihil prudentes inducere potuissent, nisi Imperatoris autoritas interuenisset. †At post illud rescriptū, sicut

7 nihil cœpit interesse depositarij an depositum restitueret heredi an fideicommissario non magis quàm si per restitutionem fideicōmissario factā liberatus esset ipso iure. (nihil siquidem interest quod ad effectū rei pertinet, an ipso iure quis nullam actionē habeat an quæ per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest 112. de reg. iur.*) ita cœpit rescriptum largiùs accipi, & per interpretationē prudentum vtilitatis gratia porrigi ad quemcunq; debitorem, quamuis de depositario tātùm locutus fuisset D. Pius, vt hodie verum sit, à quocunque debitore fideicommissum relinqui posse *d. l. si pecunia. & d. § pater.*

8 † Secunda obiectio est ex *d. l. cum quis decedens 37. § codicillis. de leg. 3.* vbi videtur Scæuola dare depositi actionem fratris filio ex conuentione cum patruo inita. Sed facilis responsio est non de illo quæri apud Scæuolam, vtrum fratris filius, ex conuentione patrui actionē depositi directam aut vtilem habeat, sed illud tantū an ad depositam pecuniam probandem sufficerent verba codicillorum, quib. testator idipsum expresserat, hoc etiam addito, quod iurasset patruo eam se pecuniam fratris filio aliquando restituturū. Respondet verò Scæuola, nihil causæ esse, cur non debeat credi scripturæ præsertim ob autoritatem iurisiurādi quod affirmauerat testator à se præstitum fuisse, vt & aliis plerisq; casib. magna vis iurisiurandi esse solet non tantùm ad implendam probationem depositi, quæ alioqui etiam sine iureiurando ex sola depositarij confessione facilè impletur, vt in specie *d. l. Publia. §. 1. depos.* sed etiam ad validandam supremam voluntatem, quæ alioqui foret inutilis vt in specie *l. cum pater 77. §. filius matrem de leg. 2.*

9 †Proinde si quæratur quo iure fratris filius agere possit depositi actione in specie *d. §. codicillis.* Respondendum est, Iure hereditario, quia patrui heres erat, vt in dubio credendum est, siue testatus, siue intestatus patruus decessisset. Quod etsi Iurisconsultus non exprimit, facit tamen iuris ratio vt omnino subintelligi debeat. quia termini habiles semper supponendi sunt. Itaque non aliam ob causam pertinet hoc responsum ad *tit. De leg. & fideic.* quàm quòd ea scriptura de cuius viribus quærebatur, facta esset in codicillis, non quod fideicommissum vllum deberetur. Siquidem certū est non posse valere fideicommissum, quoties debitor relinquit creditori quod ei debet, si neq. tempore, neq. loco, neque causa, aut alio modo plus sit in fideicommisso aut legato, quàm in debito, *l. sin autem 29. de leg. 1. l. Mauius 66. in prin. & vers. debitor l. debitor 82. de lega. 2.* Sicut è contrario responsum Pauli in *d. l. Mauius*, non alia ratione pertinet ad tit. depositi quàm quod fuerant depositæ res de quarum restitutione quærebatur: quod iam à nobis lib. 1. obseruatum est.

CAPVT XIX.

Obseruata Triboniani manus in l. Caius 45. D. de solut. matrim. l. quodcunque 45. §. si quis ita. de verb. oblig. l. pater. C. de pact. conuent.

SVMMARIA.

1 *Pauli responsum in* d. l. Caius. *quo ex stipulatione aui materni actio vtilis nepti datur speciali æquitatis ratione niti.*

2 *Illud Pauli responsum à Triboniano æquitatis prætextu deprauatum fuisse.*

3 *Cur in eius legis specie nec directa nec vtilis actio ex aui materni stipulatione nepti competere potuerit?*

4 *Eam actionem non magis patri neptis quam ipsi nepti accomodari.*

5 *Quibus gradibus Tribonianus ad Pauli responsum interpolandum progressus sit?*

6 *Neptem in proposita specie solutionis causa ab auo materno adiectam non fuisse.*

9 *Dictæ nepti, etsi solutionis causa adiecta poneretur, auitam conuentionem nihil prodesse.*

8 *Quibus rationibus Tribonianus eo casu vtilem actionem nepti accommodandam probet?*

9 *Retractat autor quod ad* l. pater 7. C. de pact. conu. *postremo obiectam lib. 1. responderat.*

10 *Vera & accommodatior ad dictam legem responsio.*

11 *Exemplum vtilium actionum quas* datiuas *vocant in* d. l. *propos. vbi datiuarum à natiuis differentia explicatur.*

12 *Nullam in lege proposita vtilem actionem ex aui stipulatione nasci, sed ex æquitate accommodari.*

13 *Eam actionem vtilem non tam ab Impp. quam à Triboniano Iustinian. constitutionibus moto accommodari.*

14 *Triboniani manus obseruatur in §.* si quis ita l. quodcunque ff. de verb. oblig.

15 *Varia Tribonianismi vestigia in* dict. l. pater, *obseruantur.*

TErtia †obiectio est ex *l. Caius 45. D. solut. matrim.* vbi ex stipulatione aui materni datur actio vtilis nepti, quæ tamen non in aui materni, sed in patris sui erat potestate. Verùm ex ipsis verbis legis apparet responsum illud habere specialem rationem non tam iuris quàm æquitatis propter concurrentem fauorem dotium, & nuptiarum, vt lex ait. Quæ enim postea subiungitur ratio, *& maxime propter adfectionem personarum*, ex abundanti potiùs adiecta videri debet, vt intelligamus solum fauorem nuptiarum facere non posse vt ex stipulatione extranei actio illa vtilis detur, nisi concurrat etiam adfectio personarum, at non etiam vt adfectio sola possit sufficere si cæteræ rationes non concurrant. Idq. iam à nobis alias traditum est. 1

†Sed tamen vt eloquar ingenuè quod sentio, non dubito quin elegās illud Pauli respōsum. vt & alia innumera, deprauatum sit à Triboniano prætextu nescio cuius æquitatis commentitiæ. & fauore dotium, quibus ille passim plus æquo fauere solet. Neq. id obscurum est, meo iudicio, siue iuris rationē spectemus, siue contextum verborum, ab illis præsertim, *sed di-* 2

cendum

cta latu est, vsque ad finem. Vbi quo l scriptū legimus,
sed permittendum est vtilem actionem, non puto posse
construi, nec à Pesciano ipso, nisi ea velit accipere pro
parati Græca, quæ tanto magis prodit Tribonianum
græcismis istis vti solitū, quibus nunquam vti videas
3 Paulū, qui fuit Patauinus. † Cæterùm non posse in il-
la specie quæri actionē aliquā nepti siue directā, siue
vtilem, constat, non ex eo solùm quòd cùm non esset
neptis in aui materni potestate inutiliter stipulatio in
ipsius personā collata fuerat, quod apertè Paulus fa-
tetur, cùm ait. *Respondi, in persona neptis videri inutiliter
stipulationem esse conceptam, quoniam auus maternus ei
stipulatus proponitur: quod cùm ita est, heredi stipulatoris
quandoque diuerterit mulier, actio competere videtur.* Sed
etiam quia cùm esset ea neptis in patris sui potestate,
vt prima legis verba probant, fieri non potuit, vt si
qua actio ex ei materni aui stipulatione quæsita erat
nepti, ea non statim patri per filiam acquireretur, *l.
placet. 79 ff. de acq. her. l. pactum dotali. 4. C. de pact. con-
uent. tam sup. dot.* † Et cùm quærit Paulus An & cui a-
4 ctio huiusmodi stipulatione competat: non tam po-
test dubitare an competat heredi aui materni ex vna
parte, an nepti ex altera, quàm vtrum competat here-
di quem auus maternus reliquerit, an patri neptis, cū
eam ob causam in proponenda facti specie ponat auū
maternū priorem defunctū vita statim post stipulatio-
nem, & deinde neptem sine culpa sua diuertisse viuo
patre suo, in cuius erat potestate. Cui etiam conuenit,
quòd cùm ad propositam quæstionem respondet, non
ait actionē nepti quæsitā esse, vel non esse, sed in ip-
sius persona inutiliter conceptā stipulationē, vt hoc
ipso significet nullā ex stipulatu actionem quæri po-
tuisse non solum nepti, sed neque ipsius patri. Et quo
postmodū infert ille, quod ex ratione iuris verissimū
est: non alij ergo quàm heredi aui materni actionem
ex ea stipulatione posse cōpetere. † Sed cum ita Pau-
5 lus præcisè respondisset, Trib. vt suæ distinctioni &
opinioni viam sterneret, adiecit primum verba illa
quidem videri & videtur, ad suspendendam Pauli sen-
tentiam. Deinde cum non auderet statim dicere dan-
dam huic nepti vtilem actionem, tentauit primum an
posset assequi vt ea stipulatio per interpretationem
hactenus defenderetur, vt persona neptis, quæ non
poterat adiici obligationis causa tanquam extranea,
diceretur adiecta solutionis causa. † Id. n. est quod
6 scriptum legimus in *ver. sed dicendum est*, Seiæ nepti
posse dotem solui, quamuis actio directa ei non com-
petat, acsi auus sibi aut illi dari stipulatus esset. In quo
tamen aperta vis fit & rationi iuris, & legibus. Etsi. n.
extranea quoque persona solutionis causa adiici in
stipulatione potest, *l. quod stipulatus. 10. & seq. l. si ita sti-
pulatus. 59. de solu. l. enim qui ita. 56. §. qui tibi. de verb. obl.*
Tamen in proposita specie non poterat videri auus
maternus adiecisse neptis personam solutionis gratia:
nec. n. fuerat stipulatus sibi aut nepti, sed è contrario
nepti vel sibi. Atque ita suam ille potiùs quàm neptis
personam solutionis causa adiecerat, siquidem adiecta
persona illa dicitur, cuius nomen sequitur nomē per-
sonæ in qua consistit ius obligationis, vnde & adiecta
persona appellatur. Ergo fatendum est in hoc casu, si
iuris rationem consulamus, neque nepti vtiliter dotē
solui posse, non magis quàm ei dotis exactionem da-
ri. † Sed etsi hactenus nepti indulgeremus, vt dos ei
7 solui posset, tanquam adiectæ solutionis causa, nihil
tamen ea res nepti prodesset: nō ob id solùm quòd nō eo
minùs haberet heres aui materni actionem, & quidē
directam ex stipulatione, sed etiam quia tum quoque
cùm facta esset solutio nepti haberet heres aui neptē
obstrictam actione mandati ad reddendum quicquid
ex stipulatione fuisset consecuta, *l. qui res 98. § qui stipu
latus. ff. de solu. §. si quis alij. Inst. de inu. stip.* † Quod ani- 8
maduertens Trib. paulatim erectus audacior, eo vsq;
progreditur, vt dicat permittendam esse nepti ex hac
anita conuentione vtilem actionem ne, inquit, dotis
commodo mulier defraudetur. Quasi verò data ei a-
ctione futurum sit vt non defraudetur, cùm tamen eo
casu patri ipsius, non ipsi acquisitum iri commodum v-
tilis actionis certum sit, nisi fortasse respexit Trib. ad
Iust. constitutionem in *l. cùm oportet. 6. C. de bon. quæ li-
ber.* per quam facti sunt filiifamilias capaces peculij
aduentitij sibi acquirēdi etiam inuito patre, saluo pa-
tri vsufructu: quod vtique Pauli temporibus non ob-
tinebat. Quare nec in hac ratione conquiescit Trib.
sed vt facere solent qui dubitant, ac multo faciliùs qui
errant, conquirit vndique alias rationes, fauorem sci-
licet nuptiarum, & præterea affectionem personarū,
vt tandem inuita iurisprudentia concludat, ad hoc
decurrendum esse vt ex stipulatione omnino inutili
danda sit actio nepti proprio nomine, quamuis in po-
testate patris constitutæ: quo absurdius & ineptius di-
ci nihil potest. † Postrema obiectio est ex *l. pater 7. C.* 9
de pact. conuen. vt rescribunt Imperatores, Si pater pro
filio dotem dando genero pactus sit eam restitui ne-
potibus sub ea conditione, si filia priùs in matrimo-
nio moreretur, licèt nepotibus actionem quærere nō
potuerit, vtilem tamen eis ex æquitate accommodari.
Nec enim omnino nunc nobis placet quod lib. 1. cap.
4. respondimus intelligendam legem illam de nepoti-
bus ex filio qui fuerint in potestate aui tempore stipu-
lationis: & si verum est huiusmodi nepotum melio-
rem esse debere conditionem, quàm nepotum ex filia
qui non sunt in aui materni potestate, vt saltem vti-
lem actionem ex aui paterni stipulatione habere de-
beant, arg. *l. quodcunque 45. §. si quis ita de verb. oblig. &
l. si ita 9. D. de pact. dotal.* Qui loci quamuis loquantur
de filio & filia in patris potestate constitutis, non de
nepotibus, attamen eadem iuris & æquitatis ratione
extendi possunt ad nepotes, dummodò sub patris po-
testate constitutos. † Sed responderi etiam potest, & 10
accommodatiùs, meo iudicio non illud Imperatores
dicere, quod nos negamus, Ex aui siue paterni siue
materni stipulatione vtilem actionem nepotibus ac-
quiri, imò potiùs nullam, id est, ne vtilem quidem, si
ponderes negationem positam ante verbum *potuit*, in
iis verbis, *licèt iis actionem quærere non potuit*, sed tan-
tùm vtilem actionem ex æquitate accommodari ne-
potibus: quo *accommodandi* verbo non obscurè signifi-
catur huiusmodi actionem non tam nasci ex stipula-
tione vel pacto dotali, quàm dari & induci ab Impe-
ratoribus. † Estque vnum hoc exemplum earum a- 11
ctionum vtilium quas interpretes nostri post Bart. ad
l. 1. de oblig. & act. datiuas vocant ad differentiam *natiu-
arum*: *natiuas* enim appellant eas quæ nascuntur ex
natura & vi negotij, non quidem ipso iure (quæ enim
nascuntur ipso iure directæ semper sunt, numquam
vtiles) sed ex æquitate & per interpretationem quæ
fiat vel à prudentibus, si sint vtiles actiones ciuiles:
vel à prætore, si sint vtiles actiones prætoriæ. *Datiuas*
verò quæ non ex vi & potestate negotij nascuntur,
sed tamen ob negotij æquitatem dātur & accommo-
dantur à lege, ad quas propriè pertinet *tit. D. de condic.
ex leg.* † In proposito igitur dicimus ex aui siue pater- 12
ni siue materni stipulatione nullam nasci actionem in
fauorem nepotum, nec magis vtilem, quā directam,
sed tamen dari & accommodari ex æquitate vtilem
autoritate Imperatorum, quibus solis licet positam

inter ius & æquitatem interpretationem inspicere *l.*
13 *2.C.de legib.* † Quòd si quis vehementiùs vrgeat, & quærat qua autoritate actio hæc vtilis accommodetur nepotibus. respondebo, si hoc quoque liceat mihi liberè dicere, non tam ab Impp. Diocletiano, & Maximiano, quorum ea lex est, ius hoc nouum inductum fuisse, quàm à Triboniano, respiciente non ad fauorē nuptiarum, aut dotium, vt in *d.l.Caius*, sed ad duas Iustiniani constitutiones iuris veteris correctorias: quarum vna est, Vt liceat cuilibet stipulari etiā post mortem suam, vel pridiè quàm moreretur dari aliquid vel fieri, *l. scrupulosam.11 C. de contr. & commut. stipulat. §. post mortem. Inst. de inutil. stipulat.* Altera quæ videtur superiori consequens, vt obligationes & actiones possint ab heredibus incipere, & contra heredes. *l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip. Quod olim secus erat.* Quamuis enim posset aliquando fieri vt contra heredem competeret actio, quæ contra defunctum non competiisset, necesse tamen erat obligationem natam fuisse viuo eo contra cuius heredem agebatur, vt in exemplis illis duobus de quibus in *l. hereditatem 7. D. de verb. autor. iudic. possid.* Et verò ita olim ius fuisse, vt ex stipulationibus istis, siue à patre, siue ab auo interpositis, & post stipulatoris mortem collatis, nulla neque liberis neque nepotibus actio vtilis, siue natiua, siue datiua danda esset, constat meo iudicio apertissimè ex Africano in *l. pater. 23. De pact. dotal.* & aliis legibus, quas pro nostra sententia in superioribus adduximus. Quid n. refert in effectu an actio vtilis detur ex vi & potestate negotij, an accommodetur à lege ex aliqua æquitate? Aut quomodo poterant olim fieri ante Iustin. constitutiones, vt qui post mortem suam stipulari non posset, neque sibi, neque suo heredi, ne-
14 potibus tamen aut filiis suis stipulari posset. † Quare ne illud possum concoquere, quod in *d. l. quodcunque. 45. §. si quis ita de verb. oblig.* sub Vlpiani nomine scriptum video, Patre ita stipulante, *post mortem meam filiæ meæ dari*, vtilem actionem compete filiæ, etiamsi heres patri non existat. Repugnat enim euidenter Africanus in *d. l. pater.* vbi vult adiectam mentionem filiorum, etiam quos pater idémque stipulator habebat in potestate, habendam pro non adiecta, nec alio iure posse filios agere ex stipulatu, quam quasi heredes patris. Sed mihi videtur adhuc apertiùs Triboniani manum & inscitiam illud prodere, quòd scribit, filiæ hoc casu actionem vtilem competere, cùm actio quæ competit nunquam possit esse vtilis, sed semper sit directa. Cùm enim dicimus competere siue obligationem, siue actionem, siue libertatem, significamus ipso iure directam esse obligationem, aut actionem, aut libertatem: ad differentiam vtilis actionis & fideicommissariæ libertatis, quarum neutra competere dicitur,
15 sed vtraque dari. † Prodit denique Tribonianum in *d. l. pater* contextus ipse verborum, adeo contortus est, & malè cōcinnatus, cùm nominatus ille *pater* in principio legis positus, nullum verbum habeat à quo rogatur in vltima legis parte, sine qua tamen prior pars neque sensum vllum habere potest, neque constructionem, vt liceat in coniecturam venire, sic ab Imperatoribus conceptam fuisse legem, & his verbis, *Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restitui his actionem quærere non potuit*, vt & in *dict. l. pactum dotali. 4. C. eod. tit.* Tribonianum verò vt suam illam æquitatem, & vtilem actionem induceret, adiecisse primùm de suo dictionem *licet*, deinde totam illam clausulam, *tamen vtilis eis ex æquitate accommodabitur actio*, repetita insulsè dictione illa *actio*, quæ multò aptiùs poterat suppleri ex illis præcedentibus, *actionem quærere non potuit*. Certè Tribonianum fuisse facilem in actionibus vtilib. inducendis, etiam iis casibus quibus non idem prudentibus videbatur, constat satis ex *l. 2. C. per quas person. oblig. nob. acquir. & ex l. in causa. 27. in fin. ff. de procurat.* iunctis iis quæ ad eam legem scripsi in Rationibus, & ex aliis quàm plurimis & similibus iuris nostri locis.

CAPVT XX.

Quid Iustinianus significare voluerit iis verbis *& aliis quibusdam modis*, in § omnium Instit. de action. & de præiudicialibus actionibus & interdictis.

SVMMARIA.

1 *Omnes obligationes ex quibus personalis actio nasci potest, varias causas habere.*
2 *Quinque varia Doctorum interpretationes ad illa verba*, & aliis quibusdam modis. & numer 3. 4. 7. & 10.
5 *Diuersa esse, actiones* in rem scribi. *&* in rem dirigi.
6 *Actionem quod metus causa, & ad exhibendum, nec non interdicta licèt quod ad conditionem formulæ in rem scribantur, in certam tamen personam dirigi.*
8 *Vulgaris Doctorum interpretatio ad* l. distamari. C. de ingen. manumiss.
9 *Vera eius legis species & interpretatio.*
11 *Actiones præiudiciales non in personam sed in rem esse.*
12 *Rei vindicationem pro præiudicialibus actionibus sufficere potuisse si fieri posset vt liber homo vindicaretur.*
13 *Præiudiciales actiones licèt cæteris realibus actionibus per omnia non sint similes, non ideo minus verè ac purè reales esse.*
14 *Cur præiudiciales appellentur?*
15 *Plerumque de statu personæ quæri non ad iudicium aliquod postea dictandum a prætore, sed aliam ob causam de qua prætor ipse postea cognoscere debeat.*
16 *Præiudiciales actiones magis propriè præiudicia quàm actiones dici.*
17 *Cur per specialem actionem in rem liberæ personæ non petantur?*
18 *Alio iuris loco probatur præiudiciales actiones propriè in rem esse.*
19 *Verbis illis*, & aliis quibusdam modis *eas obligationes significari ex quibus actiones in rem scriptæ nascuntur.*
20 *Duo earum actionum exempla afferuntur.*
21 *Interdicta actionibus in personam non actionibus in rem esse adscribenda.*
22 *Natura extraordinariarum actionum quæ in vicem interdictorum competunt.*

OBligationes † omnes ex quibus personalis actio nasci potest, varias habere causas nemo nescit. 1
Aut enim sunt ex contractu vel quasi, aut ex maleficio vel quasi, aut ex alio proprio quodam iure ex variis causarum figuris, vt Caius loquitur in *l. 1. in princ. D. de obl. & act.* Et consequenter est quod Iustin. scribit in §. *omnium Inst. de action.* omnes actiones quæ in personam proditæ sunt esse contra eum qui sit obligatus, aut ex contractu, aut ex maleficio, aut aliis quibusdam modis. Quæ tamen verba quem sensum habeant magnis contentionibus certant interpretes. † 2
Et vulgo quidem creditur iis verbis significari obligationes quæ nascuntur ex quasi cōtractu, aut ex quasi maleficio: sed tamen recentiores ferè omnes magis probant quod & iam olim Accursius suspicatus est, significari

ſignificari quid abſtruſius, quoniam de iis obligatio-
nibus quæ ex quaſi contractu, aut ex quaſi maleficio
naſcuntur, dubitari vix poterat, quin continerentur
appellatione illarum, quæ aut ex contractu aut ex
3 maleficio naſcuntur.† Sunt aut autem qui cum Fran-
ciſco Hotomanno putent eas actiones ſignificari, per
quas intendat actor aduerſarium non quidem dare
aut facere oportere, ſed quid aliud, puta Tradere, re-
ſtituere, exhibere, quod ſanè prorſus improbabile eſt,
cùm iſta omnia faciendi verbo contineantur, *l. ſtipulan-*
di. 175. l. licet. 58. l. verbum Facere. 218. D. de verb. ſignific.
4 † Alij verò poſt Cuiacium, & Vueſembecium refe-
runt ad eas actiones perſonales quæ in rem ſcriptæ
dicuntur, puta, inquiunt ad actionem ad exhibendũ,
Quod metus cauſa, & ad interdicta, quaſi in iſtis om-
nibus intendat actor aliud quidpiam, quàm ſibi dare
aut facere aduerſarium oportere, propterea quòd non
in perſonam, ſed in rem generaliter concipiantur. In
quo tamen grauiter meo quidem iudicio decipiun-
5 tur.† Sic enim loquuntur, quaſi idem ſit, actiones in
rem ſcribi & in rem dirigi, quæ tamen ſunt omnino
diuerſa. Scribuntur enim in rẽ etiam eę quæ ſunt per-
ſonales, quas tamen in rem dirigi æquè nemo verè di-
6 xerit.† Nec illud rurſus verum eſt, quod iidem volũt
actiones iſtas generaliter in rem ſcriptas eſſe, quaſi ob
eam cauſam fiat vt non dirigantur in perſonam cer-
tam, quam poſſit actor intendere dare ſibi aliquid, vel
facere oportere. Quãuis enim ſcriptæ ſint in rem qood
pertinet ad conditionem formulæ, non tamen diri-
guntur generaliter in rem, aut in rei poſſeſſorẽ quem-
libet, vt vindicationes, ſed in perſonam certam quam
perinde actor intendit dare aliquid debere vel facere,
atque ſi in rem ſcripta actio non eſſet: vt in actione
Ad exhibendum intendit actor aduerſarium debere
exhibere: in actione Quod metus cauſa, debere reſti-
tuere: in interdictis debere vel exhibere, vel reſtitue-
re, vel tollere. aut quid aliud eiuſmodi præſtare: quæ
7 omnia iam diximus faciendi appellatione contineri.†
Sunt alij qui putent his verbis ſignificari actiones
quaſdam valde ſingulares, & quæ nonnullis caſibus
ex magna æquitate contra iuris regulas communes
ſint comparatæ, etiam aduerſus eum qui nullo modo
ſit obligatus: quarum tamen exemplum vix vllum ha-
bent, quod proferant, niſi vnum ex *l. diffamari. 5. C. de*
8 *ingen manumiſſ.* † quam legem interpretes plerique
ſic accipiunt volgò, vt qui iactitat ſe aliquas habere
contra me actiones, ſiue perſonales, ſiue reales, poſſit
cogente me iuberi à iudice vt iis actionibus experia-
tur, tametſi nolit agere: ita vt ſi non agat, perpetuum
ei ſilentium imponatur, nec eas actiones mouere vn-
quam poſſit, ne tum quidem cùm volet. Quod quam-
quam pugnat euidenter cum ea iuris regula, quæ non
patitur, vt inuitus quiſquam agere, vel accuſare co-
gatur, *l. vnic. C. vt nem. inuit. agere. vel accuſ. cogat.* vo-
lunt illi nouo id iure inductum eſſe beneficio iſtius
legis, nec habent aliud nomen quo actionem hanc tã
nouam exprimant, niſi vt vocent actionem ex reme-
9 dio legis *Diffamari.* † Quæ tamen lex ſi bene intelli-
gatur, nil minùs quàm ad rem pertinet, non ob id ſo-
lùm quòd caſum tractet valde ſpecialem, & in quo
magnus adeſt fauor ingenuitatis & libertatis, pro qua
non eſt mirum hac in re, vt & in aliis pleriſque iuris
partibus regulas violari. *l. generaliter. 24. §. ſi quis ſervo*
in fin. D. de fideic liber. ſed etiam quia in ſpecie *d. l. dif-*
famari. non id agunt Imperatores, vt eum qui ſtatum
ingenui hominis diffamabat, iactitãs eũ eſſe vel ſer-
uũ, vel libertũ ſuũ, cogatur inuitus agere, id eſt, inge-
nuũ illũ in ſeruitutẽ vel libertinitatem vindicare, ſed è
contrario vt agente illo, qui ſe ingenuum dicit, coga-
tur contradicere, ſi quam putet ſe habere cauſam con-
tradicendi, & ſuis vti defenſionibus, vt habent verba
legis. Ergo tanquam reus non tanquam actor. Rei e-
nim eſt contradicere & defenſionibus ſuis vti. Actor
dicit. Reus contradicit. Actor intendit, Reus defen-
dit: & actoris intentio nihil niſi actio eſt. Rei verò
defenſiones nihil niſi exceptiones ad excludendam
actionem comparatæ. Solent autem in huiuſmodi
cauſis ſtatus ex vtraque parte cõpetere actiones idest
non tantùm ex parte illius qui intendit aduerſarium
eſſe ſeruum, vel libertum ſuum, ſed etiam ex parte il-
lius qui ſe vult aſſerere ingenuum, ſi ingenuitatis ſuæ
probationibus confidat, & malit actoris partibus fun
gi quàm expectare vt reus fiat, *leg. circa eum 14. D. de*
prob. Idque commodius plerunque eſt, ne diutiùs in
ſuſpenſo maneat cauſa ſtatus, quoniam quiſquis actor
eſſe vult in ſua poteſtate, habet quando vtatur iure
ſuo: is autem cum quo agitur non habet poteſtatem,
aut electionem quando conueniatur, *l. pure. 5. §. vlt. D.*
de dolo except. l. petenda. 6. C. de temp. in integr. reſtit. † Po- 10
ſtrema eáque noua interpretatio eſt Hermanni Vul-
teij Iuriſc. clariſſimi. & magni inter Germanos nomi-
nis, qui in ſuis ad eum locum Inſtitutionum commẽ-
tariis ſcribit, Iuſtinianum his verbis ſignificare, præiu-
diciales actiones de quibus in *§. præiudiciales eod. tit. de*
action. per quas ſcilicet quæritur, an aliquis liber ſit, an
libertus, & de partu agnoſcendo. Vult enim actiones
omnes perſonales pẽdere ex iure perſonarum, quod,
inquit, in duobus conſiſtit, in iure poteſtatis & obli-
gationis: in iure poteſtatis, quatenus dicimus aliũ eſſe
in poteſtate noſtra ſiue tanquam filium ſiue tanquam
ſeruum. In iure autem obligationis, quatenus quis al-
teri obligatur ad dandum aliquid vel faciendum: In-
deque nimirum vult profluere differentiam actionũ
perſonalium, vt aliæ naſcantur ex iure obligationis
per quas intendamus aduerſarium dare aut facere o-
portere, quæ ſpeciali nomine condictiones dicuntur,
§. appellamus eod. tit. Aliæ verò ex iure poteſtatis qui-
bus intendamus aduerſarium eſſe vel fuiſſe aliquan-
do in poteſtate noſtra, quæ propriè præiudiciales a-
ctiones appellantur, *d. §. præiudiciales.* Sed tamen hæc
quoque interpretatio, quod cum tanti viri bona ve-
nia dictum velim, videtur mihi omnium improbabi-
liſſima. † Actiones enim præiudiciales non in perſo- 11
nam, ſed in rem eſſe ſcribit diſertè Iuſt. in *d. §. præiudi-*
ciales. Et quamuis vſurpet verbum *videri*, quod captat
Vulteius, vt probet non eſſe in rem verè, quid tamen
cauſæ eſſe poterat vt diceret eas videri eſſe in rem, ſi
veriùs & tutiùs ſcribere poterat eſſe illas in perſonã?
Aut quid attinebat dicere in rem illas eſſe videri, niſi
ad differentiam earum, quæ ſunt in perſonam? Et verò
cùm per huiuſmodi actiones præiudiciales actor non
intendat aduerſarium dare aliquid, aut facere oporte-
re quod Vulteius quoque fatetur, nec obligatio vlla
præcedat ex qua naſcantur, nec denique in perſonam
vllam dirigantur, ad extorquendam condemnationẽ,
quæ præcipua vis eſt actionis perſonalis, quonam ob-
ſecro colore poſſunt dici perſonales? At è contrario
habent omnia ſimilia cum actionibus realibus, illud
præcipuè quòd dantur contra eum, qui nullo iure eſt
obligatus, & qui nunquam eſt condemnandus. Nihil
enim aliud facit qui de præiudiciali actione cogno
ſcit, niſi quòd pronunciat eum, de cuius ſtatu quæri-
tur, vel ſeruum, vel liberum eſſe, vel ingenuum, vel li-
bertinum, aut quid aliud ſimile, nulla condemnatio-
nis facta mẽtione, non magis quàm ſi de domino per
rei vindicationẽ ageretur? † poteratque ſufficere pro 12

his omnibus actio vendicationis si fieri posset vt liber
homo vindicaretur: sed quia non est in commercio,
cùm rerum omnium commercia solius hominis gra-
tia comparata sint, necesse fuit nouam formam exco-
gitari actionum per quam appareret differre istas à
cæteris vindicationibus. Nam cùm in cæteris actor
dicat rem suam esse ex iure Quiritium aut sibi obliga-
tam in istis qui agit non dicit aduersarium suum esse,
13 sed adiicit filium suum esse, vel seruum, † ob idque
necesse fuit Iustinianum scribere videri illas esse in
rem, vt significaret non esse in omnibus & per omnia
similes cæteris in rem actionibus, quamuis quæ inter
eas differentia est non faciat, vt eo minùs sint verè ac
purè reales, cùm dirigantur in rem, id est vt detega-
mus quid virum doctissimum fefellerit, in personam
quidem, sed tamen non tanquam personam, sed tan-
quam rem aliam quamlibet, quæ tamen in potestate
14 nostra tantùm sit, non etiam in dominio. † Indeque
etiam esse videtur, quòd actiones istæ præiudiciales
appellantur, quòd nimirum exerceri eas necesse sit
priusquàm vindicationis iudicium institui possit. Si
enim Stichum vindicare velim tanquam seruū meū,
qui tamen dicit se liberum, prius est vt quæratur an sit
liber, quia si liber pronuntiabitur, vindicari non po-
terit, cùm hominis liberi neque dominium sit, neque
vindicatio, si verò pronuntiabitur non esse illum li-
berum, tum verò illum potero vindicare tanquam a-
liud animal quodlibet, eritque illud iudicium vindi-
cationis. Ergo præiudicium, id est anteiudicium dici
debebit cognitio illa, vtrum liber sit, necne: quamquā
nec semper solet iudicium sequi cognitionem præiu-
15 dicialem. † Plerumque enim fit vt de statu personæ
quæri oporteat, non ad iudicium aliquod postea di-
ctandum à prætore, sed alienam ob causam, de qua
prætor ipse cognoscere debeat, nec iudicem dare pos-
sit, etiamsi velit: vt puta si mater desideret ali à filio,
aut filius à patre, & filius patrem esse neget, aut pater
filium. Prius enim erit vt prætor cognoscat an sit ille
pater, an hic filius, vt si constiterit filium vel parentē
esse, tunc ali iubeat nullo alio ad hoc iudice dato,
(quæstio enim de alimentis habet priuilegium ne a-
lium quàm prætorem tractari debeat) si verò non cō-
stiterit, nec decernat alimenta, *l. si quis a liberis. 5. in princ. & §. si vel parens. D. de agnosc. & alend. liber. l. cum his. 8. in princ. & §. si prætor. cum seq. D. de transact.* Idem-
que contingit, si inter patronos & libertos contenda-
tur, *d. l. si quis. §. solent.* vbi tamen Iurisconsultus monet
eleganter, si alimentorum decretum factum sit prius-
quàm constiterit an esset ille patronus aut libertus
fortasse per imperitiam aut præcipitem festinationem
magistratus, non idcirco tolli facultatem ei qui alere
iussus est quominùs præiudicio certare possit, si liber-
16 tum se vel patronum neget. † Ex quo intelligimus
præiudiciales istas actiones propriè actiones non es-
se, longéque elegantiùs præiudicia dici, cùm non tra-
ctentur apud iudicem datum, & ex vi alicuius for-
mulæ, sed apud magistratum, qui vtique de ea re de
qua cognoscere ipse debet, formulam sibi præscribere
nulla potest. Itaque non continentur appellatione
actionis, nisi eo nomine valdè generaliter & impro-
priè sumpto, quemadmodum & interdicta, & stipu-
lationes cautionales prætoriæ, & aliæ, de quibus in *l. actionis verbo 37. D. de obl. & action.* Multóque faciliùs
fuit vt actionis nomen accommodaretur cæteris in
rem actionibus, quamuis nec propriè actiones illæ di-
cantur sed petitiones, *l. pecuniæ 178. §. actionibus. D. de verb. sign.* quàm illis præiudicialibus non quòd in rem
istæ quoque non sint, sed quia in cæteris in rem actio-
nib. vsurpatur aliqua formula, sicut & in personali-
bus, formula, inquam, quæ præscribitur à prætore dā-
te actionem, & iudicium dictante. At in præiudiciis
nulla est actio, nulla formula prætoris, qui scilicet ipse
per se cognoscit, licèt intentio petentis formulam ali-
quam desideret per quam exprimatur. † Et idcirco 17
admonet Vlp. in *l. 1. §. per hanc autem. ff. de rei vind.* per
specialem actionem in rem, quæ vindicatio appella-
tur, non peti liberas personas, ne quidem eas, quę sunt
iuris nostri, quales sunt liberi quos habemus in pote-
state. Petendos enim esse, aut præiudiciis, aut interdi-
ctis aut cognitione prætoria, nisi fortè, inquit, adiecta
causa quis vindicet, puta, si quis vindicet filium suum
in sua potestate constitutum, adiecta causa illa, *ex iure Quiritium*, aut quod idem est, *ex iure Romano*: quod
tamen quomodo accipiendum sit, latiùs in Rationa-
lib. nostris ad eum locum, faciente Deo, dicemus. † 18
Cæterùm probat etiam locus ille apertissimè, præiu-
diciales actiones propriè in rem esse, & nullo modo
in personam, cùm possint etiam aliquando dici vindi-
cationes. Immò & eleganter & sæpe apud Iurecon-
sultos dicitur vindicare se in libertatem, aut quod idē
est, vindicare sibi libertatem eum, qui se dicit liberum
cùm ab alio tanquam seruus peteretur: & contrà, vin-
dicari in seruitutem eum cui sit controuersia status
quasi seruus sit, cùm ipse tamen se pro libero gerat. † 19
Dicendum igitur est, ni fallor, Iustinianum iis verbis,
& aliis quibusdam modis, nihil aliud sensisse, nisi illud
ipsum, quod Caius in *d. l. 1. in princ. D. de oblig. & act.*
cùm scripsit nasci obligationes non tantùm ex con-
tractu aut maleficio, vel quasi sed etiam proprio quo-
dam iure, ex variis causarum figuris. Vtrumque verò
non alias obligationes significare voluisse, quàm ex
quibus nascuntur actiones in rem scriptæ. Habent. n.
illæ singulæ proprium suum ius, & propriam causam
nulli alij actioni communem, quamuis habeant hoc
cum cæteris actionibus personalib. commune, quòd
per eas, æque ac per cæteras intendit actor aduersariū
facere aliquid oportere. † *Exemplum esto.* In actione 20
ad exhibendum intendit actor aduersarium debere
rem exhibere, nec tamen possis dicere quo iure illum
habeat obligatum (cùm is aduersus quem agitur, ne-
que contraxerit vel quasi neque deliquerit vel quasi)
nisi proprio quodam iure ipsius actionis, quia scilicet
per aduersarium, eundémque possessorem fit quomi-
nùs possit actor vindicare rem suam, quippe quòd
vindicatio non possit fieri nisi in rem præsentem, &
quæ oculis subiecta possit demonstrari, vt apparet ex
solenni illa vindicationis formula, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Nec enim fieri potest vt præ-
tor permittat dirigi actionem in rem, quæ non videa-
tur, & quæ vbi sit, nesciatur. Ac proinde necesse om-
nino est ex hac causa vel nullam dari actionem in rē
aduersus possessorem, qui non vult rem exhibere, vel
si qua detur, dari in personam ad hoc vt vel rem exhi-
beat, vel si non exhibere perseueret, in omne id quod
actoris intererit, condemnetur. Idémque tractari po-
test de omnibus aliis causis ex quibus actio ad exhi-
bendum competit. Non enim ei tantùm datur, qui
est vindicaturus, sed etiam illi qui interdicto experiri
velit, aut denique cuius aliquo modo intersit, si tamen
fieri nequeat vt nisi re priùs exhibita ius suū exequa-
tur, *l. 3. §. est autem. cum seqq. ff. ad exhib.* Similiter in a-
ctione, quod metus causa, intendit actor debere sibi
rem restitui à possessore quidem, tanquam ab eo, qui
sit obligatus, at non ex contractu vel quasi, nec ex
maleficio vel quasi, sed proprio illius actionis quodam
iure, quia fieri nequit vt res quam quis alienauit, licèt
per

per vim aut metum ei debeat restitui, præsertim ab eo quoque qui nec vim nec metum intulerit: quin adsit obligatio aliqua eius restituendæ: quam obligationē ratio illa inducit, quod æquum non sit sentire quem damnum ex eo, quod quamuis ipse fecerit, non tamen nisi per vim vel metum coactus fecerit. Idque adeò verum est, vt etiamsi contra illum ipsum agatur, qui vim aut metum intulit, non ideirco tamen dici possit obligationem nasci ex delicto, quia delictum nullum committi potest in volentem. Qui autem vim vel metum patitur, licèt coactus velit, vult tamen, vnde dici solet coactam voluntatem etiam voluntatem esse, *l. si mulier. 21. §. vlt. ff. quod met. caus. l. si metu. 83. de acq. her. l. si patre cogente 22. de rit. nupt.* Ideòque necessaria est in integrum restitutio ad rescindendum id quod per vim vel metum gestum est, quæ tamen non esset necessaria si actus ipso iure non teneret, vt neque necessaria est ei cui re res per vim erepta fuit.

21 † Contrarius eiusdem Vulteij error in eo est, quòd putat interdicta actionibus in rem magis quàm in personam esse adscribenda. Etsi enim sunt illa omnia de possessione vel adipiscenda per eum qui fatetur se nec possidere, nec vnquam possedisse, vel retinendi per eum qui dicit se possidere, vel recuperanda per eum qui dicit se quidē hodie non possidere, sed antea possedisse. ideoque nō dantur nisi contra possessorem, sicut nec in rem actiones (quæ sola viro doctissimo errandi causa fuit) diriguntur tamē omnia in personam certam, scilicet possessoris, non in rem vllam certam, vt videre est in cōtextu omnium, quotquot sunt, edictorum. Quod etiā nomen ipsum interdicti demonstrat, quod significat prohibere, tametsi non omnia interdicta sint prohibitoria, sed quædam etiam exhibitoria, quædam restitutoria. Atqui non rebus, sed personis solis prohibitio fieri potest, nec rursus potest res ipsa, vel exhibere quicquā, vel restituere.

22 † Idémque constituendum est de actionibus illis extraordinariis quæ hodie competunt in vicem interdictorum, vt ostendit titulus ipse De interdictis, siue extraordinariis actionibus, quæ pro iis competunt. Retinent namque in omnibus naturam interdictorum, nec alia de causa extraordinariæ appellantur, nisi quòd non apud iudicem pedaneum, vt extraordinarium erat, tractari debeant, sed sicut interdicta apud prætorem ipsum, qui omnes de possessione quæstiones cognitioni suæ reseruauerat, tanquā quæ maioris essent momenti, non quidem in comparatione proprietatis æstimandæ, quæ sanè semper est pretiosior, sed propter publicam vtilitatem vt omnes rixarum occasiones tutiùs & citiùs tollerentur. Solent enim rixæ ob causam possessionis potiùs quàm proprietatis emergere. *l. 1. §. inde quæritur. ff. de oper. noui nunciat. l. si cuius. 13. alias l. æquissimum ff. de vsufr. §. vlt. Inst. de interdict.*

AMPLISS. ET CLARISS.

VIRO FRANCISCO CRAVETAE, IN SVPREMO SVBALPINORVM SENATV Præsidi primario,

ANTONIVS FABER S. P. D.



ENI O tandem, Præses amplissime, post tot, tantósque gratulatores de præcipua ista dignitate, quæ & probitati & eruditioni tuæ singulari iampridem debita, nunc verò conspirantibus vniuersi ordinis amplissimi sententiis, & quod maximum est, honorificentissimo tanti Principis iudicio decreta est, pro meo etiam iure, próque mea parte gratulaturus: Non equidem postremus, (quis enim postremus dici possit in gratulando ea de re, de qua nullus esse debeat gratulandi finis?) sed eum tamen adferens, offerénsque tibi Coniecturarum mearum librum, quem vt vigesimum, ita & postremum esse decreui. Siccine, inquies, Postremum ei, cui prima debeas iuris nostri elementa? Ego verò, non solùm agnosco, sed etiam glorior, vt debeo, tam præclarè mihi, ac diuinitus obtigisse, vt accedens ad hæc studia te habuerim primum institutorem, cùm in Taurinensi Academia, quam tum recens ingénsque magni illius Aymonis parentis tui fama percelebrem fecerat, & qua Manutios eo tempore ac Pancirolos habebat, tu sibi placeres in prælegendis Institutionibus, formandísque ad veram & rectam iurisprudentiam studiosorum animis, tanto sanè & concursu & applausu eruditorum omnium, vt facile appareret, non iis tantùm qui sacris nostris initiabantur, sed prouectioribus quoque omnibus persuasum, nihil adeò esse in tam vasta sententia reconditum & abstrusum, quod non sperare & assequi tandem posset, quisquis à tanto Doctore, iuris Principia didicisset. Sed tamen aut malè de meipso, déque scriptis meis coniicio, aut nihil est quod à tua dignitatis meaq́ observantia ratione aliēnum abs me factum videri possit, si supremo in suprema Curia Præsidi supremus quoque hic liber offeratur. Sunt enim ista, quod tu omnium minimè ignoras, ex eorum genere in quibus maiorem & felicis ingenij, & strenui laboris laudem mereri solent, quæ postrema sunt, quàm quæ prima. Gratior qui-

dem laus, & suauior est, quæ primis contingit siue nouitatis dulcedine, siue quòd primi gloriæ stimuli ad titillandã excitãdámque animam acutiores sint, & efficaciores: sed illa dignior, quæ postremis: quòd & præstantioris indij simul, & constantioris diligentiæ raram societatem præ se ferat. Quid enim de ingenij gloria detrahere quæso debeat adiectio laboris, cuius pertinaci assiduitate fieri nequeat, vt non etiam ipsum ingenij acumen augeatur? Neque rursum solet Deus Opt. Max. recusare oblatas ab eo decimas, qui nullas primitias præstiterit, quæ tamen priores debebantur. Liceat igitur mihi obsecro, per singularem humanitatem, & beneuolentiam tuam, vir clarissimè, offerre tibi, quod vnum in hoc genere scribendi reliquum habeo, postremum quidem, si & numerum, & editionis ordinem spectabis, sed quod tamen primum maximúmque esse vltro fatebere, si potero à te impetrare, quod, quanta facere possum contentione, peto & exoro, vt & muneris nostri, quantulumcumque est, dignitatem ex offerentis animo, & animi in te mei gratudinem, itémque gratitudinis magnitudinem ex meritorum erga me tuorum comparatione æstimari patiaris. Bene vale, Præses amplissime, & reipublicæ, bonísque omnibus diu felix viue. Dat. Necij 13. Cal. Mart. 1604.



ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI

SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIdis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber vigesimus & postremus.

CAPVT I.

Interpretatio l. Arescusa. 15. D. de statu hominum.

SVMMARIA.

1 *Consectaria ex illo iuris principio eliciua, quo qui in vtero est perinde habetur ac si iam natus esset, si de eius commodo agatur.*

2 *Ad filij ingenuitatem sufficere quod mater aliquo instanti libera fuerit, vel quòd libertatis spem habuerit, cuius conditio ante partum editum extiterit.*

3 *Hoc ipsum non tam fauore libertatis quam vi superioris principij fieri.*

4 *Per tempus partus instans illud significari quo partus nondum editus sit, & consequenter quo adhuc in vtero sit.*

5 *Eum qui ex matre partus tempore liberâ nascitur, vt liber nascatur non esse pro iam ante nato habendum.*

6 *Natum ex matre quæ tempore conceptionis libera, partus verò ancilla erat, vt liber sit, pro nato antequam natus sit habendum esse.*

7 *Hoc ipsum non fauore libertatis sed personæ ad cuius commodum libertas pertinet, introductum esse.*

8 *Obiectio & ratiocinatio Interpretum ad* d.l. Arescusa.

9 *Nihil eius legis specie interesse an eos qui secundo partu editi sunt pro natis habeas ex die conceptionis annon.*

10 *Plures vno partu editos simul atque vno impetu concepi.*

11 *Non magis liberos nascituros omnes eos qui vno partu ex Arescusa nati sunt, licèt ex die conceptionis pro natis haberentur.*

12 *Posthumum licèt nondum natus pro iam nato habeatur, non idcircò bis nasci.*

13 *Contenditur in proposita legis specie quotquot posteriore partu editi sunt liberos nasci, nec editionis seu natiuitatis ordinem attendi.*

14 *Conditionem illam, si tres pepererit tunc impleri quum mulier parere incipit, nec ad libertatem requiri vt iam impleta sit.*

15 *Aliud esse adimplendam conditionem esse, aliud verò adimpletam esse debere.*

16 *Eum qui ex Arescusa primo partu solus nascitur seruum nasci, tres illos qui secundo partu licet ordine editi sint liberos nasci.*

17 *Non tot esse partus quot nascuntur ex vno partu liberi, sed vnum.*

18 *Verba illa* d.l. incipiente partu *ad secundum partum referenda esse.*

19 *Hoc posito consequens esse vt tres illi ex vnico secundo partu editi liberi tanquam nati nascantur.*

20 *Ad hoc vt Arescusa libera sit, sufficere si conditio extitit, non etiam requiri vt extiterit.*

21 *Casum illum quo mulieri sub conditione,* si decem millia heredi Titiove dederit, *libertas data est, superiori casui quo sub illa conditione,* si tres pepererit, *similem esse.*

22 *Dissimilitudo inter hos casus à Bartolo constituta.*

23 *Parturiens quænam dicatur.*

24 *Instans partus incipientis ab instanti partus præfecti & iam editi distinguendum esse.*

Iuris

1 IVRIS † nostri principium certissimum est, eum qui in vtero sit, perinde haberi ac si iam natus esset, quoties de commodo ipsius quæritur, licèt alij antequam nascatur, nõ prosit. *l. qui in vtero. D. de stat. homin.* Inde fit vt si qua mulier libera conceperit, deinde ancilla pepererit, natus ex ea liber sit, siue ex iustis nuptiis, siue vulgo quæsitus proponatur, *l. & seruorum 5. §. ingenui. eod. in titulo.* vb. quamuis ratio illa reddatur, quòd non debeat calamitas matris ei nocere qui in vtero est, nullius tamen ponderis ratio esset, nisi supponeret eum, qui in vtero est habendum pro nato. Quod magis est si statulibera quæ reuera interim serua est, pœnæ serua facta sit, & post damnationem statutæ libertatis conditio extiterit, quamuis ipsi statuliberæ nihil proficiat, partui tamen id proficere placuit, vt perinde liber & consequenter ingenuus nascatur, atque si mater damnata non esset. *l. si statulibera 6. ff. de statulibe.* quo loco additur, idem dicendum esse si hæc statulibera, quæ in seruitute conceperat, deinde ab hostibus capta ibi pepererit post existentem conditionem. Nam & hunc postliminio liberum fieri, & ingenuum, adeóque si apud hostes, non solùm editus, sed & conceptus esset, †
2 vt intelligamus sufficere ad filij ingenuitatem, non modò quod mater aliquo instanti fuerit libera, sed etiam quod habuerit spem libertatis, licèt interim reuera fuerit serua, si modò speratæ libertatis conditio aliquando tandem extiterit, antequàm partus ederetur. Denique si ancilla iam prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta, aut expulsa ciuitate pepererit, magis probatum est, liberum nasci & sufficere ei qui in ventre est, liberam matrem, vel medio tempore habuisse, vt sub eadicto loco subiicit Marcianus. Quid enim commodius aut vtilius possit contingere postumo, quam vt & liber & ingenuus nascatur. † Putet fortasse aliquis fieri hoc fauore libertatis
3 potius quàm quod is qui in vtero est, pro iam nato habeatur, idque apparere ex eo quod æquè dicimus, sufficere quod mater libera pariat, licèt ancilla conceperit, *d. l. 5. § 2. cod.* sed non ita est. † Tempus enim
4 partus cùm dicimus, instans illud significamus quo partus nondum sit editus, & consequenter quo adhuc in vtero sit, quemadmodum instans mortis vitæ computamus, *leg. qui duos 18. §. 1. ff. de testam. manumiss. l. si a pluribus 107 §. 1. de legat. 1.* Nam sicuti non moritur is, qui iam mortuus est, sed is demum qui adhuc viuit: Ita nec parit illa quæ partum iam edidit, & quæ peperit, sed quæ nondum edidit. Hoc ipso igitur, quod dicimus nasci liberum eum, qui matrem habet partus tempore liberam, significamus haberi eum pro nato priusquam natus sit. Nam nec nascitur is qui iam natus est sed qui nondum natus. † Deinde re-
5 spondeo, etiamsi partus instans separare velis ab eo instanti quo filius adhuc in vtero sit, fieri ex ratione naturali & ex lege naturæ, vt qui nascitur ex matre eo natiuitatis tempore libera, sit liber, quamuis toto anteriore tempore fuerit serua, *l. vnic. Cod. de lib. caus. l. lex naturæ 24. ff. de stat. hom. in.* quia eo demum instanti, quo quis est editus incipit esse homo, *l. in fal- cid. 9. ff. ad leg. Falcidiam.* Esse autem liberum, qualitas eius est qui iam homo sit. Hominum enim summa diuisio est, vt alij sint liberi, alij serui. Itaque vt nascatur hic liber, nil necesse est fingere iam antea fuisse illum habendum pro nato, quinimò sicut re ipsa & naturaliter verum est non fuisse illum natum priusquam editus fuerit, ita negamus posse fieri per fictionem, vt pro iam ante nato habeatur, quoniam ea fictio illi noceret, faceretque vt qui iam semel vel vno instanti seruus, aut pro seruo habendus fuisset, sola natiuitate libertatem consequi non posset quam à domino non accepisset, quantumuis eum mater partus tempore libera edidisset. Libertatem namque iure gentium amissam natura sola restituere non potest, incipitque necessarium esse beneficium manu-
6 missionis, quæ vel à lege fiat, vel ab homine. † At hæc ipsa ratio facit vt natus ex ea quæ ancilla peperit, licet libera conceperit, non aliter possit liber esse, quàm si in ipsius commodum inducatur fictio per quam retrofingatur ille iam tum natus esse cùm conceptus fuit, vt in *l. Imperator Hadrianus 18. ff. de stat. homin.* Est enim generalis illa sententia *dict. l. vnic. Codic. de liber. caus.* Eos qui nascuntur, ex ancillis scilicet, matrum conditione vti, quarum mox ventribus exponuntur: nimirum qui nascuntur ex iis ancillis quæ nunquam liberæ fuerint, quandiu prægnantes fuerunt. Non quòd si mater medio tempore aut ipso instanti conceptionis libera fuerit, filius matris conditionem non sequatur (semper enim & necessariò sequitur quisquis non ex legitimis nuptiis natus est, *dict. l. lex naturæ. leg. cùm legitimæ 19. eodem titul.*) sed quia eo casu habetur
7 pro nato priusquam natus sit. † Hoc ipsum verò fauore non libertatis, sed personæ ad cuius commodum libertas maximè pertinet. Estque hæc res ex earum numero, in quibus ex postfacto apparet, quid anteà fuerit, *l. qui res 98. § rem autem. ff. de solut. l. hæc scriptura 15. §. 1. ad legem Aquiliam l. quædam 15. ff. de reb. dub. l. Noratius 7. ff. de testam. manu.* † His tamen valdè obsta-
8 re videtur, quod scriptum est in *l. Arescusa 15. ff. de stat. hom. & in l. seq.* vbi tractatur de libertate data ancillæ sub hac conditione, *si tres pepererit* nec dubitatur quin siue primo partu vnum, secundo tres pepererit, siue primo duos, secundo item duos, solus liber ille sit, qui vltimus natus est, cæteri verò tanquam ex ancilla nati serui sint. Et tamen si pro natis haberentur eo tempore quo concepti essent, consequens videretur vt quotquot vno illo posteriore partu editi essent tanquã ex ea editi quæ iam libera peperisset, liberi nascerentur. Sic enim plerique ex interpretibus, vt subtiles agant, ratiocinantur ad *d. l. Arescusa*, quasi singularis ille casus sit in quo is, qui in vtero est, non habetur pro nato, quamuis de ipsius commodo agatur. † Sed, meo iudi-
9 cio, parum subtilis, ne dicam inepta obiectio est, non ob id solùm quòd conditio illa *si tres pepererit*, ad factũ ipsum partúsq; tempus relata fictionẽ nullã admittat, quia conditionũ omniũ natura illa est vt impleri debeant in forma specifica, eatúmq. verba naturaliter & propriè, nõ ciuiliter & fictitiè intelligi, *l. qui heredi 44. l. Mæuius 55. de cond. & demonst.* sed etiam quia in proposita specie nihil potest interesse an eos qui secundo partu editi sunt pro natis habeas ex die conceptionis, an non. Eadem enim ratio semper faciet vt non nisi ex ancilla nati videri possint, cũ ab ancilla concepti fuerint: adeóq. essent peioris conditionis si conceptionis, quam si natiuitatis tẽpus inspiceretur. Omnes námq. quatuor essent serui, tanquam omnes vicino impetu concepti, cùm tamen inspecto partus tempore certum sit & indubitatum nasci liberum saltem eum, qui vltimus nascitur, quia vt scriptum est in *d. l. Arescusa*, non patitur natura vt simul vno impetu duo infantes de
10 vtero matris excedant. † Atqui eadem natura nõ solũ patitur vt quotquot vno partu eduntur, simul quoq; & vno impetu concepti sint, sed etiam repugnat vt alius post alium concipiatur, quandoquidem secundũ philosophos & medicos fœminæ non superfœtant, aut si quando id accidit, monstro & portento simile est, quod ab ordinario naturæ transitu aberrat. Sed etsi a-

lius post aliũ cõciperetur, nesciri tamẽ posset quis pri-
mus, aut secũdus, aut vltimus cõceptus esset, ac proin-
de incertitudo illa impediret libertatẽ, etiã illius qui
vltimus esset conceptus, sicut euenit vt cùm nescitur
quo ordine nati sint, nõ appareat vter in seruitute aut
libertate nascatur, atq. ita libertas omniũ impediatur,
11 quemadmodũ eadẽ lex ait. † Deniq; prorsus ridiculũ
est dicere, futurum vt liberi nascerẽtur omnes isti vno
partu ex Arescusa nati, si ex die cõceptionis pro natis
haberentur. Nã qui semel habiti essent pro natis ad hoc
vt Arescusa partus tempore conditionẽ iam impleuis-
se videretur, quomodo possent, obsecro, ex ea quasi iã
libera renasci vt ob hoc ipsum liberi nasci viderẽtur?
An non implicat cõtradictionem vt idẽ homo bis nas-
catur? aut vt ex instanti conceptionis intelligatur &
natus & non natus? Natus vt matrem faciat liberã: nõ
natus, ne nõ sit ipse liber, si ante quæsitã matri liberta-
12 tem natus retrofingatur † Aliis quidẽ casibus, in quib.
diximus posthumum haberi pro nato, fateor euenire
vt non eo minùs postea nascatur, adeò vt nec locus sit
fictioni, nisi reuera nascatur *l. si cui 18. D. quād. dies leg.
ced.* Sed non idcirco bis nasci intelligitur, imò quãdo-
cunq. intra legitima tempora natus, ex instanti conce-
ptionis natus creditur, aut si de libertate quæram⁹ ex
eo instanti quo matrẽ liberã habuit, & ita quidẽ nat⁹
vt non simul intelligatur non natus. At vt eodem in-
stanti, & ad eundem effectum & natus & non natus
videatur, nulla fictione fieri potest, quia nõ magis cõ-
tradictionem implicare fictio potest, quàm natura, *l.
adopt. 16. D. de adopt.* Adde quod in specie *d. l. Arescusa*,
de matris cõmodo & libertate principaliter agitur, de
commodo autem & libertate liberorum, non nisi per
consequentias: quo casu certum est eum, qui in vtero
13 sit non haberi pro nato. † Sed videamus ne quod in *d.
l. Arescusa* scriptum est, cũ solum nasci liberũ qui po-
steriore partu posterior natus est, à ratione iuris omni-
no alienum sit & quod prorsus consequens est, Tribo.
potiùs quàm Tryphonino adscribendum. Nam cõtra
Iurisconsultũ disputare nec possem, nec deberẽ: cõtra
Tribo. agere non pudet, quem passim video mera veri
iuris ignoratione tot prudentum responsa tam malè
corrupisse. Defendo itaq; in proposita specie nasci li-
beros quotquot posteriore partu editi sunt, nec proin-
de curandum esse quo ordine nati & editi proponan-
tur. Mouet me ratio illa iuris, quam ipsa Tryph. verba
incautè à Trib relicta probant apertissimè, quod inci-
piente partu, id est eo primum instanti quo mulier pa-
rere incipit, conditio illa exsistit, sub qua erat data li-
bertas, si tres pareret. Nec q ordine nascantur, & in lu-
cem edãtur, facit vt temporis successione aliqua opus
sit ad implendam conditionem. Non. n. ideo minùs
verum est vnicum partum esse, vt ostendunt ea verba
legis *primo partu vnum, secundo tres peperit*: item illa, *in-
cipiente igitur partu.* Cur verò vnicus partus est: quia li-
cet non vnico impetu excedant de vtero matris, vt
Tribon. verbis vtar, tamen vnico impetu conceptos o-
mnes fuisse necesse est, ne contra naturam superfœta-
tio in fœmina inducatur. † Conditio igitur illa *si tres*
14 *pariet*, tunc impletur cùm mulier incipit parere, i. cùm
primùm, cùm incipit eum edere qui primus in lucem
prodit, quia cùm collata sit conditio in tempus partus,
certum est quod iam supra diximus, mulierem parere
non cùm iam edidit partum, sed cum edit, ac proinde
priusquam ediderit. Aliud namq. instans est quo part⁹
editur, aliud quo iam editus sit, quemadmodũ & aliud
instans est, quo impletur conditio, aliud quo iã sit im-
pleta. Illud præcedit, hoc sequitur. Porrò vt libertas A-
rescusæ data sub conditione illa, *si tres pariet*, ei possit
competere, sufficit impleri conditionem, nec illud etiã
requiritur, vt iam sit impleta. Fit enim vtrumq. eodem
ipso momento, vt & competat libertas, & cõditio im-
pleatur: veluti, inquit lex, si quælibet alia cõditio mu-
lieris libertati apposita, parturiente ea existat, vel ma-
numissa in testamẽto sub hac conditione, *si decem mil-
lia heredi Titióve dederit*, eo momento quo parit, per a-
lium impleuerit conditionem. Quib. casib. esset non
dubitandum quin iam libera peperisse crederetur, vt
lex ait. Et tamen non post impletam conditionem pe-
perisset, sed eo ipso instanti quo conditio impleretur.
Ergo si recta comparatio est quã rectam esse vult Try-
phon. cùm impleatur conditio illa; *si tres pariet*, in illo
ipso instanti primo partus, non post partum, fateri ne-
cesse est quicquid postea nascitur, eo partu tanquã ex
libera muliere editũ liberum nasci. Quid. n. erat quod
impediret ne libertas testamento data cõpeteret ante
partum? Hoc vnum, q libertati adscripta erat cõditio
si Arescusa tres pareret. † Quæ conditio vtiq. adimplẽ- 15
da mulieri est vt Trib. ait, & ego admitto, sed aliud est
adimplẽdam esse, aliud verò adimpletam esse debere.
Nam eo instanti quo iam impletur, adimplenda am-
plius non est, nec tamẽ dici potest adhuc impleta, quia
& naturæ & intellectus ordine prius est vt impleatur,
quàm vt sit impleta. Deniq. qui dicit adimplendã esse
tempus futurum demonstrat: qui adimpleri, tẽpus præ-
sens, qui adimpletam esse, tempus præteritum. † Solus 16
igitur seruus ille nascitur qui ex Arescusa primo par-
tu solus nascitur, tres illi qui in secundo partu nascun-
tur, licet ordine editi tamen oẽs liberi editi sunt, quasi
vnico editi partu quia semel & simul concepti fuerũt.
Partus enim an vnus sit, an multiplex, non tã ex edi-
tione, quã ex conceptione æstimandum est. Vnde & v-
nus venter dicitur, & vnus vterus, & pariter ac eodem
tempore, adeóq. simul nasci qui vnico illo partu edũ-
tur, licèt ordine, & alius post alium, *l. antiqui 3 ff. si pars
hered. pet l. verum 7.* in illis verbis, *cum quinque liberos quos
vno fœtu enixa est. D. de reb. dub. l. 3. §. est autem tractatum
De suis & legit. l. si pater 36. ibi. quæ quinque simul peperit.
D. de solut.* sicut è contrario vnico abortu duodecim
puerperia eiecta fuisse refert Plinius lib. 7. c. 11. † Isque 17
primus Triboniani error fuit, qui & Bartoli, & cæte-
rorum vulgò interpretum, quòd existimarunt tot esse
partus, quot nascuntur ex vno partu liberi. Moti tan-
tùm ex eo, quòd natura non permittit vt simul vno
impetu duo infantes de vtero matris excedant: ad quã
rationem nos iam respondimus. † Et suauis est Barto- 18
lus, qui ea Tryphonini verba *incipiente partu* exponit
de quarto partu, quæ tamen non nisi de secundo ex-
poni posse indicant præcedẽtia illa, *secundo tres peperit,*
† Eo autem præsupposito, de quo nec dubitari posse 19
arbitror, vt de secundo partu Tryphoninus senserit,
sequitur necessariò quod volumus, tres istos ex vnico
illo secundo partu editos, liberos natos esse tanquam
natos, non quidem post impletam conditionem, quod
nec fuit necesse, sed eo ipso instanti & momento, quo
conditio implebatur. Id enim quod Tryphoninus ait,
*incipiente partu existens conditio efficit, vt ex libera eda-
tur, quod postea nascitur.* siquidem negari non potest
quin illud instans secundi partus incipientis ex quo
vno tres nascuntur, præcedat editionẽ tã eius qui pri-
mus, quàm eius, qui postremus nascitur. Nam editum
iam esse filium vnum longè plus est quàm incipere
partum, cùm vel ipsum *incipiendi* verbũ exprimat pri-
mum instans partus ac proinde illud quo parturiat
mulier, non quo iam peperit. Quod apertiùs significat
Tryphoninus cùm subiicit *parturiente ea*, & rursum, *eo
momento quo parit.* Nec enim aut parturit, aut parit
mulier,

mulier, multo minus incipit parere quæ iam filium li-
20 cet vnum tantùm edidit. † Ex hoc autem primo errore
alius quoque Triboniani & interpretum natus est,
quòd putarunt, non aliter posse Arescusam liberam es-
se, quàm impleta iam conditione: quod falsum est li-
cèt quod ex falsa præsuppositione inferunt, verum
sit, non priùs impletam posse dici conditionem quàm
tres filij fuerint perfectè editi, vt loquitur Bartolus.
Falsam verò esse hanc præsuppositionem probant ea
ipsa Tryphonini verba quæ nos iam retulimus: *inci-
piente partu existens conditio*. Non enim dixit Trypho-
ninus, *impleta conditio*, sed *existens*, quia primo partus
instanti non potest esse impleta, sed impletur, & vt in-
telligamus sufficere conditionem eo instanti existere,
vt eo ipso instanti libertas competere incipiat, nec re-
quiri vt iam extiterit. Aliud namque est conditionem
21 existere, aliud extitisse. † Tertius Bartoli & interpre-
tũ error, quod casum illum, quo data sit libertas mu-
lieri sub conditione illa *si decem millia heredi*, *Titiove
dederit*, & conditionem illam per alium impleuerit eo
momento quo parit volunt esse dissimilem huic, quem
nos tractamus de cõditione sic concepta, *si tres pariet*:
cùm tamẽ Tryphoninus similem esset dicat, nec Tri-
bonian. ipse id negare ausus, quasi sic volente Deo, vt a-
liqua nobis ad eruendam veritatem lux superesset,
partem hanc legis incorrectam reliquit fortassis quia
vim & sententiam Iureconsulti non fuit assecutus. †
22 In quo autem dissimilitudinem aut dissimilitudinis
rationem Bartolus constituit: nimirum in eo, inquit,
quod conditio fuit impleta, & fuerunt data decem ip-
sa parturiente, & antequàm pareret, quod non est in
conditione nostra: ridicule sanè & contra ipsa legis
verba. Ponit enim Tryphoninus data fuisse decem eo
momento quo mulier parit. Ergo non priusquàm pa-
reret sicut nec postquàm iam peperisset, sed in primo
ipso instanti partus. Quod idem instans significatur a-
liis illis verbis *parturiente ea*: quæ Bartolum non satis
23 in l. tunc iste versatum haud dubiè fefellerunt. † Sic
enim ille accepit, quasi parturiens mulier ea sit, quæ
grauida & prægnans est, & quæ nondum parit, cùm è
contrario parturire tùm dicatur, cùm incipit parere,
nec adhuc peperit. Vnde solemus dicere *dolores mulie-
ris parturientis*, & ob id potiùs per conditionem illã,
si decem millia heredi dederit, non per mulierem ipsam
impleri, sed per alium, quia fieri nullo modo potest vt
per mulierem ipsam in primo ipso partus instanti im-
pleatur. Eandémque rationem constituit harum con-
ditionum, & alterius cuiuslibet, quæ libertati mulieris
apposita existat ea parturiente, nullo ipsius mulieris
aut alterius pro eo facto interueniente, puta *si Titius
Consul factus erit*, aut *si nauis ex Asia venerit*. Nam si eo
ipso momento quo mulier parit, Titius Consul fiat,
aut nauis ex Asia veniat, certum est, ex eo quoque ipso
momento competere libertatem, ac proinde quicquid
posteà editur, liberum esse, nec minus eum qui primo
loco editus sit, quàm qui tertio si plures editos pro-
ponas. Quidni ergo in proposito casu similiter dice-
mus, tres omnes filios vnico secundo partu ex Aref-
cusa editos, & liberos esse & ingenuos, tanquam ex li-
24 bera natos? † Denique & Triboniani & Bartoli per-
petuus error ille fuit, quòd non distinxerunt instans
partus incipientis ab instanti partus perfecti & iam
editi, nec proinde instans quo impletur conditio ab
instanti quo est impleta. Quæ tamen sunt diligenter
& subtiliter distinguenda si ad exactam verámque iu-
ris rationem disputatio instituatur. Sed ad reliqua per-
gamus.

CAPVT II.

Quando inspiciendum sit tempus quo conditio impletur, & quando tempus quo sit impleta. Et ad l. vlt. ff. de condic. instit. l. idem erit. 16. de stat. homin.

SVMMARIA.

1 *Quibus locis decepti Interpretes post Bartolum crediderint in specie d. l.* Arescusa, *conditionis iam impletæ tempus spectandum?*

2 *Multum ea parte interesse an de ea re agatur quæ, nisi conditio vim & potestatem iuris suspenderet, ipso iure ex testamento competeret, an de ea quæ post impletam conditionem non ipso iure sed facto aliquo acquiri aut competere possit.*

3 *De qua acquisitione accipiendum sit quod dici solet legatum etiam ignoranti legatario acquiri?*

4 *Libertatem seruo vel ancillæ directò & purè legatam statim a morte testatoris ipso iure & irreuocabiliter acquiri.*

5 *Eam quæ sub conditione legata est, eo instanti quo conditio impletur ipso iure competere.*

6 *Aliud in acquisitione hereditatis & aliorum legatorũ conditionalium duplici ratione obtinere.*

7 *Libertatem Arescusæ directò sub conditione datam eo instanti quo conditio impletur ipso iure deberi.*

8 *Libertatem fideicommissariam Arescusæ sub conditione,* si tres pepererit, *relictam nonnisi impleta conditione ab herede deberi.*

9 *Ratio dissimilitudinis inter directam & fideicommissariam libertatem.*

10 *Eo casu quo fideicommissaria libertas Arescusæ sub prædicta conditione data est, incipiente partu conditionem quidem existere, sed nõ ideo liberam fieri, ac proinde seruos nasci quotquot eo partu nascuntur.*

11 *Declaratur* l. vlt. ff. de cond. inst. *& ad superiorem sententiam aptatur.*

12 *Natos ex Arescusa siue primo siue secundo partu editi sint liberos nasci, dummodo non pauciores tribus, si primo, aut duobus si secundo nascantur.*

13 *Totam* l. idem erit 16. ff. de stat. homin. *Tribonianum esse.*

ILlud † potissimum apud Tryphoninum explicatio- 1
ne dignum est, cuius ignoratione Tribonianus cæ-
terique nostri interpretes in errorem acti sunt, vt cõ-
ditionis iam impletæ tempus spectãdum putauerint,
Cum sufficiat existere conditionem eo ipso momento
quo mulier parit, neq. necesse sit iam antè extitisse: si-
quidem negare nõ possumus, quin regulariter ita ius
comparatum sit, vt expletam conditionem esse opor-
teat, priusquàm peti possit id quod nõ nisi sub condi-
tione relictũ fuit, vt in *l. qui heredis 44. §. vlt. de cond. &
demonstrat.* in illis verbis *non ante ad hereditatem admit-
teretur quàm si omnem summam dedisset*. qui certè locus
Bartol. fefellit, vt apparet ex vlti. ipsius oppositione.
Possis etiam pro Bartolo in eandem sententiam addu-
cere quod Caius scribit in *l. facta 63. § si sub conditione
ad SC. Trebel. ibi, vtique autem testator nisi expleta sit cõ-
ditio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocauit, ne-
que per hunc illi voluit restitui hereditatem*, cum aliis
similibus quingentis. † Sed animaduertere Bartolus 2
debuit, aut potius Tribonianus, qui prior errandi cau-
sam Bartolo tribuit, multum interesse an de ea re a-
gatur quæ ipso iure ex testamento competeret, & ac-
quireretur si conditio sola vim & potestatem iuris nõ
suspẽderet, cuiusmodi est directa libertas de qua in *d.*

l. Arescusa. an verò de ea re quæ post impletam quoq;
conditionem, non tamen ipso iure acquiri aut compe-
tere possit, sed facto aliquo in eam rem opus sit vt pu-
ta de hereditate, quemadmodum in supradictis locis.
Nam ei qui hereditatem vel legatum ita accepit, *si de-
cem dederit* neque legatū, neq. hereditas aliter acqui-
ri potest, quā si post impletā conditionē id egerit scri-
ptus heres aut legatarius, per quod hereditas aut le-
gatum acquiri solet, *l. ei qui 13. ff. de cond. inst.* i. quā he-
reditatem aut legatum expressè agnouerit. Existens
enim conditio nihil aliud facit, nisi vt quod sub cōdi-
tione relictū est, pro eo habeatur acsi purè relictum es-
set, *l. potior 11. D. qui potior in pign. hab.* Atqui ex eo solo
quòd quis aut heres aut legatarius purè scriptus esset,
non ideo tamen aut hereditatem aut legatum sibi ac-
quireret, nisi secuta demum hereditatis aditione, vel
legati agnitione Et quidem de hereditate dubium es-
se non potest, quia extra causam necessariorum here-
dum nemo inuitus hereditati obstringitur aut inui-
tus heres fit, *leg. qui in aliena 6. l. si quis mihi 25. § iussum.
D. de acq. hered. l. 4. D. ad SC. Trebel. l. nec emere 16. C. de
3 iur. delib.* † De legato autem quamquam dici solet ac-
quiri illud legatario etiam ignoranti, *l. cum pater 77. §.
surdo. de leg. 2. l. filiusfam. 16. in fin. D. qui test. am. fac. poss.*
adeóque transire dominium legatæ rei à testatore in
legatarium recta via, *l. a Tutio 64. de furt.* quasi num-
quam factum heredis, *l. legatum 80. de leg. 2.* Id tamen
non de acquisitione irreuocabili intelligi debet, qua-
lis illa est quæ per legati agnitionem inducitur. sed de
reuocabili, hoc est, quæ non impedit quominùs lega-
tum à se repellere legatarius possit, atque ita facere vt
numquam ipsius fuisse videatur, *l. si tibi homo 86. § cum
seruus. de leg. 1.* Alioqui constat id quod semel acquisi-
tum fuit repudiari ampliùs non posse, *l. 1. § accretaits.
4 ff. de success. edict.* † Sed in legatum libertatis datæ seruo
aut ancillæ distinctio hæc cadere non potest, quia sta-
tim atque mortuus est testator, sicut per legem 12. tab.
confirmatur totum testamentum ita & libertates, ad-
eò vt directę statim competant & ipso iure, adeóque
irreuocabiliter, non expectata seruorum voluntate,
quia nec recusare possunt, quominùs etiam inuiti li-
beri fiant, *l. vlt. § sin verò quidam C. de testa manu.* quē-
admodum & si heredes scripti essent, inuiti ac neces-
sarij heredes fierēt ipso iure, *l. necessariis 57. in fi. de acq.
5 her.* † Itaque cum libertate data sub conditione, nihil
præter conditionem sit quod impediat quominùs ip-
so iure competat libertas, prorsus consequens est, vt
sublato conditionis obstaculo, libertas competat sta-
tim, & ipso iure perinde acsi purè data esset. Atqui ob-
staculum conditionis tollitur eo ipso instanti in quo
conditio impletur, nec in eam rem expectari necesse
est, vt sit impleta, quoniam conditio tota æstimatur ex
eo quod pendet. vnde passim legimus *pendére conditio-
nem* & *pendente conditione*. Tùm porrò desinit pendére
cùm impleri incipit, licèt nondum sit impleta. † Qui
6 tractatus longè diuersus est cùm agitur de legati aut
hereditatis acquisitione, quæ factum aliquod homi-
nis requirit Etsi enim perinde verum est desinere cō-
ditionem pendére eo ipso instanti quo impleri inci-
pit, non ideo tamen fit vt eo ipso instanti quicquā ac-
quiratur, quoniam acquisitionem præcedere debet fa-
ctum hominis, & declaratio aliqua volūtatis: quæ de-
claratio sicut fieri non potest ante existentem condi-
tionem, quandoquidem conditio quandiu pēdet, im-
pedit delationem; *l. si ita scriptum sit 45. §. si sub condi-
tione de leg. 2. l. cedere diem 213. de verb sign.* ita nec in ip-
so instanti existentis conditionis: Idque duplici ratio-
ne: Et quia non sicut lex certa est de iis omnib. quæ
vel iam facta sunt, vel fiunt, tametsi quòd ad homines
sint incerta, *l. cum ad præsens 37. cum duab. seqq. ff. de reb.
cred. l. si ita stipulatus 120. de verb. obl. l. venire 84. de acqu.
her.* sic & homo scire potest instans quo impletur con-
ditio, ita vt illud secernat ab instanti quo iam sit im-
pleta (instantia enim illa sensus nostro sunt imperce-
ptibilia.) Et quia, nō quemadmodum lex, ita homo fa-
cere quicquam potest in instanti, cùm nec natura ipsa
nisi in tempore operetur. Ex quo fit vt neque in eo in-
stanti, quod proximè ac immediatè sequitur impletam
conditionem, sub qua hereditas relicta, aut legatum,
possit heres vel legatarius voluntatem suam declara-
re, tametsi sciat impletam conditionem. Quare mirā-
dum non est quod Iureconsulti sic loquūtur, vt eo ca-
su non nisi post impletam conditionem hereditas aut
legatum acquiratur. † At in legata libertate, ac dire- 7
ctò data nusquam idem proditum reperias, quia cùm
ipso iure competat & sola legis potestate, lex autē cer-
ta sit, quo demùm instanti cōditio impleatur, nihil o-
mnino prohibet quominus eodem instanti eadem lex
conferat libertatem, nō expectato alio instanti in quo
verum sit iam impletam esse conditionem. † Itaque si 8
fingas non directam libertatem de qua hucusque lo-
cuti sumus, sed fideicommissariam Arescusæ datā sub
eadem conditione, *si tres pareret*, non idem respōdebo.
Fideicommissaria enim non competit, sed debetur, &
ab homine præstanda est, *l. etsi 9. l. si seruus 11. C. de fidei-
com. liber.* vt è contraria directa ipso iure competit,
quamuis non contingat nisi adita demum hereditate
l. 3. C. de test. am. manum. non etiam præstatur, *leg. directis
verbis 10. eod.* Præstari autem fideicommissaria nō po-
test ab herede eo ipso instanti quo impletur conditio,
id est quo incipit partus Arescusæ tres filios parien-
tis. nō ob eas solùm rationes quas iam attulimus, quæ
hoc etiam casu militant, sed ob id quoque quòd non
priùs possit præstari fideicommissaria libertas ex vo-
luntate testatoris quàm deberi cœperit, nec potest idem
instans esse quo & debeatur & præstetur. Deberi e-
nim & debitam esse libertatem idem est, licèt impleri
& impletam esse conditionem valdè distent, vt dixi-
mus. † Et ratio huius dissimilitudinis est, quia condi- 9
tionis implementum facti est, libertatis vero debitum,
iuris: In iis quæ facti sunt, distinguuntur necessariò in-
stantia quoniam implicat contradictionem vt eodem
instanti quid fiat, & factum sit: id enim demū fit quod
nōdum factum est. At in iis quæ sunt iuris, nulla tem-
poris distinctio est, quia ius operatur semper in instā-
ti, vt diximus. & sicut idē ius semper est, ita & in quo-
libet instanti idipsum semper operatur. † Cui consen- 10
taneum est, vt quamuis incipiente partu illo secundo,
ex quo tres filios Arescusa edidit, cui sub conditione
libertas data fuerat per fideicommissum, *si tres pareret*,
non minùs verum sit existere conditionem, quàm si
libertatem directam meruisset, non tamen perinde
possit dici libera, quia vt fiat libera, non sufficit imple-
ri, imò nec impletam esse conditionem, sed illud præ-
tereà requiritur vt ab herede fuerit manumissa. quod
eo ipso partus instanti fieri ex supradictis rationibus
nullo modo potest. Ergo & tres illos filios eo casu om-
nes seruos nasci admittēdum est, nec minùs eum qui
vltimus, quàm qui primus natus est, quia quot-
quot ex muliere nascuntur filij, siue ante imple-
tam conditionem datæ libertatis, siue ante præ-
stitam libertatem, dum ne libertati præstandæ
mora dolo malo ab herede facta sit, serui nas-
cuntur. & ad heredem iure dominij pertinent, *leg.
tertia, Cod. de fideicommiss. libert.* Non potest autem
videri heres dolo malo fecisse moram libertati, quòd
Arescusam hanc non in ipso partus instanti manu-
miserit, cui nimirum eo primum instanti libertatem
debe-

debere cœpit, & quam prætereà nec si voluisset, in instanti manumittere potuisset, noo magis quàm liberam eam facere citra manumissionem, *l. 4. C. si emancip. ita fuer. alien.* Neque verò aut naturæ aut iuris nostri ratio patitor vt eodem instanti quis incipiat & debere & moram contrahere in præstando eo quod debet, *l. promissor 21. §. 1. D. de constit. pecun. uersic. l. mora 32. D. de vsur.*
11 † Atque in hanc sententiam, & eorum quæ diximus confirmationem, accommodatissimus textus est in *l. vlt. ff. de cond. insti.* vbi Papinianus tractans de filio suo herede sub cōditione potestatiua instituto, distinguendum ait an cōditio talis sit, quæ vltimo vitæ momento saltem per alium filij nomine impleri potest, qualis illa est, *si Titio dec. m dederis*, an verò talis quæ vltimo illo instanti nequeat impleri, puta *si Capitolium ascenderis*. Priore casu ait filium hunc, quandiu vixit, neque patri heredem fuisse ex testamento, quia conditionem non impleuit, neque ab intestato, quia successioni ab intestato non prius fieri locus potest quam destitutum sit testamentum, id est, quàm certū esse cœperit neminem ex eo testamento heredem vnquam esse posse: *l. quandiu potest 39. D. de acq. her. l. si filius 16. D. de liber. & posth.* Potuit autem hic filius heres esse ex testamento si ipsius nomine, quod fieri poterat, alius quispiam eo quoque moriente conditionem impleuisset. Proinde nepos ex eo si quis sit qui non fuerit substitutus, intestato auo heres existet, nec videbitur filius obtinuisse, post cuius duntaxat mortem testamentum destituitur, vt & in *l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber.* Posteriore verò casu ait Papin. hunc eundem filium eo ipso instanti, quo moritur fieri patri heredem legitimum, & ab intestato, quia eo demùm instanti testamentum destituitur, cùm incipiat certum esse filium heredem ex testamento esse numquam posse; quandoquidem non possit vltimo eo instanti conditionem sibi adscriptam adimplere, nec rursum ea non impleta, ex testamento heres esse. Ita ergo fit vt eodem instanti & impleatur delatæ successionis legitimæ conditio, quæ illa est, si testamentum destitutum erit, & filio hereditas legitima acquiratur, non expectato alio instanti quo dici possit conditionem delatæ successionis legitimæ iam impletam fuisse. Si enim expectaretur instans illud sequens, quod immediatè sequitur vltimum instans vitæ, expectaretur instans quo filius esset iam mortuus, ac proinde quo heres patri ab intestato fieri non posset: nec enim hereditas homini iam mortuo aut acquiri, aut deferri potest. Hoc verò cur ita? Id est, Cur eo ipso instanti quo impletur conditio successionis ab intestato filius heres sit patri ab intestato? nempè quia sit heres ipso iure, ac sola legis potestate; nec vllo in eam rem filij facto opus est, *l. in suis 11. ff. de liberis & posthum. l. 1. § qui sunt in potestate. ff. si quis o miss. caus. testa. l. in suis 14. ff. de suis & legit.* Itaque finge filium hunc non suum heredem fuisse, sed emancipatum, aut heredem scriptum agnatum proximum, sub eadem conditione quæ fuerit quidem in ipsius potestate (quamquam nec hoc necesse esset) sed quæ tamen vltimo vitæ momento impleri non possit. Æquè verum erit, moriente illo destitui testamentum, atque ita existere conditionem successionis intestati: sed non similiter verum erit esse illum heredem ab intestato, quia nec patri intestato succedere filius emancipatus potest nisi beneficio petitæ bonorum possessionis. Vnde liberi, nec agnatus proximus heres esse agnato citra aditionem: tam aditio autem quàm agnitio bonorum possessionis facti est, nec sola iuris potestate inducitur. Eadem igitur ratione vt ad Arescusam nostram redeamus, si ponas libertatē fideicommissariā ei relictam esse sub hac conditione, *si tres pareret*, dicendum est, incipiente partu existere quidem conditionem, sed non idcirco liberā illam fieri, nec proinde liberos nasci, sed seruos quotquot eo partu nascūtur, quia facto heredis manumittentis opus est.
† At si ponas datam ei libertatem directam, quem casum Tryphoninus tractat, fatendum est, incipiente partu non solùm existere conditionem libertatis, sed etiam fieri liberam Arescusam, quia huiusmodi libertas competit, & contingit ipso iure, nec vllum exigit factum heredis. Et consequenter liberi sunt quotquot ex ea nascuntur, tanquam ex libera nati, siue primo, siue secundo partu editi sint, dummodò non pauciores tribus, si primo, aut duobus, si secundo. Nam si poneres primo partu editum vnum filium, secundo alium, tertio postremum, non dubitarem quin serui essent, qui essent editi primo & secundo partu. Nati enim essent ex serua, sed editum partu tertio dicerem haud dubiè liberum esse, illa ipsa ratione per quam probaui supra. Editis secundo partu tribus, aut etiam primo, omnes liberos esse, quia scilicet incipiēte hoc tertio partu existit conditio illa *si tres pareret*, ac eo ipso instanti existentis conditionis succedit potestas iuris quæ dat libertatem. 12
† Neque vt puto de his quæ hucusque contra Bartolum & Tribonianum disputauimus quisquam dubitaret, si non maximè illud obstaret, quod sub Vlpiani nomine scriptum est in *l. idem erit 16. D. de stat. hom.* si eadem Arescusa duos primùm filios, deinde alios duos peperisset, non vtrumque ingenuum nasci, sed eum solum qui posterior nasceretur. Nam vt Bartolus argumentatur, si tertius esset liber, ergo & quartus atque ita vterque. Verùm nihil meo iudicio est apertius, quam Tribon. esse totam illam legem, non Vlp. Cur enim Vlpian. ita scripsisset, *idem erit si eadem Arescusa?* nisi fingas non solùm eandem prorsus speciem ab Vlp. tractatam fuisse, sed etiā prorsus eodem sensu. Quod si ita fuit, quidni ex Vlp. solo tota quæstio proposita est, non etiam ex Tryph? Potuit sanè Vlp. eandem quæstionem tractare quam Tryph & idem quod ille sentire, sed tanto magis fuit necesse immutata, corruptaque Tryph. sententia, Vlp. quoque sententiam mutari subiectis verbis illis quasi interpretationis loco, *Dicendum est enim, &c.* Deinde quænam obsecro elegantia illa est, *primò duos pepererat, postea geminos ediderat*, postremò quis credat Vlp. tam insulsè locutum esse, *Dicendum est non posse dici*, & quod in fine legis scriptum est, *quæstio ergo facti est potius, non iuris*. Nam præter id quod aduerbium comparatiuum *potius* exigebat vt subiungeretur *quam iuris*, quis non videt ex superioribus totam hanc quæstionem facti nullo modo esse, sed meri iuris & quidem subtilissimi, si quid in toto iure nostro subtiliter excogitari potest? Maximè verò si ponas non constare quis primus, quis secundus, quis tertius editus fuerit. Sola enim relinquitur iuris quæstio in eo casu quid in dubio dicendum sit. 13

CAPVT III.

Emendatio d. l. Arescusa 15. D. de stat. homin.

SVMMARIA.

1 *Quænam in* d. l. Arescusa. *Tryphonini, quænam Triboniani sint?*
2 *Triboniani verba examinantur & refelluntur.*
3 *Refellitur quod ab eodem traditur, in dubio eum qui vltimus natus est solum liberum esse.*
4 *Dictionem, igitur, in illis verbis*, incipiente igitur partu, *positam sensum non habere.*

1 CVm† hucusque ostenderimus non conuenire iuris rationi quod scriptum est sub Tryphonini nomine in *d. l. Arescusa. 15. D. de stat. hom.* superest vt textum emendemus, & quid Triboniani, quid Tryphonini sit, demonstremus. De quo vt breuiter expediam, sic sentio, Tryphoninum in hæc verba scripsisse, *Arescusa, si tres pepererit, libera esse testamento iussa, primo partu vnũ, secundo tres peperit: incipiente partu ex. stens conditio effi-cit*, & cætera quæ sequuntur ad finem vsque legis, alia verò omnia esse Triboniani, qui vt sententiam suam quasi non è diametro repugnantem cum Tryphonini verbis connecteret, interiecit dictionem illam *igitur*,
2 inter ea verba *incipiente partu.*† Ipsa enim quæstio primùm ridicula est, quæ sic proponitur. *Quæsitum est an & quis eorum liber esset.* Nam vt statim sequitur, dubitari nullo modo potest quin saltem vltimus, qui quartus nascitur, liber nascatur. Quanquam hoc ipsum satis inconcinnè expressum est iis verbis, *sed non dubitari debet quin vltimus liber nascatur*, scribendum enim erat, *dubitari non debet quin vltimus solus liber nascatur.* Id enim procul dubio Tribonianus exprimere voluit, non modò vltimum nasci liberum, quod erat extra omnem omnino dubitationem, sed etiam liberum eum esse solum, vt probat ratio illa quæ sequitur, *nec enim natura permisit simul vno impetu duos infantes de vtero matris excedere.* Quæ tamen ratio vt in præcedentibus diximus stulta est. Non enim eo minus verum est, vnicum partum esse: immò etiam falsa. Etsi enim ordine edantur, tamen vno impetu eduntur, ideóque & simul & pariter edi eos dicimus. vt in legibus suprà citatis loquuntur I. C. sed neque debuerat ita concipi quæstio, *an & quis eorum liber esset.* Duplex enim quæstio est, nec tamen vtrique dictio *quis* inseruire potest, quæ idcirco erat necessariò repetenda in hunc modum, *an quis & quis eorum liber esset.* Taceo quod vix vllo alio iuris loco videas phrasim hanc à Iureconsul. vsurpatam, *duos infantes de vtero matris excedere*: non enim excedit de vtero matris qui nascitur, si propriè loqui volumus, sed editur, producitur, eiicitur, proiicitur. Tum verò, quis vnquam dixit *infantem enixa*: Perinde namque est, ac si eum qui in vtero adhuc sit, infantem appellares, quod certè esset ridiculum. Infans siquidem esse non potest, priusquam sit homo, id est antequàm sit editus. Qui autem editur, nondum est editus, sed in ventem adhuc est, alioqui non posset edi qui in vtero non esset. *l. in falcidia 19. D. ad l. falc.* Deinde rogo quam cõnexitatem inter se habent verba propositę quæstionis, & subiectæ responsionis? *Quæsitum est, an quis, an & quis eorum liber esset. Hæc conditio libertati apposita iam implenda mulieri est.* Debuerat vtique interseri verbum *respondit*, aut aliud quoddam simile: quorum verò *iam implenda?* An non iam impleuit, quæ non tres tantũ, sed quatuor peperisse proponitur? Sed voluit Trib. eo articulo idem significare quod *omnimodo*, & hoc dicere, Conditionem libertati appositam à muliere impleri omnimodo debuisse. Atqui ad hunc sensum exprimendum neque vox illa *iam* vsurpanda erat, neque tempus præsens & futurum pro præterito, sed ita scribendum potiùs, quomodo Trypho. vtique scripsisset, *omnimodo implenda fuit.* Quod autem continuò sequitur, *sed non dubitari debet*, nullam quoque cum præcedentibus habet connexitatem, præsertim si id exprimere Trib. voluit, quod modò diximus, dubitari non debere quin solus vltimus nascatur liber. Scribere enim debuerat, *igitur dubitari non debet quin vltimus solus liber nascatur*, si putabat non nisi post tertium filiũ ab Arescusa editum impletam fuisse conditionem, ex eáque propositione illationem hanc deduci posse.

Rursum quod additur, *Ordine incerto nascentium*, non satis bene iungitur superioribus. nec etiam satis elegãter scriptum est, *nascentium* pro *natorum*. Non enim potest incertus esse ordo nascendi cùm nascuntur, neq; quod ad naturam, neque quod ad homines: sed tũ demum incertus esse incipit, quod ad nos, cùm iam sunt nati, ob non obseruatum ab vllo ordinem, quem inter eos tenuit natura cùm nascerentur. At neq. dictio *vter* quæ sequitur in illis verbis, *vter in seruitute, libertatéve nascatur*, in proposito apta est cùm nõ de duobus, sed de tribus quæreretur, ac proinde quis, nõ vter eorum liber esset.† Sed & quæro cùm propter incertum 3
natiuitatis ordinem non apparet quis primus, aut secũdus, aut tertius natus sit, an dicemus omnes liberos esse, an nullum? Nec enim hoc Tribo. docet, quod tamen minimè fuit prætermittendum. Nam si cum Tribon. sentias, solum vltimum liberũ esse, quemadmodum faceres iniuriam heredi si omnes liberos esse diceres, ita & libertati si omnes seruos, cùm certum sit saltem vnum ex quatuor esse liberum, tãquam natum post impletam conditionem. Dices, Non ius deficere, sed probationem, vt in *l. duo sunt Titij 30. ff. de testam. tutel.* quia nescitur quis ille sit. At neque illud scitur, inquam, quis in seruitute natus sit. quia is tantùm potest natus esse in seruitute qui secundo partu natus est primus, aut secundus, non qui tertius. Et ob id Tribonianus ita scribit, *vter in seruitute libertatéve nascatur.* In dubio igitur, cùm nihil certi constitui possit citra heredis aut libertatis iniuriam, cur heredi magis fauebimus quàm libertati, cui in cæteris partibus magis faueri solet, quàm heredi? *l. qui duos 18. & pass. D. de manu. testa.* Nam nec est nouum, vt etiamsi in danda libertate testator vnius duntaxat filij mentionem fecerit, pluribus tamen eodem partu natis omnes liberi sint, quamuis quòd magis est, ex ancilla nati, siue directo, siue per fideicommissum data libertate, vt in specie *l. cum inter 14. C. de fideic. liber.* Et in hoc ego aduersus Cinum, & Bartolum cum Accursio sentio: tanto magis, quòd sicuti probauimus, ratio iuris facit vt tũ quoque cum apparet quo ordine nati sint, omnes tamen liberi nascantur, tanquam ex matre libera, & quę primo ipso partus instanti conditionem impleuerit,
atque ita libertatem ipso iure consecuta sit. † Deniq; 4
dictio illa *igitur* posita in illis verbis *incipiente igitur partu*, bonum sensum habere non potest, cùm ab illis verbis quicquid in ea lege sequitur, non solùm ex pręcedentibus inferri nullo modo possit, sed etiam repugnet iis apertissimè, probétque concludenter, quotquot secundo illo partu ex Arescusa nati sunt, omnes liberos esse, nec tantùm si tres nati sint, sed etiã si duo tantùm, cum ex primo partu iam alius natus esset. Fiét autem probabiliora & manifestiora quæ contra Tribonianum disputauimus si alium locum indicabimus à proposita quæstione non alienum, & à Triboniano similiter corruptum, si non is potiùs Triboniani totus est. Is est in *l. si fuerit 10. §. planè. D. de reb. dub.* De cuius sententia & emendatione quid nobis videatur, subiiciamus.

CAPVT IV.

De sententia & emendatione l. si fuerit 10. §. planè. ff. de reb. dub.

SVMMARIA.

1 *Libertatẽ ancillæ sub cõditione*, si primũ marẽ pepererit *legatam*

legatam, masculo & fœmina editis, siue masculus prior editus sit, siue fœmina, tam matri quàm masculo & fœminæ competere.

2 *Hoc ipsum non tam fauore libertatis quàm mera veraque iuris ratione nisi contra Tribonianum disputatur.*

3 *Exheredatione sic facta*, si mihi filius vnus nascetur exheres esto, *natis vno partu pluribus filiis neminem exheredatum intelligi.*

4 *Filio & filia natis exheredationem filij in superiore specie valere.*

5 *Triboniani perpetuus error in d. §.* planè *& in d.l.* Arescusa, *indicatur.*

6 *Legatum* ei qui primus aliquid fecerit *relictum, si duo simul faciant inter eos diuidendum esse.*

7 *Huic sententiæ etiam iuris rigorem adstipulari.*

8 *Eiusmodi legatum impediri si testator legatariorum concursum prohibuisse probetur.*

9 *Legatum Sempronio relictum, si duo sint Sempronij æqua charitate coniuncti, non valere.*

10 *Non similiter legatum duobus eiusdem nominis hominibus relictum, & vni ex iis ademptum, si cui ademptum sit non appareat, in vtriusque persona infringi, sed in vtriusque persona valere.*

11 *Incertitudinem in ademptione legati legatum confirmare, non vitiare.*

12 *Libertatis legatum per incertitudinem voluntatis testatoris cur vitietur?*

1 TRactatur † in hac lege de libertate ancillæ data sub hac conditione, *si primum marem pepererit*, & quæritur, An si vno vtero marem & fœminam pepererit, filius liber sit, an filia, an etiam mater ipsa. Respondetur autem in hæc verba, *siquidem certum est, quid prius edidisset, non debet de ipsius statu ambigi vtrum libera esset, necne.* Sensus est, vt sequentia demonstrant, liberam esse si masculum priorem pepererit, non etiam si filiam. Ipsum verò masculum priorem editum seruum fore, tanquam editum ex ancilla. Sequitur enim, *sed nec filia, nam si postea edita sit, erit ingenua*: Vtrumque falsò & ridiculè: ne dubitare possis quin totum hoc sit Triboniani: siue enim prior masculus editus sit, siue fœmina, cùm tamen vnus tantùm partus sit, semper verum est, primo partu editum esse marem, qui sensus est illius conditionis, *si primum marem pepererit*, & consequenter incipiente partu, vt Tryphoninus loquitur in *l. Arescusa*, de qua proximè scripsimus, impleri conditionem datæ libertatis, atque ita libertatem eodem instanti obtingere, vt facta ipsa exinde libera, tam marem quàm fœminam, ac proinde vtrumque liberum peperisse videatur. Posset aliquis dubitationi locus relinqui apud eos qui verborũ maiorem quàm sententiæ & voluntatis rationem haberent, si conditio sic concepta proponeretur, *si primum marem ediderit*, quia non sicut vnus partus, ita possit vna dici editio pluribus editis. Sed vsurpato verbo *pepererit*, non magis conceptio verborum, quàm voluntatis ratio patitur, vt defecisse conditio videatur nato masculo ex primo partu licèt post filiam editus sit.
2 † Triboniani verò & subtilitatem & eloquentiam illius manifestius detegit, quod sequitur, *sed autem hoc incertum est, nec potest, nec per subtilitatem iudicialem manifestari.* (quis enim sibi persuadeat Vlpian. ita vnquam locutum aut locuturum fuisse?) *in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, vt tam ipsa libertatem, quàm filia eius ingenuitatem consequatur, quasi per præsumptionem priore masculo edito.* An non enim humanior sententia illa erit, si & matrem liberam, & masculum quoque ingenuum, sicut & filiam ingenuam admittamus? Quidni verò? cùm non tantùm humanitas fauórq. libertatis, sed etiam mera, veráque iuris ratio adstipuletur? Aut quid necesse ad præsumptionem confugere, vt masculus prior editus intelligatur, si nihil interest priorne an posterior editus sit, dũ modò eodem partu? Aut quonã obsecro, colore, volumus deteriorẽ esse conditionẽ matris & liberorum; vt nec illa libera sit, nec ingenui qui ex ea nascuntur, ob id solũ quòd nõ modò masculum pepererit (quæ res sufficere poterat ad implendam ex verbis & voluntate testatoris condicionem) sed etiam fœminam? Eóne minus verũ est primo partu editum fuisse masculum, quod fœmina quoque eodem partu, siue prior siue posterior edita proponatur? † Alioqui dicendum esset, *si mihi filius vnus nascetur, exheres esto*, natis vno partu pluribus filiis pro ex- 3
heredato habendum esse eum qui primus natus esset quasi qui primo partu solus esset natus, cùm ordine nascẽdi alium priùs, alium postea nasci fuerit necesse. Et tamen falsum id esse constat, neminémque in proposita specie intelligi exheredatum, ne alioqui fatendum esset omnes simul exheredatos contrà quàm ferre possint verba testatoris, *leg. 1. §. quare & si 114. D. de ventr. in poss. mittend.* † Planè si poneres nasci filium & 4
filiam, defendi probabiliter posset non cominùs valere filij exheredationem, quia non facit natiuitas filiæ, quin verum sit filium natum esse, neque ita impletam fuisse conditionem exheredationis, siue prior editus sit masculus, siue posterior: nec quod hunc casum superiori comparat Vlp. in *dict. §. quare*, ad rem facit. Recta enim comparatio in eo est, quod vtroque casu venter in possessionem mitti debet, ratione illa generali quę sequitur, quòd satius sit sub incerto eius qui aletur, ali etiam eum qui sit exheredatus, quàm eum qui non sit exheredatus, fame necari: at non etiam in eo, vt perinde vtroque casu exheredationis conditio defecisse videatur: etsi contrariam quoque sententiam facilè odium exheredationis posset fortassis admittere. In proposito autem casu fauor libertatis è cõtrario vrget pro masculo, vt qui primo partu editus est, licèt post sororem, & facit matrem liberam, & sororem ingenuam, quemadmodum & seipsum.
† Perpetuus ergo Triboniani error ille fuit quòd non 5
credidit, aut potius non animaduertit incipiente partu impleri condicionem eam propter eũ qui vltimus editur, quàm propter eum qui primus: & vnum eundémq. partũ esse, quoties vno vtero plures nascuntur, quia simul & semel eos omnes conceptos esse necesse est. † Sed & cætera omnia quæ in eadem lege præce- 6
dunt, licèt Vlp. tribuantur, Trib. tamen esse semper existimaui, siue contextum verborũ intuear, siue sententiam legis. Nam si fuerit legatũ relictum hoc modo *ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit*, & simul duo venisse dicantur, nec appareat quis prior venerit, vel ei qui monumentum fecerit, & plures fecerint, vel ei qui maximus natu est, & duo pares sint ætate, falsum est quod lex ait legatum impediri. Cur nõ enim simul omnes admittatur cũ omnib. ęquè conueniant verba legati? Vtiq. siquidẽ primus Capitolium ascendit ille ante quem nemo alius, licèt nec post eum alius ascenderit: Primus monumẽtum facit, ante quẽ nemo facit: maximus natus est is quo maior alius non est. Sicut dicimus proximum agnatum esse quem nemo antecedit, quamuis neminem ipse antecedat: Supremum verò non eum qui post aliquem, sed post quem nemo sit, *l. qui duos 9. cod. 11. l. ex duobus 34. De vulg. & pupil. substit. l. x. 6 proximus. D. vnd. cogn. l. proximus 92. l. proximi 195. l. an vulgaris 162. D. de verb. sign.* De illo tantùm dubitari potest, An inter eos diuisem-

dum esset legatum, quasi partes inuicē sibi facientes
per concursum, an verò duplici præstatione legati o-
nerandus esset heres. Nā nec verba repugnarent, quæ
licet in singulari numero prolata, non tamen expri-
munt singularitatem personæ, quia non terminantur
in persona, quō terminarentur, si Sempronio amico
legatū esset, & plures essent Sempronij æqua charita-
te coniuncti testatori: sed in personæ facto, quod fa-
ctum tale est, vt pluribus personis æquè aptari possit.
Sed tamen repugnat, meo iudicio, sententia testatoris,
qui de vno tantùm legato adscribendo cogitauit: re-
pugnat etiam heredis fauor, qui non patitur vt dupli-
ci præstatione eiusdem legati nomine debeat onera-
tus, *l. Titia cum testam.* 34. *§. qui muta filia l. Sempr.* 47.
de leg. 1. *l. pen. de dot. releg. l. planè* 34. *§ sed si non corpus de*
7 *leg.* 1. † Itaque verius est inter eos omnes qui concur-
runt, diuidi legatū oportere, quod & interpretes no-
stri etiam inuito Tribon. ac penè inuiti fateri cogun-
tur, licèt temperamenti cuiusdam gratia, ne in legem o-
mnino offendere videantur, ad æquitatē id referant,
non ad iuris rigorem, in quo decipiuntur. Quis enim
rigor iuris obstare potest legatariis, quibus & verba
testamenti fauent, & voluntas non repugnat? *arg. l. ab
omnibus* 104. *in princ. eo. tit. l. talem* 51. *in fin. D. de here. in-
stit.* Estq; hæc sententia longè fauorabilior quàm illa
vt legatum impediatur. Nostra enim testatoris volū-
tatē tuetur legato ita conseruato, vt tamen non idcir-
8 co durior heredis conditio fiat. † Nec sanè aliud quic-
quā est quod possit facere vt impediatur legatū, quàm
si testator probetur voluisse vt ad vnum solum perue-
niret legatum prohibito legatariorum concursu, nisi
placeret illo etiam casu potiorem primi occupantis
9 causam esse debere, *arg. l. si Titium.* 9. *D. de verb. obl.* †
Planè quod sequitur in *d. l. si fuerit* 10. si legatum Sem-
pronio amico fuerit relictū, & duo sint Sempronij æ-
qua charitate coniuncti testatori, legatū impediri, fa-
cilè admitto, quia huius legati verba nō solùm in sin-
gulari numero prolata sunt, sed ita clarè vt exprimant
singularitatē personæ, quæ in ipsa persona, vt iam di-
ximus, terminātur. Quænā porrò ea persona sit, nesci-
ri potest, atq. ita non tam deficit ius quàm probatio,
10 vt in *d. l. duo sunt Titij* 30 *ff. de test. tutel.* † At non illud
similiter possum admittere, quod Tribo. noster Vlpia-
nū malè agens subiungit, si duobus eiusdem nominis
hominibus fuerit legatū puta Sempronis, mox Sem-
pronio ademptum sit, nec appareat cui ademptum sit,
dationem in vtrinsq. persona infringi (sic enim Trib.
loquitur) ademptionem autem in vtramq. valere. Scio
Hugonem Donellū lib. 8. Commentariorum De iure
ciuili ad eā legē malle legere *ademptione*, quomodo e-
tiam in quibusdam exemplaribus scriptum esse testa-
tur; hoc sensu vt per ademptionem legatum in vtriuf-
que persona valeat, id est neutri ademptum intelliga-
tur: sed parum eleganter, vt ego quidem arbitror.
Numquam enim potest ademptio facere quo magis
legatum debeatur, siue vtiliter datum sit, siue inutili-
ter, *l. legata* 14. *D. de adim. legat. l.* 3. *§. si emancip. de bon.
poss. contra tabul.* Alius ergo & apertissimus Trib. sen-
sus est, ademptionem in vtriusq; persona valere, quod
certè à iuris ratione alienissimum est. Cur non enim
valebit legatum, aut quæ incertitudinis prætextu im-
pedietur, cùm non sint personæ incertæ, quibus reli-
ctum fuit? Ponimus siquidē duobus Sempronijs reli-
ctum, duos verò Sempronios fuisse, nec quinam illi
11 sint, ignorari. † Dices idem legatum Sempronio a-
demptum esse, nec apparere cuinam ademtum sit, atq.
ideò perinde incertitudinem subesse vtri debeatur.
Et hic sanè color est, qui Tribon. decepit. Sed pro no-

bis respondet Vlp. in *l.* 3. *§. si duobus Titiis ff. de adim.
legat.* incertitudinem hanc non in datione esse, sed in
ademptione, ob idque non dationem vitiari debere,
sed ademptionem, vt perinde vtrumque legatum de-
beatur, quemadmodum, inquit, & in dando, si non ap-
pareat cui datum sit, dicemus neutri deberi. Nam &
regula iuris est, Ex quibus causis legati datio inutilis
est, ex iisdem causis etiam ademptionem inefficacem
haberi, *d. l. legata inutiliter.* 14. *§.* 1. *eo. tit.* Tribon. igitur
cum Vlp. pugnat, ne aliinqui fatendum sit Vlp. & cum
seipso pugnare, & cum iuris ratione, cuius apud me, si
non maior, certè nec minor quam ipsius Vlp. autoritas
est. † Planè in vlt. illa specie quam Tribon. proponit, 12
Si ex pluribus seruis eiusdem nominis vni vel quibus-
dam libertas relicta sit, nec appareat cui, non poterit
libertatis fauor efficere vt in tam incerta testatoris
voluntate quisquam sit liber, *l. cum ex pluribus.* 51. *ff.
de test. manu.* quia cùm non aliter valeant testamenta-
riæ manumissiones quàm si confirmatæ sint per legē
duodecim tabularum, vt & cæteræ defunctorum su-
premæ voluntates, quemadmodū Vlpianus in frag-
mentis scribit tit. 1. lex autem non confirmet, nisi qua-
tenus habēt defuncti voluntatē, apparet prius esse ne-
cessariò vt constet de voluntate testatoris, quàm vt de
confirmatione per legē facienda quæri oporteat. Ne-
que hac parte quicquam refert an relicta sit libertas,
an quid aliud, ita vt non constet, cui relinquere testa-
tor voluerit. Sed hæc contra Trib. disputasse sufficiat.

CAPVT V.

De reconuentione.

SVMMARIA.

1 *Reconuentio cur veteri Iurisprudentiæ fuerit vsque ad Papinian. ætatem incognita.*
2 *Incompetentiam iudicis nullitatem nullitatum esse.*
3 *Reconuentionem vel potius mutuam actionem diuerso iudicio licet apud eundem iudicem aliquando olim intentatam fuisse.*
4 *Per reconuentionem quid intelligatur?*
5 *In familiæ erciscundæ, communi diuidundo, finium regundorum iudiciis reconuentionem nullam inesse.*
6 *Cur in illis iudiciis quicunque actor est idem etiam sit reus?*
7 *Longè aliud esse dicere duplicem esse actionem aliquam, aliud vero esse duas actiones.*
8 *Speciem* §. vlt. l. 1. ff. quæ sentent. sin. appell. rescind. *non ad reconuentionem sed ad mutuas petitiones pertinere.*
9 *Primum Papinianum reconuentionis coram eodem iudice introducendæ authorem fuisse.*
10 *Hanc reconuentioni stricti iuris rationem repugnasse.*
11 *Exceptionem incompetentiæ iudicis dari, sed non incompetentiæ iurisdictionis per reconuentionem tolli.*
12 *Reconuentionem pro diuerso negotio ex Papiniani sententia fieri non potuisse.*

FVit † & nomen, & ius hoc reconuentionis inco- 1
gnitum toti iurisprudentiæ veteri, eo sensu quo
nunc ab interpretibus & pragmaticis accipitur, ad
tempora vsque Papinian. cuius sententiam retulit &
probauit Iustinianus in *leg. cum Papin.* 14. *C. de senten.
& interloc. omn. iudic.* Nam cum ita ius esset vt mo-
ta inter aliquos lite, eáque apud prætorem contesta-
ta iudicem dari oporteret, in eámque rem præscribi
formulam quæ iudici potestatem faceret condem-
nandi rei, aut etiam absoluendi si actor intentionem
suam non probasset, necesse erat euenire vt iudex qui
pro

pro Titio contra Sempronũ datus eſſet in ea actione
quã Sempronius aduerſus Titiũ inſtituiſſet, nõ poſſet
videri iudex competens in reconuentione, ſi fortè Ti-
tius a Sempronio viciſſim aliquid petere vellet, tan-
2 quã qui in eã rem iudex datus non eſſet. † Cõpetens
enim iudex ille dicitur, qui poteſtatem habet cogno-
ſcendi, & iudicãdi: quã porro poteſtatẽ habere nõ po-
teſt ille qui magiſtratus nõ eſt, cuiq; nullã ſuo aut a-
lieno nomine habet iuriſdictionẽ, niſi quòd à præto-
re, aliòve magiſtratu, aliténve iuriſdictionẽ habẽte iu-
dex datus ſit, *l. 1. l. cum qui. 13. ff. de iur. f.* & conſequenter
non niſi quatenus datus eſt *l. 1. C. de ordin. iudi.* Ex quo
fieri conſequens erat, vt nulla eſſet ſententia, quæ à
tali iudice incõpetente data fuiſſet *l. 2. & tot. tit. C. ſi a
non compe. iud.* Idque eſt quod pragmatici paſſim iacti-
tant, & hoc vere, incompetentiã iudicis nullitatẽ eſſe
nullitatũ, & præcipuam rationẽ propter quam debeat
3 ſententia dici nulla, nulliuſque omnino momenti.†
Planè ſi quis ab alio conuentus viciſſim contra eũ a-
gere ex aliqua cauſa voluiſſet, poterat quidẽ hoc face-
re, ſed noua actione in id inſtituta, & alio iudice ac-
cepto à prætore, non autẽ in eodẽ iudicio, quãuis in-
terdũ ad eundẽ iudicẽ mitti deberẽt qui de alia actio-
ne inter eoſdẽ iã antè datus fuerat, nempe ſi iuſta ali-
qua cauſa ſubeſſet ob quam id conuenientius videre-
tur, vt in exemplis quæ proponuntur in *l. 1. & 2. D. de
quib. reb. ad eund. iud. eat.* Quorum primũ exemplũ eſt,
Si inter plures, puta coheredes agatur iudicio familiæ
erciſcundæ, & inter eoſdem ipſos poſtea agatur Com-
muni diuidundo, aut finiũ regundorũ, ſiue prouocãte
eo fortaſſis qui prouocatus fuerat ad iudiciũ familiæ
erciſcundæ, ſiue eo ipſo qui ad iudiciũ familiæ erciſ-
cundæ prouocauerat. Vnum enim, & eundẽ iudicẽ in
omnibus iſtis iudiciis ſimul ſumi oportebit, quia licèt,
ſint de diuerſis rebus, nec eaſdẽ habeant præſtationes
eadẽ tamen omniũ ratio eſt, hactenus vt in iis omni-
bus vterque ex litigatoribus & actor ſit & reus. Pro-
pter quod placet iubendos eſſe illos ſui præſentiã fa-
cere in eo loco in quẽ facilius omnes conuenire poſ-
ſint, vt adiicitur in *d. l.* quia cùm ſint omnes æque fa-
uorabiles, tanquã & omnes actores, & omnes rei, non
debet is locus eligi qui vni cõmodior, quàm alteri ſit
futurus. Alterũ exemplũ eſt quod ponit Papin. *l. 2. eod.
tit.* Si ex pluribus tutoribus conueniatur vnus actio-
ne tutelæ à pupillo ex ea cauſa, quòd cæteri non ſint
idonei, & ille cæteros idoneos eſſe contendat, aut ſal-
tẽ pro ſua indẽnitate conſequenda in ius vocari eos
velit. Omnes enim, ſi ipſe ita poſtulet, ad eundẽ iudi-
cẽ mittẽdi ſunt, qui inter ipſũ, & pupillum datus fuit,
quia ſcilicet iſtorũ cauſa communẽ eãdémque habet
originẽ à tutela quæ nõ niſi vna fuit. Sed nõ ſunt iſtæ
reconuentiones ſi propius in ſpicias, at mutuæ actio-
nes, non ſolũ diuerſæ inter ſe, ſed etiã diuerſis iudiciis
licèt apud eundẽ iudicẽ agitandæ. Nec enim identitas
iudicis identitatẽ etiam iudicij facit, & ridiculus eſſet
tractatus. De quibus rebus ad eundẽ iudicẽ eatur, ſi de
iis omnibus vnicum tantùm iudicium inſtitueretur.
Quis enim neſcit, vbi vnicũ tantùm iudicium eſt, vni-
cum quoque iudicem eſſe oportere? At plura eſſe iu-
dicia nihil prohibet, quamuis de omnibus vnus idém-
4 que ſit iudex. † Reconuentionẽ porò cùm dicimus,
non quamlibet mutuã actionẽ intelligimus, ſed eam
quæ & diuerſa ſit, & eodem tamẽ iudicio exerceatur,
quod euenire facilè poteſt cùm ex vno eodémq; ne-
gotio vtraque actio profluit, vti mox dicemus. In quo
errãt vulgo interpretes noſtri omnes, exiſtimãtes titu-
lũ illũ *De quib. reb. ad eund. iudic. eat* ad tractatũ hunc
5 de reconuentione pertinere.† Sicut & in eo quod vo-
lunt in tribus illis iudiciis familiæ erciſcundæ Cõmu-
ni diuidundo, & Finiũ regundorũ reconuentionẽ ali-
quã ineſſe, ob id ſolùm quòd in iis quicunq; actor eſt
idem ſit etiam reus. † Id. n. non ideò ſit quaſi ſint duæ 6
& diuerſæ actiones, quod neceſſarium eſſet ad indu-
cendã reconuentionem, ſed quia vnica illa actio quæ
ab vno ex condiuiſoribus prouocante inſtituitur, ſui
natura duplex eſt, id eſt ita cõparata vt quiſquis in ea
vult eſſe actor, eũ neceſſe ſit & reũ eſſe. Vnde fit vt ſi
plures coheredes diuerſa domicilia habeant & conſe-
quenter diuerſos diuerſarum perſonarum iudices, is
qui aduerſariũ prouocauit, litémque coram ipſius iu-
dice mouit tanquã actor, nõ poſſit petere vt ad ſuũ iu-
dicem remittatur ex qua parte reus ipſe eſt, quia non
ſit reus ex noua aliqua cauſa vel actione, ſed hoc ipſo
quod ille prius ſe actorem fecit, atq; ita ſibi neceſſita-
tem impoſuit habendi etiam contra ſe illum iudicem
quem pro ſe coheredem habere & voluit, & inuitus
etiã debuit. Alioqui diuidenda eſſet actio, quæ tamen
ſui natura indiuidua eſt, cùm in iure conſiſtat, nec mi-
nùs cùm duplex eſt quàm ſi ſimplex eſſet.† Longè ſi- 7
quidẽ aliud eſt dicere duplicem eſſe actionem aliquã,
aliud verò duas eſſe actiones: quod ab interpretibus
non obſeruatum præcipites illos in errorem egit, † vt 8
& in eo errant quod putant etiam ad reconuentionẽ
pertinere ſpeciem legis primæ *§. vlt. ff. quæ ſent. ſin ap-
pell. reſcind.* vbi tamen nõ agitur niſi de mutuis peti-
tionibus ac proinde de diuerſis actionibus, quamuis
apud eundẽ iudicem factis, & quidẽ in diuerſis iudi-
ciis nõ in vno exercendis, vt & ex eo apparet quod in
ea ſpecie tractatur de duabus ſententiis diuerſo tem-
pore prolatis. Cùm tamen ſi vnicum eſſet iudicium
non niſi vnica quoq; ſententia ferri poſſet. Siquidem
iudex poſteaquàm ſententiã ſuã tulit, officio ſuo fun-
ctus eſſe creditur, & hoc ipſo iudex eſſe deſinit, adeò
vt nec corrigere quidẽ ſuam ſententiã poſſit, quoniã
ſiue bene ſiue malè officio ſuo functus eſt, inquit I. C.
in *l. iudex poſteaquam 55. ſect. l. quod iuſſit 14. ff. de re iud.*
Quæ res cauſam dedit ſacris conſtitutionibus de qui-
bus in *d. l. 1. §. vl. quæ ſent ſine appell. reſcind.* quibus cau-
tum eſt, vt qui in mutuis petitionibus prior ſententiã
obtinuit, non prior iudicatum exequi poſſit quàm ſu-
per alia petitione fuerit pronuntiatum.† Hæc cùm ita 9
eſſent, totóque iure vetere obtinuiſſent, Papin. noſter
qui & ingenij ſui acumine & præcipuæ autoritatis fi-
ducia fretus noua pleraq; induxit, primus fuit qui pu-
taret indulgendũ reo contra quem actor iudicem ac-
cepiſſet, vt in eodem iudicio, ac proinde coram iudice
poſſet ille viciſſim actorẽ conuenire ſi qua in re habe-
ret illum obligatũ, dummodò tamen ex eodẽ negotio
ſuper quo datus eſſet iudex, mutua illa actio proficiſ-
ceretur: idq; non ex ratione iuris, quæ procul dubio re-
pugnabat, & faciebat ne quiſquam in id vſq; tẽpus id
dicere auſus eſſet, ſed ratione illa æquitatis quam ex-
primit Iuſtin. in *d. l. cum Papin.* quòd cuius actor in a-
gendo obſeruabat arbitrium eundẽ contra ſe iudicẽ
habere in eodem negotio nõ debeat dedignari. † Cur 10
ratio iuris repugnaret, iam intelligimus ex ſuperiori-
bus, quia Mæuius datus iudex pro me contra te, non
itidem fuerat datus pro te contra me, ideóq quamuis
eſſet competens ad condemnandum te, vel abſoluen-
dum, tametſi formula nihil de abſolutione diceret
(quiſquis enim cõdemnare poteſt, is abſoluendi quo-
que poteſtatẽ habet, *l. 3. ff. de re iud. l. pen. ff. de confeſſ.*)
nõ poterat tamẽ eſſe cõpetens ad me ſimiliter tibi cõ-
demnandũ, vel abſoluendũ. Neq. verò Papin. negabat
eſſe illũ iudicem incompetentem, quantum ad tuam
reconuentionẽ, ſed dicebat non eſſe me audiendum,

si velim obiicere incompetentiam iudicis, quem ego
11 ipse prius acceperim ac fortasse petierim. † Id enim est quod significant verba illa *d. l. cum Papin. Nulla opponenda exceptione quod non competens iudex agentis esse cognoscatur.* Quæ tamen verba interpretes nostri omnes hucusque malè vulgò sic acceperunt, quasi reconuentio quælibet priuilegium hoc habere debeat, vt tollat exceptionem incompetentiæ iurisdictionis, confundentes incompetentiam iudicis, & incompetentiam iurisdictionis, admodum imperitè, & iuris veteris ac eorum quæ modò diximus, ignoratione. Nam cùm Pap. temporibus differret iudex datus à ius dicente, sicut & iurisdictio à iudicandi potestate, non minùs quàm ius ipsum à iudicio, vt alibi copiosè à nobis explicatum est, non potest Papiniani sententia de alio intelligi quàm de iudice pedaneo, nec rursus de iudice dato ab alio magistratu quàm ab eo qui habuit iurisdictionem competentem: quandoquidem ad ius dicentes pertinet inter cætera, vt iudices dent litigatoribus, estque vnus ille ex actibus iurisdictionis *l. 1. & 2. in fin. de iurisd.* Quo admisso fatendum est non posse ad incompetentiam iurisdictionis extẽdi quod de incompetentia iudicis dicebat Pap. quia non quæ ratio facit vt reconuentio tollat incompetentiam dati iudicis, eadem facere potest vt tollat incompetentiam iurisdictionis. Quod enim ad iudicem datum pertinet, imputari potest actori cur eum elegerit, aut saltem acceperit, vel sortitus sit, vt loquitur Iustin. Nouell. 96. cui titulus est, *De reconuentionibus.* Plerunque enim ex pluribus à prætore datis iudicibus si litigatores in vnum aliquem conuenire non possent, sorte diriniebatur quis accipiendus esset. At nihil tale imputari potest ei qui adiit prætorem ad habendum iudicem contra eum qui erat ex iurisdictione prætoris. Quem enim alium quàm prætorem, aut quem alium prætorem in eã rem adisset? Finge me peregrinũ voluisse contra te ciuem Romanũ agere personali aliqua actione, non quidẽ directa, quia directæ neq peregrinis, neq. in peregrinos cõpetunt, sed saltem vtili & ex cõtractu iuris gentiũ, qui potuerit iniri inter peregrinum & ciuem Romanũ: Non potui magistratũ alium adire quàm prætorem vrbanũ ad impetrandam actionem & iudicem apud quem actio exerceretur. Quanã ergo ratione tibi licere debebit reconuenire me corã eodem iudice, ob id solùm quòd ego te prior coram eo cõuenerim, cũ nõ modò sit ille incõpetens futurus tãquã datus pro me cõtra te, non etiã pro te cõtra me, sed etiã tanquam ab eo datus qui neq; hunc, neq; aliũ iudicem contra me dare potuerit defectu iurisdictionis? Erat enim in ciuitate prætor peregrinus, qui non tantùm inter peregrinos, sed etiam pro ciuibus Romanis contra peregrinos ius diceret, nec quicquam aliud magis curæ est ciuili legislatori quàm vt prouideat ne iurisdictiones turbentur, & confundantur. *l. vlt. D. de iurisd. l. à Diuo Pio 15. §. 1. D. de re iudi. l. cum vnus 12. §. is qui. D. de reb. autor. iudic. possi.* Nec ad rẽ pertinet si quis obiiciat priuatorum, consensum, licèt nõ possit tribuere iurisdictionẽ ei, qui nullã habeat, posse tamen prorogare & extendere iurisdictionem eius qui aliquam habet, quamuis non tantam *l. 1. & 2. in princ. & §. 1. & seq. D. de iudic.* sicut & iudicem facere eũ qui iudicio alicui præest, quãuis non etiam eũ qui nulli iudicio præsit, vt scriptum est in *l. priuatorum 3. C. de iurisd.* Id enim tunc obtinet, cũ appãret de consenso & voluntate prorogãdæ iurisdictionis aut prorogandi iudicij, vt scriptum est in *d. l. 1. D. de iudic.* Atqui ex eo quòd peregrinus ego adierim prætorem vrbanum ad agendũ cõtra te ciuẽ Romanũ, inferri non potest consensisse me in prorogãda iurisdictione prætoris vrbani contra me, quia ex eo quod quis coactus facit numquã potest inferri, eum vltro consensisse in cætera in quibus non fuit eadẽ ratio coactionis & necessitatis, semperque subueniri solet ei qui ex necessitate iudicium alteri dictauit *l. qui iudicium. vlt. D. de separat.* Nemo enim agendo & iudicẽ accipiendo conditionem suam facit deteriorem, sed plerũque meliorem *l. aliam. 29. D. de nouat. l. non solet. 86. & seq. De reg. iur.* At quod à prætore hunc vel illum iudicem acceperim, nõ similiter possum videri fecisse coactus, quia licèt debuerit aliquis iudex dari, & quidem non inuito me, sed petente & agente, facere tamen poteram vt alius daretur, si hunc qui datus est, accipere noluissẽ. Itaque supposita competentia iurisdictionis, facilè visum fuit Papin. tolli incompetẽtiam iudicis, qui à magistratu competente datus esset, quasi tacitè prorogata etiam iudicis dati potestate vltrà quàm verba formulæ paterentur, dummodo tamen reconuentio esset de illo ipso negotio super quo datus iudex fuisset.
† Nam & hoc Papin. nominatim exigebat, vt probant verba illa *d. l. cum Papin. In eodem negotio*, cuius exemplum esse potest, si fortè peterem à te centum pro precio fundi Corn. quem tibi vendideram, & tu actione ista venditi conuentus velles me reconuenire actione empti ad id quod tua interesset ob id quod inueniretur fundus ille aliquas debere seruitutes, aut oppignoratus, quem tamen tibi liberum, & quomodo veteres loquebantur, vti optimus maximúsque esset, vendidissem. Sunt enim hæ duę quidem actiones empti, & venditi, sed quæ tamen ex vno eodemque negotio proficiscuntur: & quas ideo volebat Papin. vno eodemque negotio exerceri posse, quamuis iudex nõ nisi super actione venditi datus esset. Quid ergo si cùm à te peterem centum ex stipulatione, tu velles apud eundem iudicem me reconuenire tanquam debitorem tuum ex alia causa, puta mutui, aut emptionis: Non admisisset hoc casu Papin. reconuentionem, quia licèt esset inter easdem personas, & apud eundem iudicem, non tamen esset ex eodem negotio, longéque alienius esset à potestate dati iudicis in vno negotio, si in alio planè diuerso eandem potestatem sibi planè vellet arrogare. 12

CAPVT VI.

Quid noui à Iustiniano inductum sit in reconuentionibus.

SVMMARIA.

1 *Papiniani de reconuentione sententiam à Iustiniano in Nouellis roboratam & auctam fuisse.*

2 *Quid idem Iustinianus Papiniani sententiæ in* l. cùm Papinianus. C. de sentent. & interloc. omn. iud. *addiderit?*

3 *Duo circa reconuentiones nouissimo iure à Iustiniano fauore actorum introducta esse.*

4 *Vnum tantum reorum fauore hac parte introductum fuisse.*

5 *Nouissimam Iustiniani constitutionem de reconuentionibus, ex Haloandri sententia ad recriminationem seu mutuam accusationem pertinere.*

6 *Etiam post nouissimam illam constitutionem iudicis non item iurisdictionis incompetentiam per reconuentionem tolli.*

IVstinianus † in *l. cùm Papinianus. 14. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* vbi sententiam illam Papiniani refert, de qua proximè scripsimus, addit esse sibi eam 1
non

non solum roborandā sed etiam augendam, & reuera
auxit Nouel.96. *de reconuent.* vbi induxit vt possit re-
conuentio fieri apud eundē iudicem etiam pro diuer-
2 so negotio, vt postea dicemus: † sed in quo auxerit
ille in *d.l.cùm Papin* difficile videtur dicere nisi quod
verba ipsa præ se ferunt, Papinianum eo demum casu
admisisse reconuentionem etiā in eodē negotio, quo
iudex datus absoluere reū posset, vt nimirum non tā-
tùm de absolutione rei iudicare, (sic enim legendum
est, non vt vulgo *iudicata*) sed & actorem ipsum vi-
cissim condemnare possit, si eum reo obnoxium repe-
riret. Iustinianum verò hoc amplius voluisse, vt quã-
uis iudex datus reum neque condemnauerit, neque
absoluerit, in ipsum tamen actorem solum possit ex
reconuentione ferre sententiam, vt is sensus sit eo-
rum verborum, Vt *Liceat iudici contra actorem ferre
sententiam, & aliquid daturum eum vel facturum pronun-
ciare.* Inter quos casus si quis differentiam quærat illa
est, quòd iudex, qui neque condemnat, neque absol-
uit reum contra quem fuerat datus, sed condemnat a-
ctorem solum, contra quem datus non fuerat, non so-
lùm plus facit quàm facere debuerat ex præscripto
formulæ, sed quod multo peius est, nihil omnino facit
eorum quæ ex eiusdem formulæ præscripto facere de-
buit. At cùm absoluit reum, hoc ipsum saltem facit ex
præscripto formulæ, quãuis excedat formulam ex ea
parte qua vicissim condemnat actorem. Visum est au-
tem Papin. tolerabilius, vt liceat iudici facere plus
quàm debeat, quam vt ei liceat nihil facere ex eo
quod debet, dummodo tamen id in quo excedit non
excedat fines negotij super quo fuerat datus. Quò vi-
detur pertinere illa iuris regula, quæ habet, Eum qui
non facit quod facere debet, videri facere aduersus id
quod debet, quia non facit. At qui facit quod facere
non debet, videtur tantùm non facere id quod facere
iussus est, atque ita non tam malè quàm frustra id fe-
cisse, *l. qui non facit. 121. de reg. iur. iunct. l. vnic. in fin. D.
quand. dies vsusfr. leg. ced.* † Tertium & nouissimum de
3 reconuentione ius illud fuit, quod Iustin. induxit *d.
Nouell. 96. De reconuent. interloc. omn. iudic.* vbi consti-
tuit duo valdè noua in fauorem actoris qui reconue-
nitur, vnum verò in fauorem rei reconuenientis. Pro
actore, illud primùm, vt qui diligentior fuit in agen-
do & impetrando iudice, non possit reconueniri apud
alium iudicem ex aliqua aduersarij mutua petitione,
nisi priùs finita lite conuentionis. Quod iure vetere
aliter obtinebat, vt & Iustin. ipse fatetur. Erant enim
licitæ mutuæ petitiones, quãuis pro diuersis negotiis
& apud diuersos iudices eodē tēpore proponerentur,
quia nihil prohibebat inter easdem personas perinde
tractari diuersa iudicia, atque inter diuersas. Ex quo
tamen eueniebat illud incommodi, vt vnoquoque ex
litigatoribus eam potissimùm litem curante in qua
esset actor, & aliam in qua reus esset, quantùm facere
posset, protrahente, vtraque lis fieret multò longior, &
vt Iustin. loquitur quodāmodo immortalis. Cuius etiā
periculi metu videtur iā olim ab aliis Imperatoribus
fuisse constitutū, vt rùm quoque cùm apud eundē iu-
dicem mutua petitio facta fuisset, qui prior vinceret
non priùs tamen iudicatū exequi posset, quàm super
aduersarij quoque petitione pronunciatū fuisset, *l. 1. §.
vlt. D. quæ sentent. sin. appell. rescind.* ne scilicet aliter po-
sito iure qui prior vicisset, & victoriæ suæ fructum tu-
lisset, improbis postea tergiuersationibus id ageret vt
vel numquam, vel multò tardiùs vinceretur. Alte-
rum, quod Iustinianus pro actore constituit, illud fuit
vt si actor qui pro se contra reum accepit Titium iu-
dicem à reo, apud eundem iudicem reconueniatur,
non quidem pro eodem negotio, vt in casu Papin. sed
in diuerso, possit emendare factum suum, id est, eum i-
psum iudicem quem iam adprobauerat, & fortassis
petierat recusare, dummodò id faciat intra viginti
dies, ab eo quo proposita reconuentio fuit numeran-
dos, si eum ex aliqua causa suspectum habeat. Quod
planè à iuris veteris ratione abhorret, secundùm quā
inauditum est vt cuiquam liceat eum recusare iudi-
cem quem semel adprobauerit, nisi ex iusta causa quæ
ex postfacto emerserit, *l. omnes magistratus 12. l. apertis-
simis 16. C. de iud.* Sed quemadmodum Iustin. illud no-
ui inducebat vt in eodem iudicio possit reus actorem
etiam pro alio negotio reconuenire, ita & illud con-
stituere debuit, vt actori liceat post reconuentionem
proprium factum improbare, cùm fieri facilè possit, vt
qui in vno negotio mihi suspectus non est cùm ago
contra te, idem ille sit mihi suspectus in alio negotio,
de quo tu velis agere contra me † Quod autem reorū 4
fauore Iustin ibidem introduxit, hoc vnum est vt pos-
sit reus etiam super alio negotio actorem reconueni-
re, dummodò apud eundem iudicem qui si non sit su-
spectus actori, & recusatus intra viginti dies à recon-
uentione, vtrumque negotium debeat vnica senten-
tia terminare: aut etiam diuersa, si alterutra actio ci-
tiùs expediri possit. In quo auxit proculdubio Iustin.
sententiam Papin. vt supra diximus. † Quamquam se- 5
cundùm Haloandri versionem, locus ille Iustiniani
non tam de reconuentione accipi debet, quàm de re-
criminatione, seu mutua accusatione, iis nimirum ca-
sibus, quibus recriminatio anteà erat permissa, scilicet
sis qui prior accusatur vel suam suorúmve iniuriam
exequeretur, vel grauius aliquod crimen obijceret. A-
lioquin perpetuum erat, vt non priùs accusare quis
posset, quàm esset excusatus, ne relatione criminum,
sed innocentia purgari deberet qui accusabatur, *l. si
quis reus 5. ff. de publ. iud. l. 1. l. neganda 19. C. qui accus. non
poss.* Ideo autem credibile est Iulianū de recriminatio-
ne potiùs quàm de ciuili reconuentione illam consti-
tutionem edidisse, quia criminaliū causarū priuilegiū
illud est vt intra certū ac breuius tēpus debeant ter-
minari, olim nimirū intra annū, hodie verò intra bie-
niū, *l. 1. 2. & 3. C. vt intr. cer. temp. quæst. crim. termin.* Per-
tinet. n. ad publicā vtilitatē vt crimina quàm citò fie-
ri potest vindicētur ad improbos deterrēdos, *l. ita vul-
neratus 51. pen. D. ad l. Aq.* cùm tamē in causis ciuilib. à
crimine separatis de priuatorū vtilitate magis, quàm
de vigore publicæ disciplinæ agatur, vt Paulus loqui-
tur in *l. locatio. 9. § quod illicitè. D. de public. & vectig.*
Quamquam fatendum etiam illud est interesse publi-
cè vt ciuilium quoque litium materia & numerus,
quantū & quàm citò fieri potest diminuatur, idq. ad
boni cuiusq iudicis officiū pertinere, *l. quidam 21. ff. de
reb. cred. l. si cuius 13. § sed si inter duos, alias l. æquissimum.
ff. de vsufr.* Quæ ratio videtur recōuentiones primùm
induxisse, potiùs quàm reorum fauor, cùm nullus rei
fauor sit nisi in dubiis, hoc est, cùm dubitatur an de-
debeat, aut quomodo debeat, nō autē quando certum
est eum iure conueniri, & perfidū esse litigatorem, *l.
Arrianus 41. ff. de obl. & act.* † Cæterùm siue de ciuili 6
recōuentione, vt vulgo volunt interpretes, siue de re-
criminatione tantùm cū Haloandro Iustinianū intel-
ligas, ad eū certè casum restringi cōstitutio debet, quo
iudex de vtroq. negotio dari potuerit ab vno eodém-
que magistratu, qui iurisdictionē in vtroque negotio
habuerit cōpetentē. Loquitur. n. Iustinianus, sicut &
Papinianus, de iudice dato. vt constat ex illis verbis,
alium mereri iudicem, d. Auth. & consequenter, & aper-
tiùs ex verbis Nouellæ. Ac proinde nō magis ex Nou.

quum ex Papin. sententia possit inserti reconuentio-
nem tollere incompetentiam iurisdictionis, sed tan-
tum incompetentiam iudicis dati, quod longè diuer-
sum est, vt diximus. Nec.n. fieri potest vt iudicem det
in vtroq; negotio is qui ipse de vtroque negotio com-
petem non habeat iurisdictionem, cùm iudicis dandi
licentia sit iurisdictionis *l. 1. l. 3. ff. de iurisd.* neque no-
uum sit vt quamuis apud vnum iudicem vnum mo-
ueatur negotium causæ alicuius, si tamen ille incom-
petens videatur super aliquo capitulo, ex propria i-
psius sententia ad competentem iudicem illud capi-
tulum remittatur, vt scriptum est in *l. omnes 12. vers. a
pud vnum C. de iudic.* Quanto magis igitur si duo sint
negotia, orn quorum altero competens sit iurisdictio,
& incompetens pro altero.

CAPVT VII.

De sententia l. qui non cogitur 22. ff. de iudi. l. nulli 10. C. eod & de laico clericorum reconueniente coram iudice laico, vel contrà.

SVMMARIA.

1 *Dictam* l. qui non cogitur. *de eo accipi qui propter proprium aliquod priuilegium non autem ob defectum iurisdictionis fori præscriptionem habere poterat.*

2 *Nulla fori præscriptione eum indigere qui ex eius autoritate vocatus est, qui vel nullam, vel non competentem iurisdictionem habuit.*

3 *Plerumq; euenire vt iurisdictio ad quã quis vocatur cõpetens sit, nec tamen eam ob fori priuilegium subire cogatur qui vocatus est.*

4 *Eum tamen, si agendo eam iurisdictionem vltrò subijt, reconuentum, non posse fori præscriptione vti.*

5 *Paulum in* d. l. qui non cogitur. *non de eo tractare qui non possit in aliquo loco iudicium pati, sed de eo qui non cogatur.*

6 *Per reconuentionem non solum incompetentiam iudicis dati sed etiam fori priuilegium tolli posse.*

7 *Intellectus* l. nulli C. de iudic.

8 *Clericum qui coram laico iudice contra laicum agit non posse coram eodem iudice a laico reconueniri.*

9 *Eundem clericum, etiamsi maximè velit, iudicis secularis iurisdictionem contra se prorogare nullo modo posse.*

10 *Iuri ciuili per ius Pontificium hac parte derogatum esse.*

1 CVm † iis quę suprà constituimus pugnare maximè
videtur quod Paulus scribit in *l. qui non cogitur 22.
ff. de iudic.* Eum qui non cogitur in aliquo loco iudi-
cium pati, si ipse ibi agit, cogendũ etiam ibi excipere
actiones, & ad eundem iudicem mitti. Nec.n. dici po-
test tractare Paulũ de iudicis dati incõpetentia dun-
taxat, cùm tractet de ipso etiã iudicij loco, quem po-
nit incõpetẽtem, quasi proinde sentire videatur, nul-
lam esse tantã incompetentiã quæ per reconuentio-
nẽ non tollatur. Verùm respondendum est, & obser-
uandũ non de illo tractare Paulũ qui vocatus sit ex a-
liena & incõpetenti iurisdictione, quomodo accipi-
tur vulgò, sed de illo qui propter proprium aliquod
priuilegiũ, non autem ob defectũ & incompetentiam
iurisdictionis poterat habere fori præscriptionem, vt
puta ex causa militiæ, vel dignitatis, vel sacerdotij,
quæ tria sunt exempla posita in *l. pen. C. de pact.* Sicut
enim omnis exceptio præsupponit actionem non so-
lùm quæ cõpetat ipso iure, sed quæ prætereà data sit à
prætore, ita & præscriptio fori præsupponit iurisdi-
2 ctionem competentem. † Alioqui nulla præscriptione
siue fori, siue alia indiget is, qui vocatus est ex autori-
tate eius qui vel nullam prorsus, vel non competen-
tem habuit iurisdictionem, cùm pro nullo habeatur,
quicquid ex incompetenti iurisdictione factum est.
l. 1. §. vlt. D. quod quisque iur. nisi quòd quisquis ex alie-
na iurisdictione etiam incompetente vocatur ad præ-
torem, aut alium qui iurisdictioni præsit, in ius veni-
re debet vt hoc ipsum sciatur an eius sit iurisdictio,
leg. 2. D. si quis in ius voc. non ier. Prætoris enim est, aut
alterius ius dicentis, æstimare an sua sit iurisdictio: vo-
cati autem non contemnere autoritatem ius dicentis,
l. 5. ff. de iud. † Porrò euenit plerunque vt iurisdictio 3
ad quam quis vocatur, sit competens, & tamen is qui
vocatur habeat priuilegium fori ne cogatur eam iu-
risdictionem subire, vt puta si ad prætorem vrbanum
quis vocetur, qui ciuis quidem Romanos sit, sed ta-
men miles, vel sacerdos, vel in dignitate aliqua consti-
tutus, quæ det ei prærogatiuam reuocandi domum,
aut alterius iurisdictionis implorandæ. His enim casi-
bus cum iurisdictio prætoris sit competens in omnes
ciues Romanos, non est dubitandum quin potuerit
hic vocari ad prætorem, rataque esse debeat omnia
contra eum gesta ex authoritate prætoris, aut illius iu-
dicis quem prætor dederit, si non sit opposita præscri-
ptio fori quam tamen opponere, si velit, vtique po-
test. † Quid ergo si contra alium ciuem Rom. hic idẽ
egerit apud prætorem, & reus ille vicissim contra eum 4
agere velit, an retinebit eandem fori præscriptionem
quam habiturus erat si aduersarius eum vltro, nec
prouocatus conuenisset? Minimè. Hoc ipso nec quod
agit apud prætorem, amittit priuilegium fori, etiam
pro reconuentione, & mittendus est à prætore ad eũ-
dem iudicem qui iam pro ipso fuerat datus. † Et hic 5
sensus est *d. l. qui non cogitur*, cuius prima ipsa verba o-
stendunt tractare Paulum, non de illo qui non possit
pati iudicium in aliquo loco, sed de eo qui non coga-
tur. Non potest pati ille in quem prætor non habet
iurisdictionẽ competentẽ, nisi sponte & expressè con-
sentiat subiiciendo se iurisdictioni prætoris, *l. 1. & 2. ff.
eo. tit.* sed cogitur ille demũ, in quem si non reluctetur,
ius dici potest: si reluctetur, non potest: Idque etiam
ostendunt vltima eiusdem legis verba, *& ad eund. iud.
mit.* semper enim præsupponendi sunt termini habi-
les, vt iurisdictionem inter litigatores habeat is qui
mittit illos ad iudicem, siue eundem, siue alium. † Ita- 6
que concludendum est reconuentionis potestatem il-
lam esse, vt tollat non tantùm incompetentiam iudi-
cis dati, sed etiã, quod magis est, priuilegiũ fori, at non
vt possit facere competentem iurisdictionem eã quæ
alioquin ex se sit incompetens. † Quomodo etiam in- 7
telligenda est *l. nulli. C. eo. tit.* vbi prohibet Cõstantius
ne continentia causæ diuidatur, id est, vt sequentia
explicant, ne quis ex prærogatiua, id quod in vno eo-
demque iudicio poterat terminari, apud diuersos iu-
dices velit ventilare. Cuius rei exemplũ in eadem le-
ge ponitur, si quis alium super principali quæstione,
id est super proprietatis lite postulauit iudicem, quam
eum curam quo de possessione iam quærebatur. Præ-
supponit enim lex, eius qui iudicem dederit, aut qui
ipse iudicet, competentẽ esse iurisdictionem, tam pro
possessione quam pro proprietate: sed tamen alteru-
trum ex litigatoribus habere priuilegium fori ex ali-
quo capite, siue pro causa possessionis, siue pro causa
proprietatis. Alioqui si non esset iurisdictio compe-
tens in vtroque negotio, & possessionis & proprieta-
tis, nihil absurdi esset causam diuidi & alium de pos-
sessione cognoscere, alium de proprietate. Vt quotidie
fieri videmus in causis beneficiorum, decimarum,
& aliarum huiusmodi rerum spiritualium, de
quarum

quarum possessione iudex laicus passim cognoscit,
8 ecclesiasticus verò de ipsarum iure & proprietate.† Ex
quo intelligimus quàm falsum etiam sit quod vulgò
interpretes & pragmatici tradunt. Clericum qui agat
contra laicum coram iudice laico, posse coram eodem
iudice à laico reconueniri. Nam cum iure pontificio,
adeoque diuino separatæ omnino sint iurisdictiones
ecclesiastica & secularis, sicut clericorum ac laicorum
conditiones: eueniret secundùm hanc sententiam, vt
reconuentio tolleret incompetentiam iurisdictionis:
quod etsi verum esse putant interpretes, indéque errandi
occasionem arripiunt, nos tamen iam probauimus
9 imus tam falsum esse, quàm quod falsissimum:† Ac tanto
magis in proposito, quod nec illi negant, & verum
est, Clericum etiamsi maximè velit, iudicis secularis
iurisdictionem contra se prorogare nullo modo posse,
c.a. si cler. Extr. de iud. c. si dilig. Extr. de for compet. Si
enim non potest expressè, cur magis poterit tacitè, ob
id solùm quòd laicum hominem coram iudice laico
conueniat, cùm neque tacitus vllus consensus possit
induci ex eo quod fecit ille coactus, qui non potuit
laicum nisi coram iudice laico conuenire, ex regula
quæ habet. Actorem debere sequi forum rei, *l. 2. C.
de iurisd.* Quamquam ex ratione iuris ciuilis dubitandum
non est quin possit clericus, vt & alius quilibet
præscriptioni fori & priuilegio renuntiare, quod nominatim
Iustinianus constituit in *d. l. pen. C. de pact.*
Post quam legem illud etiam consequens est, vt clericus
laicum conueniendo apud iudicem laicum amittat
priuilegium fori si à laico ibidem reconueniatur:
quia ciuilis legislator contendit habere se iurisdictionem
in populum vniuersum, nec minùs in clericos
quàm in laicos tanquam qui sint ex populo, & in territorio
secularis iurisdictionis, licèt idem ciuilis legis
lator non deneget clericis fori præscriptionem. Et ita
ad hunc quoque casum pertinebit sententia, *d. l. qui
10 non cogitur. 22. ff. de iudic.* † Sed iure Pontificio cùm
prorsus sint separatæ iurisdictiones, in eo derogatum
est iuri ciuili sicut & in hoc ne possit singularis iurisdictio
à clerico prorogari, ne quidem expresso consensu,
quia id non ad priuatam prorogantis, sed ad publicam
totius ordinis ecclesiastici iniuriam pertineret.
Concludamus igitur non posse maiorem vim esse reconuentionis,
quàm expressæ prorogationis, sicuti nec
vnquam maior vis est taciti quàm expressi.

CAPVT VIII.

In actionibus in rem numquam esse locum reconuentioni.

SVMMARIA.

1 *Reconuentioni in realibus actionibus inspecta iuris ratione locum nullum esse.*

2 *Quid reconuentionem constituat?*

3 *De duabus actionibus vnum olim iudicium esse non potuisse.*

4 *Legem* qui non cogitur. ff. de iudic. *de personalibus tantum actionibus intelligi.*

5 *Etiam posito quòd in personalibus actionibus reconuentioni locus olim fuerit, non ideo consequens esse vt idem iuris in realibus fuerit.*

6 *Neminem ex sua improbitate actionem vel quod aliud commodum consequi debere.*

7 *Multo minùs reconuentionem eum permitti, quam reus actione in rem coram magistratu incompetente proponere velit.*

8 *Vindicatione à non domino contra bonæ fidei possessorem vel etia dominii institutas reconuentionē non admitti.*

9 *Eo iure quod à Papiniano circa reconuentiones inductum est, inspecto, in actionibus in rem reconuentioni locum non esse.*

10 *Cur creditor personali actione plerumque in foro debitoris experiri cogatur?*

11 *Plerumque imò semper ex necessitate & natura actionis accidere vt quis coactus in loco qui sit huius aut illius iurisdictionis agat.*

12 *Papiniani temporibus neminem coactum fuisse coram hoc aut illo iudice litigare.*

13 *Etiam in actione ex contractu vel quasi & maleficio vel quasi, reconuentionem ex Papiniani sententia remitti.*

14 *Iure nouissimo Iustinianeo multo minùs quàm ex Papiniani sententia reconuentionem in actionibus realibus permitti.*

15 *Alia quorundam Pragmaticorum de reconuentione in actionibus realibus sententia refutatur.*

16 *Obnoxius in* d. l. cùm Papinianus *quis dicatur?*

17 *Reconuentionem pro re in alieno territorio existente olim fieri non potuisse nec hodiè fieri posse.*

18 *Nec magis posse actorem pro re quæ sit in eadem iurisdictione reconueniri.*

19 *Aliud esse conueniri quem in loco domicilij, aliud verò in eo loco vbi aget.*

20 *In actionibus in rem propositis per modum conuentionis reconuentioni locum esse.*

EX † supradictis apparet quid respondendum sit, si 1
quæratur, de quo pleriq disputant, An in actionibus
in rem locus sit recōuentioni. Respondendū enim
est absolutè & indistinctè, in huiusmodi actionū genere
non esse reconuentioni locum, neque ex ratione
iuris, neque ex Papiniani sententia, neque ex cōstitutione
Iustiniani: non ex ratione iuris, quia, vt probauimus,
nullam illa reconuentionem agnoscit, parato ei
qui conuenitur auxilio, vt vel excipiendo cōpensationem
obiiciat, vel agendo instituat mutuam petitionem,
nouumque iudicium siue apud eundem, siue apud
alium iudicem, si eum reconuenire velit, à quo
fuit conuentus. Mutua enim petitio dicenda illa est,
non reconuentio. † Reconuentionem facit non mutua 2
petitio quælibet, sed ea tantùm quæ fit in vno eodemque
iudicio, & ex actionibus diuersis, non ex ea
quæ fit vna tantùm, quamuis cōmunis actoris & rei,
qualem esse familiæ erciscundæ, cōmuni diuidundo,
& finium regundorum scribit Caius in *l. si idem. 11. §.
1. ff. de iurisd.*† Vt autē de duabus actionibus vnū esset 3
iudicium, fieri olim non poterat, quia cùm dictare actionē,
& dictare iudiciū idē esset, non poterat videri
prætor vnicū iudiciū dictasse qui duas actiones dictauerat,
quamuis vno tantùm iudice dato. Rursum non
poterat videri in iudicium venisse ea conuentio rei,
& intentio quam post acceptum iudicium & apud iudicem
iam datum proposuisset, *l. non potest. 23. ff. de iud.*
vbi ex hoc infert Iurisconsultus, alia interpellatione
opus esse, id est alia actione, vt de eo pronuntiari possit
quod emersit post iudicium acceptum, siue emerserit
ex parte actoris volentis actioni suæ aliquid
addere, siue ex parte rei volentis actorem reconuenire.
† Itaque si quis iterum nobis obiiciat Paulum in 4
l. qui non cogitur. 22. eod. de cuius sententia proximo capite
scripsimus: respondebimus tractare illum de diuersitate
actionum, & consequenter de diuersitate
iudiciorum, quamuis in eodem loco exercendorum:
quod probant verba illa, *si ipse sibi agat, cogitur ibi excipere
actiones.* Et quamuis ea lex de reconuentione loqueretur,
quod numquam admittendum est, non tamen
ad actiones in rem protrahi posset, cùm de personalibus
tantum possit & debeat intelligi quod ait

excipere actiones. Nec enim in actione in rem persona
vlla est quæ excipiat actionem, quæ scilicet tota diri-
gitur in rem, non in personam. † Et hoc quoque ad-
5 misso quod falsissimó est, vt in actionib. personalibus
fuerit iam olim locus reconuentioni, non erit tamen
bona consecutio si quis ex eo inferat in realibus idem
iuris fuisse. Primũ quia eius solius est reconuenire, qui
conuenitur vt nomen ipsum reconuentionis demon-
strat. Nihil enim aliud est reconuentio quàm mutua
conuentio & actio eius qui conuenitur, in illum ip-
sum à quo conuenitur, vt apud Iustinianum *Nou. 96.*
de execut. & ius qui conuen. vel reconuen. c. 2. Atqui in a-
ctionib. in rem nunquam persona, sed res ipsa semper
conuenitur, *l. Imperatores. 7. D. de public. & vectig. l. de-*
nique. 19. D. de iur. fisc. idque probabimus latius ca. seq.
Ergo persona reconuenire in hoc actionum genere
nunquam potest. Res verò ipsa quæ conuenitur mul-
tò minus, quia is potest reconuenire qui & conueni-
re, cum reconuentio includat conuentionem. Atqui
res non potest conuenire quamuis possit conueniri,
quia non sicut potest duci vel ferri in ius à persona, *l.*
vnic. D. si quis ius dicent. non obtemp. ita vicissim potest
ducere vel ferre in ius personam vt eam conueniat:
Ergo nec potest reconuenire. Secundò, quia vt inter-
pretes volunt ipsi, non alia maior ratio est inducendæ
reconuentionis quàm fauor rei: etsi hoc quoque nos
in præcedentibus refutauimus. Atqui in actionibus in
rem possessor cum quo iudicium exercetur, non est
reus, cùm non conueniatur, vt modò diximus, sed res
ipsa: Ergo nec dignus est illo fauore, vt possit reconue-
nire, cum cessante ratione iuris, ipsum quoque ius
cessare sit necesse. Tertiò, quia etiamsi esset verè ac
propriè reus, non esset tamen nisi voluntarius cum a-
ctionem in rem pati nemo cogatur, *l. vlt. D. de rei vin-*
dic. Ergo nullo beneficio adiuuandus est, quia num-
quam succurritur ei qui se vltro obiicit periculo, &
qui sibi ipsi necessitatem aliquam imposuit, *l. 1. l. si fi-*
deiussor. 7. §. si necessariæ. ff. qui satisf. cog. ant. l. 2. 9. vim flu-
minis vers. si quis tamen D. si quis caution. l. 3. §. iubemus-
iur. ff. de S. C. Silan. Quartò, in iudicio vindicationis
fieri non potest vt possessor succumbat quin prædo &
malæ fidei possessor reperiatur, quantumuis ab initio
fuerit in bona fide, quia nimirum vindicationis iudi-
cium nullum est, vt nec aliud quodlibet, nisi post li-
tem contestatam, quo demum tempore & iudicium,
& iudicem dabat prætor. Atqui post litem contesta-
tam, imò verò post motam controuersiam quod fit
ante contestationem, possessores omnes sunt pares,
idest malæ fidei possessores & prædones, cùm iam in-
cipiant scire rem ad se non pertinere, *leg. sed etsi lege*
25. §. si ante ff. de petit. hered. leg. 2. C. de fructib. & lit. ex-
pens. Ergo nulla ratio est cur admitti debeant ad recõ-
ueniendum. Alioqui dicendum esset perinde illos
admittendos etiamsi ab initio fuissent fures, cùm non
eo minùs, sed tantò magis actione in rem teneantur:
sicut & qui dolo malo rem alienam non solùm occu-
pauit, sed etiam desiit possidere, ne restituendæ illius
haberet necessitatem, *l. sin autem. 27. in princ. D. de rei*
6 *vind.* † Atqui esset hoc euidenter absurdum & ini-
quum, quia perpetuum est vt nemo ex sua improbita-
te consequi debeat actionem, vel quod aliud commo-
dum, *l. neque 12. §. 1. D. de furt.* vbi hanc ob causam scri-
ptum est, neque furem, neque alium quemlibet malæ
fidei possessorem posse agere furti, quamuis intersit
ipsius, & actio furti omnibus dari soleat, quorum
interest, quippe quoniam nec interesse quic-
quam eius creditur, cuius interest ex non honesta
causa *l. si cuius interest. 11. eodem. tit. l. 3. §. si necesse ff. ad*
exhib. præsertim verò, cùm de danda actione tracta-
mus, siquidem actio est ius, i. portio quædam & effe-
ctus iuris ciuilis, cuius primum præceptum illud est, vt
honestè viuamus, *l. iustitia 10. §. 1. de iust. & iur.* In eám-
que rẽ textus est apertissimus in *d. §. si mecum*, vbi scri-
ptum est, si mecum fuerit actum ad exhibendum eius
rei nomine quã alius mihi subripuerit, non posse me
ob hoc quòd sum conuentus alium conuenire, & con-
tra eũ agere ad exhibendum, quamuis mea intersit ob
hoc quod teneor ad eã rem restituendam, quia scilicet
hoc non sufficit, nisi addas interesse ex iusta & hone-
sta causa. Alioqui, inquit lex, is qui dolo facit quominùs
possideret; & fur & raptor possent agere ad exhi-
bendũ, cùm illi omnes ad exhibendum, & restituen-
dũ teneantur, atq. ita ex sua improbitate actioné con-
sequerentur. Quòd si in actione ad exhibendum quæ
non in rem, sed in personã est, non permittitur ei qui
conuenitur, vt alium conueniat, etiam à quo iniuriam
sit passus, quia ipse ex causa minùs honesta conuenia-
tur, i. non alia ratione quàm quòd per eum fiat ne do-
minus rem suam vindicare possit, quanto minùs per-
mittendũ est ei qui rem meam iniustè detinet, vt possit
me reconuenire ob hoc solùm quòd à me iudicio vin-
dicationis conueniatur, cùm mihi fecerit iniuriã quæ
proinde vindicanda sit potiùs quàm adiuuanda? Facit
etiam Papin. noster in *l. si plures 38. D. de admin. tutor.* in
postrem. illis verbis, *sed cum propria cuiusque contuma-*
cia puniatur, qua sponte poterit hoc desiderare. † Hæc verò 7
quæ diximus, multo magis obtinere debent, si agatur
de reconuentione quam reus conuentus actione in rẽ
velit proponere coram magistratu incompetente, non
ob id solum quòd disputauimus in præcedentibus,
Reconuentionem facere non posse vt iudex fiat com-
petens, qui incompetétem sibi adroget iurisdictioné,
sed etiam quia si reconuentio id facere posset, magnũ
illud esset beneficium & priuilegium, quo dignus vi-
deri per consequens non deberet is qui non nisi ob
malam fidem suam & improbitatem actione in rẽ cõ-
ueniretur. † Quod si è contrario ponas institui vindi- 8
cationem, & contra bonæ fidei possessorem & à non
domino, fortassis etiam contra dominum, vt proinde
necesse sit succumbere actorem, dicam ne hoc quidẽ
casu admittendam esse recõuentionem, quia nec vin-
dicationis iudicium vllum esse videtur, cùm non alij
quàm domino detur vindicatio. Itaque non tam ma-
le quàm frustrà & nihil agere videtur, qui vindicat eã
rem cuius non est dominus, cùm nemo possit agere si-
ne actione, *l. si pupilli 6. §. sed. ff. de neg. gest. auth. l. vnic. in*
fin. ff. quand. dies vsusfr. legat. ced. & consequenter non
potest reconueniri, cùm reconuentio præsupponat a-
ctionem & conuentioné, quamuis officio iudicis con-
demnandus sit in expensas litis, non tam quòd malè
egerit, quàm quod temerè & sine actione, *l. eum quẽ te-*
merè 79. ff. de iud. † Inspecto antè eo iure quod à Papin. 9
primùm inductum est, multo minùs dici potest in a-
ctionibus in rem locum esse reconuentioni: primò,
quia Papinia. non nisi de actionibus in personam lo-
cutus est, vt constat ex verbis *l. cum Papin. 14. Codic. de*
sentent. & interlocut. Secundò, quia non alio casu
putauit Papinia. admittendam esse reconuentionem,
quàm quo foret illa pro eodem negotio. Atqui a-
ctio in rem non ex negotio illo nascitur, sed tantùm
ex possessione detentoris, & dominio actoris. Ter-
tiò, quia potissimùm Papinia. mouebatur ea ratione,
quòd non debeat actor dedignari eundem iudicem
habere contra se, cuius arbitrium in agendo obserua-
uit. Quæ ratio non habet locum in actionibus rea-
libus, in quibus scilicet iudex non eligitur, sed domi-
nus

nus inuitus apud iudicē loci, in quo res sita est, agere
cogitur nullo suo facto voluntario præcedēte ex quo
10 nascitur illa coactio. † Quod addere lubet ad differē-
tiā actionū personaliū ex quibus licèt cogatur credi-
tor agere in foro debitoris, cogitur tamen plerumque
ideo quia cū debitore contraxit: vt autē contraheret,
ab initio nō cogebatur. Quò respiciēs Bart. ad *d.l. cùm Pap.* scripsit, Reconuentionē non habere locū aduer-
sus eum, qui iudicē non elegit, sed egit coactus. † In
11 quo tamen perpetuus Bartoli, aliorūque interpretum
error est, quòd confundit iudicē cū iurisdictione. Nā
vt quis agat coactus in loco qui sit huius aut illius iu-
risdictionis, plerūque accidit, imò sępe ex necessitate
& natura actionis, quoniam ea iurisdictio semper se-
quenda est quæ sit cōpetens, nec est in potestate agen-
tis, vt eligat iurisdictionē nisi cū habet priuilegium a-
liquod fori, non tantùm si conueniatur, quā fori præ-
scriptionē appellari diximus, sed etiā si agat, quale ha-
bent Senatores nostri, vt etiā acturi possint vocare in
ius aduersarios ad Sabaudiæ iuridicū maiorē. † At Pa-
12 piniani tēporibus vt cogeretur quis coram hoc aut il-
lo iudice litigare, fieri non poterat, quia iudex à præ-
tore dabatur, aut ab alio magistratu iurisdictionē ha-
bente, *l. 1. l. 3. l. eum qui. 11. D. de iurisdict.* Non is quidem
quem altera pars nominatim petiisset (id enim pessi-
mi esset exempli, vt Arrianus scribit in *l. obseruandū. 4. 7. D. de iudic.*) sed quē vterque ex litigatoribus vel cō-
muni consensu recepisset, vel sortitus esset. Deinde nō
cadit ea distinctio Bartoli in casū illum quo agatur de
iudice incompetenti, sed in eum tantùm in quo age-
retur de incompetenti iurisdictione: de quo tamē ca-
su, vt sæpius diximus numquam Papinianus cogita-
13 uit. † Neque rursus nouum est vt in actione personali
cogatur quis forum sequi debitoris etiā cū quo nun-
quam contraxerit, nec negotiū vllum gesserit: vt puta
si quis agat contra eum qui ex quasi cōtractu sit obli-
gatus, aut ex maleficio vel quasi aut alio proprio quo-
dam iure: quibus tamen casibus dubitandum non est,
quin Papi. voluerit locum esse reconuentioni perinde
atque si ex contractu ageretur, dummodò ex eodem
negotio reconuentio procederet, quia omnibus his
casibus actor, licèt non eligat forum, eligit tamen aut
vltro accipit iudicem ab eo datum, qui foro & iurisdi-
ctioni præest. Quamquam nec de eo tractat Pap. qui
iudicem elegerit. sed qui iudicis pro se dati arbitrium
obseruat: vt intelligamus non debere illum dedigna-
ri eundē habere iudicem contra se, dummodo in eod.
negotio † Quod verò pertinet ad ius nouissimum &
14 Iustinianeū, eædem rationes superiùs allatæ probant,
non magis ex Iustiniani quàm ex Papiniani mēte fuis-
se, vt in actionibus in rem locus esset reconuentioni:
quinetiam multò minùs, quia permittit Iustinianus
actori, qui reconuenitur, intra 20. dies eū iudicē recu-
sare quē priùs acceperat, vt eo facto alium iudicē me-
reatur, qui vtrūque negotiū terminet. Atqui si is qui
agit in rem corā iudice loci, in quo res sita est, vellet
eum recusare, non ideo tamen posset agere coram iu-
dice alterius loci, cùm is solus sit iudex competens a-
ctionis in rē, in cuius territorio res sita est. Fateamur
itaque verba Iustiniani non admittere reconuentio-
nē in actionibus realibus, saltem eo sensu quo volunt
pragmatici, hoc est, vt ille etiam casus retineatur in
quo iudex pro actione in rem datus sit incompetens
in negotio reconuentionis. Et cùm idem nomen *ne-
gotij* Iustinianus vsurpet, quod Papin. iam vsurpaue-
rat, ex eo intelligimus non posse ipsius sententiam ad
actiones in rem accommodari: præter id quod supra-
dictæ aliæ quoque rationes militant si non nisi de in-
competentia iudicis agatur. † At omniū falsissimū est 15
quod plerosque magnos viros, cum superiorib. annis
Romæ essē, vidi mordicus defendere, vsque adeò lo-
cū esse reconuentioni in actionibus in rē, vt si ego à
te vindicem fundū qui sit in Italia, & in territorio ec-
clesiastico, idque corā magistratu ecclesiastico, qui in
eo territorio iurisdictionē habeat, possis tu vicissim à
me in eodē foro vindicare fundū qui sit in Gallia sub
ditione Regis, cogatque pati hanc reconuentionem
apud eundem iudicē ecclesiasticum. Nam præter id
quòd hoc casu euidenter incompetens est iurisdictio
ecclesiastici magistratus, nec quicquā potest mihi im-
putari, cur iudicium in rem tecū instituerim eo in fo-
ro in quo instituendū necessariò fuit. Constat etiam
alienū id fuisse à Papiniani mente in *d.l. cū Papin.* quę
disertè loquitur de actore, qui reperiatur obnoxius, &
quē iudex possit condēnare ad aliquid dandū, vel fa-
ciendū: quæ sunt præstationes actionis personalis: nec
magis conueniunt actionibus in rem, quàm obnoxij
nomen possessori. † Obnoxius enim dicitur, qui est o- 16
bligatus, quomodo & nexum passim dicimus pro obli-
gatione. Atqui actiones in rem dantur contra eū qui
nullo modo est obligatus. *§. 1. Inst. de act.* Quare im-
probabilis omnino est interpretatio Baldi ad eam di-
ctionem *obnoxius*, cùm ait, sine lege tamen & sine ra-
tione accipiendam esse illam generaliter, vt etiam a-
ctiones in rem cōprehendat. † Et verò cùm nō posset 17
olim fieri vindicatio nisi in rem præsentem, ob idque
duci eam, vel ferri in ius necesse esset, aut aliquam sal-
tem ipsius partem, quæ totius vice esset posse, quo-
modo fieri, quæso, poterat Papiniani temporibus, vt
res quæ in alieno esset territorio in aliud territorium
ferretur, in quo patienda fuisset reconuentio? Nec e-
nim poterat id fieri inuito eo, qui reconueniebatur,
nisi ex imperio eius magistratus in cuius territorio &
iuridictione reconuentio proponeretur *d.l. 1. §. 1. D. si quis ius dicent. non obtemp.* Atqui extra territorium ius
dicenti impunè non paretur, *d.l. vlt. D. de iurisd. l. cùm vnus 12. §. pen. ff. de reb. auctor. iudic. possid.* Non ergo fieri
poterat, vt actio in rem proponeretur apud magistra-
tum incompetentem, ne quidem per modum recon-
uentionis: Nec igitur hodie poterit. Quamuis enim
sublatæ sint formulæ veteres actionum, natura tamē
earum mansit, *l. 2. C. de formul. & impetr. act. sublat.* †
18 Planè si me agentem in rem tecum, velis etiam in rē
reconuenire pro re quæ sit in eadem iurisdictione,
supradicta ratio non impediet reconuentionem, sed
impedient cæteræ quas priore loco attulimus. Neque
obstabit, quod qui agit in rem habeat electionem, v-
trum agere velit in loco vbi res sita est, an in foro v-
bi possessor domicilium habet, *l. vlt. C. vbi in rem act. exerc. deb.* † Aliud enim est, conueniri quem in loco
19 sui domicilij, aliud verò conueniri in eo loco vbi e-
git. Nec quemadmodum dicimus, non posse conque-
ri eum qui in domicilio suo conuenitur etiam pro re
quæ alibi sita est, cùm tanto melior ipsius conditio
fiat: ita dici potest, non posse conqueri eum qui in rē
agit in territorio alieno, si in eodem illo territorio
aliam actionem in rem vicissim pati cogatur, cùm fu-
turum ei sit multo incommodius duas habere lites in
aliena iurisdictione, & extra domicilium suum, quàm
vnam. Neque rursus ad hunc casum accommodari
potest sententia legis, qui non cogitur 22. *De iudic.*
quæ, vt suprà diximus, de personalibus duntaxat a-
ctionibus loquitur, & de eo qui agat coram magistra-
tu competente, ac proinde apud quem ratione do-
micilij possit conueniri. Sed etsi verum esset, quod
vult Baldus, actionem in rem proponi posse per mo-

dum reconuentionis, non tamen deberet id intelligi de actione in rem proposita eius rei nomine quæ in diuerso & alienæ iurisdictionis territorio esset, ac de qua non posset dari iudex ab illo ipso qui iudicem in
20 conuentionis causa dedisset.† Nec rursus permittendum esset pragmaticis abuti ea Baldi sentẽtia ad probandum quod illi volunt, In actionibus in rem propositis per modum conuentionis locum esse reconuentioni. Aperta enim est ratio diuersitatis, quia cum quis agit in rem persona non conuenitur, sed res quæ ipsa reconueniri non potest. At cùm agò in personam, persona conuenitur, nec proinde quicquam impedit hac parte quo minùs possit me reconuenire etiam in rem excepto illo casu, quo iurisdictio non sit competens in vtraque causa tam reconuentionis, quàm conuentionis. Nunquam enim permittendum est vt alienæ iurisdictioni possit priuatus priusquam præiudicare, siue expresso consensu, siue tacito, & siue agat, siue conueniatur. Suo enim tantùm iuri, non etiam alieno derogare quis potest, *l. pen. C. de pact.* Dignus sanè erat hic tractatus qui à nobis in Chiliadem nostram De erroribus pragmaticorum conferretur. Sed malui referre in coniecturas, quia de tota hac quæstione longa mihi, & pertinax Romæ quæstio fuit cum multis in Rota Romana causarum Auditoribus meritissimis, & patronis celeberrimis, quos pro Papinianis habere liceret, si vellent sibi imperare, vt in controuersiis istis omnia ex iuris ratione æstimarent, nec antiquius ea quicquam haberent.

Capvt IX.

De actionibus in rem, singularia quædam.

S V M M A R I A.

1 *Actiones in rem contra eum exerceri qui nullo modo sit obligatus.*
2 *Differentia inter personales & reales actiones ex ipso actionis nomine petita.*
3 Petitionis *nomen actioni in rem, non actioni in personam conuenire.*
4 *Actionis definitionem in* leg. nihil aliud. 51. de obligat. & actio. *propositam actioni in rem non conuenire.*
5 *In actionibus in rem non personam sed rem conueniri.*
6 *Sententia & emendatio* leg. 7. ff. de public. & vectigalib.
7 *Cur tributorum nomine fundus ipse, non persona conueniatur?*
8 *Declaratur* l. denique. 19 ff. de iur. fisc.
9 *Actiones reales nonnisi in rem dirigi ac competere, contra possessorem verò exerceri.*
10 *Possessorem illum aduersus quem actio in rem exercetur, aduersarium, rem verò ipsam quasi ream esse.*
11 *Absurdè tamen possessorem illum in iure* reum *aliquando appellari.*
12 *In iudiciis in rem sufficere si res ipsa quasi rea sit.*
13 *Alio argumento probatur possessorem in actionibus in rem reum non esse.*
14 *Multum interesse* frustra *quis an* malè *egerit.*
15 *In rei vindicatione & hypothecaria fieri non posse quin aliquis aduersarius semper sit.*
16 *Prætore in bonorum possessionem mittente aduersarium aliquando nullum reperiri, rem tamen ipsam ream esse.*
17 *Multos in personalibus actionibus aduersarios esse posse, quum tamen vnus reus sit.*
18 *Eum qui in actionibus in rem aduersarium se obiicit, non tam rei quam cuiusdam tertij iure censeri debere.*
19 *Inde probari in actionibus in rem reconuentioni locum non esse.*
20 *Neminem cogi inuitum vt actionem in rem suscipiat aut patiatur.*
21 *De differentia inter reum & aduersarium.*
22 *Possessorem in actionibus in rem non verè ac propriè reum esse.*
23 *In iisdem actionibus eum qui territorio, in quo res sita est, præest iudicem competentem esse.*
24 *Actori, si malit, licere coram iudice domicilij possessorem conuenire.*

SVnt quædam in actionibus in rem specialia & singularia, quæ à generali, communique actionum omniũ natura videntur abhorrere:† Ac illud imprimis, 1
quòd cùm actio generaliter definiatur ius persequẽdi in iudicio quod sibi debetur, *l. nihil aliud. 51. ff. de obl. act.* actiones tamen in rẽ contra eũ exercentur qui nullo modo sit obligatus. *§. 1. Inst. de act.* cùm nõ in personam dirigantur, quæ sola potest obligata esse ad dãdum aliquid vel faciendum, sed in rem ipsam, quæ tametsi possit etiam esse obligata scilicet vinculo pignoris, non tamen ita obligari potest vt possit ipsa vel debeat aliquid dare vel facere. Pati enim duntaxat potest vt vel ducatur, vel feratur in ius, vel in possessionẽ eius eatur, vel distrahatur, *l. vnic. §. 1 ff. si quis ius dicent. non obtemp. l. 1. & tot. tit. ff. quib. ex caus. in possess. eat.* † In 2
eoque præcipua certè, ne dicam vnica differentia est actionum personalium & realium, quam & nomen ipsum *actionis* demonstrat. Siquidem actio dicta est, vt scribit Theophilus initio ti. *De act.* ab agendo, id est cogendo & compellendo, quòd per eam agatur & cogatur is qui perfidus est, in ius venire, quæ coactio in solis actionibus in personam locum habere potest, non in realibus; quia persona ipsa est quæ agi & cogi potest in ius, non etiam res, nec si sit animata. Dicitur enim duci, si animata sit, ferri verò, si sit inanimata.† Et ob id dicitur actio in rem, petitio magis pro- 3
priè quàm actio, *l. pecunia. 178. § actionis. de verb. sign.* quia scilicet non incipit è coactione, vt actio in personam, sed ab ipsa petitione. Contra verò, petitionis nomen propriè accommodari non potest actionib. in personam, non quasi is qui in personam agit, nihil petat, sed quia incipit priùs agere, quàm petere aliquid vel persequi. Incipit enim agere ex die vocationis in ius, quæ olim sic fiebat, vt qui vocabatur, si vltro sequi nollet, raperetur: vnde & dicebatur in ius vocatio principium actionum omnium instituendarum, *§. omnium. Inst. de pœn. temer. litig.* † Quare nec mirum est 4
si definitio actionis posita in *d. l. nihil aliud*, non conueniat in rem actioni: quod non intellexit ex recentioribus Francisc. Hotom qui eam definitionẽ, quòd actionibus in rem aptari non posset, quasi mancam supplendam esse existimauit. Itaque qui agit in rem, licèt vt plurimùm habeat aliquem aduersarium, cum scilicet qui rei possessor est, non illud tamen intendit, possessorem dare aliquid sibi, aut facere oportere, sed tantùm pronuntiari rem esse suam, si agat directa rei vindicatione: aut si obligatam, si agat hypothecaria, quam aliquando quasi Seruianam, aliquando pignoris vindicationem iuris autores appellant: aut denique mitti se in possessionem rei, si qua sit ex iis causis ex quibus solet prætor decernere missionem in possessionem. † Sed illud magis singulare est, quod ta- 5
men sit ex supradicto iuris principio, vt in actionibus in rem non persona, sed res conueniatur. Quo

enim

eoim iure posset conueniri persona quæ nullo modo
esse obligata?cùm dici soleat,quod in actionib.perso-
nalibus certè verissimum est, obligationem esse ma-
trem actionis.*l.licèt.43.§.ea obligatio.D.de procur.leg.1.*
6 *D.de obl.& act.*† Idque disertè ita scriptum est in *leg.*
Imperatores.7.D. de public. & vectib. vbi Papyrius Iu-
stus refert hoc ipsum ab Imperatoribus Antonioo &
Vero rescriptum fuisse , non vt hac parte nouũ ius fa-
cerent,quomodo aliàs plerũque rescribere Imperato-
res soleot,sed vt quid iuris communis esset, significa-
rent,vtque eodem rescripto docerent possessores præ-
diorum vectigalium & tributariorum totius præteri-
ti temporis vectigal soluere debere : ideóque si quis
tale prædium ignorans emerit ab eo qui in vectigalis
solutione per multos annos cessauerit , dandam ei a-
ctionem ex empto,Sic enim locus ille emẽdandus est,
legẽdúmque *ex empto* pro eo quod vulgo legitur nul-
lo sensu *exemplo* vt bene ac feliciter Iacob. Cuiacius
7 lib.1.Obser.ca.5.primus emendauit. † Ideo autẽ tri-
butorum nomine dicimus conueniri rem non perso-
nam quia prædiũ est quod tributũ debet,quòdque ob
hoc ipsum intelligitur fisco obligatum tacito quodã
pignoris iure,vt Pap.scribit in *l.cum possessor.5.in princ.*
& §.1.D.de censib. ex qua causa pignoris iam diximus
8 nasci quasi Seruianam,& in rem actionem.† Nec dis-
similiter idem Papin.in *l.denique.19.D.de iur.fisc.* scri-
bit eum à quo fiscus abstulit pecuniam solutam à cõ-
muni debitore, sed qui fisco primùm fuerat obliga-
tus,nullas eius pecuniæ nomine vsuras debere , quas
tamen debet quisquis fisci debitor est , licèt vsuræ in
stipulatum deductæ non fuerint proprio quodã pri-
uilegio fisci *l.cum quidam.17.§ fi,e.ti & seq.l.Herennius*
*43.ff.de vsur.*quia inquit Pap.cum pecunia reuocatur,
non persona,sed res conuenitur , quamuis non ordi-
naria aliqua actione in rem,sed extraordinario iure id
fiat,vt scriptum est in *l pecunia.5 C.de priuil.fisc.* Et sa-
nè cùm non alius possit conueniri quàm is in quem
dirigitur actio,actiones autem quæ in rem sunt , non
in personam aliquam , sed in rem ipsam dirigantur,
vnde & nomen sumpserunt,consequens omnino est
vt in iis non persona,sed res ipsa conueniatur:nec est
contrariũ quod passim dicũtur dari contra possesso-
9 rẽ.† Longè eoim aliud est Exerceri eas contra posses-
sorẽ,quod non negamus:aliud verò cõtra eũ dirigi aut
competere,quod nos negamus.Non diriguntur, neq.
competunt nisi in rem , sed exercentur tamen contra
possessorem,cuius solius interest,non etiam ipsius rei
de qua agitur,vt res defendatur , quippe quæ seipsam
defendere oullo modo potest. Quid enim fundi Tus-
culani interest an Titij sit , an Sempronij?Idque no-
men ipsum possessoris demonstrat, cùm dicimus istis
actionib.conueniri possessorẽ.Significamus enim Ti-
tium si possideat,conueniri non tanquã Titiũ, qui ali-
quo iore obligatus sit excipere actionẽ, sed tanquam
possessorẽ, idest ob hãc rationẽ formalẽ quia possidet:
& ideo vna eademque actio in rem potest exerceri
diuersis temporib. contra diuersas personas pro pos-
sessorũ diuersitate , cùm è contrario personales actio-
nes nunquã cõpetere possint,nisi contra eundẽ ipsum
qui est obligatus. Nec enim diuersitas possessorũ in-
ducit diuersitatẽ actionũ in rem dummodò eadem sit
res quæ petatur,& eadem domini persona,quæ petat,
quia in actionibus in rem nihil spectamus ad consti-
tuendam earum substantiam , nisi personam & ius a-
ctoris ex vna parte,& rem ipsam quæ conueoitor , ex
10 altera.† Proinde si verè & partitè loqui velimus, pos-
sessor contra quem actio in rẽ exercetur,non est reus,
sed res ipsa,ita vt dixerim , rea est,quia oon alius po-
test esse reus,quàm qui conuenitur,res aotem ipsa,vt
dixi,non persona conuenitur. Possessor tamen aduer-
sarius est non res ipsa,quoniam aduersarium facit non
conuentio,sed contradictio,idest aduersarius ille dici
debet,non qui conuenitur,sed qui actoris intentioni
resistit,vt nomen ipsum aduersarij præ se fert. Atqui
res ipsa non resistit,quæ fortassis consentiret potiùs si
posset,facit que se vltro aduersarium ille qui vult rem
defendere proprij commodi causa. † At quoniam in 11
personalib.actionibus idem est reus & aduersarius,in
istis verò aduersarius nullus est præter possessorem,
inde passim fit vt reus etiam dicatur qui actione in rẽ
conuenitur,ne alioqui circum locutione vti cogere-
mur,si differentiam illam quæ hac parte est inter reũ
& aduersarium tam exactè obseruare vellemus vt &
plerumque dicitur conueniri is contra quem actio in
rem exercetur,sed tamẽ vix vnquam nisi cum illa ad-
iectione,vt in rem conueniri dicatur,vt in *l.qui petito-*
rio.36.§.1. & alibi pass.ff. de rei vind. Ex quo tamen si
quis vellet inferre personam possessoris in eiusmodi
iudicio absolutè conueniri, non minùs erraret quàm
si hominem diceret simpliciter eũ,qui esset pictus aut
mortuus, ob id solũ ꝙ & mortuũ hominẽ & pictũ di-
cere solemus.† Itaque si quis obiciat non posse iudi- 12
cium vllũ consistere nisi quod ex tribus personis con-
stet,actore,reo & iudice.& consequenter in actionib.
& iudicis quoque in rem,esse aliquem reum oporte-
re:Respondendum est,sufficere ad iudicij constitutio-
nẽ vt res sit rea, quia nec aliã ob causã exigimus per-
sonã rei nisi vt sit in quẽ actio dirigatur. Porrò quòd
ad essentiam actionis pertinet, nihil refert an diriga-
tur in rem,an in personam. † Inde est quòd cùm quis 13
petit mitti se in possessionem bonorum aut rei alicu-
ius,qox actio merè in rem est,non inqoirit prætor an
res illa ab aliquo possideatur,necne,sed decernit mis-
sionem non vocato possessore, saluo tamen ipsi iure,si
quis sit qui velit intercedere & impedire effectum
missionis, *l. vlt,* vbi Doct. nostri ita tractant,& rectè
C.de edict. D.Hadr. toll. Quod vtique fieri non posset
si possessor esset reus,quia nulla potest actio incipere
ab executione contra reum inauditum, imò semper
debet incipere à citatione, *l.1. Cod. de execut.rei iud.§.*
omnium.Inst.de pœn.temer. litig. nec enim iudicium vl-
lum est tam summarium,imò nec actus vllus siue iu-
dicialis,siue extraiudicialis tam summarius vt non an-
tè citari & audiri debeat,quisquis ex eo actu lædi po-
test,*l.nam ita.39.ff.de adopt.l.etiam.29. §. vlt. D. de mi-*
nor.l.vnoquoque.47.ff.de re iudic. Inde illud etiam est,
quod si quis rei vindicatione egerit contra non possi-
dentem,is nnn tam malè quàm frustra egisse dicatur
*d.l.qui petitorio.36.de rei vind.*vbi scriptum est,Eum qui
petitorio iudicio vtitur,ne frustrà experiatur, inqui-
rere ante omnia debere,an is cum quo instituit actio-
nem possessor sit,vel desierit dolo possidere, an non.
Atqui è contrario dicendus esset non frustrà, sed ma-
lè egisse,si possessor in hoc iudicio verè esset reus,quia
nonnisi malè agi posset contra aliquem quoties agi-
tur contra eum tanquam contra reum,qui tamen non
debeat esse reus,vt cernere est in actionibus persona-
libus si proponatur contra aliquem quasi obliga-
tum,qui tamen non sit obligatus. † Quaotùm verò 14
intersit an frustra, an malè quis egerit,ex eo intelligi
potest,quod qui malè agit causa cadit, non etiam qui
agit frustrà,vt non insubtiliter insinuat Vlp. in *l.vn.*
§.vlt.ff quand.dies vsusfr.leg.ced † Planè in rei vindica- 15
tione fieri non potest, vt nun sit semper aliquis ad-
uersarius, is scilicet cum quo tanquam possessore iu-
dicium exercetur, siue reuera possideat, siue non,

itemque in hypothecaria, quoniam neque vindica-
tionis, neque hypothecariæ iudiciũ vllũ est, nisi quod
à Prætore dictatur post litem contestatam: litis autem
contestatio fieri non potest sine contradictore: qui
16 porrò contradicit, ille demum aduersarius est. † Quod
non similiter contingit, cùm Prætor decernit mitti
quem in possessionem bonorum debitoris, fortasse la-
titantis, vel qui aliter non defendatur, aut ex qua alia
causa earum, de quib in *d. tit. Quib. ex caus. in poss. eat.*
Nulla enim eo casu fit contestatio, nec proinde vllus
reperitur contradictor, nisi tunc cùm venitur ad exe-
cutionem decreti. Cæterùm tunc quoque cùm aduer-
sarius nullus est, res tamen ipsa est rea, nec minùs in
missione in possessionem quàm in vindicatione, aut
hypothecaria. Ergo nec aliud erit tum quoque cùm
17 aduersarius aliquis fiet. † Non enim persona superue-
nientis aduersarij nouum facit reum, aut mutat reum
qui erat priùs, possuntque multi esse aduersarij, etiãsi
vnus tantùm sit reus, puta si quis vltrò se mihi obii-
ciat aduersariũ, ad defendendum cũ contra quem ago
personali actione, quod euenire solet, quoties ago
contra fideiussorem tuum, vt soluat pecuniã pro qua
fideiussit, & quam tu deberi negas, vel quia iam soluta
sit, vel quo alio iure. Potes enim tu etiam non citatus
adesse liti institutæ contra fideiussorẽ tuũ, non tanquã
reus, sed tanquam tertius ad defendendum illum ne
condemnetur quia condemnatus regressum contra te
18 habiturus esset. † Sic & in actionibus in rem dicendũ
est, eum qui se obiicit aduersariũ siue vltrò, siue quòd
fuerit citatus tanquam possessor, non tam rei, quam
tertij cuiusdam potiùs iure censeri debere, quia venit
non ad se defendendum, cùm ab eo nihil petatur, sed
ad defendendam rem quæ ipsa conuenitur, *leg. si plur.
74. §. mora. D. de eutt. l. iudicatum. 6. l. si ferinus. 11. cum
seqq. ff. iud. solui.* ob idque vix vnquam videas iuris au-
tores ita loqui, vt dicant vindicationem, aut hypothe-
cariam in possessorem institui vel exerceri, sed cum
possessore, vt significent possessorem esse aduersariũ,
non reum, & è contrario rem ipsam ream non aduer-
19 sariam. † Ex quo non leue argumentum sumi potest
pro ea sententia, quam nos probauimus in superiorib
in actionibus in rem non esse locum reconuentioni.
Quis enim vnquã dixit cogendũ actorem pati recon-
uentionem ab eo quem non ipse conuenerit, sed qui
tanquam tertius & actori incognitus vltrò se obiece-
20 rit liti? † Tertium singulare illud est quod traditur in
l. vlt. ff. de rei vind. neminem cogi inuitum vt patiatur
aut suscipiat actionem in rem, quia licet cuilibet dice-
re se non possidere. Quod cum sit, ille qui conuenie-
batur tanquam possessor, desinit eo iudicio teneri,
quoniam neque reus vnquam fuit, cùm in eum nun-
quam directa fuerit actio, sed in rem ipsam quæ sem-
per fuit rea, neque potest dici aduersarius, cùm esse
21 nolit. † Illa enim differentia est inter reũ & aduersa-
rium, quòd reus etiã inuitus sit, aduersarius verò non-
nisi volens, præterquàm si idem sit aduersarius, qui &
reus, vt in actionibus personalibus vsuuenire diximus.
22 † Et ex eo rursum apparet euidentissimè quàm verũ
sit quod nos condentimus, possessorem in actionibus
in rem non esse verè ac propriè reum, quia iuris regu-
la est, Iudicium semper reddi in inuitum, *l. inter stipu-
lantem. 83. §. 1. ff. de verb obl.* Neque quicquam prodest
ei quem conuenio personali actione tanquam debi-
torem obligatum mihi ad soluendum, quia mihi de-
ber ex stipulatu, quòd vel neget se debere, vel dicat se
litigare nolle, dummodò intentionem meam proba-
uerim, nisi etiã soluere pecuniã paratus sit, *l. si rem ra-
tam. 73. ff. de proc. l. si debitori. 21. ff. de iud. l. lex iudicatũ
solui. 16. ff. iud. solui.* At cùm possessor conuentus actio-
ne in rem negat se possidere, hoc ipso eludit iudicium
vindicationis inuito etiam actore, cui proinde nullũ
aliud remedium superest, nisi vt si conuincere poterit
aduersarium de mendacio, transferatur in actorẽ pos-
sessio quæ fuerat penes aduersarium, & quidem offi-
cio iudicis, etiamsi actor intentionẽ suã nullo modo
probauerit, quã tamẽ alioqui probare ante omnia de-
buisset ad obtinendũ *l. vlt. C. eo. tit. de rei vin l. vlt. ff. de
acq. poss.* † Denique ex eod. principio fit vt in actionib.
in rem iudex competens sit ille qui præest territorio 23
in quo res sita est, *l. 1. & vlt. C. vbi in rem act. l. vn. C. vbi
de her. agat.* Cum enim iuris regula sit, actorem sequi
debere forum rei conuenti, *l. 2. C. de iurisd. om. iud. l. 2. l.
in crim. 5. C. vbi caus. stat. agi deb.* in actionibus autẽ in
rẽ ipsa res sit quæ conuenitur, & quæ rea est, vt dixi-
mus, consequens est vt actor sequi debeat forum loci
in quo res sita est, quãuis possessor qui se aduersarium
obiicit habeat domiciliũ alio loco, & coram proprio
iudice conueniri malit, quod vtique non ita esset si
in istis actionibus persona possessoris, non res ipsa cõ-
ueniretur. † Planè si actor malit eum conuenire co- 24
ram iudice domicilij, potest id facere inuito etiã pos-
sess. quia non habet possessor quod conqueratur, cum
apud suum & proprium iudicẽ conuenitur, apud quẽ
scilicet multò commodiùs, minoréque impensa sit li-
tigaturus. Neque facit iniuriã actor, sed sibi soli, cùm
possessore condemnato futurum sit vt pro iudicati e-
xecutione nouam litem instituere habeat necesse co-
ram iudice loci in quo res sita est, vtque ita fiant de li-
te lites, siquidem extra territorium ius dicenti impu-
nè non paretur *vulg. l. vlt. ff. de iurisd. l. cum vnus. §. pen.
ff. de reb. autor. iud. poss.* Nec proinde potest sententia ab
vnius territorij iudice lata de re alibi sita, executio-
nem habere in alio illo territorio, tanquam lata per iu-
dicem incompetentem. Inde etiam est, quòd si de he-
reditate agatur, scilicet per hereditatis petitionem,
quæ in personam quidem actio, sed in rem scripta est,
electionem habeat actor vtro loco velit litem insti-
tuere, an in loco domicilij possessoris qui conueni-
tur, an vbi res sitæ sunt, *d. l. vn. C. vbi de her. agat.*

CAPVT X.

Nullas esse actiones mixtas in rem, & in personam. Et emendatio §. quædam actiones. Inst. de act.

SVMMARIA.

1 *Enumerantur actiones quas Interpretes nonnulli mixtas in rem & in personam esse tradunt.*

2 *Diuisionis actionum in actiones in rem & in personam vtpote perfecta tertium genus mixtarum scilicet addi non posse.*

3 *Nullam actionem proponi posse quæ non sit vel in rem vel in personam.*

4 *Respondetur ad* l. actio. 28. ff. de oblig. & act.

5 *Quo sensu quædam actiones mixtarum nomen à prudentibus acceperint?*

6 *Eandem personam in vna eademque causã diuersis tamen respectibus & actoris & rei partes sustinere posse.*

7 *Verba illa,* tam in rem quàm in personam, *in §.* quæ-dam. Inst. de act. *irrepsisse.*

8 *Cur familiæ erciscundæ, communi diuidundo, finium regundorum actiones mixtæ ibidem dicantur?*

9 *Quem effectum habeat adiudicatio quæ in illis iudiciis plerunque fit?*

10 *Quid Interpretem impulerit vt verba superiùs expuncta adiiceret?*

11 *Actiones, quod metus causa, ad exhibendum & hereditatis petitionem, licèt in rem scripta sint merè tamen personales esse.*

12 *Quo sensu hereditatis petitio in* l. 7. C. de petit. hered. *mixta personalis dicatur?*

13 *Cur actiones illa in rem scripta dentur?*

14 *Cur tres superiores actiones* in rem scriptæ *dicantur?*

15 *In quo formula vindicationis à formula superiorum trium actionum differat?*

16 *Omnem actionis formulam ex conditione & dispositione constare.*

17 *Aliud exemplum mixta actionis in rem & in personam ne ab Interpretibus allatum.*

18 *Actionem restitutoriam rescidentem personalem, rescissoriam verò realem esse.*

19 *Eam actionem mixtam non esse.*

1 FRequens † est apud iuris nostri vulgares interpre-
tes sed frequentior in foro, & apud pragmaticos
mentio actionum mixtarum, quæ sic ideo dictæ sunt,
quòd & in rem sint simul & in personam. ex *§. quadam
actiones* 20. *Inst. de act.* quales volunt esse non eas tan-
tùm, de quib. in d. § 20 sc. familiæ erciscũdæ, commu-
ni diuidundo, & finium regundorum, sed alias etiam
plerasq. præsertim eas, quæ cùm sint personales, in rē
tamen scriptæ sunt: Item hereditatis petitionem, &
causas ferè omnes restitutionis in integrum, postquàm
forensib. morib. receptum est vt rescindentis iudicij,
& rescissorij cumulatio admittatur. Sed mihi sen-
tentia hæc numquam probabilis visa est, quam etiam
ex recentiorib. nonnulli reiecerunt, sed non satis, meo
a iudicio, confutarunt. † Me verò illud primùm & ma-
ximè mouet, quod video Iustin. scribere in §. 1. *Inst. de
actio.* summam actionum omnium diuisionem illam
esse, vt aliæ sint in personam, aliæ in rem: Quæ diuisio
apertè manca esset, si tertium genus addi posset earum
actionum quæ mixtæ essent, i. tam in rem, quàm in
personam, simul. Atqui perfectam esse diuisionem Iu-
stin. in d. §. 1. non solùm ait, sed etiam probat hoc di-
lemmate, quòd quisquis de aliqua re agit aut contra
eum agit qui aliquo modo est obligatus, aut contra
eum qui nullo modo. Si contra eum qui aliquo modo,
puta vel ex cōtractu aut quasi, vel ex delicto aut qua-
si, aut alijs etiam quibusdam modis, actio in personā
est. Si v. contra eum qui nullo modo est obligatus, sed
qui tamen eam rem possidet, cuius nomine lis insti-
tuitur, actio in rem est: Atquin fieri nequit quin al-
terutrum istorum verum sit in omni omnino actionis
genere, vt is cum quo agitur, vel aliquo modo sit obli-
gatus, vel nullo modo: cùm sint ista non tantùm con-
traria, sed etiam contradictoria, inter quæ nec mediũ,
3 nec tertium quicquam esse potest. † Ergo nec fieri
queat vt actio vlla sit, quæ non vel in personam sit, vel
in rem. Sed & alio dilem. idē probari potest, quod nec
obscurè insinuat eodem loco Iustin. Aut. n. agimus cũ
eo quem intendimus dare al quid nobis vel facere o-
portere, aut cum eo quem nec dare nobis, nec facere
quicquā oportere intēdamus, Priore casu actio in per-
sonam est, posteriore in rem. Atqui non potest fieri vt
aliquis proponendæ actionis casus sit, in quo non sit
necesse actorem vel intendere aduersarium dare ali-
quid, aut facere oportere, vel non intendere: Nam &
hæc quoq. contradictoria sunt Ergo necesse est actio-
nem omnem vel in personā, vel in rem esse, quod &
scriptum est ab Vlp. in *l. actionum* 25. *D. de obl. & act.*
vbi ait ille, Actionum in summa duo esse genera, In
rem quæ dicitur vindicatio, & petitio; In personā ve-
4 rò quæ condictio appellatur. †. Nec est contrarium
quod dicimus esse etiam quasdam persecutiones, quæ
ab actionib. & petitionib. sunt separatæ, *l. actio.* 8. *c. 1.*
Nam vt eadē lex demonstrat, persecutio omnis vel in
rem est, vel in personam rei persequendæ gratia. Itaq.
non potest constituere separatam speciem actionis, tā-
metsi quantū ad formam cognitionis attinet, habeat
quid separatū à ceteris actionib. tam in personā quàm
in rē, propterea quòd non habet iuris ordinarij exe-
cutionem, vt alibi explicauimus ex *l. pecuniæ* 178. *§. a-
ctionis. de verb. signif.* Nullæ igitur actiones sunt quas
possis mixtas dicere eo sensu quòd & in personam
sint, & in rē. † Non negn fuisse hoc nomen mixtarum 5
actionum cognitum prudentibus nostris, sed ad signi-
ficandum quid longe diuersum; nempe cùm de illis
actionib. tractāt, in quibus vterq; est actor, & cōsequē-
ter vterq; reus: cuiusmodi sunt actiones finiū regūnd.
familiæ ercisc. & communi diuid. item interdicta Vt
possid. & Vtrubi, quæ ideò etiam duplicia appellan-
tur quòd in iis vterque sit & actor & reus, vtroque
nimirum contendente se possidere, & negante aduer-
sarij possessionem *l. actionu* 37. *§. mixta ff. de oblig. &
act.* *l.* 2 *prin. & § vlt ff. de interd.* Nam cùm in istis
omnibus iudicis par causa sit omnium litigatorum,
vterq. in iis actor dicitur, vterque reus, *l. iudicium* 10.
ff. fin. regund. l. inter coheredes 44 *§. qui familia. ff. famil.
ercisc.* † Quamuis enim fieri nequeat vt idem sit actor 6
& reus eodem respectu, quoniam actoris personam à
rei persona distinctam esse necesse est diuersis tamen
respectibus eandem personam & actoris & rei partes
sustinere nihil verat: Actorem scilicet, quatenus petit
sibi aliquid præstari; Reum verò, quatenus id ipsum
vel tantundem aut etiam plus minusve ab eo petitur.
Et tamen quia non aliter potest iudicium exerceri
quàm si ex litigatoribus vnus actoris, alius rei partes
sustineat, præsertim ob probationes quibus onerari
solet is qui actoris partes gerit, *l. si priusquam* 15 *in fi. ff.
de op. noui nunceat. l. 4. C. de eden.* magis placuit enim vi-
deri actorem qui prior ad iudicium prouocauit, aut
qui prior appellauit, *leg. in tribus* 13. *ff. de iud. l. 2. §. 1. ff.
comm. diui.* Adeò vt si fortè ambo simul ad iudicium
prouocauerint, forte discerni debeat vter actoris par-
tibus sit onerandus, *l. sed cum ambo* 24. *de iudi.* † Hæc 7
verò quāquam ita sunt, negari tamen non potest quin
hoc ipsum quod volunt interpretes, Actiones quas-
dam esse mixtas, & ideo sic dictas, quòd tam in rem
sint, quàm in personam, apertissimè disertisque
verbis scriptum sit in *d. §. quarum actiones.* Ergo vel
falsum est, quod nos ex mera rectaq. iuris ratione dis-
putauimus, vel indiget locus ille noua explicatione,
ac ne quid dissimulem, emendatione Nec sanè vnquā
dubitaui quin ineptitia sint & delenda verba illa *tam
in rem quàm in personam*, quæ & ex veteribus inter-
pretibus nemo bene explicat, & ex recentioribus ple-
rique fatentur, id quod res est, explicari nullomodo
posse, idq; etiam illa quæ in eodem §. sequuntur, eui-
denter demonstrant. † Reddit enim Iustin. rationem 8
propter quam tres illæ actiones, Familiæ erciscundæ.
Communi diuidundo, & Finium regundorum, di-
cantur mixtæ, nempe quòd in iis permittitur iudici
rem vni ex litigatorib adiudicare ex bono & æquo, &
si pars illius prægrauari videbitur, eum inuicem certa
pecunia alteri condemnari. Quod cùm sit, vterq; ha-
betur tanquam actor, & tanquam reus tanquā actor,
ex qua parte sit ei adiudicatio tanquam reus verò, ex
qua parte condemnatur. Cæterùm neutra ex parte
sapiunt hæ actiones naturam realium, quia quæ in iis
fit adiudicatio, non est similis illi quam solemus dice-
re fieri in iudicio vindicationis. Tunc enim dicitur

res adiudicari vindicati, cùm ipsius eam esse pronun-
tiatur: ex quo tamen non acquiritur dominiũ actori,
9 sed declaratur iam ante acquisitum. † At cùm in tri-
bus illis iudiciis adiudicatio aliqua fit, eum habet ef-
fectum, vt faciat rem actoris, quæ anteà ipsius plenè
non erat, præsertim in iudiciis Familiæ erciscundæ,
& Communi diuidundo: quia quicquid commune est
inter plures, siue ex hereditaria, siue ex qua alia causa,
ita vniuscuiusque sociorum est, vt sit etiam alterius.
Post adiudicationem verò eius solius est, cui fuit adiu-
dicatum. Neque verò aliter potest fieri diuisio, quam
si vel mutuæ fiãt adiudicationes, vel ex vna parte ad-
iudicatio, ex altera pecuniæ condemnatio, *l. 1. §. vlt. l.
& post litem 12. § res quæ. l. item Labeo 22. § 1. & pass. ff. fa-
mil. ercisc. l. si quis putans 6. §. idem Iul. cum l. seq. §. 1. ff.
10 commu. diu.* † Ex quo tamen adiudicandi verbo non
satis bene percepto, quasi vindicationis naturam præ
se ferat, cùm tamen vix vnquam à prudentibus no-
stris in ea significatione vsurpetur, credibile est dece-
ptum fuisse interpretem quisquis ille fuit, qui primus
tres illas actiones ideo mixtas à Iustin. dici putauit,
quòd sint in personam, & in rem simul. Si enim de a-
ctionibus mixtis eo sensu loqui Iustin. voluisset, non
prætermisisset actiones in personam scriptas in rem
quæ videlicet propiùs accedunt ad reales actiones,
quàm tres illæ ad quas tamen coangustantur eæ quæ
11 à Iustin. mixtæ appellantur: † indéque apparet etiam
quàm falsum sit quod interpretes iidem nostri som-
niant, actiones istas personales quidem, sed in rẽ scri-
ptas tertiam constituere speciem actionum in quo
numero ponunt actionem ad exhibẽdum, Quod me-
tus causa, & petitionẽ hereditatis. Etsi n. verũ est tres
istas & alias nõnullas similes in rem scriptas esse, per-
inde tamen illud quoq; verum est esse illas merè per-
sonales, & nullo modo reales, ac si in rem scriptæ non
essent: & ob eam nimirum causam personales passim
appellantur, & personalium iure in omnibus censen-
tur, vt putà in eo, quòd sunt perpetuæ, nec vlla tempo-
ris præscriptione, si ius Pandect. inspicias, excludun-
tur, *l. 3. § est autem personalis. ff. ad exhib. l. metum 9 §. vlt.
12 ff. quod met. caus.* † *l. hereditatis 7. C. de petit. heredit. vbi
quod scriptum est, circa mixtæ personalis actionis ratio hoc
respondere compellit*, non ita accipi oportet, quasi peti-
tio hereditatis sit mixta actio ex personali & reali, vt
vulgò putant, sed vt significetur, Ex eo solo quod scri-
pta sit in rem, non posse inferri quod in specialibus in
rem actionibus, id est in vindicationibus inferretur,
summoueri eam per longi temporis præscriptionem,
hoc est decennij inter præsentes, & vicennij inter ab-
sentes: nempe quia non eo minùs verum est esse illam
in personam, & consequenter censeri debere perpe-
tuam exemplo cæterarum personalium actionum ci-
uilium, *tot. tit. Inst. De perpet. temp. act.* Dicuntur au-
tem actiones istæ in personam, & sunt reuera, quam-
uis in rem scriptæ sint, quia ex verbis formulæ dirigũ-
tur in personam certam, & quidem ita vt iudici pote-
stas fiat condemnandi illius contra quem diriguntur,
additis scilicet verbis illis dispositiuis, *iu eum condem-
nato*, quæ nec vsurpabantur, nec vsurpari poterant nisi
in formula personalium actionum. Quomodo enim
potuisset quis cõdemnari ex actione in rem, si verum
est, vt est, quod toties diximus in præcedentibus, A-
ctiones in rem non nisi contra eum competere, qui
13 nullo modo sit obligatus? † Sed & ideo dantur actio-
nes istæ in rem scriptæ, vt condemnetur ad dandum
aliquid vel faciendum & præstandum quæ etiam na-
tura est personalium actionum *d. §. 1. & §. appellamus.
Inst. de act.* Nam in actione ad exhibendum condem-
natur reus vt exhibeat. In actione Quod metus causa,
vt rem quam per vim aut metum, siue ipse, siue alius
extorsit, restituat; In petitione hereditatis, vt heredi-
tatem quæ sua non est, vero heredi restituat, vt proin-
de neque dubitari iam possit quin personales sint, ne-
que cur sint personales. † Sed illud difficilius est, nec- 14
dum bene explicatum, cur ergo in rem scriptæ dican-
tur: an quòd in formula fiat mentio rei, quæ petitur?
Atqui nulla erit actio adeò personalis, quæ non de-
beat dici scripta in rem, si ratio hæc est bona. Nulla si-
quidem actio esse potest nisi de re aliqua, nec proinde
vlla actionis formula, in qua rei mentionem fieri non
sit necesse. Puto igitur idcirco dici in rẽ scriptas, quòd
in concipienda formulæ condicione prætor ea ipsa
verba vsurparet, quæ vsurpare solitus erat in actione
quæ tota in rem esset directa, *si paret, rem cuius nomine
agitur, esse Titij actoris, eámque a Sempronio possideri, nec
eam Sempronius exhibebit:* Similiter actionis Quod
metus causa, fuit illa formula, *si paret, rem de qua agi-
tur, per vim aut metum extortam fuisse à Titio actore, nec
ei restituetur.* Illa denique petitionis hereditatis, *si pa-
ret hereditatem de qua agitur, ad Titium pertinere, & à
Mæuio nullo titulo possideri.* † Quibus formulis quantũ 15
ad conditionem omnino similis illa erat, quæ in vin-
dicationis actione vsurpabatur *si paret fundum, de quo
agitur, esse Titij* totáque differentia erat in verbis dis-
positiuis, quibus scilicet nulla condemnationis irro-
gandæ potestas fiebat iudici: sed tantùm pronuntian-
di rem esse petitoris. Quo facto iuberi quidem pote-
rat & debebat possessor, vt eam rem quam alterius
esse pronuntiatum fuisset, domino redderet: sed ita ta-
men vt in eo iussu iudex non tam iudicis, quam viri
boni officio fungeretur. Si tamẽ nollet possessor huic
iussui parere, poterat sequi condemnatio ex bono &
æquo, tanquam ex actione quæ exinde facta esset ar-
bitraria, *§. præterea Inst. de act.* de quo iã sæpiùs & plura
scripsi prioribus libris: at in actionibus personalibus,
quæ in rem scriptæ non essent, longè aliter obserua-
batur. Semper enim exprimenda erat in conditione
formulæ persona illius qui conueniebatur, vt appare-
ret propter quam causam actor intenderet dare illum
aliquid, vel facere oportere, puta in hunc modum, *si
paret, Titium Sempronio stipulati promisisse centum*, aut,
vendidisse Titio fundum Cornelianum, aut, *locasse hortos
Salustianos.* † Denique omnis formula constat ex con- 16
ditione & dispositione: Atqui conditio neque in a-
ctionum formulis, neque alibi vnquam disponit, *l. si
quis sub conditione 8. ff. si quis omiss. caus. t. stam.* Non ergo
quod in actionibus illis in rem scriptis, ita vt diximus,
concepta sit formula, facere potest, vt eo magis de-
beant dici reales, aut mixtæ, cùm in eo ex quo tota i-
psarum vis & substantia æstimatur, id est quantum ad
condemnationem ipsam extorquendam attinet, nihil
omnino habeant, quod sit ex natura merè personaliũ
actionum: ob idque personales actiones semper ap-
pellantur, numquam reales, numquam mixtæ. † Solẽt 17
verò & interpretes, & pragmatici nostri aliud exem-
plum adferre mixtæ actionis, petitum ex restitutione
in integrum, quæ siue minori, siue alij competat ex a-
liqua parte edicti prætoris De restitutionibus in inte-
grum ad eam rem consequendam, quæ fuerit aliena-
ta per contractum, cuius rescissio postulatur. Volunt
enim huiusmodi actionem habere duplicem causam
& potestatem: vnam iudicij, vt vocant, rescindentis:
alteram iudicij rescissorij: ex qua parte rescindens est,
id est comparata ad rescindendum contractum, qui
ob aliquam causam iniquè gestus esse dicatur, perso-
nalem esse: Realẽ verò, ex qua parte cõtinet iudicium
rescissorium,

rescissorium, quod competit rescissa per in integrum
restitutionem alienatione, atque ita esse mixtam ex
personali simul & reali, ex *l. in caus. 13 ff. de minor.* †
18 Quod autem aiunt actionem rescindentem esse per-
sonalem, verum est. Cùm enim competat ad distra-
hendum negotium quod fuit iure quidem, id est, se-
cundùm iuris solennitates, sed iniquè contractum, &
aduersus æquitatem naturalem, fieri non potest vt
non sit æquè personalis, atque si competeret ex con-
tractu. Eadem enim solet esse ratio distractus quæ
contractus est, vt & cæterorum contractuum, *§. item
is cui Inst. de obl. quæ ex quasi contr. nasc. l. ex empto 11. §. is
qui vina ff. de act. emp.* Actio autem quæ competeret ex
contractu esset merè personalis Ergo & illa quę com-
petit per in integrum restitutionem ad contractum
rescindendum. Rursus quod iidem volunt actionem
rescissoriam, quam vocant, realem esse, verum quo-
que est. Rescissoria enim dicitur, quæ rescissa per re-
stitutionem in integrum alienatione datur in rem, &
nihil aliud est quàm vindicatio *dict. l. in causa* §. 1. sed
quod volunt actionem hanc esse mixtam ex reali &
personali, falsum est euidenter. Duæ siquidem sunt
actiones prorsus separatæ, quarum vna merè persona-
lis est, vt diximus, altera merè realis. Sed natus est hic
error interpretum & pragmaticorum ex alio, quem
iidem induxerunt, existimantes iudicium rescindens
& rescissorium cumulari posse. Quem errorem quia
nos iam satis superque refutauimus in prima Hemis-
chiliadis nostræ parte *De error. pragmat. & interpr.
iur.* de eo plura hic non dicemus.

Capvt XI.

De distinctione dominiorum bonitarij & Quiritiarij directi & vtilis.

SVMMARIA.

1 *Actionem in rem vel directam vel vtilem esse.*
2 *Bonitarij domini appellatione quis contineatur?*
3 *Vtilis vindicatio cui detur?*
4 *Quid per superficiem & superficiarias ædes intelligatur?*
5 *Fundum emphyteuticarium à fundo vectigali differre.*
6 *Ea nomina à Triboniano confusa fuisse.*
7 *De autore & natura emphyteuseos.*
8 *De feudatario, siue vasallo & felonia ab eo commissa.*
9 *Feudum in plerisque iure emphyteutico simile esse.*
10 *Allodialia bona quæ dicantur?*
11 *Distinctionem dominij in directum & vtile, commentitiam esse.*
12 *Dominium bonitarium cum domino, quem* vtilem *Interpretes vocant nihil commune habere.*
13 *Sententia* §. si de vectigalibus 26. leg. si finita ff. de damn. infect.
14 *Refellitur vulgata Interpretum ad eum locum expositio.*
15 *Respondetur ad* l. si cùm venditor 66. ff. de euict. *pro superiore distinctione allatam.*
16 *Per actionem Publicianam, Seruianam & eam quæ de fundo vectigali proponitur possessionem semper dominium verò nunquam auocari.*
17 *Vtiles in rem actiones quo respectu sic appellentur?*
18 *Emphyteutam, superficiarium, vectigalis fundi possessorem, vasallum, nullum dominium nequidem vtile habere.*
19 *Vectigalem fundum nec ab eo qui eum in perpetuum conduxerat, nec ab alio quolibet bonæ fidei emptore vsucapi posse.*
20 *Publicianam tamen huius fundi nomine bonæ fidei emptori competere.*
21 *Fundos vectigales non magis longo tempore præscribi quàm vsucapi potuisse.*
22 *Respondetur ad* d. §. si de vectigalibus 26. dict. l. si finita.
23 *Directam vindicationem domino qui fundum vectigalem, emphyteuticarium, vel solum in quo superficiariæ ædes sunt, fruendum in perpetuum locauit, dari.*

Actio in rem, quæ speciali nomine vindicatio, & 1
petitio appellatur, duplex est, directa vna vtilis
altera. Directa ei tantùm datur qui sit dominus vel
iure gentium, vel iure ciuili, *l. in rem 23. D. de rei vind.*
Nam cùm vindicatio, sicut & cæteræ actiones omnes,
detur à prætore, Prætor autem duplicem dominij dif-
ferentiam agnoscat, vnam bonitarij, aliam Quiritiarij,
quam & tota vetus iurisprudentia agnouit, consequẽs
est vt ex hac quoque duplici causa det vindicationem
domino scilicet Quiritiario, & domino bonitario, † 2
qua bonitarij appellatione continetur quisquis domi-
nus est, siue iure duntaxat gentium, siue ex autoritate
prætoris, qualis est bonorum possessor, *l. 1. ff. de bon poss.*
Item is cui seruus ex causa noxali addictus fuit. *l. 2. §.
vlt. ff. si ex nox. caus. agat.* Rursus is, qui ex causa damni
infecti missus est in possessionem, *l. 1. ff. de iur. dot. et l. si
finita 15 § Iulia. ff. de damn. infect.* † At vtilis vindicatio 3
datur etiam ei qui nullo iure dominus sit, id est, neque
gentium, neque ciuili, quamuis non nisi ex iusta cau-
sa. Eiusmodi est Publiciana, quæ contra iniustum pos-
sessorem datur ex edicto prætoris ei qui rem alienam
bona fide vsucapere cœperat, quasi vsuceperit, quam-
uis nondum impleta sit vsucapio, *§. namque. Inst. de act.*
Item actio quæ datur agri vectigalis nomine, de qua
in *l. 1. & tot. tit. ff. si ager vectig. & emphyt. pet.* qui titulus
ideò positus est post tit. *De publician. rem act.* Et rursus
ille post tit. *De rei vindic.* quia vterque est de rei vin-
dicatione vtili, non directa. Sic enim accipiendum est
quod in d. l. 1. scriptum legimus, Eis qui in perpetuum
fundum fruendum conduxerunt à municipibus, quã-
uis non efficiantur domini, competere tamen actio-
nem in rem non tantum aduersus possessorem quem-
libet, sed etiam aduersus municipes ipsos, si modò ve-
ctigal soluant. Eiusdem etiam iuris est superficiarius,
qui superficiem in alieno solo habet, † Quo superfi-
ciei nomine intelligimus quicquid est supra faciem 4
soli, vt nomen ipsum sonat, quemadmodum soli &
fundi esse dicimus id quod terra in se tenet, *l. fundi 17.
ff. de act. emp.* Superficiarias verò ædes appellamus,
quæ positæ sunt in alieno solo in perpetuum condu-
cto, *l. in specialis 73. in fin. & l. sequ. ff. de rei vindic. l. 2. ff. de
superfic.* vbi Caius scribit huiusmodi ædium superficia-
riarum proprietatem & ciuili & naturali ratione eius
esse, cuius & solum est, quia non subsistunt nisi in so-
lo & propter solum cui inhæret. Vnde etiam est quod
ait *l. 1. §. is autem. eod. tit.* cum in cuius solo superficies
est, vtique non indigere vtili actione, cùm eo nomine
habeat directam in rem qualem habet de solo ipso.
Eadem igitur ratio facit vt superficiario necessaria sit
vtilis prætoria, cum non possit habere directam, quia
dominus non est. Eadémque ratione nec habet actio-
nem de vsufructu, nec de seruitute, nec Communi di-
uidundo, nec interdictum, sed omnia iudicia ista vti-
lia. Similiter emphyteuta nõ nisi vtilem in rem actio-
nem habere potest, quia nec dominus est † Emphy-
teuta enim is demum est, qui alienum fundum, vel in 5
perpetuum, vel saltem in longum tempus fruendum
conduxit, nõ à municipibus, in quo differt à vectigali,

sed à priuato quolibet, eadem tamen lege qua fundi
vectigales conduci solebant, vt in recognitionem do-
minij quotannis pensio aliqua pendatur, quæ in ve-
ctigalibus fundis vectigal dicitur in fundis verò fis-
calibus, & reipub. tributum, vt quandiu penditur, non
6 possit conductor expelli. † Vnde est quod in tit.
Pandect. Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius
petatur, confusa sunt à Tribon. ea nomina, tanquam
synonyma: cum tamen veteribus I. C. incognitum
fuerit nomen & ius emphyteuseos, non etiam vecti-
galium agrorum: de quibus in *leg. lex vectigali 31. ff. de
pignor. l. si finita 15. §. si de vectig. ff. de dam. infect. l. Impe-
ratores. 7. & pass. de publica. & vectig.* † Primus Zeno
7 Imp. fuit qui contractũ hunc emphyteuticũ certo &
nomine & iure donauit in *l. 1. C. de iur. emph.* vbi con-
stituit, quod ad rem nostram maximè pertinet, vt ne-
que alienationis titulis adiiciatur, sed sit tertium &
separatum genus, suam formam accipiens, ex conuen-
tionibus contrahentium, cùm antea dubitaretur an
esset locatio & conductio, quia inciperet à locatione
(qua de causa Tit. *De iur. emph.* in Codice sequitur
immediatè titulum *De locat. & conduct.*) an potiùs
emptio & venditio, propterea quòd non magis à do-
mino expelli posset conductor, quàm si emisset: an de-
nique societas quædam fructuum & commodorum
rei emphyteuticæ inter dominum & emphyteutã §.
8 *adeo autem. Inst. de locat.* † Emphyteutæ comparatur e-
tiam feudatarius siue vasallus, qui accepit à domino
feudum, id est beneficium possessionis certæ rei, cuius
possessionis commoda omnia tandiu sit percepturus,
quandiu se beneficio indignum non reddiderit, quod
ipsum eueniret vt se beneficio indignum redderet, si
non paréret condicionibus, sub quibus feudum acce-
pisset, vel quod esset grauius, si vim aut insidias domi-
no struxisset. quod Feudistæ vocant, Feloniam com-
mittere Sunt enim nomina ista omnia barbara & ex
lingua Longobardorum ex quorum moribus totum
ipsum ius Feudorum deriuatum est. † Quanquam il-
9 lud etiam dici potest, sicut à iure vectigali originem
traxit ius emphyteuticum, ita & à iure emphyteutico
feuda promanasse Habent enim pleraque similia, nisi
quòd & de nobilioribus bonis fieri solent, & melio-
ribus conditionibus. Cæterùm si quid sit in quo non
habeant feuda propriam naturam, placet iisdem legi-
10 bus ea regi quibus & bona emphyteuticaria. † Bonis
verò feudalibus & emphyteuticariis opponuntur illa
quæ nos vocamus allodialia, quæ libera sunt ab omni
onere soluendi canonis, vel tributi annoi, aut alterius
præstationis, & quorum dominium sibi vindicare a-
lius nemo possit. Istis ergo omnibus quia domini non
sunt vindicatio directa competere non potest, compe-
tit tamen vtilis in rem actio, ne sit in potestate iniusti
cuiusque inuasoris occupata possessione, eo prætextu
quòd non sint ipsi domini, ius eorum lædere, præter id
quod dici solet, verúmque est plus cautionis in rem
esse quàm in personam *dict. l. 1. §. 1. ff. de superfic. l. plus
cautionis 25. de reg. iur.* † Hæc verò duplicis in rem a-
11 ctionis distinctio, magnam interpretibus errandi oc-
casionem præbuit, existimantibus, sicuti actio in rem
alia directa est, alia vtilis, ita & dominium duplex es-
se, directum vnum, vtile alterum: nempe quia vide-
runt huiusmodi actionis causam à domino potissi-
mùm pendere. Neque tamẽ locum aliquem iuris no-
stri proferre possunt, quo hæc distinctio, quæ prorsus
commentitia est, probetur. Non enim agnoscunt Iu-
reconsulti alium dominũ quàm qui talis sit iure gen-
tium, vel ciuili, id est, qui vel bonitarius sit, vel Quiri-
12 tiarius. † Et quàuis domini, quos nostri vocant vtiles,
videatur habere nescio quid simile cum dominis bo-
nitariis, quantum tamen ab iis differant, vel ex eo in-
telligimus quòd dominij bonitarij habebant olim di-
rectam vindicationem, vt cernere est in marito vindi-
cante rem dotalem, cuius vtique dominium non ha-
bet nisi bonitarium, *l. doce 9. C. de rei vind. sũil. l. quam-
uis 75. ff. de iur. dot.* Nam nec aliud quicquam est, Rem
in bonis habere, quàm eius recuperandæ nomine, si
eam amiserimus, habere actionem, aut eius retinendæ
gratia, exceptionem, *l. rem in bonis 52. ff. de acquir. rer.
domin. l. ad apud se 143. de verb. sig. l. is qui actionem 15. de
reg. iur.* At illi, quos vulgò nostri dominos vtiles ap-
pellant, vtilem duntaxat in rem actionem habent,
nunquam directam: Non sunt ergo domini bonitarij.
† Idque omnium elegantissimè probat, quod Vlp. scri- 13
bit in *d. l. si finita 15. §. si de vectig ff. de damn. infect.* vbi
tractans de vectigalib. ædibus, quæ ruinam meis mi-
nentur, distinguit, An egerim contra possessorem vt
mihi caueretur, an contra ipsos municipes: vt si con-
tra municipes, eadem omnia sint obseruanda, quæ si
contra quemlibet alium dominum ageretur, nimirũ
vt si mihi non caueatur, iubeat prætor primo decreto
me mitti in possessionem ædium vectigalium, non ad
faciendum me possessorem multò minùs dominũ bo-
nitarium: sed ad cautionem ex longæ possessionis tæ-
dio extorquendam, quæ si non præstetur, tum demum
secundo decreto iubeat me mihi eas ædes possidere:
cuius decreti secundi potestate non tantùm nouus
possessor fiam (siquidem verè possidere nihil aliud est
quàm sibi habere) verùm etiam dominus bonitarius,
& ex illo tempore incipiam vsucapere ad acquiren-
dum mihi dominium Quiritiarium, vt scribit & sen-
tit Vlp. in *§. Iul. eiusdem legis.* At si non agam contra
municipes, qui soli sunt domini ædium vectigalium,
sed contra te qui tantùm sis possessor, iubebit prætor
me perinde quidem mitti in possessionem, te non ca-
uente: sed quamuis perseueres non cauere, non ideò
iubebit me mihi possidere, quia secundo illo decreto
faceret me dominum bonitariũ, & ita præstaret mihi
causam vsucapiendi, quorum tamẽ neutrum fieri po-
test, quia non plus iuris ob tuam contumaciam præ-
tor in me transferre potest, tu verò qui ædes istas tan-
quam vectigales possidebas, neq dominus bonitarius
fuisti, neque illas vnquam vsucapere potuisti, obstan-
te videlicet mala fide, cùm hoc ipso quod sciuisti ve-
ctigales esse, scieueris etiam alienas. Certum quippe
vsucapionem non magis posse procedere sine bona fi-
de, quàm sine possessione, *l. vbi lex 24. cum seq. l. quam
rem 38. ff. de vsucap.* Igitur hactenus mihi succurret
prætor, vt decernat eodem iure esse apud me istas æ-
des vectigales, quo fuerunt apud te qui non cauisti.
Post quod decretum ita interpositum, etsi nullo mo-
do ero dominus, quia neque tu fuisti, habebo tamen
actionem vectigalem, id est vtilem in rem, quia & tu
eam haberes. † Eáque loci illius sententia est, non ea 14
quam vulgò docent interpretes qui horum omnium
ignoratione sic Vlpianum intelligunt, quasi tractet
ille vnam duntaxat speciem de eo qui egit ex causa
damni infecti contra municipes: distinguat verò an
municipes domini sint, necne; vt si sint, amittãt statim
dominium ædium ex secundo decreto propter suam
contumaciam: si non sint, vsucapiendi duntaxat con-
ditionem transferant in eum qui missus fuit: cùm ta-
men apertissimum sit duos casus tractari ab Vlpiano:
priorem, quo agatur contra ædium vectigalium pos-
sessorem, qui nunquam dominus est: posteriorem ve-
rò, quo cõtra ipsos municipes agatur, qui semper sunt
domini. Nec. n. vectigalem fundum perpetuò fruen-
dum

15 dũ dare posset is qui dominus ipse non esset. †Fefellit
plerosque ex interpretibus etiam subtilioribus, sub-
tilissimus Papin. noster in *l. si cum venditur 66. ff. de e-
uict.* vbi separat ille actionem Publicianam, & eã quæ
de fundo vectigali proposita est à Seruiana, vel po-
tiùs quasi Seruiana, quòd quamuis omnes sint in rem,
attamen hypothecaria non auocat nisi nudam pos-
sessionem, quam nostri interpretantur eam esse quæ
sit à dominio separata; vt inferant, per alias actiones,
Publicianam scilicet ac vectigalem non auocari nu-
dam possessionem, auocari ergo dominium aliquod.
Atqui non directum, inquiunt, vt est in confesso: Ergo
vtile. Sic enim ratiocinantur. Sed neganda est & in-
terpretatio & consecutio. Nudam enim possessionem
intelligit Papin. non ex comparatione illius quæ sit
coniuncta cum dominio, vt isti putant, sed illius quæ
sit coniuncta cum emolumento fructuũ, & vtilitate.
16 † Nam & proculdubiò per tres illas actiones auoca-
tur semper possessio, nunquã dominium, sed cum hac
tamen differentia, quòd per quasi Seruianam nuda
tantùm possessio auocatur, quia quantumuis creditor
post auocatam possessionem perceperit fructus ex re
sibi obligata, illi tamen non creditoris lucro cedunt,
sed debitoris: siquidẽ cogitur creditor eos sibi in sortẽ
computare, id est in solutum & exonerationem quã-
titatis debitæ, adeóque si excedant sortem, cogitur
reddere superfluum debitori pignoratitia quandoque
agenti, *l. 1. C. de pign. act.* perinde ac si debitor ipse eos
percepisset, deinde creditori soluisset. Itaque auocata
possessio nullam aliam vtilitatem adfert creditori, nisi
vt possit rem retinere quousque fuerit sibi satisfactũ,
aut pignus distractum. At Publiciana, & actio de fun-
do vectigali non nudam possessionem auocant, sed
plenam, coniunctam scilicet cum emolumento fru-
ctuum, quos perinde facit suos possessor, acsi verè do-
minus esset, quia percipit eos suo nomine & iure, ille
quidem propter bonam fidem quæ hoc casu tantum
operatur, quantum penè veritas ipsa, quia lex impedi-
mẽto non est, *l. bona fides 48. de acquir. rer. domin. l. bona
fides 136. de regul. iur.* hic verò quia fructus percipit ex
veri domini voluntate, *l. si seruus 61. § locaui. ff. de furt.*
17 †Concludendum igitur est, vtiles in rem actiones di-
ci non ratione vllius dominij vtilis, sed ad differentiã
actionũ directarum, quia cùm directę non competant
nisi ratione dominij, aut bonitarij, aut Quiritiarij, vti-
les è contrario competunt, non ex causa dominij ali-
cuius, sed ex eo iure quod quis habeat in re aliena,
cùm ius tale est vt non possit ab eo inuito auferri, nõ
magis quàm si cum possessione dominiũ coniunctum
inueniatur. Tale porrò ius habent emphyteuta, su-
perficiarius, vectigalis fundi possessor, vasallus, & alij
qui sunt similes, quibus quod non sint domini actio-
nem directã denegamus, sed ita tamen vt vtilem iis
propter ius quod in re habent, domino quoque inui-
18 to, in ipsum etiam dominũ concedamus †Nullum e-
nim dominium istos habere ne quidem vtile præter
eã quæ diximus, ex illo etiã constat, quod Paulus scri-
bit *in leg. cum sponsus 12. § in vectig. de public. in rem act.*
vectigalia prædia, & superficiaria & alia eiusmodi ca-
19 pi non posse. † Quod haud dubiè sic accipiendum est
vt non tantùm ab eo vsucapi non possint qui fundũ
in perpetuum conduxerit fruendum (huius enim ma-
la fides euidens impedit vsucapionem, cùm sciat fun-
dum esse alienum, siquidem nemo rem suam condu-
cit, *l. neque pignus 45. de reg. iur.*) sed nec ab alio quoli-
bet bonæ fidei emptore, qui emerit à possessore tan-
quam rem possessoris, non tanquam superficiarũ fun-
dum, aut vectigalem. Id enim non aliam rationem
habet, quàm quia vsucapio sit acquisitio dominij *l. 3.
ff. de vsuc.* dominium autem huius rei nullum sit penes
eum, qui fundum perpetuo fruendum locauit: in cu-
ius porrò præiudicium non potest permitti vsucapio,
quæ scilicet non fuit inducta nisi ad puniendam do-
minorum negligentiam, & ne dominia rerum semper
essent in incerto, *l. 1. & 2. eod.* Atqui nulla est negligen-
tia domini patientis fundum suũ quem fecerit vecti-
galem possideri siue ab ipso conductore, siue ab alio
cui conductor tanquã suum vendiderit, quia nec po-
test impedire quominùs eo fundo conductor fruatur
suo arbitrio, & de eo disponat, dummodò vectigal
annuũ pendatur. In eóq; diuersa ratio est huiusmodi
fundorum, & aliarum rerum quæ dicuntur vsucapi
non posse propter aliquod suum vitiũ, fortè quia sint
furtiuæ, aut vi possessæ. Quòd enim fundi isti vsucapi
nun possunt, non fit propter vitium aliquod rei, sed
propter solum fauorem domini, ne factum alienũ ei
noceat cui nihil potest imputari. † Ideóque scribit 20
Paul. in *d. §. in vectigalib.* etiam huiusmodi fundorum
nomine Publicianam competere, si quis fortasse talẽ
fundum, non tanquam vectigalem, sed tanquam pro-
prium sui possessoris emerit bona fide, eiúsque posses-
sionem sine culpa sua postmodũ amiserit. Quamuis e-
nim regulare sit, vt Publiciana non detur nisi ei qui
erat in cursu vsucapiendi, & eo colore quasi iã vsuce-
perit, qui color subesse non potest, cùm de ea re agi-
tur, quæ vsucapi non potest: aliud tamen est in hoc ca-
su, quia quod hic emptor qui Publicianam exercere
vult, non possit vsucapere, non fit ex vitio personæ a-
ctoris, quem ponimus bonæ fidei emptorem, neque
furtiuam esse, neque vi possessam, sed solo fauore mu-
nicipum: Qui fauor non debet ei prodesse qui possess.
iniustè occupauit, non magis quàm si vsucapi fundus
posset. Ac quamuis proposita hoc casu Publiciana nõ
sit allatura huic bonæ fidei emptori commodũ vsuca-
pionis & dominij, tamen ei proderit ad hoc vt auocet
possessionem, & quidem non nudam, sed cũ emolu-
mento fructuũ *d. l. si cum venditor 66. de euict.* quos fru-
ctus exinde percepturus ille est, suósque in perpetuũ
facturus, dummodò vectigal annũ municip persolua-
tur. Cæterùm si fundi vectigalis esset aliquod domi-
nium vtile, certè nihil obstaret quin posset vsucapi,
saltẽ quantum ad hoc dominiũ vtile pertineret, quia
quæ ratio impedit vsucapionẽ ratione dominij, quod
interpretes directum vocant, quia videl. nihil domino
imputari possit, eadem nõ habet locũ in dominio isto
vtili cùm ei qui fundum vectigalem conduxit, neque
vectigal soluatur, neque aliud quicquam præstetur,
propter quod prohibeatur agere vtili in rem actione,
si quis alius fortè ipso ignorante fundum illum, tan-
quam suum vendiderit: † Et hæc sententia est *d. §. in* 21
vectigalib. malè perceptus ab iis, qui hac parte distin-
guunt vsucapionem à longi temporis præscriptione,
quasi fundus vectigalis, qui non potest vsucapi, possit
tamen præscribi, nempe vt concilient Paul. cum Vlp.
in *d. l. si finita. § Iulianus.* Etsi enim toto iure. Pandect.
plures inter vsucapionem & longi temporis præscri-
ptionem differentiæ fuerunt, de quarum nonnullis iã
scripsimus lib. superiore, nulla tamen fuit hac parte,
nec magis potuerunt fundi vectigales longo tempore
præscribi quàm vsucapi. † Sed quod scriptum est in *d.* 22
§. si de vectigalib. posse longo tempore dominium eo-
rum acquiri, restringendum est ad speciem, quam ibi
tractat I.C. in qua scil. municipes ipsi iussi sint à præ-
tore cauere de dãno infecto ob ædes vectigales, qua-
rum illi erant verè domini. Nam si parere nolint, &
perseuerent non cauere, coerceri possunt & debent

hactenus vt vicinus qui damnum timet iubendus sit
ædes illas sibi possidere. atque ita exinde vsucapere
eas possit contra municipes, quibus nimirum hoc ca-
su potest imputari cùm propria ipsorum contumacia
23 puniatur.† Illud addere placet, Non solùm non com-
petere vindicationẽ supradictis personis, sed & quod
magis est contra omnes istos directam vindicationem
dari domino, qui fundum vectigalem vel emphyteu-
ticarium, vel solum in quo sunt superficiariæ ædes
fruendum in perpetuum locauit, quia cùm sit ille do-
minus & quidem solus (nec enim plures eiusdem rei
domini esse possunt vulg. *l. 5. §. si duobus vehiculum. D.
commo*) non potest vindicatio ei summo iure denega-
ri, *l. 1. §. is autem. D. de superf.* vbi hanc ob causam scri-
ptum est, superficiarum aduersus quem dominus soli
velit superficiem vindicare exceptione in factum da-
ta indigere vt se tueatur. Nec enim exceptione vlla
indigeret si nulla contra eum actio competeret, cùm
exceptio omnis præsupponat actionem. Habet, verò
superficiarius exceptionem ex regula iuris, quæ facit
vt cui damus actionem, eidem multo magis exce-
ptionem dari oporteat, *l. inuitum 156. §. cui damus De
reg. iur.* Nec enim dubitatur quin superficiarius vti-
lem actionem in rem habeat non tantùm contra pos-
sessorem quemlibet, sed etiam contra dominũ ipsum,
*d. l. 1. §. vlt. D. si ager. vectig. id est emph pet. d. l. 1. ff. de su-
perfic.* Quod si quis miretur dari vindicationem ei i-
psi qui contraxerit, quique vindicando fundum velit
contra factum suum venire, debebit is cogitare hoc
fieri ex mera iuris necessitate, quia ne quidem ex vo-
lũtate domini fieri potest quin superficiem solo sem-
per cedere sit necesse, *l. 3. §. sed si supra aedes. ff. vti possid.*
vnde fit neque per vsucapionem possit vnquam ac-
quiri superficie, sine solo, *l. nunquam 26. ff. de vsu.*

CAPVT XII.

De seruitutibus per aditionem confusis à legatario vel fideicommissario restituendis, ad l. Papinianus 18. alias l. in omnibus. ff. de seruit. & l. si ci 9. ff. comm. præd.

SVMMARIA.

1 *Seruitutes prædiales per confusionem extingui, & quando ea confusio contingat?*

2 *Seruitutes reales immediatè prædys, mediate verò personis deberi.*

3 *Declaratur* l. si quis ædes 30. ff. de seruitut. vrban. præd.

4 *Seruitutem quæ à prædio testatoris fundo heredis ab eodem testatore scripti debebatur, adita per illum heredem hereditate confundi.*

5 *An si testator fundum qui heredis scripti prædio seruitutẽ debebat, extraneo legauerit, fundus ille legatario quasi seruitute per aditionem confusa liber fiat?*

6 *Examinantur quædam Papiniani verba in* l. Papinianus 18. ff. de seruit.

7 *Legatum vindicationis non autem damnationis recta via quasi nunquam factum heredis in legatarium transire.*

8 *Ad fundum per damnationem legatum pertinere quod in* d. l. *Papinianus de seruitutibus per aditionem confusis dicitur.*

9 *Cur in ea specie seruitute fundi legati per heredis aditionem confusá, heredi exceptio aduersus legatarium detur?*

10 *Seruitutes à fundo legato debitas, hodie per aditionem non confundi.*

11 *Illud etiam obtinere si fundus qui seruitutem debet per damnationem legatus sit?*

12 *Fundo hereditario qui heredis prædio seruitutem debebat, ab herede alienato, an seruitus in pristinum statum restitui debeat?* & ad leg. si ci 9. ff. commun. præd.

SIcuti † personales ita & prædiales seruitutes per 1
confusionem extingui constat, eámque contingere quoties idem cœpit esse dominus vtriusque prædij tam dominantis, quàm seruientis, *l. 1. ff. quemadmo. seruit. amitt.* Nam cùm seruitutes nihil aliud sint quàm iura prædiorum, nec proinde quicquam aliud quàm ipsa prædia qualiter se habentia *leg. quid aliud 86. de verb. signi.* fieri certè nequit vt prædium vllum taliter se habeat, vt ei seruitus aliqua debeatur ab alio prædio quod sit eiusdem domini, ea propemodum ipsa ratione quam solemus vsurpare, cùm quærimus, Cur personales seruitutes confusione extinguantur, si forte is cui vsusfructus, vel vsus, vel habitatio debebatur cœperit esse dominus fundi seruientis. *l. si tibi 17.
l. si seruus 27. ff. quibus mod. vsusfr. amitt.* † Etsi namq; in- 2
ter seruitutes personales, & reales ea differentia est, quòd personales debentur personis, reales verò prædijs principaliter, & immediatè, fatendum tamen est, etiam reales deberi personis mediatè, cùm non possim dominus esse rei meæ quin dominus etiam sim iurium omnium, quæ ad rem illam meam pertinent. Proinde non magis fieri potest, vt res mea seruiat rei meæ, quàm vt seruiat mihi ipsi, quod vtique certum est fieri nullo modo posse *l. 26. fruc 5. ff. si vsusf. pet. l. in re
communi 16. ff. de seruit. vrban. præd.* † Idque est quod ait 3
Paulus in *l. si quis ædes 30. ff. eod. tit.* si quis ædes quæ suis seruiebant, emerit, sibique traditas acceperit, confusam sublatamque esse seruitutem, ita vt si eas rursus vendere velit, eandémque seruitutem habere nominatim illam imponere debeat, alioquin, liberę, inquit, ædes veneunt: vbi obseruandum est, quod traditionẽ emptarum ædium Paulus requirit, quoniam *sola* venditio citra traditionem non transferret dominium in emptorem, nec proinde confunderet seruitutem, quæ nulla alia ratione quàm propter dominij acquisitionem confunditur. Indéque etiam fit, quod sequitur apud Paulum, vt si partem prędij nactus sim, quod meo prædio aut cui prædium meum seruiebat, non confundatur seruitus, pro ea scilicet parte prædij quam non acquisiui, sed tantùm pro alia parte quam acquisiui. Itaque seruitus hoc casu pro parte retinetur, licèt ab initio neq; acquiri, neq; adimi pro parte possit, *l. vt pomum 8. §. 1. eod. tit. l. pro parte 11. ff. de seruit. l. vnus
ex socijs 34. rustic. præd.* † Quibus consequens est, vt si 4
is, cuius fundo debebatur seruitus à prædio testatoris, heres à testatore scriptus sit, eiusque hereditatem adierit, confundatur seruitus. Cùm enim heres per aditionem fiat dominus prædij seruientis, vt & cæterorum omnium bonorum defuncti, (nam nec aliud est heredem esse, quàm esse dominum, *§. vlt. Inst. de hered. qualit. & differ.*) perinde necesse est hoc casu induci confusionem, atque si alio acquisitionis genere dominium nactus esset: quemadmodum & personales actiones confunduntur, quibus aut testator contra eũ qui nunc heres est, aut is qui nunc heres est, contra testatorem poterat experiri confluente nimirum in eandem personam in vtroque iure & debitoris & creditoris, *l. debitori 7. C. de pact. l. debitore 50. ff. de fideiuss.* Nec enim ipsa rerum natura patiatur vt quis sit sui ipsius debitor, aut creditor, non magis quàm vt quid vno eodémque respectu sit & agens & patiens. † Quid 5
ergo si testator eũ fundũ qui fundo Titij seruitutem debebat,

debebat instituto Titio herede, legauerit Sempro-
nio? Vtique non potest irreuocabiliter valere aut
confirmari legatum nisi adita demum per heredem
institutum hereditate, *vulg. l. si nemo 9. ff. de testam. tu-
tel.* Ergo hoc etiam casu omnimodo confundi serui-
tutem necesse est, cum ea confusio per hereditatis a-
ditionem inducatur. Atqui nô fuit legatum Sempro-
nio prædium liberum, sed quale fuit penes testato-
rem testamenti & mortis tempore. Ergo dicendum
est, Sempronio & legatum petenti nociturnam doli
exceptionem, si non patiatur eam seruitutem iterum
imponi quæ per aditionem fuerit confusa. Atque ita
ex Pap. scriptum est in *l. Papin. 18. alias l. in omnib. ff. de
seruit.* Esset enim per absurdum meliore iure penes le-
gatarium esse prædium quod ei datum est, quàm fue-
rit penes testatorem *l. absurdum est 160. § absurdum. De reg.
iur.*
6 † Quod cùm ita sit, mirari quis non abs re possit,
cur ita scripserit Papin. *in omnibus seruitutibus, quæ adi-
tione confusæ sunt*: quasi verò non omnes seruitutes per
aditionem confundantur, quæcunque legato prædio
antea debebantur. Atqui nec legatum vllum aliter
valere potest quàm si adita sit hereditas, nec rursus
hereditas adiri, quin heres fiat dominus rerum om-
nium hereditariû. Quis ergo casus esse potest in quo
seruitutes fundo legato debitæ à prædio aliquo testa-
toris, minimè per aditionem confundantur? Quod si
respondeas tractare nos de seruitute debita à fundo
legato, non à fundo hereditario, dominium autem
fundi legati transire recta via à testatore in legata-
rium, quasi numquam factum heredis *l. a Titio 64. in
fin. ff. de furt. l. legatum 80. de leg. 2.* maior erat dubitatio,
cur ergo aditione hereditatis confundantur seruitu-
tes, cùm non alia ratione soleant confundi per aditio-
né, quàm quod aditio inducat acquisitionem dominij
in persona heredis, quod tamê hîc non euenit, vbi do-
minium rei legatæ acquiritur legatario, non heredi.
Quidam putauerût, respexisse Papinianum ad diffe-
rentiam constituendam inter legatum purum & con-
ditionale, quòd legati puri dominium transeat in le-
gatarium recta via, non etiam legati conditionalis, cu-
ius quippe dominus est heres pendête legati côditio-
ne, *l. fundus 4. D. si vsusfruct. pet. l. si cuius 11. §. heres. D.
quemad. seruit. amit.* Sed parum probabiliter. Legatum
enim conditionale quandiu pendet, ne quidem lega-
tum esse intelligitur. *l. in cuj. 42. D. de oblig. & act.* quod
& ipsum colligi potest ex *l. dominus 58. D. de vsufr.* Et
ideo quamuis confundantur seruitutes heredi debi-
tæ, nihil tamen est quod de earum restitutione tra-
ctari possit nisi ponas condicionem legati postea ex-
titisse. At rursus vbi extitit conditio legati, habetur il-
lud pro puro, & conditio quæ nihil nulláq; iam est, fa-
cere non potest quin perinde omnia seruari debeant
acsi legatum ab initio purè relictum fuisset, & conse-
quenter dominium ipsius recta via & ipso iure ad le-
gatarium hoc quoq; casu transisse intelligitur, *d. § he-
res, quemad. l. potior 11. § 1. in fin. D. qui potior. in pign. hab.*
Ergo quemadmodû volunt illi legatum purè relicto
nullá fieri confusionem seruitutis heredi debitæ, quia
nullo instanti reperiatur heres dominus fundi ser-
uientis: ita & fateri eos necesse est confusionê nullam
fieri posse eo casu quo legatû fuerit relictû sub condi-
7 tione quæ extiterit. † Debuerût ergo respôdere quod
nos respondemus, separanda esse hæc; atrê nô legata
pure à conditionalib. sed legata vindicationis à lega-
tis per damnationê relictis. Quod. n. dicimus rei lega-
tæ dominiû trâsire recta via in legatariû, quasi num-
quâ factum heredis, pertinet ad legata vindicationis
duntaxat, non etiâ ad legata damnationis, quorû illa
quippe erat formula vt heres tenu legatam dare lega-
tario damnaretur, quo *dandi* verbo cum translatio
dominij significetur, *l. vbi autem 75. § 10. ff. de verb. obl.
notât. l. si a substituto 35 §. heres de leg. 1. l. non videntur 161.
de reg. iur.* non poterat fieri vt heres legatario daret
eàm rem, cuius ipse dominus antea non fuisset † Ita- 8
que legato per vindicationem eo fundo, qui seruitu-
tem debebat prædio heredis, nulla poterat fieri con-
fusio seruitutis, transeunte legati dominio in legata-
rium tam citò, quàm domino hereditatis in heredem.
Vtrumque nimirum fit eiusdem legis duodecim ta-
bularum potestate, quæ omnes vltimas voluntates
per legis modum, id est imperatiuè factas, æquè con-
firmauit, ac proinde non minus legata, quàm institu-
tiones, cùm & ipsum legandi nomen ea in re vsurpa-
uerit; At legato per damnationem fundo necesse e-
rat fieri confusionem seruitutis; eóque demum casu
locum habet quod Papin. placebat, legatariû peten-
tem legatum doli mali exceptione repellendû esse, si
non patiatur eam ipsam imponi seruitutem quæ fue-
rit sublata per confusionem. Eam ipsam, inquam, spe-
cie, non numero. Nec. n. fieri potest, vt semel extinctû
ius reuiuiscat, *l. qui res 98. § in eam. de solu. l. si pro parte
10. § pen. D. si serui vendic.* † Ideò autem doli exceptio ne- 9
cessaria est heredi, quia ipso iure verû est & legatû de-
beri legatario, & deberi sine seruitute, cùm seruitus sit
confusa. Sed æquitate exceptionis illud inducit, quòd
cùm legatarius petit fundum sibi tradi liberum, qui
fuerat seruus penes testatorem, captat lucrum ex dâ-
no alieno per occasionem iuris ciuilis contra natura-
lem æquitatem *l. 1. D. de doli except.* Nec enim audien-
dus est si velit imputare heredi cur facto suo confu-
derit seruitutem adeundo hereditatem, quin potius
id æqui bonique consulere debet, haberéque gratiam
heredi quo non adeunte legatum intercidisset. Perpe-
tuum enim est vt nemo possit alteri obiicere factum
ex quo ipse lucrum sentiat *l. si extraneus 33. cum in fun-
do 78. § quod si mulier. D. de iur. dot.* † Consequens igi- 10
tur est superioribus, vt hodie numquam possint con-
fundi seruitutes debitæ à fundo qui fuerit legatus,
postquam placuit Iustin. in *l. 1. & 2. C. com. de leg.* vete-
res illas legatorum differentias omnes tollere, & om-
nib. tam legatis quàm fideicommissis vnam eandém-
que naturam imponere. Etsi enim non satis apertè ex-
pressit ille, quamnam voluerit esse hanc naturam om-
nium legatorum & fideicommissorum, eámne quæ
olim erat legatorum per vindicationem, an verò quæ
legatorum per damnationem: nullus tamen hac parte
dubitationi locus relinquitur; quin legatorum om-
nium, adeóque fideicommissorum singularium natu-
ra ea hodie sit, quæ erat legatorum per vindicatio-
nem, cùm inter ceteras actiones quas pro legato & fi-
deicommisso quolibet dari voluit Iustinianus, sit e-
tiam vindicatio, quæ tamen nec competere, nec dari
vllo modo posset, si dominium rei legatæ aut per fi-
deicômissum relictæ non transiret in legatariû aut fi-
de commissarium recta via, quandoquidem dominij
vindicatio sola illa est, quæ tribuere potest vindicatio-
nem. † Itaq; cum legato etiam per damnationem reli- 11
cto dominium perinde transeat in legatarium, acsi le-
gatum esset per vindicationem, fieri nequit vt heres
qui oneratus legato fuit reperiatur vnquam dominus
fundi seruientis, non magis quàm vt legatarius inue-
niatur dominus prædij dominantis: atq; ita cessat tota
illa ratio quæ poterat inducere confusionem serui-
tutis, etsi non ignoro in aliis quibusdam datam esse
omnibus legatis naturam quæ olim erat legatorû per
damnationê: de quo plura scripsimus lib. 6. c. 1. † Non 12

valde dissimile est quod Pomp. scribit in *leg. si ei. 9. D. comm. p̄d. actior.* Si ei cuius prædium meo seruiebat, heres extiterim, & eam hereditatem tibi vendiderim, restitui in pristinum statum seruitutem debere, quia id agitur inter nos, inquit, vt tu quasi heres videaris extitisse: sensus est, id videri inter nos actum, vt tu eodem iure habeas res hereditarias quo haberes, si heres esses: ac proinde quo fuerant apud defunctum. Neque enim si heres esses, plus iuris habere posses in rebus hereditariis, quàm defunctus habuisset, cùm hereditas id tantùm transfundat in heredem quod fuit defuncti & hereditatis, *l. 1. §. Scæuola. D. si is qui test. un. lib. ess. iuss. fit.* Atqui defunctus possidebat hoc prædium affectum ea seruitute quam prædio meo debebat: Non ergo id inter nos actum videri potest, vt tu idem prædium liberum possideres: sed quemadmodū prædium quod fuit defuncti, ad te ex causa emptæ hereditatis pertinet, ita necesse est vt tale illud habeas quale apud defunctum fuit: Quod quia fieri aliter non potest, quam si restituatur seruitus, quæ per aditionem fuit extincta, facta me domino vtriusque prædij & seruientis, & dominantis eodem tempore: sequitur necessariò vt restitui debeat seruitus in pristinum statum, noua scil. seruitutis quæ antea debebatur constitutione: in eámque rem dari mihi contra te non solùm exceptionem doli priusquam tradiderim tibi res hereditarias si pergas me vrgere ad traditionem, nec patiaris imponi eam seruitutem, vt in superiore casu: sed etiam actionem ex vendito, quæ mihi danda etiam esset ob hoc ipsum vt cogereris præstare quicquid defunctus mihi debuisset. Sicut & è contrario haberes actionem ex empto contra me, si quid ego defuncto debuissem, vt quamuis per confusionem sublata sit omnis obligatio, & consequenter actio, perinde tamen omnia in effectu æstimanda sint, atque si confusio nulla facta esset, *l. 1. §. cum quis debitor. D. de hered. vel act. vend.*

Caput XIII.

De confessoria & negatoria actione: & de differentia vindicationis seruitutum & rerum corporalium ad §. æquè. vers. sanè Inst. de action.

SVMMARIA.

1 *Actionem in rem de seruitute vel confessoriam vel negatoriam esse.*
2 *Quid vtrique actioni commune sit?*
3 *Confessoriæ actionis exempla a Iustiniano allata.*
4 *An bene à Iustiniano seruitus altius tollendi inter confessorias, seruitus verò altius non tollendi inter negatorias numeretur?*
5 *Hermanni Vultey interpretatio pro tuenda Iustiniani sententia refellitur.*
6 & 8. *Duplex inter vindicationem seruitutum, & rerum corporalium vindicationem differentia.*
7 *Cur omnis rerum corporalium vindicatio adfirmatiua sit, seruitutum verò vindicationem aliquando negatiuam esse necesse sit?*
9 *Negatoria etiam posse agere eum cuius fundus seruitutem debet.*
10 *Confessoriam & negatoriam actionem nonnisi contra dominum competere.*
11.12.13.14.15. *Accursij, Vultei Contij Corrasij interpretationes ad* versic. vlt. d. §. æquè. sanè vno casu qui possidet. &c.
16 *Frequentior cæterorum Interpretum ad eum locum sententia.*
17 *Versiculum illum cum negatione legendum esse.*
17 *Multum in d. vers. interesse an quis dicat* possessorem actoris partes sustinere, *an* verò actorem esse.

NEmo † nescit duplicem esse actionem in rem de 1
seruitute, Vnam quæ dicitur confessoria, Alterā,
quæ negatoria, *l. 2. D. si seru. vind.* Confessoriam ei cōpetere qui seruitutem sibi competere contendit: negatoriam verò ei qui negat. Sed tamen quænam istarū actionum vis & potestas sit, nondum inter nostros vi-
detur exploratum. † Illud vtriq; commune est, q̄ neu- 2
tra competit alij quàm domino, *d. l. 2. §. 1. l. 4. §. competit. eo tit.* Vtraq enim vindicatio est, & quidē directa, quæ alij quàm domino competere nūquam potest. Et sicut fieri nequit, vt quisquam sit dominus seruitutis fundo debitæ, nisi qui sit dominus fundi: Ita nec negare quisquam potest ius vllū seruitutis vicino esse in fundo nisi qui sit dominus eius fundi cui seruitutem deberi negat. Nec rursus quarumlibet seruitutum nomine competunt huiusmodi actiones, sed earum duntaxat quæ sint nostræ, & iam nobis acquisitæ. Itaq. nō sufficiet vt sint nobis debitæ, puta ex stipulatu, aut ex testamento, aut quo alio iure constitutæ, cùm non idcirco fiant nostræ nisi secuta quasi traditione per patientiam, vt & in rebus corporalib. cōtingit, Traditionibus duntaxat non etiam nudis conuentionib. rerū
dominia transferri, vulg. *l. traditionibus 20. C. de pact.* † 3
Confessoriæ actionis exempla adfert Iustin. in *§. æquè. Inst. de act.* Si agā ius mihi esse eundi vel agendi tuum per fundū, tanquā qui debeat seruitutē meo: Negatoria verò, si è contrario agam ius tibi non esse eundi vel agendi per meum fundum, tanquā qui nullam seruitutem debeat tuo: vnde fit vt quidam putent cōfessoriam nihil aliud esse quàm vindicationem seruitutis, negatoriam verò nihil aliud, quàm vindicationem li-
bertatis. † Cui tamen sententiæ omnino ac euidenter 4
obstat quod supradicto loco Iustinianus inter actiones confessorias ponit actionem De seruitute altiùs tollendi; inter negatorias verò actionē de seruitute altiùs non tollendi: cùm tamen is qui dicit *ius sibi esse* altiùs tollendi, nihil nisi suarū ædium *libertatē* vindicare videatur. Qui verò dicit ius non *esse* vicino altiùs tollendi, aperte vindicet seruitutem illam quæ altiùs non tollendi appellatur. Quæ res fecit, vt ausus sit Accurs. dicere, in hoc errasse Iustin. & confessoriā actionem dixisse de seruitute altiùs tollendi, quā debuerat dicere negatoriam. Et contrà, negatoriam actionē de seruitute altiùs non tollendi, quam debuerat dicere
confessoriam: † eámque sententiam sequitur potissi- 5
mùm ex recentiorib. Hermannus Vulteius, qui vt Iustinia. tueatur, ait posse duob. modis dici actionē confessoriam & negatoriam, propriè & impropriè: Propriè illam quæ & figura verborum & vi ipsa sit confessoria, vel negatoria: Impropriè. v. illā, quæ figura verborum sit confessoria: vi ipsa. v. sit negatoria, Vt, inquit, actio de seruitute altius tollendi: aut contrà, quæ figura verborum sit negatoria, & effectu confessoria, vt actio de seruitute altiùs non tollendi. Subiiciens tamē non tam figuram verborum, quàm vim & potestatē actionis inspiciendam esse, cum quæritur an actio confessoria, an negatoria sit: in quo videtur mihi vir alioquin doctissimus & subtiliss. quàm maximè errare. Nā cū olim actiones nihil aliud essent, quàm formulæ certis verbis conceptę, non poterat fieri vt actio confessoria, vel aliter, vel meliùs dignosceretur à negatoria, quàm ex figura verborum: quod & cæteri ferè omnes interp. vulgò rectè putant. Sed & illud magis falsum est, Actionem de seruitute altiùs tollendi esse vi ipsa negatoriam, quasi is qui eam proponit, hoc vnum intendat

dat nullum se vicino prædio debere seruitutem altius non tollendi, vindicérque sibi libertatem naturalem, ex qua licet vnicuique suas ædes ad cœlum vsque tollere. Nam imò vero qui agit de seruitute altius tollendi, neque vindicat suis ædibus libertatem naturalem, sed seruitutem quæ talis expressim constituta sit contractu, vel testamento, vel talis acquisita per vsucapionem libertatis, contra seruitutem antea constitutam altiùs non tollendi. Etenim vt libro superiore disputauimus, si ædes meæ debeant tuis seruitutem altiùs non tollendi, & tamen te sciente ac patiente eas altiùs sublatas habuero per decennium, puta vsq; ad triginta pedes, certum est acquisiuisse me libertatem contra primam illam seruitutem altiùs non tollendi, sed tamen limitatè & vsq; ad triginta tantum pedes, quia cùm non vsuceperim libertatem nisi habendo ædes meas altiùs sublatas consequens est vt nec vsuceperim, nisi quatenus habui eas sublatas. Proinde si posteà velim altiùs tollere supra triginta pedes, siue ædes meas fortasse collapsas reficiendo, siue eas adaugendo, ius tibi est prohibendi ne id facere possim, quasi manente adhuc pristina seruitute in eo in quo non est libertas vsucapta. Hoc ergo tãtùm possum intendere, ius mihi esse altiùs tollendi vsq. ad triginta pedes, tanquam acquisita ædib. meis non tam libertate naturali, quæ nullos haberet limites quàm libertate noua & limitata: quæ sicut non omnino extinxit seruitutem quæ tuis ædibus debebatur, ita nec manente tua illa seruitute potest mihi esse acquisita, quin hoc ipso habeam ius nouæ seruitutis, per quam fiat vt quemadmodum non possum ædes altiùs tollere inuito te supra triginta pedes, ita possim te inuito vsque ad eum modum triginta pedum, cùm fortassis initio constitutæ seruitutis altiùs non tollendi, non nisi ad quindecim vsque pedes sublatum ædificium
6 haberem. † Etsi autem dicimus seruitutum vindicationem esse, non minùs quàm rerum corporaliũ. duæ tamen præcipuæ sunt differentiæ inter hanc & illam vindicationem: quas ambas ponit Iustin *in d. § æque.* Prima est, quòd rerum corporalium vindicatio omnis est adfirmatiua, nulla negatiua. Quisquis enim fundũ, vel rem aliquam mobilem vindicat, dicit rem esse suá solennibus illis verbis, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* & quanquam hoc ipso negat eã rem esse possessoris, cùm fieri nequeat vt duo sint eiusdem rei domini in solidum, nulla tamen actio proposita est in hoc vt quis rẽ esse aduersarij neget. Si quis. n. ita agere vellet, eum vtiq necesse est possessorem vel esse vel non esse: si esset, non indigeret actione, cũ ob hoc solùm quod possessor esset, quantumuis vitiosè, tamen vincere deberet aduersarium qui neq. possessor esset, neq dominus, *l. vlt. ff. de acq poss. l. vlt. C. de rei vin. l. 1. §. vlt. ff. vti poss.* Si verò non esset possessor, nihil planè ipsius interesset, quòd aduersarius non esset dominus, si neq; ipse qui agere vellet, dominũ se diceret. ac probaret. Generale namq; est vt nunquá detur actio, nisi cuius interest. Quòd si esset ille dominus, quidni sufficeret ei quod haberet vindicationẽ adfirmatiuam, qua se dominũ adsereret? aut in quo egeret illa negatiua? At cũ de vindicandis seruitutib. tractatur, potest necessaria esse actio negatoria, nec sufficit confessoria, si fortè quis velit fundo suo adserere aut libertatem, aut seruitutẽ contra aduersarium qui sit in quasi possessione cõtraria, siue libertatis, siue seruitutis; vt ecce, si intẽdas ius esse tibi eundi per meum fundum, nullam possum habere actionem nisi negatoriam ad impediendũ ne posthac eas si iá sis in possessione eundi iure seruitutis, quia tuam illá possessionẽ tuebitur prætor interdicto *De itinere actúque priuato*, etiam si non probes te habere ius seruitutis, *l. vlt. ff. de itin. act. priu.* Itaque si velim vincere, tuámque quasi possessionẽ interpellare, necessariò agendum mihi est de iure seruitutis contra te, in eámq; rem proponenda negatoria. Idẽ est de seruitute altius nõ tollendi, si fortè altius sustuleris ędes tuas, atq. ita te cõstitueris in q possessione altius tollendi. Non n possum te vincere iure possessionis, nec rursum si velim agere confessoria, quia necesse est me negare ius tibi esse altius tollẽdi, quod nisi per negatoriá fieri non potest. † Et ratio hu- 7
ius differentiæ est, quia rerũ corporalium vindicatio nullum effectum alium habere potest, quàm vt res à reo possessá actori per arbitrium iudicis restituatur: quod totum consistit in faciendo. At seruitutum vindicationes è contrario effectum duntaxat illum habent, non vt aduersarius cogatur aliquid facere, sed tantum vt cogatur pati, vel facere actor prohibeatur. Id verò assequi actor non potest iis casibus, quib. aduersarius intendit habere se ius aliquid faciendi, puta eundi vel agendi per fundum actoris, vel altius tollendi, nisi proposita actione negatoria vt & in aliis omnib. speciebus in quibus duntaxat prohibendus est aduersarius ne quib. faciat, nõ etiam cogendus vt patiatur. Nam pro iis seruitutibus per quas contenditur pati eum aliquid debere, confessoria necessaria est. † 8
Altera inter rerũ corporalium & seruitutum vindicationem differentia est, quòd rerũ corporalium vindicatio nunquam datur possessori. sed semper cõtra possessorem, *l. officium 9. l. si qui destinauit 14. l. qui petitorio 36. ff. de rei vind.* nempe quia nec alius restituere rem potest, quàm qui possidet. Finis autem vindicationis ille est, vt postquàm pronuntiatum erit rem esse actoris, iudex arbitrari debeat rem actori restitui oportere. *l. ex diuerso 35. eod. tit.* At seruitutum vindicatio non minus datur possessori quàm non possessori seruitutis, *l. & si forte 6. § sciendum. ff. si seru. vin.* nimirum quia finis vindicationis seruitutis non ille est, vt seruitutis possessio, aut quasi possessio restituatur, sed vt pronuntietur pro actore, vel habere illum ius seruitutis in fundo alieno, vel non habere aduersarium ius seruitutis in fundo actoris: illud, si confessoria agatur: hoc, si negatoria, quod vtrumq; nihil cõmune habet cum iure possessionis. Siue enim actor sit in possessione seruitutis quam suam adserit, siue in possessione libertatis contra seruitutem quam aduersario deberi negat, illa semper quæstio superesse potest, an ius habeat vel adserendæ sibi vel denegandæ aduersario libertatis.
† Ex quo fit vt negatoria possit agere etiam is cuius 9
fundus debet seruitutem, si modò contra eum agat qui non sit dominus fundi dominantis, nec tale ius in eo vllum habeat, puta pignoris vel vsusfructus, vt eum seruitutes sequantur. Finge habere me ędes, quibus vicinæ sint Seianæ & Sempronianæ. Sempronianis meas debere seruitutem altius non tollendi. Seianis nullam debere. Si dominus Seianarum velit me prohibere ne altius non tollam, potero actione in rem confessoria experiri, quia licèt ædes meæ seruiant, tamen ei contra quem agam, non seruiunt. Itaq possum intendere ius mihi esse altius tollendi inuito eo cum quo ago, non q. habeam ædes liberas simpliciter, sed quia liberas habeo quod ad eum pertinet. *d. l. 4. § competit. ff. si seru. vin.* Qui ex loco sumpserunt pragmatici vulgarem illá formulam frequentissimæ exceptionis, *Quod ad te liberas ædes habeo.* Cui opposita illa est, *Age cum Geminiano ex l 3. C. de transact.* † Inde etiam 10
fit, vt quemadmodum nec confessoria nec negatoria datur alij quàm domino ædium quib. seruitutem de-

itemque in hypothecaria, quoniam neque vindica-
tionis, neque hypothecariæ iudiciũ vllũ est, nisi quod
à Prætore dictatur post litem contestatam: litis autem
contestatio fieri non potest sine contradictore: qui
16 porrò contradicit, ille demum aduersarius est. † Quod
non similiter contingit, cùm Prætor decernit mitti
quem in possessionem bonorum debitoris, fortasse la-
titantis, vel qui aliter non defendatur, aut ex qua alia
causa earum, de quib. in *d.tit. Quib. ex caus. in poss. eat.*
Nulla enim eo casu fit contestatio, nec proinde vllus
repetitur contradictor, nisi tunc cùm venitur ad exe-
cutionem decreti. Cæterùm tunc quoque cùm aduer-
sarius nullus est, res tamen ipsa est rea, nec minùs in
missione in possessionem quàm in vindicatione, aut
hypothecaria. Ergo nec aliud erit tum quoque cùm
17 aduersarius aliquis fiet. † Non enim persona superue-
nientis aduersarij nouum facit reum, aut mutat reum
qui erat priùs, possuntque multi esse aduersarij, etiãsi
vnus tantùm sit reus, puta si quis vltrò se mihi obii-
ciat aduersariũ, ad defendendum cũ contra quem ago
personali actione, quod euenire solet, quoties ago
contra fideiussorem tuum, vt soluat pecuniã pro qua
fideiussit, & quam tu deberi negas, vel quia iam soluta
sit, vel quo alio iure. Potes enim tu etiam non citatus
adesse liti institutæ contra fideiussorẽ tuũ, non tanquã
reus, sed tanquam tertius ad defendendum illum ne
condemnetur quia condemnatus regressum contra te
18 habiturus esset. † Sic & in actionibus in rem dicendũ
est, eum qui se obiicit aduersariũ siue vltrò, siue quòd
fuerit citatus tanquam possessor, non tam rei, quam
tertij cuiusdam potiùs iure censeri debere, quia venit
non ad se defendendum, cùm ab eo nihil petatur, sed
ad defendendam rem quæ ipsa conuenitur, *leg. si plus.
74. §. mora. D. de euict. l. iudicatum. 6. l. si seruus. 11. cum
seqq. ff. iud. solui.* ob idque vix vnquam videas iuris au-
tores ita loqui, vt dicant vindicationem, aut hypothe-
cariam in possessorem institui vel exerceri, sed cum
possessore, vt significent possessorem esse aduersariũ,
non reum, & è contrario rem ipsam ream non aduer-
19 sariam. † Ex quo non leue argumentum sumi potest
pro ea sententia, quam nos probauimus in superiorib.
in actionibus in rem non esse locum reconuentioni.
Quis enim vnquã dixit cogendũ actorem pati recon-
uentionem ab eo quem non ipse conuenerit, sed qui
tanquam tertius & actori incognitus vltrò se obiece-
20 rit liti? † Tertium singulare illud est quod traditur in
l. vlt. ff. de rei vind. neminem cogi inuitum vt patiatur
aut suscipiat actionem in rem, quia licet cuilibet dice-
re se non possidere. Quod cum sit, ille qui conuenie-
batur tanquam possessor, desinit eo iudicio teneri,
quoniam neque reus vnquam fuit, cùm in eum nun-
quam directa fuerit actio, sed in rem ipsam quæ sem-
per fuit rea, neque potest dici aduersarius, cùm esse
21 nolit. † Illa enim differentia est inter reũ & aduersa-
rium, quòd reus etiã inuitus fit: aduersarius verò non-
nisi volens, præterquàm si idem sit aduersarius, qui &
reus, vt in actionibus personalibus vsuuenire diximus.
22 † Et ex eo rursum apparet euidentissimè quàm verũ
sit quod nos condentimus, possessorem in actionibus
in rem non esse verè ac propriè reum, quia iuris regu-
la est, Iudicium semper reddi in inuitum, *l. inter stipu-
lantem. 83. §. 1. ff. de verb obl.* Neque quicquam prodest
ei quem conuenio personali actione tanquam debi-
torem obligatum mihi ad soluendum, quia mihi de-
bet ex stipulatu, quòd vel neget se debere, vel dicat se
litigare nolle, dummodò intentionem meam proba-
uerim, nisi etiã soluere pecuniã paratus sit, *l. si rem ra-
tam. 73. ff. de proc. l. si debitori. 21. ff. de iud. l. lex iudicatũ
soluit. 16. ff. iud. solui.* At cùm possessor conuentus actio-
ne in rem negat se possidere, hoc ipso eludit iudicium
vindicationis inuito etiam actore, cui proinde nullũ
aliud remedium superest, nisi vt si conuincere poterit
aduersarium de mendacio, transferatur in actorẽ pos-
sessio quæ fuerat penes aduersarium, & quidem offi-
cio iudicis, etiamsi actor intentionẽ suã nullo modo
probauerit, quã tamẽ alioqui probare ante omnia de-
buisset ad obtinendũ *l. vlt. C. eo. tit. de rei vin. l. vlt. ff de
acq. poss.* † Denique ex eod. principio fit vt in actionib. 23
in rem iudex competens sit ille qui præest territorio
in quo res sita est, *l. 1. & vlt. C. vbi in rem act. l. vn. C. vbi
de her. agat.* Cum enim iuris regula sit, actorem sequi
debere forum rei conuenti, *l. 2. C. de iurisd. om. iud. l. 2. l.
in crim. 5. C. vbi caus. stat. agi deb.* in actionibus autẽ in
rẽ ipsa res sit quæ conuenitur, & quæ rea est, vt dixi-
mus, consequens est vt actor sequi debeat forum loci
in quo res sita est, quãuis possessor qui se aduersarium
obiicit habeat domiciliũ alio loco, & coram proprio
iudice conueniri malit, quod vtique non ita esset si
in istis actionibus persona possessoris, non res ipsa cõ-
ueniretur. † Planè si actor malit eum conuenire co- 24
ram iudice domicilij, potest id facere inuito etiã pos-
sess. quia non habet possessor quod conqueratur, cum
apud suum & proprium iudicẽ conuenitur, apud quẽ
scilicet multò commodiùs, minoréque impensa sit li-
tigaturus. Neque facit iniuriã actor, sed sibi soli, cùm
possessore condemnato futurum sit vt pro iudicati e-
xecutione nouam litem instituere habeat necesse co-
ram iudice loci in quo res sita est, vtque ita fiant de li-
te lites, siquidem extra territorium ius dicenti impu-
nè non paretur *vulg. l. vlt. ff. de iurisd. l. cum vnus. §. pen.
ff. de reb. auctor. iud. poss.* Nec proinde potest sententia ab
vnius territorij iudice lata de re alibi sita, executio-
nem habere in alio illo territorio, tanquam lata per iu-
dicem incompetentem. Inde etiam est, quòd si de he-
reditate agatur, scilicet per hereditatis petitionem,
quæ in personam quidem actio, sed in rem scripta est,
electionem habeat actor vtro loco velit litem insti-
tuere, an in loco domicilij possessoris qui conueni-
tur, an vbi res sitæ sunt, *d. l. vn. C. vbi de her. agat.*

CAPVT X.

Nullas esse actiones mixtas in rem, & in personam. Et emendatio §. quædam actiones. Inst. de act.

SVMMARIA.

1 *Enumerantur actiones quas Interpretes nonnulli mixtas in rem & in personam esse tradunt.*
2 *Diuisione actionum in actiones in rem & in personam tãpore perfecta tertium genus mixtarum scilicet addi non posse.*
3 *Nullam actionem proponi posse quæ non sit vel in rem vel in personam.*
4 *Respondetur ad* l. actio. 18. ff. de oblig. & act.
5 *Quo sensu quædam actiones mixtarum nomen à prudentibus acceperint?*
6 *Eandem personam in vna eademque causâ diuersis tamen respectibus & actoris & rei partes sustinere posse.*
7 *Verba illa,* tam in rem quàm in personam, *in §.* quædam. Inst. de act. *irrepsisse esse.*
8 *Cur familiæ erciscundæ, communi diuidundo, finium regundorum actiones mixtæ ibidem dicantur?*
9 *Quem effectum habeat adiudicatio quæ in illis iudicijs plerunque fit?*
10 *Quid Interpretem impulerit vt verba superiùs expuncta adijceret?*

11 *Actio-*

11 *Actiones, quod metus causa, ad exhibendum & hereditatis petitionem, licet in rem scriptæ sint merè tamen personales esse.*
12 *Quo sensu hereditatis petitio* in l. 7. C. de petit. hered. *mixta personalis dicatur?*
13 *Cur actiones illæ in rem scriptæ dentur?*
14 *Cur tres superiores actiones* in rem scriptæ *dicantur?*
15 *In quo formula vindicationis à formula superiorum trium actionum differat?*
16 *Omnem actionis formulam ex conditione & dispositione constare.*
17 *Aliud exemplum mixtæ actionis in rem & in personam ne ab Interpretibus allatum.*
18 *Actionem restitutoriam rescidentem personalem, rescissoriam vero realem esse.*
19 *Eam actionem mixtam non esse.*

1 FRequens † est apud iuris nostri vulgares interpretes sed frequentior in foro, & apud pragmaticos mentio actionum mixtarum, quæ sic ideo dictæ sunt, quòd & in rem sint simul & in personam, ex *§. quadam actiones 20. Inst. de act.* quales volunt esse non eas tantùm, de quib. in d § 20. sc familiæ ercisc ũdæ, communi diuidundo, & finium regundorum, sed alias etiam plerasq. præsertim eas, quæ cùm sint personales, in rẽ tamen scriptæ suot: Item hereditatis petitionem, & causas ferè omnes restitutionis in integrum. postquàm forensib. morib. receptum est vt rescindentis iudicij, & rescissorij cumulatio admittatur. Sed mihi sententia hæc numquam probabilis visa est, quam etiam ex recentiorib. nonnulli reiecerunt, sed non satis, meo
2 iudicio, confutarunt. † Me verò illud primùm & maximè mouet, quod video Iustin. scribere in *§. 1. Inst. de actio.* summam actionum omnium diuisionem illam esse, vt aliæ sint in personam, aliæ in rem: Quæ diuisio apertè manca esset, si tertium genus addi posset earum actionum quæ mixtæ essent, i. tam in rem, quàm in personam, simul. Atqui perfectam esse diuisionem Iustin. in d. §. 1. non solùm ait, sed etiam probat hoc dilemmate, quòd quisquis de aliqua re agit aut contra eum agit qui aliquo modo est obligatus, aut contra eum qui nullo modo. Si contra eum qui aliquo modo, puta vel ex cõtractu aut quasi, vel ex delicto aut quasi, aut alijs etiam quibusdam modis, actio in personã est. Si v. contra eum qui nullo modo est obligatus, sed qui tamen eam rem possidet, cuius nomine lis instituitur, actio in rem est: Atquin fieri nequit quin alterutrum istorum verum sit in omni omnino actionis genere, vt is cum quo agitur, vel aliquo modo sit obligatus, vel nullo modo: cùm sint ista non tantùm contraria, sed etiam contradictoria, inter quæ nec mediũ,
3 nec tertium quicquam esse potest. † Ergo nec fieri queat vt actio vlla sit, quæ non vel in personam sit, vel in rem. Sed & alio dilem. idẽ probari potest, quod nec obscurè insinuat eodem loco Iustin. Aut. n. agimus cũ eo quem intendimus dare aliquid nobis vel facere oportere, aut cum eo quem nec dare nobis, nec facere quicquã oportere intẽdamus, Priore casu actio in personam est, posteriore in rem. Atqui non potest fieri vt aliquis proponendæ actionis casus sit, in quo non sit necesse actorem vel intendere aduersarium dare aliquid, aut facere oportere, vel non intendere: Nam & hæc quoq. contradictoria sunt. Ergo necesse est actionem omnem vel in personã, vel in rem esse, quod & scriptum est ab Vlp. in *l. actionum 25. D. de obl. & act.* vbi ait ille, Actionum in summa duo esse genera, In rem quæ dicitur vindicatio, & petitio; In personã verò quæ condictio appellatur. † Nec est contrarium
4
quod dicimus esse etiam quasdam persecutiones, quæ ab actionib. & petitionib. sunt separatæ, *l. actio. 8. c. 1.* Nam vt eadẽ lex demonstrat, persecutio omnis vel in rem est, vel in personam rei persequendæ gratia. Itaq. non potest constituere separatam speciem actionis, tametsi quantũ ad formam cognitionis attinet, habeat quid separatũ à cæteris actionib. tam in personã quàm in rẽ, propterea quòd non habet iuris ordinarij executionem, vt alibi explicauimus ex *l. pecuniæ 178. §. actionis. de verb. signif.* Nullæ igitur actiones sunt quas possis mixtas dicere eo sensu quòd & in personam sint, & in rẽ. † Non negn fuisse hoc nomen mixtarum 5
actionum cognitum prudentibus nostris, sed ad significandum quid longè diuersum; nempe cùm de illis actionib. tractãt, in quibus vterq; est actor, & cõsequẽter vterq; reus: cuiusmodi sunt actiones finiũ regũd. familiæ ercisc. & communi diuid. item interdicta Vti possid. & Vtrubi, quæ ideò etiam duplicia appellantur quòd in iis vterque sit & actor & reus, vtroque nimirum contendente se possidere, & negante aduersarij possessionem *l. actionis 37. §. mixtæ ff. de oblig. & act. l. 2 prin. & § vlt ff. de interd.* Nam cùm in istis omnibus iudicijs par causa sit omnium litigatorum, vterq. in iis actor dicitur, vterque reus, *l. iudicium 10. ff. fin. regund. l. inter coheredes 44 §. qui familiæ. ff. famil. ercisc.* † Quamuis enim fieri nequeat vt idem sit actor 6
& reus eodem respectu, quoniam actoris personam à rei persona distinctam esse necesse est diuersis tamen respectibus eandem personam & actoris & rei partes sustinere nihil verat: Actorem scilicet, quatenus petit sibi aliquid præstari; Reum verò, quatenus id ipsum vel tantundem aut etiam plus minusve ab eo petitur: Et tamen quia non aliter potest iudicium exerceri quàm si ex litigatoribus vnus actoris, alius rei partes sustineat, præsertim ob probationes quibus onerari solet is qui actoris partes gerit, *l. si priusquam 15. in fi. ff. de op. nou. nunciat. l. 4. C. de eden.* magis placuit eum videri actorem qui prior ad iudicium prouocauit, aut qui prior appellauit *leg. in tribus. 13. ff. de iud. l. 2. §. 1. ff. comm. diui.* Adeò vt si fortè ambo simul ad iudicium prouocauerint, sorte discerni debeat vter actoris partibus sit onerandus, *l. sed cum ambo 24. de iudi.* † Hæc 7
verò quãquam ita sunt, negari tamen non potest quin hoc ipsum quod volunt interpretes, Actiones quasdam esse mixtas, & ideo sic dictas, quòd tam in rem sint, quàm in personam, apertissimè disertisque verbis scriptum sit in *d. §. quædam actiones.* Ergo vel falsum est, quod nos ex mera rectáq. iuris ratione disputauimus, vel indiget locus ille noua explicatione, ac ne quid dissimulem, emendatione Nec sanè vnquã dubitaui quin ireptitia sint & delenda verba illa *tam in rem quàm in personam*, quæ & ex veteribus interpretibus nemo bene explicat, & ex recentioribus plerique fatentur, id quod res est, explicari nullomodo posse: idq; etiam illa quæ in eodem §. sequuntur, euidenter demonstrant. † Reddit enim Iustin. rationem 8
propter quam tres illæ actiones, Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum, dicantur mixtæ, nempe quòd in iis permittitur iudici rem vni ex litigatorib adiudicare ex bono & æquo, & si pars illius prægrauari videbitur, eum inuicem certa pecunia alteri condemnari. Quod cùm sit, vterq; habetur tanquam actor, & tanquam reus tanquã actor, ex qua parte sit ei adiudicatio, tanquam reus verò, ex qua parte condemnatur. Cæterùm neutra ex parte sapiunt hæ actiones naturam realium, quia quæ in iis fit adiudicatio, non est similis illi quam solemus dicere fieri in iudicio vindicationis. Tunc enim dicitur

res adiudicari vindicari, cùm ipsius eam esse pronun-
tiatur: ex quo tamen non acquiritur dominiũ actori,
9 sed declaratur iam ante acquisitum. † At cùm in tri-
bus illis iudiciis adiudicatio aliqua fit, eum habet ef-
fectum, vt faciat rem actoris, quæ anteà ipsius plenè
non erat, præsertim in iudiciis Familiæ erciscundæ,
& Communi diuidundo: quia quicquid commune est
inter plures, siue ex hereditaria, siue ex qua alia causa,
ita vniuscuiusque sociorum est, vt sit etiam alterius.
Post adiudicationem verò eius solius est, cui fuit adiu-
dicatum. Neque verò aliter potest fieri diuisio, quam
ai vel mutuæ fiãt adiudicationes, vel ex vna parte ad-
iudicatio, ex altera pecuniæ condemnatio, *l. 1. §. vlt. l.
& post litem 12. § res quæ. l. item Labeo 22. § 1. & pass. ff. fa
mil. ercisc. l. si quis putauit 6. §. idem Iul. cum l. seq. §. 1. ff.*
10 *commu. diui.* † Ex quo tamen adiudicandi verbo non
satis bene percepto, quasi vindicationis naturam præ
se ferat, cùm tamen vix vnquam à prudentibus no-
stris in ea significatione vsurpetur, credibile est dece-
ptum fuisse interpretem quisquis ille fuit, qui primus
tres illas actiones ideo mixtas à Iustin. dici putauit,
quòd sint in personam, & in rem simul. Si enim de a-
ctionibus mixtis eo sensu loqui Iustin. voluisset, non
prætermisisset actiones in personam scriptas in rem
quæ videlicet propiùs accedunt ad reales actiones,
quàm tres illæ ad quas tamen coangustantur eæ quæ
11 à Iustin. mixtæ appellantur: † indéque apparet etiam
quàm falsum sit quod interpretes iidem nostri som-
niant, actiones istas personales quidem, sed in rẽ scri-
ptas tertiam constituere speciem actionum in quo
numero ponunt actionem ad exhibẽdum, Quod me-
tus causa, & petitionẽ hereditatis. Etsi n. verũ est tres
istas & alias nõnullas similes in rem scriptas esse, per-
inde tamen illud quoq; verum est esse illas merè per-
sonales, & nullo modo reales, acsi in rem scriptæ non
essent: & ob eam nimirum causam personales passim
appellantur, & personalium iure in omnibus censen-
tur, vt putà in eo, quòd sunt perpetuæ, nec vlla tempo-
ris præscriptione, si ius Pandect. inspicias, excludun-
tur, *l. 3. § est autem personalis. ff. ad exhib. l. metum 9 § vlt.*
12 *ff. quod met. caus.* † *l. hereditatis 7. C. de petit. hered. vbi
quod scriptum est, cum mixtæ personalis actionis ratio hoc
respondere compellat,* non ita accipi oportet, quasi peti-
tio hereditatis sit mixta actio ex personali & reali, vt
vulgò putant, sed vt significetur, Ex eo solo quod scri-
pta sit in rem, non posse inferri quod in specialibus in
rem actionibus, id est in vindicationibus inferretur,
summoueri eam per longi temporis præscriptionem,
hoc est decennij inter præsentes, & vicennij inter ab-
sentes: nempe quia non eo minùs verum est esse illam
in personam, & consequenter censeri debere perpe-
tuam exemplo cæterarum personalium actionum ci-
uilium, *tot. tit. Inst. De perpet. temp. act.* Dicuntur au-
tem actiones istæ in personam, & sunt reuera, quam-
uis in rem scriptæ sint, quia ex verbis formulæ dirigũ-
tur in personam certam, & quidem ita vt iudici pote-
stas fiat condemnandi illius contra quem diriguntur,
additis scilicet verbis illis dispositiuis, *tu eum condem-
nato*, quæ nec vsurpabantur, nec vsurpari poterant nisi
in formula personalium actionum. Quomodo enim
potuisset quis cõdemnari ex actione in rem, si verum
est, vt est, quod toties diximus in præcedentibus, A-
ctiones in rem non nisi contra eum competere, qui
nullo modo sit obligatus? † Sed & ideo dantur actio-
13 nes istæ in rem scriptæ, vt condemnetur ad dandum
aliquid vel faciendum & præstandum quæ etiam na-
tura est personalium actionum *d. §. 1. & §. appellamus.
Inst. de act.* Nam in actione ad exhibendum condem-
natur reus vt exhibeat, In actione Quod metus causa,
vt rem quam per vim aut metum, siue ipse, siue alius
extorsit, restituat; In petitione hereditatis, vt heredi-
tatem quæ sua non est, vero heredi restituat, vt proin-
de neque dubitari iam possit quin personales sint, ne-
que cur sint personales. † Sed illud difficilius est, nec- 14
dum bene explicatum, cur ergo in rem scriptæ dican-
tur: an quòd in formula fiat mentio rei, quæ petitur?
Atqui nulla erit actio adeò personalis, quæ non de-
beat dici scripta in rem, si ratio hæc est bona. Nulla si-
quidem actio esse potest nisi de re aliqua, nec proinde
vlla actionis formula, in qua rei mentionem fieri non
sit necesse. Puto igitur idcirco dici in rẽ scriptas, quòd
in concipienda formulæ condicione prætor ea ipsa
verba vsurparet, quæ vsurpare solitus erat in actione
quæ tota in rem esset directa, *si paret, rem cuius nomine
agitur, esse Titij actoris, eámque a Sempronio possideri, nec
eam Sempronius exhibebit:* Similiter actionis Quod
metus causa, fuit illa formula, *si paret, rem de qua agi-
tur, per vim aut metum extortam fuisse a Titio actore, nec
ei restituetur.* Illa denique petitionis hereditatis, *si pa-
ret hereditatem de qua agitur, ad Titium pertinere, & à
Mæuio nullo titulo possideri.* † Quibus formulis quantũ 15
ad conditionem omnino similis illa erat, quæ in vin-
dicationis actione vsurpabatur *si paret fundum, de quo
agitur, esse Titij* totáque differentia erat in verbis dis-
positiuis, quibus scilicet nulla condemnationis irro-
gandæ potestas fiebat iudici: sed tantùm pronuntian-
di rem esse petitoris. Quo facto iuberi quidem pote-
rat & debebat possessor, vt eam rem quam alterius
esse pronuntiatum fuisset, domino redderet: sed ita ta-
men vt in eo iussu iudex non tam iudicis, quam viri
boni officio fungeretur. Si tamẽ nollet possessor huic
iussui parere, poterat sequi condemnatio ex bono &
æquo, tanquam ex actione quæ exinde facta esset ar-
bitraria, *§. præterea Inst. de act.* de quo iã sæpiùs & plura
scripsi prioribus libris: at in actionibus personalibus,
quæ in rem scriptæ non essent, longè aliter obseruaba-
batur. Semper enim exprimenda erat in conditione
formulæ persona illius qui conueniebatur, vt appare-
ret propter quam causam actor intenderet dare illum
aliquid, vel facere oportere, puta in hunc modum, *si
paret, Titium Sempronio stipulanti promisisse centum,* aut,
vendidisse Titio fundum Cornelianum, aut, *locasse hortos
Salustianos.* † Denique omnis formula constat ex con- 16
ditione & dispositione: Atqui conditio neque in a-
ctionum formulis, neque alibi vnquam disponit, *l. si
quis sub conditione 8. ff. si quis omiss. caus. testam.* Non ergo
quod in actionibus istis in rem scriptis, ita vt diximus,
concepta sit formula, facere potest, vt eo magis de-
beant dici reales, aut mixtæ, cùm in eo ex quo tota i-
psarum vis & substantia æstimatur, id est quantum ad
condemnationem ipsam extorquendam attinet, nihil
omnino habeant, quod sit ex natura merè personaliũ
actionum: ob idque personales actiones semper ap-
pellantur, numquam reales, numquam mixtæ. † Solẽt 17
verò & interpretes, & pragmatici nostri aliud exem-
plum adferre mixtæ actionis, petitum ex restitutione
in integrum, quæ siue minori, siue alij competat ex a-
liqua parte edicti prætoris De restitutionibus in inte-
grum ad eam rem consequendam, quæ fuerit aliena-
ta per contractum, cuius rescissio postulatur. Volunt
enim huiusmodi actionem habere duplicem causam
& potestatem: vnam iudicij, vt vocant, rescindentis:
alteram iudicij rescissorij: ex qua parte rescindens est,
id est comparata ad rescindendum contractum, qui
ob aliquam causam iniquè gestus esse dicatur, perso-
nalem esse: Realẽ verò, ex qua parte cõtinet iudicium
rescissorium,

rescissorium, quòd competit rescissa per in integrum restitutionem alienatione, atque ita esse mixtam ex personali simul & reali, ex *l. in causæ 13 ff. de minor.* †
18 Quod autem aiunt actionem rescindentem esse personalem, verum est. Cùm enim competat ad distrahendum negotium quod fuit iure quidem, id est, secundùm iuris solennitates, sed iniquè contractum, & aduersus æquitatem naturalem, fieri non potest vt non sit æquè personalis, atque si competeret ex contractu. Eadem enim solet esse ratio distractus quæ contractus est, vt & cæterorum contrariorum, *§. item si cui lib. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc. l. ex empto 11. § is qui vina ff. de act. emp.* Actio autem quæ competeret ex contractu esset merè personalis. Ergo & illa quę competit per in integrum restitutionem ad contractum rescindendum. Rursus quod iidem volunt actionem rescissoriam, quam vocant, realem esse, verum quoque est. Rescissoria enim dicitur, quæ rescissa per restitutionem in integrum alienatione datur in rem, & nihil aliud est quàm vindicatio *dict. l. in causæ §. 1.* sed quod volunt actionem hanc esse mixtam ex reali & personali, falsum est euidenter. Duæ siquidem sunt actiones penitus separatæ, quarum vna merè personalis est, vt diximus, altera merè realis. Sed natus est hic error interpretum & pragmaticorum ex alio, quem iidem induxerunt, existimantes iudicium rescindens & rescissorium cumulari posse. Quem errorem quia nos iam satis superque refutauimus in prima Hemisciliadis nostræ parte *De error. pragmat. & interpr. iur.* de eo plura hic non dicemus.

Capvt XI.

De distinctione dominiorum bonitarij & Quiritiarij directi & vtilis.

SVMMARIA.

1 *Actionem in rem vel directam vel vtilem esse.*
2 *Bonitarij domini appellatione quis contineatur?*
3 *Vtilis vindicatio cui detur?*
4 *Quid per superficiem & superficiarias ædes intelligatur?*
5 *Fundum emphyteuticarium à fundo vectigali differre.*
6 *Ea nomina à Triboniano confusa fuisse.*
7 *De autore & natura emphyteuseos.*
8 *De feudatario, siue vasallo & felonia ab eo commissa.*
9 *Feudum in plerisque iure emphyteutico simile esse.*
10 *Allodialia bona quæ dicantur?*
11 *Distinctionem dominij in directum & vtile, commentitiam esse.*
12 *Dominium bonitarium cum domino, quem* vtilem *Interpretes vocant, nihil commune habere.*
13 *Sententia* §. si de vectigalibus 26. leg. si finita ff. de damn. infect.
14 *Refellitur vulgata Interpretum ad eum locum expositio.*
15 *Respondetur ad* l. si eùm venditor 66. ff. de euict. *pro superiore distinctione allatam.*
16 *Per actionem Publicianam, Seruianam & eam quæ de fundo vectigali proponitur possessionem semper, dominium verò nunquam auocari.*
17 *Vtiles in rem actiones quo respectu sic appellentur?*
18 *Emphyteutam, superficiarium, vectigalis fundi possessorem, vasallum, nullum dominium nequidem vtile habere.*
19 *Vectigalem fundum nec ab eo qui eum in perpetuum conduxerat, nec ab alio quolibet bona fide emptore vsucapi posse.*
20 *Publicianam tamen huius fundi nomine bonæ fidei emptori competere.*
21 *Fundos vectigales non magis longo tempore præscribi quàm vsucapi potuisse.*
22 *Respondetur ad* d. §. si de vectigalibus 26. dict. l. si finita.
23 *Directam vindicationem domino qui fundum vectigalem, emphyteuticarium, vel solum in quo superficiariæ ædes sunt, fruendum in perpetuum locauit, dari.*

Actio in rem, quæ speciali nomine vindicatio, & petitio appellatur, duplex est, directa vna vtilis altera. 1 Directa ei tantùm datur qui sit dominus vel iure gentium, vel iure ciuili, *l. in rem 23. D. de rei vind.* Nam cùm vindicatio, sicut & cæteræ actiones omnes, detur à prætore, Prætor autem duplicem dominij differentiam agnoscat, vnam bonitarij, aliam Quiritiarij, quam & tota vetus iurisprudentia agnouit, consequēs est vt ex hac quoque duplici causa det vindicationem domino scilicet Quiritiario, & domino bonitario. † 2 qua bonitarij appellatione continetur quisquis dominus est, siue iure duntaxat gentium, siue ex autoritate prætoris, qualis est bonorum possessor, *l. 1. ff. de bon. poss.* Item is cui seruus ex causa noxali addictus fuit, *l. 2. §. vlt. ff. si ex nox. caus. agat.* Rursus is, qui ex causa damni infecti missus est in possessionem, *l. 1. ff. de iur. dotal. l. si finita 15 § Iulian. ff. de damn. infect.* † At vtilis vindicatio 3 datur etiam ei qui nullo iure dominus sit, id est, neque gentium, neque ciuili, quamuis non nisi ex iusta causa. Eiusmodi est Publiciana, quæ contra iniustum possessorem datur ex edicto prætoris ei qui rem alienam bona fide vsucapere cœperat, quasi vsuceperit, quamuis nondum impleta sit vsucapio, *§. namque. Inst. de act.* Item actio quæ datur agri vectigalis nomine, de qua in *l. 1. & tot. tit. ff. si ager vecti. & emphyt. pet.* qui titulus ideò positus est post tit. *De public. in rem act.* Et rursus ille post tit. *De rei vindic.* quia vterque est de rei vindicatione vtili, non directa. Sic enim accipiendum est quod in d. l. 1. scriptum legimus, Eis qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt à municipibus, quāuis non efficiantur domini, competere tamen actionem in rem non tantum aduersus possessorem quemlibet, sed etiam aduersus municipes ipsos, si modò vectigal soluant. Eiusdem etiam iuris est superficiarius, qui superficiem in alieno solo habet, † Quo superficiei nomine intelligimus quicquid est supra faciem 4 soli, vt nomen ipsum sonat, quemadmodum soli & fundi esse dicimus id quod terra in se tenet, *l. fundi 17. ff. de act. emp.* Superficiarias verò ædes appellamus, quæ positæ sunt in alieno solo in perpetuum conducto, *l. in speciali 73. in fin. & l. sequ. ff. de rei vindic. l. 2. ff. de superfic.* vbi Caius scribit huiusmodi ædium superficiariarum proprietatem & ciuili & naturali ratione eius esse, cuius & solum est, quia non subsistunt nisi in solo & propter solum eui inhærēt. Vnde etiam est quod ait *l. 1. §. si autem. eod. tit.* eum in cuius solo superficies est, vtique non indigere vtili actione, cùm eo nomine habeat directam in rem qualem habet de solo ipso. Eadem igitur ratio facit vt superficiario necessaria sit vtilis prætoria, cum non possit habere directam, quia dominus non est. Eadémque ratione nec habet actionem de vsufructu, nec de seruitute, nec Communi diuidundo, nec interdictum, sed omnia iudicia ista vtilia. Similiter emphyteuta nōnisi vtilem in rem actionem habere potest, quia nec dominus est. † Emphyteuta enim is demum est, qui alienum fundum, vel in 5 perpetuum, vel saltem in longum tempus fruendum conduxit, nō à municipibus, in quo differt à vectigali,

ſed à priuato quolibet, eadem tamen lege qua fundi
vectigales conduci ſolebant, vt in recognitionem do-
minij quotannis penſio aliqua pendatur, quæ in ve-
ctigalibus fundis vectigal dicitur in fundis verò fiſ-
calibus, & reipub. tributum, vt quandiu penditur, non
6 poſſit conductor expelli. † Vnde eſt quod in tit.
Pandect. Si aget vectigalis, id eſt emphyteuticarius
petatur, confuſa ſunt à Tribon. ea nomina, tanquam
ſynonyma: cum tamen veteribus I. C. incognitum
fuerit nomen & ius emphyteuſeos, non etiam vecti-
galium agrorum: de quibus in *leg. lex vectigali 31 ff. de
pignor. l. ſi finita 15. §. ſi de vectig. ff. de dam. infect. l. Impe-
ratores. 7. & paſſ. de publica. & vectig.* † Primus Zeno
7 Imp. fuit qui contractũ hunc emphyteuticũ certo &
nomine & iure donauit in *l. 1. C. de iur. emph.* vbi con-
ſtituit, quod ad rem noſtram maximè pertinet, vt ne-
que alienationis titulis adiiciatur, ſed ſit tertium &
ſeparatum genus, ſuam formam accipiens, ex conuen-
tionibus contrahentium, cùm antea dubitaretur an
eſſet locatio & conductio, quia inciperet à locatione
(qua de cauſa Tit. *De iur. emph.* in Codice ſequitur
immediatè titulum *De locat. & conduct.*) an potiùs
emptio & venditio, propterea quòd non magis à do-
mino expelli poſſet conductor, quàm ſi emiſſet: an de-
nique ſocietas quædam fructuum & commodorum
rei emphyteuticæ inter dominum & emphyteutã §.
8 *adeo autem. Inſt. de locat.* † Emphyteutæ comparatur e-
tiam feudatarius ſiue vaſallus, qui accepit à domino
feudum, id eſt beneficium poſſeſſionis certæ rei, cuius
poſſeſſionis commoda omnia tandiu ſit percepturus,
quandiu ſe beneficio indignum non reddiderit, quod
ipſum eueniret vt ſe beneficio indignum redderet, ſi
non paréret condicionibus, ſub quibus feudum acce-
piſſet, vel quod eſſet grauius, ſi vim aut inſidias domi-
no ſtruxiſſet, quod Feudiſtæ vocant. Feloniam com-
mittere. Sunt enim nomina iſta omnia barbara & ex
lingua Longobardorum ex quorum moribus totum
ipſum ius Feudorum deriuatum eſt. † Quanquam il-
9 lud etiam dici poteſt, ſicut à iure vectigali originem
traxit ius emphyteuticum, ita & à iure emphyteutico
feuda prouenisse. Habent enim pleraque ſimilia, niſi
quòd & de nobilioribus bonis fieri ſolent, & melio-
ribus conditionibus. Cæterùm ſi quid ſit in quo non
habeant feuda propriam naturam, placet iiſdem legi-
10 bus ea regi quibus & bona emphyteuticaria. † Bonis
verò feudalibus & emphyteuticariis opponuntur illa
quæ nos vocamus allodialia, quæ libera ſunt ab omni
onere ſoluendi canonis, vel tributi annui, aut alterius
præſtationis, & quorum dominium ſibi vindicare a-
lius nemo poſſit. Iſtis ergo omnibus quia domini non
ſunt vindicatio directa competere non poteſt, compe-
tit tamen vtilis in rem actio, ne ſit in poteſtate iniuſti
cuiuſque inuaſoris occupata poſſeſſione, eo prætextu
quòd non ſint ipſi domini, ius eorum lædere, præter id
quod dici ſolet, verúmque eſt plus cautionis in rem
eſſe quàm in perſonam *dict. l. 1. §. 1. ff. de ſuperfic. l. plus
cautionis 25. de reg. iur.* † Hæc verò duplicis in rem a-
11 ctionis diſtinctio, magnam interpretibus errandi oc-
caſionem præbuit, exiſtimantibus, ſicuti actio in rem
alia directa eſt, alia vtilis, ita & dominium duplex eſ-
ſe, directum vnum, vtile alterum: nempe quia vide-
runt huiuſmodi actionis cauſam à domino potiſſi-
mùm pendere. Neque tamẽ locum aliquem iuris no-
ſtri proferre poſſunt, quo hæc diſtinctio, quæ prorſus
commentitia eſt, probetur. Non enim agnoſcunt Iu-
reconſulti alium dominũ quàm qui talis ſit iure gen-
tium, vel ciuili, id eſt, qui vel bonitarius ſit, vel Quiri-
12 tiarius. † Et quãuis domini, quos noſtri vocant vtiles,

videātur habere neſcio quid ſimile cum dominis bo-
nitariis, quantum tamen ab iis differant, vel ex eo in-
telligimus quòd dominij bonitarij habebant olim di-
rectam vindicationem, vt cernere eſt in marito vindi-
cante rem dotalem, cuius vtique dominium non ha-
bet niſi bonitarium, *l. doce 9. C. de rei vind. ubi. l. quam-
uis 75. ff. de iur. dot.* Nam nec aliud quicquam eſt, Rem
in bonis habere, quàm eius recuperandæ nomine, ſi
eam amiſerimus, habere actionem, aut eius retinendæ
gratia, exceptionem, *l. rem in bonis 52. ff. de acquir. rer.
domin. l. id apud ſe 143. de verb. ſig. l. is qui actionem 15. de
reg. iur.* At illi, quos vulgò noſtri dominos vtiles ap-
pellant, vtilem duntaxat in rem actionem habent,
nunquam directam: Non ſunt ergo domini bonitarij.
† Idque omnium elegantiſſimè probat, quod Vlp. ſcri- 13
bit in *d. l. ſi finita 15. §. ſi de vectig. ff. de damn. infect.* vbi
tractans de vectigalib. ædibus, quæ ruinam meis mi-
nentur, diſtinguit, An egerim contra poſſeſſorem vt
mihi caueretur, an contra ipſos municipes: vt ſi con-
tra municipes, eadem omnia ſint obſeruanda, quæ ſi
contra quemlibet alium dominum ageretur, nimirũ
vt ſi mihi non caueatur, iubeat prætor primo decreto
me mitti in poſſeſſionem ædium vectigalium, non ad
faciendum me poſſeſſorem, multò minùs dominũ bo-
nitarium: ſed ad cautionem ex longæ poſſeſſionis tæ-
dio extorquendam, quæ ſi non præſtetur, tum demum
ſecundo decreto iubeat me mihi eas ædes poſſidere:
cuius decreti ſecundi poteſtate non tantùm nouus
poſſeſſor fiam (ſiquidem verè poſſidere nihil aliud eſt
quàm ſibi habere) verùm etiam dominus bonitarius,
& ex illo tempore incipiam vſucapere ad acquiren-
dum mihi dominium Quiritiarium, vt ſcribit & ſen-
tit Vlp. in *§. Iul. eiuſdem legis.* At ſi non agam contra
municipes, qui ſoli ſunt domini ædium vectigalium,
ſed contra te qui tantùm ſis poſſeſſor, iubebit prætor
me perinde quidem mitti in poſſeſſionem, te non ca-
uente: ſed quamuis perſeueres non cauere, non ideò
iubebit me mihi poſſidere, quia ſecundo illo decreto
faceret me dominum bonitariũ, & ita præſtaret mihi
cauſam vſucapiendi, quorum tamẽ neutrum fieri po-
teſt, quia non plus iuris ob tuam contumaciam præ-
tor in me transferre poteſt, tu verò qui ædes iſtas tan-
quam vectigales poſſidebas, neq dominus bonitarius
fuiſti, neque illas vnquam vſucapere potuiſti, obſtan-
te videlicet mala fide, cùm hoc ipſo quod ſciuiſti ve-
ctigales eſſe, ſciueris etiam alienas. Certum quippe
vſucapionem non magis poſſe procedere ſine bona fi-
de, quàm ſine poſſeſſione, *l. ubi lex 24. cum ſeq. l. quam
rem 38. ff. de vſucap.* Igitur hactenus mihi ſuccurret
prætor, vt decernat eodem iure eſſe apud me iſtas æ-
des vectigales, quo fuerunt apud te qui non cauiſti.
Poſt quod decretum ita interpoſitum, etſi nullo mo-
do ero dominus, quia neque tu fuiſti, habebo tamen
actionem vectigalem, id eſt vtilem in rem, quia & tu
eam haberes. † Eáque loci illius ſententia eſt, non ea 14
quam vulgò docent interpretes qui horum omnium
ignoratione ſic Vlpianum intelligunt, quaſi tractet
ille vnam duntaxat ſpeciem de eo qui egit ex cauſa
damni infecti contra municipes: diſtinguat verò an
municipes domini ſint, necne; vt ſi ſint, amittãt ſtatim
dominium ædium ex ſecundo decreto propter ſuam
contumaciam: ſi non ſint, vſucapiendi duntaxat con-
ditionem transferant in eum qui miſſus fuit: cùm ta-
men apertiſſimum ſit duos caſus tractari ab Vlpiano:
priorem, quo agatur contra ædium vectigalium poſ-
ſeſſorem, qui nunquam dominus eſt: poſteriorem ve-
rò, quo cõtra ipſos municipes agatur, qui ſemper ſunt
domini. Nec. n. vectigalem fundum perpetuò ſi uen-
dum

15 dũ dare posset is qui dominus ipse non esset. †Fefellit
plerosque ex interpretibus etiam subtilioribus, sub-
tilissimus Papin. noster in *l. si cùm venditor 66. ff. de e-
uict.* vbi separat ille actionem Publicianam, & eã quæ
de fundo vectigali proposita est à Seruiana, vel po-
tiùs quasi Seruiana, quòd quamuis omnes sint in rem,
attamen hypothecaria non auocat nisi nudam pos-
sessionem, quam nostri interpretantur eam esse quæ
sit à dominio separata; vt inferant, per alias actiones,
Publicianam scilicet ac vectigalem non auocari nu-
dam possessionem, auocari ergo dominium aliquod.
Atqui non directum, inquiunt, vt est in confesso: Ergo
vtile. Sic enim ratiocinantur. Sed neganda est & in-
terpretatio & consecutio. Nudam enim possessionem
intelligit Papin. non ex comparatione illius quæ sit
coniuncta cum dominio, vt isti putant, sed illius quæ
sit coniuncta cum emolumento fructuũ, & vtilitate.
16 † Nam & proculdubiò per tres illas actiones auoca-
tur semper possessio, nunquã dominium, sed cum hac
tamen differentia, quòd per quasi Seruianam nuda
tantùm possessio auocatur, quia quantumuis creditor
post auocatam possessionem perceperit fructus ex re
sibi obligata, illi tamen non creditoris lucro cedunt,
sed debitoris: siquidẽ cogitur creditor eos sibi in sortẽ
computare, id est in solutum & exonerationem quã-
titatis debitæ, adeóque si excedant sortem, cogitur
reddere superfluum debitori pigneratitia quandoque
agenti, *l. 1. C. de pign. act.* perinde ac si debitor ipse eos
percepisset, deinde creditori soluisset. Itaque auocata
possessio nullam aliam vtilitatem adfert creditori, nisi
vt possit rem retinere quousque fuerit sibi satisfactũ,
aut pignus distractum. At Publiciana, & actio de fun-
do vectigali non nudam possessionem auocant, sed
plenam, coniunctam scilicet cum emolumento fru-
ctuum, quos perinde facit suos possessor, acsi verè do-
minus esset, quia percipit eos suo nomine & iure, ille
quidem propter bonam fidem quæ hoc casu tantum
operatur, quantum penè veritas ipsa, quia lex impedi-
mẽto non est, *l. bona fides 48. de acquir. rer. domin. l. bona
fides 136. de regul. iur.* hic verò quia fructus percipit ex
veri domini voluntate, *l. si seruus 61. § locaui. ff. de furt.*
17 †Concludendum igitur est, vtiles in rem actiones di-
ci non ratione vllius dominij vtilis, sed ad differentiã
actionũ directarum, quia cùm directæ non competant
nisi ratione dominij, aut bonitarij, aut Quiritarij, vti-
les è contrario competunt, non ex causa dominij ali-
cuius, sed ex eo iure quod quis habeat in re aliena,
cùm ius tale est vt non possit ab eo inuito auferri, nõ
magis quàm si cum possessione dominiũ coniunctum
inueniretur. Tale porrò ius habent emphyteuta, su-
perficiarius, vectigalis fundi possessor, vassallus, & alij
qui sunt similes, quibus quod non sint domini actio-
nem directã denegamus, sed ita tamen vt vtilem ius
propter ius quod in re habent, domino quoque inui-
18 to, in ipsum etiam dominũ concedamus †Nullum e-
nim dominium istos habere ne quidem vtile præter
eã quæ diximus, ex illo etiã constat, quod Paulus scri-
bit *in leg. cùm sponsus 12. § in vectig. de public. in rem act.*
vectigalia prædia, & superficiaria & alia eiusmodi ca-
19 pi non posse. † Quod haud dubiè sic accipiendum est
vt non tantùm ab eo vsucapi non possint qui fundũ
in perpetuum conduxerit fruendum (huius enim ma-
la fides euidens impedit vsucapionem, cùm sciat fun-
dum esse alienum, siquidem nemo rem suam condu-
cit, *l. neque pignus 45. de reg. iur.*) sed nec ab alio quoli-
bet bonæ fidei emptore, qui emerit à possessore tan-
quam rem possessoris, non tanquam superficiariũ fun-
dum, aut vectigalem. Id enim non aliam rationem
habet, quàm quia vsucapio sit acquisitio dominij *l. 3.
ff. de vsuc.* dominium autem huius rei nullum sit penes
eum, qui fundum perpetuo fruendum locauit: in cu-
ius porrò præiudicium non potest permitti vsucapio,
quæ scilicet non fuit inducta nisi ad puniendam do-
minorum negligentiam, & ne dominia rerum semper
essent in incerto, *l. 1. & 2. e. t.* Atqui nulla est negligen-
tia domini patientis fundum sui quem fecerit vecti-
galem possideri siue ab ipso conductore, siue ab alio
cui conductor tanquã suum vendiderit, quia nec po-
test impedire quominùs eo fundo conductor fruatur
suo arbitrio, & de eo disponat, dummodò vectigal
annuũ pendatur. In eóque diuersa ratio est huiusmodi
fundorum, & aliarum rerum quæ dicuntur vsucapi
non posse propter aliquod suum vitiũ, fortè quia sunt
furtiuæ, aut vi possessæ. Quòd enim fundi isti vsucapi
non possunt, non fit propter vitium aliquod rei, sed
propter solum fauorem domini, ne factum alienũ ei
noceat cui nihil potest imputari. † Ideóque scribit 20
Paul. in *d. § in vectigalib.* etiam huiusmodi fundorum
nomine Publicianam competere, si quis fortasse talẽ
fundum, non tanquam vectigalem, sed tanquam pro-
prium sui possessoris emerit bona fide, eiúsque posses-
sionem sine culpa sua postmodũ amiserit. Quamuis e-
nim regulare sit, vt Publiciana non detur nisi ei qui
erat in cursu vsucapiendi, & eo colore quasi iã vsuce-
perit, qui color subesse non potest, cùm de ea re agi-
tur, quæ vsucapi non potest: aliud tamen est in hoc ca-
su, quia quod hic emptor qui Publicianam exercere
vult, non possit vsucapere, non fit ex vitio personæ a-
ctoris, quem ponimus bonæ fidei emptorem, neque
furtiuam esse, neque vi possessam, sed solo fauore mu-
nicipum: Qui fauor non debet ei prodesse qui possess.
iniustè occupauit, non magis quàm si vsucapi fundus
posset. Ac quamuis proposita hoc casu Publiciana nõ
sit allatura huic bonæ fidei emptori commodũ vsuca-
pionis & dominij, tamen ei proderit ad hoc vt auocet
possessionem, & quidem non nudam, sed cũ emolu-
mento fructuũ, *d. l. si cum venditor 66. de euict.* quos fru-
ctus exinde percepturus ille est, suósque in perpetuũ
facturus, dummodò vectigal annũ municip persolua-
tur. Cæterùm si fundi vectigalis esset aliquod domi-
nium vtile, certè nihil obstaret quin possit vsucapi,
saltẽ quantum ad hoc dominiũ vtile pertineret, quia
quæ ratio impedit vsucapionẽ ratione dominij, quod
interpretes directum vocant, quia videl. nihil domino
imputari possit, eadem nõ habet locũ in dominio isto
vtili cùm ei qui fundum vectigalem conduxit, neque
vectigal soluatur, neque aliud quicquam præstetur,
propter quod prohibeatur agere vtili in rem actione,
si quis alius fortè ipso ignorante fundum illum, tan-
quam suum vendiderit. † Et hæc sententia est *d. § in* 21
vectigalib. malè perceptus ab iis, qui hac parte distin-
guunt vsucapionem à longi temporis præscriptione,
quasi fundus vectigalis, qui non potest vsucapi, possit
tamen præscribi, nempe vt concilient Paul. cum Vlp.
in *d. l. si finita. § Iulianus.* Etsi enim toto iure. Pandect.
plures inter vsucapionem & longi temporis præscri-
ptionem differentiæ fuerunt, de quarum nonnullis iã
scripsimus lib. superiore, nulla tamen fuit hac parte,
nec magis potuerunt fundi vectigales longo tempore
præscribi quàm vsucapi. † Sed quod scriptum est in *d.* 22
§ si de vectigalib. posse longo tempore dominium eo-
rum acquiri, restringendum est ad speciem, quam ibi
tractat I.C. in qua scil. municipes ipsi iussi sint à præ-
tore cauere de dãno infecto ob ædes vectigales, qua-
rum illi erant verè domini. Nam si parêre nolint, &
perseuerent non cauere, coerceri possunt & debent

hactenus vt vicinus qui damnum timet iubendus sit
ædes illas sibi possidere, atque ita exinde vsucapere
eas possit contra municipes, quibus nimirum hoc ca-
su potest imputari cùm propria ipsorum contumacia
23 puniatur. † Illud addere placet, Non solùm non com-
petere vindicationē supradictis personis, sed & quod
magis est contra omnes istos directam vindicationem
dari domino, qui fundum vectigalem vel emphyteu-
ticarium, vel solum in quo sunt superficiariæ ædes
struendum in perpetuum locauit, quia cùm sit ille do-
minus & quidem solus (nec enim plures eiusdem rei
domini esse possunt vulg. *l. 5. §. si duobus vehiculum. D.
commo*) non potest vindicatio ex summo iure denega-
ri, *l. 1. §. is autem. D. de superf.* vbi hanc ob causam scri-
ptum est, superficiarum aduersus quem dominus soli
velit supetficiem vindicare exceptione in factum da-
ta indigere vt se tueatur. Nec enim exceptione vlla
indigeret si nulla contra eum actio competeret, cùm
exceptio omnis præsupponat actionem. Habet; verò
superficiarius exceptionem ex regula iuris, quæ facit
vt cui damus actionem, eidem multo magis exce-
ptionem dari oporteat, *l. inuitus 156. §. cui damus De
reg. iur.* Nec enim dabitur quin superficiarius vti-
lem actionem in rem habeat non tantùm contra pos-
sessorem quemlibet, sed etiam contra dominū ipsum,
*d. l. 1. §. vlt. D. si ager. vectig. id est emph pet. d. l. 1. ff. de su-
perfic.* Quod si quis miretur dari vindicationem ei i-
psi qui contraxerit, quique vindicando fundum velit
contra factum suum venire, debebit is cogitare hoc
fieri ex mera iuris necessitate, quia ne quidem ex vo-
luntate domini fieri potest quin superficiem solo sem-
per cedere sit necesse, *l. 3. §. sed si supra aed. ff. vti possid.*
vnde fit neque per vsucapionem possit vnquam ac-
quiri superficies sine solo, *l. nunquam 26. ff. de vsu.*

CAPVT XII.

De seruitutibus per aditionem confusis à legatario vel fideicommissario restituendis, ad l. Papinianus 18. alias l. in omnibus. ff. de seruit. & l. si ci 9. ff. comm. præd.

SVMMARIA.

1 *Seruitutes prædiales per confusionem extingui, & quando ea confusio contingat?*

2 *Seruitutes reales immediatè prædijs, mediatè verò personis deberi.*

3 *Declaratur* l. si quis ædes 30. ff. de seruitut. vrban. præd.

4 *Seruitutem quæ à prædio testatoris fundo heredis ab eodem testatore scripti debebatur, adita per illum heredem hereditate confundi.*

5 *An si testator fundum qui heredis scripti prædio seruitutē debebat, ex traneo legauerit, fundus ille legatario quasi seruitute per aditionem confusa liber fiat?*

6 *Examinantur quædam Papiniani verba in* l. Papinianus 18. ff. de seruit.

7 *Legatum vindicationis non autem damnationis recta via quasi nunquam factum heredis in legatarium transire.*

8 *Ad sinandum per damnationem legatum pertinere quod in* d. l. *Papinianus de seruitutibus per aditionem confusis dicitur.*

9 *Cur in ea specie seruitute fundi legati per heredis aditionem confusa, heredi exceptio aduersus legatarium detur?*

10 *Seruitutes à fundo legato debitas, hodie per aditionem non confundi.*

11 *Illud etiam obtinere si fundus qui seruitutem debet per damnationem legatus sit?*

12 *Fundo hereditario qui heredis prædio seruitutem debebat, ab herede alienato, an seruitus in pristinum statum restitui debeat:* & ad leg. si ei 9. ff. commun. præd.

SIcuti † personales ita & prædiales seruitutes per 1
confusionem extingui constat, eámque contingere
re quoties idem cœpit esse dominus vtriusque præ-
dij tam dominantis, quàm seruientis, *l. 1. ff. quemadm.
seru. amit.* Nam cùm seruitutes nihil aliud sint quàm
iura prædiorum, nec proinde quicquam aliud quàm
ipsa prædia qualiter se habentia *leg. quod aliud 86. de
verb. sign.* fieri certè nequit vt prædium vllum taliter
se habeat, vt ei seruitus aliqua debeatur ab alio præ-
dio quod sit eiusdem domini, ea propemodum ipsa
ratione quam solemus vsurpare, cùm quærimus, Cur
personales seruitutes confusione extinguantur si for-
te is cui vsusfructus, vel vsus, vel habitatio debeba-
tur cœperit esse dominus fundi seruientis, *l. si tibi 17.
l. si seruus 27. ff. quibus mod. vsusfr. amitt.* † Etsi namq; in- 2
ter seruitutes personales, & reales ea differentia est,
quòd personales debentur personis, reales verò præ-
dijs principaliter, & immediatè, fatendum tamen est,
etiam reales deberi personis mediatè, cùm non pos-
sim dominus esse rei meæ quin dominus etiam sim
iurium omnium, quæ ad rem illam meam pertinent.
Proinde non magis fieri potest, vt res mea seruiat rei
meæ, quàm vt seruiat mihi ipsi, quod vtique certum
est fieri nullo modo posse *l. an fiat 5. ff. si vsusf. pet. l. in re
commum 16. ff de seruit vrban. præd.* † Idque est quod ait 3
Paulus in *l. si quis ædes 30. ff eod. tit.* si quis ædes quæ suis
seruiebant, emerit, sibique traditas acceperit, confu-
sam sublatamque esse seruitutem, ita vt si eas rursus
vendere velit, eandémque seruitutem habere nomi-
natim illam imponere debeat, alioquin, liberę, inquit,
ædes veneunt: vbi obseruandum est, quod traditionē
emptarum ædium Paulus requirit, quoniam sola ven-
ditio citra traditionem non transferret dominium in
emptorem, nec proinde confunderet seruitutem, quæ
nulla alia ratione quàm propter dominij acquisitio-
nem confunditur. Indéque etiam fit quod sequitur a-
pud Paulum, vt si partem prędij nactus sim, quod meo
prædio aut cui prædium meum seruiebat, non con-
fundatur seruitus, pro ea scilicet parte prædij quam
non acquisiui, sed tantùm pro alia parte quam acqui-
siui. Itaque seruitus hoc casu pro parte retinetur, li-
cèt ab initio neq; acquiri, neq; adimi pro parte possit,
*l. vt pomum 8. §. 1. innlt. l. pro parte 11 ff. de seruit. l. vnus
ex socijs 34. rustic præd.* † Quibus consequens est, vt si 4
is, cuius fundo debebatur seruitus à prædio testatoris,
heres à testatore scriptus sit, eiusque hereditatem ad-
ierit, confundatur seruitus. Cùm enim heres per adi-
tionem fiat dominus prædij seruientis, vt & cætero-
rum omnium bonorum defuncti, (nam nec aliud est
heredem esse, quam esse dominum, *§. vlt. Inst de hered.
qualit. & differ.*) perinde necesse est hoc casu induci
confusionem, atque si alio acquisitionis genere domi-
nium nactus esset: quemadmodum & personales a-
ctiones confunduntur, quibus aut testator contra eū
qui nunc heres est, aut is qui nunc heres est, contra
testatorem poterat experiri confluente nimirum in
eandem personam in vtroque iure & debitoris & cre-
ditoris, *l. debitori 7. C. de pact. l. debitore 50. ff. de fideiuss.*
Nec enim ipsa rerum natura patiatur vt quis sit sui i-
psius debitor, aut creditor, non magis quàm vt quid v-
no eodémque respectu sit & agens & patiens. † Quid 5
ergo si testator eū fundū qui fundo Titij seruitutem
debebat,

debebat instituto Titio herede, legauerit Sempro-
nin? Vtique non potest irreuocabiliter valere aut
confirmari legatum nisi adita demum per heredem
institutum hereditate, *vulg. l. si nemo 9. ff. de testam. tu-
tel.* Ergo hoc etiam casu omnimodo confundi serui-
tutem necesse est, cum ea confusio per hereditatis a-
ditionem inducatur. Atqui nõ fuit legatum Sempro-
nio prædium liberum, sed quale fuit penes testato-
rem testamenti & mortis tempore. Ergo dicendum
est, Sempronio & legatum petenti nociturnam doli
exceptionem, si non patiatur eam seruitutem iterum
imponi quæ per aditionem fuerit confusa. Atque ita
ex Pap. scriptum est in *l. Papin. 18. alias l. in omnib. ff. de
seruit.* Esset enim per absurdum meliore iure penes le-
gatarium esse prædium quod ei datum est, quàm fue-
rit penes testatorem *l. quod est 160. § absurdum. De reg.
iur.* † Quod cùm ita sit, mirari quis non abs re possit,
6 cur ita scripserit Papin. *in omnibus seruitutibus, quæ adi-
tione confusæ sunt:* quasi verò non omnes seruitutes per
aditionem confundantur, quæcunque legato prædio
anteà debebantur. Atqui nec legatum vllum aliter
valere potest quàm si adita sit hereditas, nec rursus
hereditas aditi, quin heres fiat dominus rerum om-
nium hereditariũ. Quis ergo casus esse potest in quo
seruitutes fundo legato debitæ à prædio aliquo testa-
toris, minimè per aditionem confundantur? Quod si
respondeas tractare nos de seruitute debita à fundo
legato, non à fundo hereditario, dominium autem
fundi legati transire recta via à testatore in legata-
rium, quasi numquam factum heredis *l. a Titio 64. in
fin. ff. de furt. l. legatum 80. de leg. 2.* maior erit dubitatio,
cur ergo aditione hereditatis confundantur seruitu-
tes, cùm non alia ratione soleant confundi per aditio-
nẽ, quàm quod aditio inducat acquisitionem dominij
in persona heredis. quod tamẽ hîc non euenit, vbi do-
minium rei legatæ acquiritur legatario, non heredi.
Quidam putauerũt, respexisse Papinianum ad diffe-
rentiam constituendam inter legatum purum & con-
ditionale, quòd legati puri dominium transeat in le-
gatarium recta via, non etiam legati conditionalis, co-
ius quippe dominus est heres pendẽte legati cõditio-
ne, *l. fundus 4. D. si vsusfruct. pet. l. si cuius 11. §. heres. D.
quemadm. seruit. amit.* Sed parum probabiliter. Legatum
enim conditionale quandiu pendet, ne quidem lega-
tum esse intelligitur *l. is cui 42. D. de oblig. & act.* quod
& ipsum colligi potest ex *l. dominus 58. D. de vsufr.* Et
ideo quamuis confundantur seruitutes heredi debi-
tæ, nihil tamen est quod de earum restitutione tra-
ctari possit nisi ponas conditionem legati postea ex-
titisse. At rursus vbi extitit conditio legati, habetur il-
lud pro puro, & conditio quæ nihil nullaq; iam est, fa-
cere non potest quin perinde omnia seruari debeant
acsi legatum ab initio purè relictum fuisset, & conse-
quenter dominium ipsius recta via & ipso iure ad le-
gatarium hoc quoq; casu transisse intelligitur, *d. §. he-
res, mult. l. potior 11. § 1. in fin. D. qui potior. in pign. hab.*
Ergo quemadmodũ voluit illi legatum purè relicto
nullã fieri confusionem seruitutis heredi debitæ, quia
nullo instanti reperiatur heres dominus fundi ser-
uientis: ita & fateri eos necesse est confusionẽ nullam
fieri posse eo casu quo legatũ fuerit relictũ sub condi-
7 tione quæ extiterit. † Debuerũt ergo respõdere quod
nos respondemus, separanda esse hæc; atte nõ legata
pure à conditionalib. sed legata vindicationis à lega-
tis per damnationẽ relictis. Quod. n. dicimus, rei lega-
tæ dominiũ trãsire recta via in legatariũ, quasi num-
quã factum heredis, pertinet ad legata vindicationis
duntaxat, non etiã ad legata damnationis, quorũ illa
quippe erat formula vt heres rem legatam dare lega-
tario damnaretur, quo *dandi* verbo cum translatio
dominij significetur, *l. vbi autem 75. § vl. ff. de verb. obl.
mult. l. si a substituto 35 §. heres de leg. 1. l. non videntur 161.
de reg. iur.* non poterat fieri vt heres legatario daret
eam rem, cuius ipse dominus antea non fuisset † Ita- 8
que legato per vindicationem eo fundo, qui seruitu-
tem debebat prædio heredis, nulla poterat fieri con-
fusio seruitutis, transeunte legati dominio in legata-
rium tam citò, quàm domino hereditatis in heredem.
Vtrumque nimirum fit eiusdem legis duodecim ta-
bularum potestate, quæ omnes vltimas voluntates
per legis modum, id est imperatiuè factas, æquè con-
firmauit, ac proinde nonminùs legata, quàm institu-
tiones, cùm & ipsum legandi nomen ea in re vsurpa-
uerit; At legato per damnationem fundo necesse e-
rat fieri confusionem seruitutis; eóque demum casu
locum habet quod Papin. placebat, legatariũ peten-
tem legatum doli mali exceptione repellendũ esse, si
non patiatur eam ipsam imponi seruitutem quæ fue-
rit sublata per confusionem. Eam ipsam, inquam, spe-
cie, non numero, Nec. n. fieri potest, vt semel extinctũ
ius reuiuiscat, *l. qui res 98. § ar eam. de solu. l. si pro parte
10 § pen. D. si rem vers.* † Ideò autem doli exceptio ne- 9
cessaria est heredi, quia ipso iure verũ est & legatũ de-
beri legatario, & deberi sine seruitute cùm seruitus sit
confusa. Sed æquitate exceptionis illud inducit, quòd
cùm legatarius petit fundum sibi tradi liberum, qui
fuerat seruus penes testatorem, captat lucrum ex dã-
no alieno per occasionem iuris ciuilis contra natura-
lem æquitatem *l. 1. D. de doli except.* Nec enim audien-
dus est si velit imputare heredi cur facto suo confu-
derit seruitutem adeundo hereditatem. quin potius
id æqui bonique consulere debet, haberéque gratiam
heredi quo non adeunte legatum intercidisset. Perpe-
tuum enim est vt nemo possit alteri obiicere factum
ex quo ipse lucrum sentiat *l. si extraneus 33. cum en fun-
do 78. § quod si mulier. D. de iur. dot.* † Consequens igi- 10
tur est superioribus, vt hodie numquam possint con-
fundi seruitutes debitæ à fundo qui fuerit legatus,
postquam placuit Iustin. in *l. 1. & 2. C. com. de leg.* vete-
res illas legatorum differentias omnes tollere, & om-
nib. tam legatis quàm fideicommissis vnam eandém-
que naturam imponere. Etsi enim non satis apertè ex-
pressit ille, quamnam voluerit esse hanc naturam om-
nium legatorum & fideicommissorum, eámne quæ
olim erat legatorum per vindicationem, an verò quæ
legatorum per damnationem: nullus tamen hac parte
dubitationi locus relinquitur; quin legatorum om-
nium, adeóque fideicommissorum singulariũm natu-
ra ea hodie sit, quæ erat legatorum per vindicatio-
nem, cùm inter ceteras actiones quas pro legato & fi-
deicommisso quolibet dari voluit Iustinianus, sit e-
tiam vindicatio, quæ tamen nec competere, nec dari
vllo modo posset, si dominium rei legatæ aut per fi-
deicõmissum relictæ non transiret in legatariũ aut fi-
de commissarium recta via, quandoquidem dominij
vindicatio sola illa est, quæ tribuere potest vindicatio-
nem. † Itaq; cum legato etiam per damnationem reli- 11
cto dominium perinde transeat in legatarium, acsi le-
gatum esset per vindicationem, fieri nequit vt heres
qui oneratus legato fuit reperiatur vnquam dominus
fundi seruientis, non magis quàm vt legatarius inue-
niatur dominus prædij dominantis: atq; ita cessat tota
illa ratio quæ poterat inducere confusionem serui-
tutis. etsi non ignoro in aliis quibusdam datam esse
omnibus legatis naturam quæ olim erat legatorũ per
damnationẽ: de quo plura scripsimus lib. 6. c. r. † Non 12

dat nullum se vicino prædio debere seruitutem altiùs non tollendi. vindicétque sibi libertatem naturalem, ex qua licet vnicuique suas ædes ad cœlum vsque tollere. Nam imò vero qui agit de seruitute altius tollendi, neque vindicat suis ædibus libertatem naturalem, sed seruitutem quæ talis expressim constituta sit contractu, vel testamento, vel talis acquisita per vsucapionem libertatis, contra seruitutem antea constitutam altiùs non tollendi. Etenim vt libro superiore disputauimus, si ædes meæ debeant tuis seruitutem altiùs non tollendi, & tamen te sciente ac patiente eas altiùs sublatas habuero per decennium, puta vsq; ad triginta pedes, certum est acquisiuisse me libertatem contra primam illam seruitutem altiùs non tollendi, sed tamen limitatè & vsq; ad triginta tantum pedes, quia cùm non vsuceperim libertatem nisi habendo ædes meas altiùs sublatas consequens est vt nec vsuceperim, nisi quatenus habui eas sublatas. Proinde si posteà velim altiùs tollere supra triginta pedes, siue ædes meas fortasse collapsas reficiendo, siue eas adaugendo, ius tibi est prohibendi ne id facere possim, quasi manente adhuc pristina seruitute in eo in quo non est libertas vsucapta. Hoc ergo tãtùm possum intendere, ius mihi esse altiùs tollendi vsq. ad triginta pedes, tanquam acquisita ædib. meis non tam libertate naturali, quæ nullos haberet limites quàm libertate noua & limitata: quæ sicut non omninn extinxit seruitutem quæ tuis ædibus debebatur, ita nec manente tua illa seruitute potest mihi esse acquisita, quin hoc ipso habeam ius nouæ seruitutis, per quam fiat vt quemadmodum non possum ædes altiùs tollere inuito te supra triginta pedes, ita possim te inuito vsque ad eum modum triginta pedum, cùm fortassis initio constitutæ seruitutis altiùs non tollendi, non nisi ad quindecim vsque pedes sublatum ædificium

6 haberem. † Etsi autem dicimus seruitutum vindicationem esse, non minùs quàm rerum corporaliũ. duæ tamen præcipuæ sunt differentiæ inter hanc & illam vindicationem: quas ambas ponit Iustin *in d. § æque.* Prima est, quòd rerum corporalium vindicatio omnis est adfirmatiua, nulla negatiua. Quisquis enim fundũ, vel rem aliquam mobilem vindicat, dicit rem esse suã solennibus illis verbis, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* & quanquam hoc ipso negat eã rem esse possessoris, cùm fieri nequeat vt duo sint eiusdem rei domini in solidum, nulla tamen actio proposita est in hoc vt quis rẽ esse aduersarij neget. Si quis. n. ita agere vellet, eum vtiq necesse est possessorem vel esse vel non esse: si esset, non indigeret actione. cũ ob hoc solùm quod possessor esset, quantumuis vitiosè, tamen vincere deberet aduersarium qui neq. possessor esset, neq dominus, *l. vlt. ff. de acq poss l. vlt. C. de rei vin. l. 1. §. vlt. ff. vti poss.* Si verò non esset possessor, nihil planè ipsius interesset, quòd aduersarius non esset dominus, si neq; ipse qui agere vellet, dominũ se diceret. ac probaret. Generale namq; est vt nunquã detur actio, nisi cuius interest. Quòd si esset ille dominus, quidni sufficeret ei quod haberet vindicationẽ adfirmatiuam, qua se dominũ adsereret? aut in quo egeret illa negatiua? At cũ de vindicandis seruitutib. tractatur, potest necessaria esse actio negatoria, nec sufficit confessoria, si fortè quis velit fundo suo adserere aut libertatem, aut seruitutẽ contra aduersarium qui sit in quasi possessione cõtraria, siue libertatis, siue seruitutis; vt ecce, si intẽdas ius esse tibi eundi per meum fundum, nullam possum habere actionem nisi negatoriam ad impediendũ ne posthac eas si iã sis in possessione eundi iure seruitutis, quia tuam illã possessionẽ tuebitur prætor interdicto *De itinere actúque priuato*, etiam si non probes te habere ius seruitutis, *l. vlt. ff. de itin. act. priu.* Itaque si velim vincere, tuámque quasi possessionẽ interpellare, necessariò agendum mihi est de iure seruitutis contra te, in eámq; rem proponenda negatoria. Idẽ est de seruitute altius nõ tollendi, si fortè altius sustuleris ędes tuas, atq. ita te cõstitueris in q possessione altius tollendi. Non n possum te vincere iure possessionis, nec rursum si velim agere confessoria, quia necesse est me negare ius tibi esse altius tollẽdi, quod nisi per negatoriã fieri non potest. †Et ratio hu- 7
ius differentiæ est, quia rerũ corporalium vindicatio nullum effectum alium habere potest, quàm vt res à reo possessa actori per arbitrium iudicis restituatur: quod totum consistit in faciendo. At seruitutum vindicationes è contrario effectum duntaxat illum habent, non vt aduersarius cogatur aliquid facere, sed tantum vt cogatur pati, vel facere actor prohibeatur. Id verò assequi actor non potest iis casibus, quib. aduersarius intendit habere se ius aliquid faciendi, puta eundi vel agendi per fundum actoris, vel altius tollendi, nisi proposita actione negatoria. vt & in aliis omnib. speciebus in quibus duntaxat prohibendus est aduersarius ne quib. faciat, nõ etiam cogendus vt patiatur. Nam pro iis seruitutibus per quas contenditur pati eum aliquid debere, confessoria necessaria est. † 8
Altera inter rerũ corporalium & seruiturum vindicationem differentia est, quòd rerũ corporalium vindicatio nunquam datur possessori, sed semper cõtra possessorem, *l. officium 9. l. si qui destinauit 14. l. qui petitorio 36. ff. de rei vind.* nempe quia nec alius restituere rem potest, quàm qui possidet. Finis autem vindicationis ille est, vt postquàm pronuntiatum erit rem esse actoris, iudex arbitrari debeat rem actori restitui oportere. *l. ex diuerso 35. eod. tit.* At seruitutum vindicatio non minus datur possessori quàm non possessori seruitutis, *l. & si forte 6. § sciendum. ff. si seru. vin.* nimirum quia finis vindicationis seruitutis non ille est, vt seruitutis possessio, aut quasi possessio restituatur, sed vt pronuntietur pro actore, vel habere illum ius seruitutis in fundo alieno, vel non habere aduersarium ius seruitutis in fundo actoris: illud, si confessoria agatur: hoc, si negatoria, quod vtrumq; nihil cõmune habet cum iure possessionis. Siue enim actor sit in possessione seruitutis quam suam adserit, siue in possessione libertatis contra seruitutem quam aduersario deberi negat, illa semper quæstio superesse potest, an ius habeat vel adserendæ sibi vel denegandæ aduersario libertatis.
† Ex quo fit vt negatoria possit agere etiam is cuius 9
fundus debet seruitutem, si modò contra eum agat qui non sit dominus fundi dominantis, nec tale ius in eo vllum habeat, puta pignoris vel vsusfructus, vt eum seruitutes sequantur. Finge habere me ędes, quibus vicinæ sint Seianæ & Sempronianæ. Sempronianis meas debere seruitutem altius non tollendi, Seianis nullam debere. Si dominus Seianarum velit me prohibere ne altius non tollam, potero actione in rem confessoria experiri, quia licèt ædes meæ seruiant, tamen ei contra quem agam, non seruiunt. Itaq possum intendere ius mihi esse altius tollendi inuito eo cum quo ago, non q. habeam ædes liberas simpliciter, sed quia liberas habeo quod ad eum pertinet. *d. l 4. § competit. ff. si seru. vin.* Quo ex loco sumpserunt pragmatici vulgarem illã formulam frequentissimæ exceptionis, *Quod ad te liberas ædes habeo.* Cui opposita illa est, *Age cum Geminiano ex l. 3. C. de transact.* † Inde etiam 10
fit, vt quemadmodum nec confessoria nec negatoria datur alij quàm domino ædium quib. seruitutem de-

beri vel dicitur, vel negatur, vt iam suprà diximus, ita
nec nisi contra dominum competant huiusmodi a-
ctiones, *d. l. 2. §. 1. d. l. etsi forte 6. §. hac autem actio. ff. si
seruitut. vind.* siue agatur de seruitute oneris ferendi,
de qua eo loco tractatur, siue de alia qualibet, nimirū
quia cùm non aliter possit acquiri fundo meo serui-
tus, quàm si imponatur à domino fundi seruientis, nō
possum intendere contra te ius mihi esse eundi per
fundum Corn. nisi tu eius fundi dominus sis: Nec si-
militer agere negatoria vt intendam non esse tibi ius
eundi per meum fundum, nisi sis dominus eius fundi
cui velis debitā esse à meo itineris seruitutē. Quare si
quis tertius velit me impedire in vsu meæ seruitutis,
debeo interdictis experiri, & possessionem meam, aut
quasi possessionem vel tueri, si nondum amiserim, vel
recuperare, si iam amiserim. Quam in rē prodita sunt
interdicta De itinere actúque priuato, & alia huius-
11 modi. † Atque ex his petenda etiam est interpretatio
eius quod scribit Iustin. in d. §. æquè in vlt. illo vers.
*sanè vno casu qui possidet nihilominùs actoris partes susti-
net, sicut in latioribus Digestorum libris apparebit.* De quo-
rum verborum sensu non fuit ex interpretibus qui
non dubitauerit, & laborauerit in quærendo vno illo
casu quo detur actio ei qui possidet, necdum tamen
casus ille ab omnibus quæsitus à quoquam adhuc in-
12 uentus esse existimatur. † Accursius noster cùm vnum
quæreret, duos attulit. Primùm de iudiciis illis dupli-
cibus Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, &
Finium regundorum, in quibus dicitur vterque actor
esse & reus, *leg. actionis 37. § mixta ff. de oblig. & act.* ac
proinde eùm vel vtrumque, vel saltem alterutrum
possessorē esse oporteat, euenire necesse est vt is quo-
que qui possidet sit actor. Sed non est hic casus ac-
commodatus, quia sicut in huiusmodi iudiciis vterq;
est actor, ita & vterque reus, & consequenter posses-
sor quisquis ille sit non minùs reus quàm actor est.
Deinde non dicitur in his iudiciis actor ille qui possi-
det sed qui prior ad iudicium prouocauit, adeò vt si
ambo simul prouocauerint, sorte dirimi oporteat, vter
sit actor, *l. in tribus 13 & seq. ff. de iud.* nempe quia fieri
nequit vt iudicium vllum tale sit, in quo par vtrius-
que litigatoris conditio in omnibus & per omnia es-
se debeat: sed nihilominus necesse est tunc quoq; eùm
actor, & reus vterque est, alterum tamen solum acto-
ris, alterum verò rei duntaxat partes sustinere, quia
nec iudicium vllum esse potest sine actore & reo. Al-
ter casus Accursij est in qualibet exceptione: quam
possessor, idémq; reus opponit actori, propterea quòd
reus in exceptione actor est, *l. in exceptionibus 19. ff. de
13 prob. l. 1. ff. de except.* † Et hanc Accursij sententiam no-
uissimè secutus est Vulteius proferens varia exempla
exceptionum in quib. reus idémque possessor actoris
iure censeatur, vt in exceptione rei iudicatæ, de qua
in d. l. in exceptionibus. §. vlt. In exceptione legatarij;
Quòd defunctus sciuerit rem legatam alienam fuis-
se, *l. verius 21. eod.* In exceptione voluntatis mutatæ, *l.
eum qui. 22. eod.* quib. addi possint aliæ huius generis
propemodum infinitæ, ac tam multæ, vt vel ex hoc
solo appareat non posse casum hunc illum esse, quem
nos quærimus, & quem Iustin. intellexit. Quanquam
Vulteius, vt obiectionem hanc effugiat, nititur omnes
casus illos speciales concludere sub hoc vno generali
quo reus idémq; possessor non aliter possit obtinere,
quàm si intentionem suā probet aduersus actorē qui
suam iam probauit. Sed non tollit ea res multiplicita-
tem casuum, in quibus prætereà omnib. obseruandū
est reum non tam dici actorem, quàm actoris partibus
fungi, quod longè diuersum est. Actor enim dicitur
ille tantùm qui agit, Actoris verò partibus fungi ille
demùm cui incumbit onus probandi, *l. si priusquam 15.
in fin. ff. de oper. nou. nunc.* † Qua etiam ratione refelli 14
potest opinio Antonij Contij, qui casum illum pe-
tit primū *ex l. quoties 15 ff. de prob. & ex d. l. priusquam,*
quib. tamen locis non de actore tractatur, sed de eo
qui actoris partibus fungitur. Alij referunt ad actio-
nes præiudiciales de quibus in *§. præiudiciales Inst. de
act.* quæ interpretatio refellitur satis ex iis quę in prę-
cedētibus disputauimus de huiusmodi genere actio-
num. † Alij probabiliùs referunt ad interdictum Vti 15
possidetis, in quo planè is qui possidet, actoris vices
sustinet, *l. 1. §. vlt ff. vti possid.* quam sententiam sequi-
tur Ioannes Corrasius lib. 3. Miscel. cap 23. Sed neque
hæc interpretatio satisfacere potest. Quærimus n. ca-
sum, quo is qui possidet, agat, non quo vtatur interdi-
cto. Aliud siquidem est de actione loqui, aliud de in-
terdicto. † Frequentior cęterorum omnium recentio- 16
rum sententia est, pertinere casum hunc ad seruitu-
tes, quarum nomine diximus comparatas esse actio-
nes in rem, etiam in fauorem possessoris, *d. l. etsi forte 6.
§. sciendum. ff. si ser. vind.* Quod etsi verum est, non ta-
men videtur ad Iustiniani verba accomodatū, quem
apertum est tractare *in d. § æque*, de vindicatione re-
rum corporalium, non de vindicatione seruitutum.
Debet enim exceptio, vt aiunt, esse de regula. Porrò
regula proposita erat de vindicatione rerum corpora-
lium sc. non dari eam possessori. At neque potest vide-
ri vnus esse casus qui pertineat ad tot genera seruitu-
tum, & actionum de seruitute. Quamobrem, vt dicam
paucis quod sentio, nec immorer diutiùs in aliorum
opinionibus refellendis, semper existimaui cum Fer-
reto frustra se torquere interpretes in explicando hoc
loco, qui procuIdubio corruptus est, legendúsque ad-
dita negatione hoc modo, *sanè non vno casu*, vt idem
Ferretus docuit, aut vt probabilior sit emendatio, *sanè
nec*, nato scilicet errore ex vetere librariorum scriben-
di more qui literas repetendas semel tantùm scribe-
bant, sed maiusculo charactere in huoc modum SAN-
EC. pro *sanè nec.* cui similem errorem iam pridem ob-
seruauimus in *l. 3 §. 1 ff. de vsur.* vbi scriptum legimus
immune est, pro eo quod scribi debuit *immune nec est*,
aut si probabilius putes, *immunène est?* per interroga-
tionem. Itémque *in l. sanè 11. ff. de iur. dot.* vbi scriptum
est, *sanè & pro sanè nec.* † Obseruandum enim est quod 17
pauci interpretes obseruant, quamuis Accursius quo-
que hoc viderit non ita scribere Iustinianum, vt dicat
vno casu actorem esse eum, qui possidet, sed tantùm
actoris partes obtinere, quod quàm diuersum sit iam
indicauimus. Nam qui possidet rem corporalem, nullo
penitus casu actor esse potest, sed actoris partes obti-
nere potest innumeris penè casibus, vt ipsi etiam in-
terpretes consentiunt. Et ob id nimirum adiecit Iusti-
nianus *sicut in latioribus Digestorum libris opportuniùs
apparebit*, quia cùm essent illi casus non solùm penè
innumeri, sed etiam per varias iuris partes dispersi,
non poterat opportunè fieri, vt in iis cōgerendis lon-
gior esset Iustinianus, qui in componendis Institutio-
bus hoc tantùm agebat vt ea quæ generaliora essent,
traderet, non quæ specialiorem requirerent tracta-
tum: Et verò quis vnquam sibi persuadeat, tam malè
feriatum fuisse Tribonianum, vt si de vno tantùm ca-
su sensisset, nos pro eo inquirendo ad omnes Digesto-
rum libros reuoluendos relegasset, quem æquè
paucis verbis non apertè declarare,
saltem velut digito indicare
potuisset?

CAPVT

CAPVT XIIII.

Emendati varij loci in tit. ff. quæ in fraud. cred.

SVMMARIA.

1 *Secundum b. f. emptorem qui rem à debitore fraudatore alienatam à primo emptore rem alienam sciente emit, Pauliana non teneri.*

2 *An is qui à fraudatore debitore dolo malo emit, alteri vero bona fide ementi vili pretio vendidit, pretium illud quod accepit, an verum rei pretium restituere teneatur?*

3 *Verba illa,* quod accepit. in l. is qui ff. quæ in fraud. credit. *cum negatione legenda esse.*

4 *Emptionem à secundo b. f. emptore factam postquam creditores in possessionem missi sunt, non valere.*

5 D. l. is qui. *de re vendita, in cuius possessionem postea missi sunt creditores, accipiendam esse.*

6 *Heredem vel suum vel voluntarium qui postquam hereditati debitoris se immiscuit, in fraudem creditorum hereditariorum aliquid fecit, mox aduersus immixtionem restitutus est, directa Pauliana conueniri non posse.*

7 *Vtilem tamen Paulianam aduersus eiusmodi heredem competere.*

8 *An idem in seruo necessario dicendum sit?*

9 *Verba illa,* idem & in seruo necessario, *d.* §. si quid in fraudem l. ait Prætor eod. tit. *delenda esse.*

10 *Casus quo non tantum ea quæ ab herede suo & necessario post immixtionem, sed etiam quæ a testatore dum viueret in fraudem creditorum gesta sunt, per Paulianam reuocantur.*

11 *Sententia & emendatio* §. si impubes d. l. ait Prætor,

12 *An quod vnus creditorum a pupillo post patris hereditatem aditam accepit, post pupilli a paterna hereditate abstentionem reuocandum sit, bonis paternis venientibus?*

13 *Scæuolæ in hac quæstione conclusionem cum Vlpiani sententia pugnare.*

14 *Distinctiones in ea quæstione* in l. pupillus 24. eod. tit. *adhibitas, Triboniani non Scæuolæ esse.*

15 *Eiusdem Triboniani distinctiones refelluntur.*

1 SI † is qui à debitore fraudatore sciens alienam rem emit, priusquàm eius bona per creditores possiderentur, eandem rem iterum alij bona fide ementi vendiderit, placet secundum emptorem Pauliana conueniri non posse, quia cum sit emptor bonæ fidei, non potest videri particeps fraudis, nec ei debet nocere dolus sui venditoris cum habeat causam onerosam non lucratiuam. *leg. si is qui 9. ff. quæ in fraud. cred. multa leg. quod autem.* §. *simili modo eod. tit. leg. 4.* §. *de autor. & seq. ff. de doli mali excep.* Nec nouum est meliorem hoc casu esse conditionem emptoris, quàm fuerit venditoris, cùm dolus ei duntaxat nocere debeat qui eum admisit: & ob id non est ita concepta iuris regula, Vt semper emptoris eadem causa esse debeat circa petendum & defendendum quæ fuit petitoris, sed vt plerumque ita euenit *l. nemo 156.* §. *plerumque. de R. I.* † Et quemadmodum non tenetur is, 2 qui ab ipso debitore ignorans emisset, ita nec is teneri debet, qui ignorans emit ab eo cui debitor ipse sciēti vendidit *d. l. si is qui.* vbi tamen additur in proposita specie eum qui dolo malo emit, alteri verò bona fide ementi vendidit, teneri Paulianā in solidum pretium rei quod accepit à secundo emptore, præstare seu restituere: quo loco mihi certè suspecta sunt verba illa, *quod accepit.* Quid enim si vendiderit vili pretio rem, quæ erat multo pluris? Cur cogentur miseri fraudati quo creditores contenti esse eo pretio, nec poterunt consequi quanti re vera res est, cùm si secunda venditio facta non fuisset, rem ipsam essent reuocaturi nullo pretio restituto, *l. si debitor eod. tit.* quia scil. cùm non detur ea actio nisi contra eum qui sit cōscius, & particeps fraudis, indignus vtiq; est cui succurratur is, qui conuenitur, nisi hactenus vt si ea ipsa corpora nummorum extent, quæ soluit, debeāt ei reddi vt ea ratione fiat ne quisquam fraudetur, neq; creditor qui rem auocat, neq; emptor qui nummos suos recuperat, neque debitor qui nihil ex suo amittit. *leg. ex his 8. eod.* Nunquam enim succurrēdum est ei cui proprius dolus potest imputari, quique damnum hoc quod patitur, passurus non fuisset si dolum non admisisset. Et verò sunt ista propemodum contraria, Teneri hunc malæ fidei emptorem in solidum pretium rei, & Teneri in pretium quod accepit. Solidum enim pretium rei dicimus pro iusto, ad differentiam eius quod conuentum & acceptum est. Alioqui, quænam obsecro poterat esse causa dubitandi, quin hic malæ fidei possessor totum pretium, quod accepisset, restituere teneretur? An fortè poterat quis putare, non teneri eū nisi pro parte pretij quod accepisset? † Ergo si quid mei iudicij est, vel delenda sunt ea verba *quod accepit*, vel addita negatione legendum *quod non accepit*: quod ego probabilius arbitror. † Posuit autem factam huius rei venditionem, priusquàm bona per creditores possiderentur, quia si bona iam essent possessa, certum esset non valituram venditionem, nec si bonæ fidei emptori facta esset, ideóq; nec reuocatoria opus foret, alioqui esset inutilis missio in possessionem à creditoribus impetrata, *l. 1. de reb. autor. iud. poss.* vt bene quidam ex recentiorib. ratiocinantur *ad d. l. si is qui.* † Sed iidem tamen malè eam legem intelligunt de re vendita in cuius possessionem non fuerint missi creditores: quasi verò missio in possessionem quæ ex edicto prætoris datur creditoribus, non sit vniuersorum bonorum, cōtra id quod scriptum est in *l. 1. ff. quib. ex causs. in poss. eat.* Nam si vniuersorum bonorū est, vt est, consequēs fit vt nulla prorsus res sit ex bonis debitoris, quæ non debeat intelligi possessa per creditores, adeò vt quamuis nihil fortè fuerit quod possideri queat, saltēm sine controuersia, creditor tamen qui in possessionem missus est, perinde habeatur, ac si possessa bona fuissent, *l. quamuis 13. de reb. autor. iud. poss.* Sed eos fefellerunt verba illa. *cum bona possessa sunt*, quæ illi sic acceperunt acsi tractaret Paul. de venditione, cuius tempore iam possessa fuissent bona, cùm è contrario ponendum sit, factam venditionem à debitore, cuius bona posteà sint possessa † in *l. ait prætor 10.* §. *si quid in fraudem creditorum eod. tit. quæ in fraud. cred.* scribit Vlp. Si filius qui se poterat abstinere, immiscuerit se paternæ hereditati & in fraudem paternorum creditorum aliquid fecerit, mox aduersus immixtionem fuerit in integrum restitutus, ex dicto sc. De minoribus, de quo *in l. necessarijs 57. ff. de acquir. hered.* vel etiam si voluntarius heres fuit, qui idem fecerit, quique propter ætatem vel quam aliam causam meruerit in integrum restitutionem, non posse directam actionem Paulianam contra eum competere, sed tamen vtilem dandam esse. Directa non potest dari, quoniā filius, aliúsve heres quilibet, restitutionem impetrauit siue contra immixtionem, siue aduersus aditionem, pro eo habetur quantum ad prætorem acsi nunquam heres fuisset, licèt re vera heres esse non desinat qui semel fuit, *l. si filius 12. ff. de interrog. in iur. faciend. iunct. leg. ait prætor. 7. alias*

In the right margin beside the lines above, numbers are printed as follows: 3 beside "pro parte pretij quod accepisset? † Ergo si quid mei iu-"; 4 beside "probabilius arbitror. † Posuit autem factam huius rei ven-"; 5 beside "centiorib. ratiocinantur ad d. l. si is qui. † Sed iidem ta-"; 6 beside "possessa † in l. ait prætor 10. §. si quid in fraudem credito-".

l. et si fin. §. sed quod Papin. ff. de min. Et consequenter numquam videtur habuisse proprios creditores eos qui fuerant paterni, nec proinde dici potest in eorum fraudem aliquid fecisse, cùm sit ex natura restitutionis in integrum, vt reuocet omnia in pristinũ statum, *l. quod si minor 24. § restitutio. eod.* Si enim hic heres nõ fuisset, nonquam paternos creditores suos habuisset, *l. ex contractu 44. ff. de re iudic. l. necessarys. 57. de acq. her.*
7 † Vtilis tamẽ in eum actio datur, quia verum est fuisse illum aliquando debitorem, eo scil. tempore quo se immiscuerat, vel adierat, & eo tempore fuisse in fraudem creditorum id de quo nunc reuocando agitur.
8 † Quod tamen sequitur *in d. §. si quid in fraudem*, idem in seruo necessario dicendum esse, non video quomodo, aut quo casu possit verum esse, cùm serui necessarij heredes siue impuberes sint, siue puberes, nunquã habeant beneficium abstentionis, nec in integrum restitutionis, *d. l. necessarys. in fin.* sed tantùm separationis, eo sc. casu quo non attigerint bona patroni, *l. 1. §. vlt. ff. de separat.* quod tamen beneficium separationis nunquam facit vt seruus heres necessarius, nunquam heres fuisse videatur, adeóq nec vt habeatur à prætore pro non herede: in quo differt maximè à beneficio abstentionis. Alioqui non minùs serui qui iam ciuis Rom. factus sit, quàm filij pudori parcendum esset, vt sub nomine domini: sicut sub nomine patris potiùs bona venderentur, *l. pater fam. 28. ff. de reb. autor. iud. possid.*
9 † Sunt ergo verba illa, *idem & in seruo necessario*,
10 mala interpretis, & valdè imperiti. † Illa distinctio notabilis est, quæ ex Labeone subijcitur *in d. § si quis in fraudem*, vbi dicitur posse interdum fieri vt per Paulianam reuocentur non ea tantùm quæ in fraudem creditorum gesserit heres suus & necessarios post immixtionem, sed etiam illa quæ pater ipse, dum viueret: nimirum si creditores protinus vendiderint bona patris, id est si non multum intercesserit temporis inter mortem patris & filij abstentionem, quamuis medio tempore fortassis absentib. vel paciscentibus creditoribus filius se immiscuerit. Hoc enim casu fraus vtriusque per Paulianam reuocatur, id est, tam patris quam filij. Et quidem filij, quoniam vt proximè diximus, verè debitor aliquando fuit, patris verò, quia licèt post mortem desierit esse debitor, ex quo præsertim tempore cœpit habere heredem, qui pro eo, aut potiùs in eius vicem debitor factus sit, fere tamen est vt nunquam heredem habuisse videatur, qui tam modico tempore habuit, quique talem habuit, vt non possit dici creditores paternos eius nomen vnquam secutos esse, id est pro debitore illum habere voluisse. At cùm creditores passi sunt necessarium heredem, & quasi in creditum habuerũt nomen, eius vel dulcedine vsurarũ, vel quia alia ratione eum secuti sunt, cùm ex edicto prætoris non possint impetrare separationẽ, dicendum est nihil reuocari posse ex iis quæ testator alienauit, quia non potest videri decessisse non soluẽdo qui habui heredẽ, *l. libertus 38. D. de bon. libert.* Potestq. imputari creditorib. cur maluerint eum habere debitorẽ quàm defunctum, cuius bonorũ separationem primùm, deinde etiam venditionem impetrare potuissent, subindéq Paulianã exercere contra tertios qui à defuncto in fraudem creditorum comparassent.
11 † Sequitur apud Vlp. in *§. si impubes*: Si impubes patri heres extiterit, eiúsq. mortui bona veneant, separatione postmodùm impetrata per creditores patris (nec enim creditores filij possent ipsi impetrare, *l. 1. § ex contrario. D. de separat.*) vtriusq. fraudẽ esse reuocandã, i. tam patris quàm filij, si fortè impetrata separatione appareat neutrum esse soluendo. & ab vnoquoq. eorum aliquid fuisse alienatum in fraudem propriorum creditorum Cùm verò vnicus hic eius loci sensus esse possit, planè fateor me non intelligere, quid sibi velint verba illa sequentia, *pupilli vel etiam tutoris, item curatoris*, quasi vtriusque appellatione intellexerit Vlp. pupillum & tutorem ipsius & curatorem, ac non potius pupillum & patrem eius, Est igitur hæc etiam adiectio eiusdem, aut saltem æquè inepti interpret. cuius & aliæ illæ, quas hoc cap. obseruauimus. Nec enim fraus tutoris & curatoris, & fraus pupilli vel minoris duplex fraus est, sed vna tantùm, sicut & pupilli, & tutoris, itémque minoris & curatoris vna eadémque persona hac in re esse creditur, *d. l. ait prætor. §. an prætor. & l. 4. § illa etiam quæst. D. de dol. mal. except.* † Sed 12
emendato iam Vlpian. Scæuolam quoque nostrum emendemus in *l. pupil. 24. eodem tit. quæ in fraud. credit.* ne alioqui reprehendere sit necesse. Tractat ibi de pupillo qui cum patri heres extitisset, vni creditorũ soluerat, mox abstinuerat hereditate paterna, ita vt bona patris venirent. Et quæritur, an id quod accepit creditor, reuocandum sit ne aliter posito iure eueniat vt sit hic melioris conditionis quam cæteri creditores contra quos tamen nullum habeat priuilegium: an potiùs distinguendum sit quomodo acceperit ille solutionem, vtrum per gratificationem tutorum an verò suo iure, vt si per gratificationem tutorum acceperit, reuocetur ad eandem portionem, quam cæteri creditores fuerint laturi, vt hic cæteris creditoribus exæquetur. Si verò iustè exegerit, tanquã qui cæteris diligentior fuit, & intereà debitoris bona facta sint deteriora, vel mortalitate animaliũ, vel furto rerum mobilium, vel casu immobilium, qui tres modi sunt, per quos diminui patrimonium solet, non reuocetur id quód accepit à debitore, quoniam alij creditores negligentiæ suæ acceptum id ferre debent, cùm tempore factæ solutionis bona fuerint soluendo, licèt posteà esse desierint ex supradictis causis. Sed si solutio facta sit eo tempore quo creditoris bona iam in eo erant vt vendi deberent, quod soluendo non essent, subdistinguendũ ait Scæuola, an debitor siue *pupillus* ille sit, eiúsve tutor, siue alius quilibet vltro pecuniam obtulerit huic creditori, an creditor extorserit solutionem inuito; Vt si extorserit inuito, reuocetur solutio: si non extorserit, non reuocetur. quia licuerit ei vigilare, ac meliorem facere suam conditionem, *l. quod autem 6. §. sciendum. eodem titul.* cùm ius ciuile vigilantibus scriptum sit, non dormientibus, aut negligentibus, *leg. non enim 16. Digest. ex quibus causis maiores. l. summa 21. Digest. de pecul.* † Concludit ergo Scæuola in *dict.* 13
l. pupillus, non reuocari hoc casu solutionem, sed tunc tantùm cum extorta est inuito. In quo tamen, si ita est, fatendum erit dissensisse Scæuolam ab Vlp. in *d § sciendum est*, & in *§. apud Labeonem, eiusdem legis*, vbi vult Vlp. securum esse creditorem qui suum accepit, non solùm si acceperit cogente debitorem præside, qui casus multo minorẽ dubitationẽ habet, sed etiãsi præsidis vel prætoris autoritas nulla interuenerit, adeoque tametsi creditor qui accepit solutionem, sciuerit fraudari re vera creditores cæteros, quia iniquũ est, inquit Vlp. eum quem præses inuitum vt soluat possit cogere, non soluere impunè: nimirum sit non sit facta solutio eo tempore, quo bona iã sint possessa nomine omniũ creditorum. Hunc enim solũ casum excipit Vlp. valdè differentẽ ab eo quem tractat Scæuola. Quæstio enim Scæuolæ supponit duntaxat, fuisse bona debitoris in eo vt vendi deberent iam ipso tempore solutionis, quòd non essent soluendo: at non etiã præsupponit quòd fuerint iam tũ possessa. In qua spe-

cie

gie nullus certè distinctioni locus relinqueretur, quia secundum Vlp. sententiam reuocanda omnimodo esset solutio tanquam facta ex bonis, in quibus iam esset ius pignoris prætorij cæteris omnibus creditoribus acquisitum. Itaque si Vlpia. credimus, cuius opinio haud dubiè probabilior est, distinctio illa non deber adhiberi. An inuito extorta sit solutio, necne, sed tantùm, an facta sit ante bona possessa, an post. Quinimò cùm inuito extorta est, longè maior ratio suadet vt reuocari non possit, quia fraudis suspicio cadere nulla potest in eum qui inuitus ac cogente prætore soluit. Sed illud me magis mouet, quod nec requirit Scæuola vt extorta sit solutio in fraudem creditorum, id est, per eum qui sciebat futurum vt cæteri creditores ex ea solutione fraudarentur: quæ tamen distinctio prorsus necessaria est, quoties de Pauliana tracta-
14 tur. † Itaque paulatim venio in eam coniecturam, vt mihi videar. Triboniani magis quàm Scæuolæ distinctiones audire. Nam & ei familiarius est distinguere, ac subdistinguere quàm Scæuolæ (cuius responsa vnico vt plurimùm verbo concluduntur) & quod grauius est, plerumque contra iuris rationem, ac omissa specie de qua primùm proposita quæstio est, aut saltem mutatis personis, & extrinsecus accersitis casibus à proposito penitus alienis. ita vt tandem instituta quæstio indecisa relinquatur. Cuius rei non desunt exempla in tot locis, quos à Triboniano corruptos fuisse scripta nostra testantur. Sed omnium luculentissimum illud est, quod nunc in manibus habemus. Erat enim proposita quæstio de pupillo, qui cùm patris heres extitisset, atque vni ex creditoribus soluisset, mox abstinuerat paterna hereditate, deinde patris bona venierant. nec de alio quærabatur nisi an reuocandum esset quod creditor accepisset. Tribonianus verò dubius quid probare deberet, disputat in vtramque partem, & primùm contra creditorem, sed inepta ratione, quòd melioris conditionis esse non debeat, quàm cæteri. Nam imò verò æquum est melioris conditionis eum esse qui fuit diligentior, sibique vigila-
15 uit. † Deinde distingnit an per tutorum gratificationem solutum sit, an verò iustè solutionem exegerit creditor: quasi verò non potuerit vtrumque simul concurrere vt & tutores ei gratificari voluerint, cum possent cæteris creditoribus æquè soluere, & is tamen iustè solutionem exegerit. Nam cum ponamos fuisse illum iustum creditorem (alioqui de reuocatoria tractandum non esset) fieri certè nequit vt non iustè solutionem acceperit. Quo admisso, etiamsi ponas solutum ei fuisse per gratificationem tutorum, id est, vt I.C. nostri loqui solent, per gratiam quam habuit apud tutorem non ideo tamen deterioris conditionis esse debet, cùm suum acceperit. Tantus siquidem fauor est creditoris suum recipientis, vt etiamsi soluerit qui nihil debebat, nihilo magis ab eo repeti quicquam possit, *l. repetitio. 44. ff. de cond. indeb.* Nisi cùm id nominatim lege cautũ est, vt in specie *l. vlt. §. fin. verò creditores. C. de iur. delib.* Nec rursus potest videri creditor à tutoribus magnum beneficium consecutus, à quibus nihil ille nisi suum accepit & ad cuius exsolutionem inuitos eos cogere potuisset. Nec enim facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium est, inquit eleganter Papin. *in l. vnum ex familia. 67. §. 1. de leg. 2. l. si seruo. 84. ff. de hered. instit.* Subinde quod est alienius, interserit nouum casum Tribonianus quo res facta sit deterior à tempore solutionis vsque ad tempus postulatæ Paulianæ. Sic enim loquitur Tribonian. de re deteriore facta in numero singulari pro eo quod voluit dicere, bona ipsa facta esse deteriora, cùm tamen nulla posset esse ratio dubitandi eo saltem casu, quo bona erant soluendo tempore solutionis.

CAPVT XV.

Ad l. vlt. §. vlt. eod. tit. quæ in fraud. cred. & ad l. vlt. C. eod.

SVMMARIA.

1 *An aduersus fraudatorem bonis eius distractis Publiciana adhuc detur?*
2 *Quibus rationibus motus Mela nullam in fraudatorem actionem dandam putauerit?*
3 *Contraria Venuleij sententia, eiusque ratio.*
4 *Examinatur Cuiacij* ad leg. vltim. C. quæ in fraud. credit.
5 *Intellectus* l. si dolo. 51. ff. de re iudic.
6 *Fraudatorem, qui bonis omnibus exutus est ex edicto non nisi in quantum facere potest ex dolo suo teneri.*
7 *Vera & genuina eius legis vlt. explicatio.*

PAulianam† actionem, de qua superiore capite dicere cœpimus, non tantùm aduersus eum dari, 1
qui à fraudatore acquisiit in fraudem creditorum, id est participato fraudis consilio, sed etiam contra fraudatorem ipsum, nemo hodie dubitat. Sic enim scriptũ est *in l. 1. §. vlt. & in l. vlt. § vlt. ff. de quæ in fraud. cred.* Mela tamen quem refert Venuleius in *d. §. vlt.* in contraria olim erat sententia, vt putaret nullam actionẽ in fraudatorem dandam esse. † Mouebatur quòd nul- 2
la in eum actio ex antegesto dari deberet post bonorum venditionem: quòdque iniquum esset dari actionem in eum cui bona omnia ablata essent. Præsupponebat enim Mela, quod & verissimum est, annum vtilem, intra quem proponenda est actio Pauliana, computari ex die factæ venditionis bonorum, *l. quod autem. 6. § vlt l. ait Prætor. 10 §. annus eod. tit.* Ex sanè nõ videtur posse dari, nisi inutiliter ea actio, quæ datur in egenum & bonis omnibus exutum, *l. nam is 6. ff. de dolo*, satisque consultum videri potest creditoribus qui sunt fraudati, quòd habent actionem reuocatoriã contra eum qui à fraudatore acquisiuit, quippe qui non possit esse non soluendo, cum ita fiat vt recuperent quicquid dolosè ac fraudulenter alienatum fuit. Nam si fraudator quædam ex bonis suis ita disperdidisset vt nulla ratione recuperari possent, puta si in mare pecunias proiecisset, non negabat Mela quin actio in eum nihilominus dari deberet, & quidem in solidum, id est suprà etiam quàm facere fraudator posset, quia non esset dignus cui faueretur is qui talem fraudem nulla iuris aut prætoris arte reparabilem commentus fuisset. Sic enim accipio quod scriptum est in d. l. vlt. §. vlt. vbi ob hanc causã malo pro *dabitur* legere, *daretur*, vt ab illis verbis. *licet Mela* vsque ad verbum *daretur* Melæ sententia refetatur: quæ in sũma illa erat, vt fraudator vel nullo modo teneri deberet, vel in solidum teneretur. † Sed contrà concludit 3
Venuleius, dari actionem omnimodo etiam in fraudatorem, quia prætor non tam emolumentũ actionis intueri videtur, quod vtique nullum esse potest in eo qui bonis exutus est, quam pœnam idest vt fraudatoris dolus puniatur, hanc pœnam eum mereri, vt quamuis exutus bonis. tamen adhuc teneatur. Esset que aperta ea sententia Venuleij si in illis verbis *& prætor* scriptum esset quomodo scribendum puto, *at pro &.* Ab illis enim verbis incipit sententia IC. refellentis opinionem & distinctionem Melæ. Ad quid ergo dabitur in egenum & inopem fraudatorem hæc actio?

Nempe in quantum is facere possit, vel dolo malo fe-
4 cerit quominus posset, l. vlt. C. eo. tit. † Cuius senten-
tiam ab interpretibus omnibus & Græcis & Latinis
pessimè acceptam, vt Cuiacius bene probat lib. 2.
Obs. c. 6. non multò melius ab eodem Cuiacio expli-
catam fuisse ausim dicere. Putat enim si post bonorũ
vēditionē fraudator aliquid acquisierit, pro modo ei⁹
quod acquisierit, teneri debere. Si verò aliquid frau-
dationis causa ita dissipauerit, vt nulla ratione recupe-
rari queat, in solidum damnari eum oportere, *ex l. si
quis dolo. 51. in pr. ff. de re iudic.* in hoc nimirum, vt vel
carcere & vinculis coerceatur, à quo scilicet seruari
non possit, neque ab vno alio, quod ipse disperdidit.
Prima quidem pars distinctionis vera est, sed secunda
mihi probari non potest, qui video supradictam Melę
distinctionem neque probari à Venuleio in d. §. vlt.
neque conuenire verbis edicti prætoris, ex quibus ge-
neraliter & indistinctè datur actio in fraudatorem
intra annum in quantum facere potest, vel dolo malo
5 fecit quominùs posset, *d. l. vlt. C. eod.* † Certè non pro-
batur ea pars distinctionis *ex d. l. si dolo.* quam pro se
vir doctissimus adducit. Debet enim lex illa intelligi
secundùm duas præcedentes de eo qui antequam bo-
norum venditionem pateretur, priuilegium habebat
ne in solidum conueniri posset, sed duntaxat in quan-
tum facere posset, cuiusmodi sunt patronus, donator
& similes, qui amittunt priuilegium suum, si quid fe-
cerint dolo malo, quia odium doli fauorem priuilegij
excludit. At nos loquimur de actione in solidum dā-
da post venditionem bonorum, non ante, quæ sicut
non potest competere nisi ex die factæ venditionis
bonorum, ita nec potest crescere ob dolum qui inter-
uenerit ante venditionem bonorum, sed tantùm ob
dolum qui posteà sit sequutus, id est si fraudator ali-
quid fecerit dolo malo, quominus facere possit *d.
l. vlt. C.* quia videtur posse facere qui fecit quominus
possit, sicuti solemus dicere dolum pro possessione es-
se si quis dolo desierit possidere *l. qui dolo. 131. de R. I.* &
eum qui potest facere, vt possit iam posse videri *l. qui
6 potest facere. 174. eod.* † Ergo indistinctè dicendum est,
fraudatorem, qui bonis omnibus extus est, non teneri
ex edicto, nisi in quantum facere potest, quamuis ex
dolo suo teneatur. Alioqui dicendum esset semper eũ
teneri in solidum debere, si quod scriptum est *in d. l.
si quis dolo*, ad casum nostrum pertineret, cùm nunquã
7 nisi de ratione doli sui teneatur. † Quid igitur est, in-
quies, quod potuerit facere tam difficilē sententiam
d. l. vlt. C. de reuoc. his quæ in fraud. cred? Illud nimirum,
quòd cùm priora rescripti verba directa essent ad
fraudatorem ipsum qui per solennem acceptilationē
peremerat obligationem præcedentem in fraudem
suorum creditorum, sequentia tamen loquuntur de
fraudatore in tertia persona. Sed erat apertissima sen-
tentia, si ex seqq. conficiatur maior propositio syllogis-
mi, ex præcedentibus verò minor in hunc modum: Ex
prætoris edicto perpetuo datur intra annum actio cō-
tra fraudatorem in id duntaxat quod facere potest,
vel dolo malo fecit quominùs possit. Atqui tu frauda-
tor es, qui actu solennis acceptilationis perempta o-
bligatione debitorem tuum liberasti in fraudem cre-
ditorum tuorum. Ergo prospicis teneri te ex edicto
in quantum duntaxat facere potes, vel dolo malo fe-
cisti quominus possis. Dicat fortasse aliquis, Facta in
fraudem acceptilatione videri alienatum id quod re-
cuperari nullo modo possit: cùm acceptilatio sit vnus
ex modis legitimis tollendæ obligationis ipso iure, *l.
pen. ff. de sol.* Obligatio autē semel extincta nunquàm
possit reuiuiscere, *l. qui res. 98. §. aream eod. tit. leg. si pro
parte. 10. §. pen. ff. de in rem. vers.* & ideo ex sententia sal-
tem Melæ, & Cuiacij qui idem quod Mela sentit, de-
bere hoc casu fraudatorem in solidum condemnari
Sed non ita est, quia imò verò extincta obligatio re-
cuperari potest, non quidem vt ipso iure reuiuiscat,
sed quoniam ex edicto restituenda est, ita nimirum vt
ex integro noua obligatio contrahatur eiusdem pror-
sus naturæ & conditionis cuius erat prior quæ fuit
extincta, *l. ait prætor. 10. §. si cùm mulier. & §. præterea ge-
neraliter cum seq. eod. tit. quæ in fraud. cred.* Quid ergo si
is qui cōuenitur nolit obligationem restituere, id est
iterum se obligare? Hoc enim meri facti est: sæpius au-
tem monui, neminem cogi præcisè ad factum: respon-
deo idem euenturum hoc casu, quod in aliis faciendi
obligationibus, vt ista in factum actione condemnari
debeat reus, quanti interierit creditorum, vt in *l. si quis
ab alio 13. §. vlt. ff. de re iudic. l. stipulationes. 72. l. quoties.
81. ff. de verb. oblig.*

Capvt XVI.

Actionem Paulianam neque pignoratitiis creditoribus dari, neque in rem esse.

SVMMARIA.

1 *Respondetur rationi qua, moti Interpretes, hypothecariis creditoribus Paulianam actionem dari tradunt.*

2 *Quænam concurrere oporteat vt creditores Paulianа agere & obtinere possint?*

3 *Titulo libr. 42. ff. enumerantur qui ad creditores chirographarios & personalem duntaxat actionem habentes, non etiam ad hypothecarios pertinent.*

4 *Restitutionem eorum quæ in fraudem creditorum alienata sunt non debitoris sed creditoris agentis ex Pauliana actione fieri.*

5 *Quomodo accipiendum sit quod dicitur, rescissa per Paulianam alienatione rem alienatam perinde in bonis debitoris esse, ac si alienata non fuisset?*

6 *Missionem in possessionem bonorum, ea quoque bona quæ iam ante in fraudem creditorum fuerint alienata comprehendere, aliam verò venditionis bonorum rationem esse.*

7 *Eius diuersitatis ratio redditur.*

8 *Paulianam actionem in personam, non in rem esse.*

9 *Cur Tribonianus eam actionem inter actiones in rem Prætorias enumerauerit?*

10 *Eum qui Pauliana agit non rem petere, sed vt aduersarij persona ad eius restitutionem condemnetur.*

11 *Post condemnationem, rem quæ fuerat alienata in bonis debitoris non tamen Pauliana actionis ope semper mansisse videri.*

12 *Quo casu Pauliana actio in rem scripta & arbitraria dici possit?*

NOn † probo quod recentiorès quidam tradide- 1
runt, Paulianam actionem creditoribus quoque hypothecariis dari, Ea sola moti ratione, quòd verba edicti loquantur de creditoribus generaliter, quòdque actio Pauliana nōn sit remedium extraordinariũ, sed ordinarium Nam si verum est, vt est, quod passim scriptũ legimus in *tit. quæ in fraud. cred. ff. & C.* non esse locum Paulianæ nisi fraudari possint re vera creditores, apparet non posse fraudari creditores hypothecarios per alienationem factam à debitore, cum pignoris obligatio rem ipsam sequatur, & quemlibet rei possessorem, nec cum quæstione ac intentione dominij quicquam habeat commune, *l. 1. l. pignoris. 17. & pass. ff. de pign. l. pign. l. pign. 15. C. eod.* Deinde licet Paulianæ actionis remedium sit ordinarium, admixtam

tamen habet fictionem, quia fingit non fuisse alienatam rem quæ verè fuit alienata. Porrò fictionibus siue à iure ciuili, siue à prætore inducantur nunquam locus est nisi ex necessitate, cùm reipsa nihil aliud sint quàm mendacia. Atqui necessitas nulla subest fingẽdi rem quæ alienata sint non fuisse alienatam, cùm perinde, imò multò faciliùs etiam præsupposita alienatione possit auocari possessio per hypoth. & quasi Seruianam sine fictione & mendacio, quàm per Paulianam, quoniã hypothecaria nascitur ex sola conuentione pignoris, nec aliud probandum habet creditor nisi quòd & debitor conuenerit de pignore, & habuerit rem illam in bonis aut ipso conuentionis tempore si specialis conuentio fuit, aut etiam quandoque postea sit generalis bonorum omnium præsentium & futurorum. *l. & quæ nondum. 15 § quod dicitur. ff. de pig.*

2 † At vt possit agere Paulianã & obtinere, non solùm hoc ipsũ probare debet, quòd res alienata in bonis fuerit debitoris, sed illud propterea quòd alienata fuerit malo consilio, & animo fraudandi, item quòd possessor participauerit fraudem, nisi ex lucratiua causa nactus sit possessionem, quo casu omnimodo tenetur siue sciens fraudem, siue ignorans acquisiuerit, *l. quod autem. 6. § simili modo. ff. quæ in fraud. credit.* Postremò quòd re vera, & euentu fraus facta sit, excussis scilicet omnibus facultatibus debitoris bonisque ipsius non tam possessis ex edicto, sed etiam venditis. An non igitur fuisset ridiculus prætor si Paulianam actionem proposuisset creditoribus hypothecariis, qui habent

3 suo iure quasi Seruianam? † Denique dubitandum non est quin omnes tituli De cessione bonorum, Quibus ex causis in possessionem eatur, De rebus autoritate iudicis possidendis, De priuilegiis creditorum (qui tamen in Pandect. Florent. nullus est separatus) De curatore bonis dando, De separationibus, & noster ille *Quæ in fraud. credit.* omnes pertineant ad creditores chirographarios & personalẽ duntaxat actionem habentes, non etiam ad hypothecarios. De quibus alius tractatus est toto libr. 20. Digestorum. † Sed

4 grauior eorundem & aliorum error ille est, quod addunt, Ex Pauliana actione restitutionem fieri debere non creditori agenti, sed debitori. Eo argumẽto quòd restitutionem in pristinum statum fieri oporteat, *l. ait prætor. 10. §. præterea eodem tit.* vt perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset, *l. videamus. 38 §. in Fauiana. ff. de vsur.* quasi verò cùm Pauliana agitur, cætera omnia sint in eodem statu quantum ad debitorem in quo erant tempore alienationis. Immò verò vt apparet ex iis quæ proximo capite disputauimus, tunc agitur Pauliana cùm debitor iam exutus est omnibus facultatibus, cumque ipsius bona ex edicto non solùm iam possessa sunt à creditoribus, sed etiam vendita, ac proinde cùm ille neque bona vlla habet, neque habere ampliùs potest, donec dimissis ad vltimum vsque quadrantem omnibus creditoribus. Non ergo debet restitutio fieri debitori præsertim qui facto & dolo suo rem in bonis habere desiit, sed creditoribus qui iam habent ius pignoris prætorij quæsitum in omnibus bonis debitoris, *l. non est mirum. 26. §. 1. de pignor. action.* † Nec obstat quòd rescissa per Paulianam alie-

5 natione, res quæ fuerat alienata sit in bonis debitoris acsi alienata non fuisset. Non enim id ita debet accipi quomodo accepisse hi videntur, quasi per reuocatoriã res debeat reponi in dominio & possessione debitoris, quomodo erat priusquàm alienaretur, sed vt in eius possessionem missi videantur hoc ipso quòd iam ante propositam reuocatoriam missi fuerint in possessionẽ bonorum omnium debitoris, quoniam & idem contigisset si nulla in fraudem facta fuisset alienatio: cùm missio in possessionem quæ creditoribus ex edicto datur sit vniuersorum bonorum: *l. 1. ff. quib. ex caus. in poss. eat.* † In cóque alia causa est missionis in possessionem, 6

alia venditionis bonorum. Nam missio in possessionẽ comprehendit vniuersa debitoris bona, & consequẽter etiam illa quæ iam antè fuerunt in fraudem creditorum alienata, si modò vnquam reuertantur in causam bonorum debitoris: sed venditio bonorum ea tantum potest comprehendere, quæ venditionis tempore in bonis debitoris reperiuntur, non quæ postea per huiusmodi reuocatoriam ad eiusdem debitoris patrimonium reuocantur. alioqui cùm Pauliana non detur, nisi ex die factæ venditionis, vt diximus in superioribus, danda esset non creditoribus, sed emptori. † Et ratio huius diuersitatis est, quòd missioni in pos 7

sessionem causam præbet fauor & vtilitas creditorum, qui nullum habentes ius pignoris non possent suum consequi à debitore latitante, vel qui aliter non defenderetur, nisi prætoris autoritate acquireretur ei pignus prætorium in bonis omnibus debitoris. Quæ res facit, vt quandiu creditoribus in solidum satisfactum non est, tamdiu ea pignoris prætorij constitutio durare debeat, & ad omnia debitoris bona protrahi, quæ vel tunc adhuc habeat, vel iam tum habuisse quandocumque retrofingatur. At venditio bonorum non fit nisi eo animo vt ex pretio quod redigetur satisfiat creditoribus, pretium autem ab emptore non offertur. nisi inspecta quantitate, & qualitate bonorũ quæ venditionis tempore in patrimonio debitoris reperiũtur, nulla eorum habita ratione quæ postea per Paulianam possunt accedere, cùm nec Pauliana competat ante venditionem, sed tantùm ex die factæ venditionis: quippe quam sola illa ratio necessitatis inducat, quòd prius est vt quid sit mihi obligatum, quàm vt à me pro debito possit eius venditio postulari: prius autem vt sit in bonis mei debitoris, quàm vt mihi obligatum esse possit. † Postremò nec illud ferrẽ possum 8

quod Eguinarius Baro, Iac. Cuiacius & alij pleriq; ex recentioribus volunt actionem Paulianam in rem esse. Est enim si qua alia vlla in personam, cùm & passim dicatur actio in factum, præsertim in *d. l. ait prætor 10. in princ. & §. animu. quæ in fraud. cred.* Quis enim vnquã dixit vel audiit actiones in factum esse in rem, non in personam? Idque probant etiam verba edicti quæ in personam directa sunt, nõ in rẽ, vt illa, *cum eo qui fraudem non ignorauerit*, item illa; *sciente te*, & rursum quod prætor ait, *restituas.* Nec ad rem pertinet quod per hãc actionem res alienatæ reuocantur. Perinde namq; cõcluderes actionem ex empto esse in rem, quia per eã cogitur venditor vt rem tradat: itémque actiones depositi, commodati & similes, quoniam in id dantur vt res restituatur: quod tamen fuerit certè absurdum dicere, cùm sint actiones personales ex quibus persona ipsa condemnatur, non res vlla adiudicatur: idque apertius est cùm Pauliana datur pro reuocandis obligationibus & actionibus in fraudem creditorum extinctis. Cùm enim non aliter possit fieri ea reuocatio, quàm si nouæ obligationes contrahantur, *d. l. ait prætor §. si cum mulier. & §. præterea.* apparet nullam superesse rem in quam agi possit, & necessariò agendum esse in personam: sicut & cùm Pauliana in id datur vt actio aliqua credatur, vt in *l. hac in factum 14. eodem.* † 9

Quid ergo tot eruditos viros fallere potuit? Nimirum inscitia Triboniani qui hanc actionẽ posuit inter cæteras in rem prætorias, quam proculdubio debuit ponere inter personales Sed Tribonianum ipsum, quem falli non fuit difficile, illud fefellit, quòd qui Pauliana

agit nihil aliud contendit, nisi vt rescissa traditione eam rem petat, id est dicat, traditam eam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse. Hæc enim Triboniani verba sunt in *§. item si quis Instit. de action.* quæ si cum iuris ratione conuenirent, non improbabiliter diceremus Paulianam esse in rem. Sunt enim actiones in rem omnes, quibus res ipsa petitur, & vindicatur. Sed neque iuris rationi conueniunt, neque vlli iuris
10 loco † Qui enim agit Pauliana, non petit rem tanquã si non esset tradita, sed quia per fraudem tradita est, petit vt aduersarij persona condemnetur ad eius restitutionem, quod ipsum fieri non potest nisi per viam
11 actionis personalis, secutæque condemnationis.† Planè post condemnationem cuius potestate rescissa sit alienatio, quæ facta fuerat dolo malo, fateor rem quæ fuerat alienata videri mansisse semper in bonis debitoris, & ob id iure prætorij pignoris vendi posse, sicut & cætera bona omnia debitoris: sed hoc non propter actionem istam Paulianã, at ex eo iure quod fuit quæsitum creditoribus in bonis omnibus debitoris, ex quo die prætor iis permisit missionem in posses-
12 sionem eorum bonorum.† Planè si quis diceret hanc actionem esse in personam, & scriptam in rem, quod quidam ex recentioribus dixerunt, non repugnarem, scilicet quatenus datur in eum, qui acquisiit in fraudem creditorum, & debitoris dolum participauit. Nã quatenus in fraudatorem ipsum datur, secundùm ea quæ disputauimus in præcedentibus, non potest videri scripta esse in rem, cùm is neque rem ipsam neque bona vlla habeat, quorum scilicet iam passus sit venditionem. Addo esse etiam arbitrariam, eo casu quo in rem scripta est, cùm datur aduersus acquisitorem, quia sicuti nõ datur aduersus eum ob id solùm quòd dolum participauerit, sed ob id maximè quòd rem ipsam habeat, eiúsque restituendæ facultatem, ita vt is qui neque possidet, neque dolo malo desiit possidere, ista actione non teneatur, *argum. l. is qui à debitore. 9. ff. quæ in fraud. credit.* Ita si iussus restituere, non pareat arbitrio, condemnari debet ex æquo, & bono in omne id quod reuera interest creditoris agentis: quæ natura est actionum omnium arbitrariarum, *§. præterea Instit. de action.*

CAPVT XVII.

De pignore rei alienæ, l. 1. in princip. D. de pignor. & confirmata Pauli à Modestino dissensio.

SVMMARIA.

1 *Cur res aliena pignus non valeat, venditio valeat?*
2 *Quò pertineat quod dici solet, Ea omnia quæ emtionem venditionemque recipiunt oppignerationem quoque recipere.*
3 *Cur nemini res sua pignori dari possit?*
4 *Pignus ex mea pecunia liberatum & alteri venditum ac traditum mihi post eam traditionem pignori dari non posse.*
5 *Vtilitatis tantùm causa receptum esse vt pignus pignori dari possit.*
6 *Quænam sit huius secundi pignoris vtilitas?*
7 *An, si is qui rem alienam pignori dedit, postea dominus eius esse cœperit, pignus conualescat?*
8 *Paulum à Papiniano in hac quæstione dissentire videri.*
9 *Vtriusque conciliatio, & intellectus* l. rem alienam in princ. 41. ff. de pignorat. act.
10 *An pignus rei meæ a non domino sine mea voluntate constitutum si heres illi extitero, conualescat.*
11 *Paulum & Modestinum in hac quæstione dissensisse.*
12 *Ratio dissimilitudinis inter hunc casum, & eum qui* nu. 7. *proponitur, a Paulo allata.*
13 *Pauli sententia retinetur & probatur.*
14 *Refelluntur Alciati Cuiacij & aliorum emendationes & interpretationes ad posteriorem partem* d. l. rem alienam, *quæ incipit*, non est idem dicendum.
15 *Quid Papinianus in quæstione vltimo loco prop. fit a responsurus fuisset?*
16 *Duplex* l. 1. in princ. ff. de pignorib. *interpretatio reprehenditur.*
17 *Cur non ipso iure, sed vtilitatis tantùm causa valeat conuentio, per quam futura bona obligantur?*
18 *An ea conuentio valeat, qua res aliena, quam alienam esse scio, pignus a me sub hac conditione constituitur, si quandoque mea fuerit?*
19 *Quid sit in* princ. d. l. 1. *Papiniani sententia?*
20 *A iuris ratione alienum esse quod Iustinianus constituit, vt sub simplici & generali bonorum omnium obligatione futura quoque comprehendantur.*

NOn † est difficilis inuestigatio rationis propter 1
quam rei alienæ pignus non valet, venditio autẽ valet *l. 1. & tot. tit. C. si alien. res pigno. dat. ff. munit. l. rem alienam. 28. ff. de cont. emp.* quamuis dici soleat omne id quod emptionem venditionémque recipit etiam recipere oppignerationem. *l. sed & quod 9. §. 1. D. de pignor.* Nam cùm pignoris conuentio rem ipsam afficiat ideóque pariat actionem in rem. *l. pignoris. 18. C. eo. tit.* certum est non posse rem affici ab eo qui non sit dominus, vel ob id saltem quòd cuius rei quis dominus non est, eius alium esse dominum necesse est, cui porrò fieret iniuria, si eo vel inuito, vel ignorante posset alius rem ipsius obligare, quod esset contra regulam iuris naturalis gentium, & ciuilis, quę extat in *l. id quod nostrum 11. De reg. iur.* At venditio non rem ipsam afficit, quæ venditur, sed personam duntaxat eius qui vẽdit, vt perinde obligetur ex empto cùm vendit rem alienam acsi venderet suam: nec ea venditio impedit dominum, quominùs rem suam à non domino venditam euincat *d. l. rem alienam. & tot. tit. De euict. D. & C.* quomodo impediret rei alienæ pignus si valeret. Nec enim pignoris vtilitas vlla est si non afficiatur res quæ oppigneratur, cùm pignorari nihil aliud sit quàm obligari. Obligatio autem semel contracta non nisi volente eo cuius interest, dissolui potest, neque pignus vel à domino ipso euinci nisi soluto priùs omni eo quod debeatur. *l. si rem. 9. §. omnis. D. de pign. act.*† 2
Quod verò dici solet, Ea omnia quæ emptionem venditionémque recipiunt, oppignerationẽ quoque recipere, eò pertinet vt quod quis emere non posset id neque pignori accipere possit vt scriptum est in *l. 1. §. eam rem ff. quæ res pignor. oblig. possint.* Siue quia inutile sit pignus, quod vendi non potest, *l. 4. D. de pign. act. leg. mulier. 11. C. de distract. pignor.* siue etiam quòd ipse creditor pignus emere debeat in vicem extranei emptoris si alius nemo sit, qui emere velit *l. 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Aut potiùs ita hoc intelligendum est si cætera sint paria, id est si nulla sit ratio diuersitatis propter quam faciliùs debeat permitti venditio, quã
oppigneratio.† Hinc illud fieri quidam putant, quod 3
vulgo iactatur, Nemini rem suam pignori dari posse, *l. neque pignus. 45. de reg. iur.* quia cùm creditor ipse dominus est rei obligatæ, necesse est debitorem qui pignus dederit, dominum non fuisse, cùm duo in solidũ domini eiusdem rei esse non possint *l. de hereditate. 19. §. pater. ff. de castr. pecul. vulg. leg. si vt certo. 5. § si duobus vehiculum. ff. commod. leg. si inter. 15. ff. de except. rei iud.*

Sed

Sed si verum amamus, alia iuris huius ratio, & magis
propria est quæ facit hoc pignus inutile, nempe quòd
nemini res sua possit esse obligata. *l. penult. ad fin. eod.*
tit. Nam nec suam rem emere aut conducere quisquã
potest, vt scriptum est in *d. l. neque pignus*, cùm tamen
eos contractus à domino vt valeant, fieri non sit ne-
4 cesse. † Hinc sanè illud est, quod scribitur in *l. a. D. de*
pignor. act. si debitor rem à se pignori datam alteri vẽ-
diderit, & tradiderit, soluto prius debito, & dimisso
priore creditore ex tua pecunia, tibíque cum eo post
venditionem conuenerit vt ea ipsa res quam iam ven-
diderat, pignori tibi esset, nihil te egisse, neque hanc
pignoris conuentionem valere, quia rem alienam pi-
gnori acceperis iam emptoris factam, cui fuerat ven-
dita & tradita antequam de pignore conueniret. Ac
quamuis ex tua pecunia pignus liberatum sit, prius
tamen fuit vt emptor cœperit illud habere penes se
iam immune, liberúmque à vinculo pignoris, quàm
vt tu in eo cœperis posse aliquod ius habere, cùm nõ
potuerit tibi obligari nisi sublato vinculo pignoris,
quod tamen tolli non potuit, quin hoc ipso res ven-
dita eodem instanti libera constitueretur, quo semel
facto, neque iam aliena constituta, certum est non po-
tuisse rem illam ipuito adeóque ignorante nouo do-
mino, alij rursum obligari: similis Vlpiani ratiocina-
5 tio est in *l. si ergo. 9. §. si res. D. de iur. dot.* † Atqui, in-
quies, pignus pignori dari potest, *l. 1. & 2. C. si pign. pi-*
gnor. dat. sit. Ergo & res aliena cùm creditor neque pi-
gnoris dominus sit, neque fieri possit quin hoc ipso ius
pignoris confusione & consolidatione extinguatur *d.*
l. pen. §. 1. de except. rei iudic. Verùm respondeo, vt ilit.-
tis tantùm causa receptum hoc esse, vt pignus pigno-
ri dari possit, data scilicet per prætorem vtili actione
vel exceptione ei cui tale datum fuerit pignus, *d. l. 1. &*
2. illo tit. l. grege. 13. §. cum pignori. D. de pignor. sed ratio-
nem iuris refragari, eam videlicet quam nunc tracta-
mus, quòd pignus non aliter valeat quàm si sit in do-
minio debitoris, dominium autem per contractum
pignoris numquam transferatur in creditorem, *l. cum*
& sortis. 35. § 1. de pign. act. Qui autem dominus nõ est,
sicuti rem ita vendere non potest vt emptorem faciat
dominum, ita neque alteri præbere potest iustam cau-
sam alienandi, ne plus iuris in alium transferat quàm
ipse habeat, inutile porrò pignus est quod creditor nõ
potest ita vendere, vt dominium transferat in empto-
rem. *d. l. mulier.* Neque verò alia de causa fit vt credi-
tor qui dominus non est, faciat tamen emptorem do-
minum, quam quia vendit ex domini voluntate. *§. 1.*
Instit. quib. alien. licet. vel non. Placuit tamen ex æquita-
te huiusmodi pignus defendi, quasi is qui rem sibi ab
vno obligatam alij dat pignori, hoc tantùm agat, vt
suo creditori obliget ius illud ipsum pignoris quod
6 habet in re aliena † Et in eo vtilitas est huius secundi
pignoris, quòd sequens creditor habet vtilem actio-
nem vel exceptionem ad retinendum pignus, quan-
din ius durat primi creditoris, vt pluribus explicat
Marcianus in *d. § cum pignori. l. & imperator. in d. l. 1. C.*
7 *si pign. pigno. dat. sit.* † Quid ergo si quis rem alienam
pignori dederit, deinde eius rei dominus esse cœperit?
Pignus quidem neque ipso iure valebit, neque dire-
ctò conualescet, veruntamen dabitur vtilis actio cre-
ditori, cùm eo tempore quo actio illa vtilis exercetur,
nihil iam impediat quominus valeat pignus, nec pos-
sit obiicere fuisse ab initio illud inutile cùm ipse de-
8 derit. † Atque ita Paulus respondet in *l. rem alienam.*
41. D. de pign. action. Neque distinguit an creditor qui
rem alienam pignori accepit, alienam eam sciuerit,
aut ignorauerit: in quo tamen aliud videtur fuisse iu-
dicium Papiniani *in l. 1. in princ. ff. de pignor.* vbi ait re-
ceptam quidem esse conuentionem generalem in pi-
gnore dando bonorum etiam posteà quæsitorum, id
est receptum fuisse vt non tantùm bona præsentia pi-
gnori dari possint, sed etiam futura, idque contra stri-
ctam iuris rationẽ, quoniam quisquis futura bona o-
bligat is vtique dat pignori rẽ quæ eo tẽpore sit alie-
na, sed tamen si in speciẽ rei alienæ collata sit conuen-
tio, id est, si specialiter & expressim pignus constitutũ
sit in ea re quæ tum aliena fuerit, ac postmodũ debito-
ri aliquo iure acquisita, quæ res nullo modo fuerit tũ
debita creditori oppigneranti (nam in re aliena qui-
dem, sed tamen iam tunc debita dicendum aliud esset
propter spem probabilem iam natam futuræ acquisi-
tionis) ait Papinianus difficilius esset vt creditori qui
non ignorauit alienam esse, vtilis actio dari debeat,
sed faciliorem fore possidenti retentionem. Quibus
verbis, licet minùs apertè sententiam suam exponere
Papinianus videatur, dubitandõ tamen non est quin
affirmet, concludátque, sed modestè, vt Iureconsulti
solent in re dubia, huic creditori, siquidem possideat,
dandam esse retentionem pignoris: sed si non possi-
deat, denegandam ei actionem etiam vtilem, quia sibi
debet imputare qui sciens pignori acceperit rem alie-
nam, nec potest videri ab alio deceptus, qui seipsum
decepit. *l. nam si actor. 29. ff. de rei vindic.* Denique hoc
casu locum habet iuris regula, quæ vult. Expressa no-
cere, quæ non expressa non nocerent. † Igitur ne co- 9
gamur dicere Paulum à Papiniano in hoc quoque, vt
& in aliis multis dissensisse fatẽdum est intelligi Pau-
lum debere secundùm distinctionem Papiniani, hoc
est, de eo casu quo vel data sit pignori res aliena qui-
dem, sed iam debita debitori oppignoranti, vel fuerit
oppignerata ignoranti creditori. † Difficilior est alia 10
quæstio quam subiungit Paulus *in d. l. rem alienam.* si
Titio qui rem meam sine voluntate mea obligaue-
rat, heres extitero, an pignus conualescat? Nam ex vna
parte videtur ea ratio facere vt conualescat, quòd in
hac specie idem contingit quod in præcedente, vt idẽ
sit & debitor, & dominus pignoris eo tempore quo a-
gitur, non minùs quàm si debitor qui rem meam pi-
gnori dedisset, heres mihi extitisset, quo tamen casu
iam diximus ex eiusdem Pauli sententia futurum vt
creditori vtilis actio pignoratitia, id est de pignore
quam hypothecariam vocamus, danda esset. † Et 11
ita hac specie respondit Modestin. in *l. si Titio. 22. D.*
de pign. pignus quidem directò non conualescere, sed
tamen vtilem pignoratitiam creditori dandam esse.
Verùm longè aliter Paulus noster in *dict. l. rem alienã*,
vbi concludit pignoris persecutionem non esse hoc
casu concedendam creditori, & aliud dicendum esse
in hac specie, aliud verò in superiore. † Adsertque ra- 12
tionem hanc dissimilitudinis, quod non sufficiat ad
inducendam vtilem pignoratitiam actionem, vt idem
sit dominus & pecuniæ debitor: quasi dicat illud etiã
omnimodo requiri, vt conuenerit ipse de pignore,
cùm sola pignoris conuentio illa sit, quæ pignoratitiam,
siue directam, siue vtilem inducere potest. Por-
rò cùm ego Titio heres extiti qui rem meam sine vo-
luntate mea obligauerat, sum quidem debitor ex per-
sona Titij, & dominus ex mea propria, sed non idcir-
cò possum videri pepigisse de pignore, ideóque nulla
ratio est cur contra me danda sit pignoratitia, non ma-
gis quàm contra quẽlibet aliũ, qui vel debitor tãtùm
esset & possessor, non dominus, vel dominus tantùm
& possessor, non debitor. At in superiore casu is qui
rem alienam pignori dedit, posteà eiusdẽ rei dominus
esse cœpit, cùm ipse conuenerit de pignore, & ex suo

mendacio arguatur, cùm dederit pignori rem tanquā suam, quæ erat aliena, proculdubio improbè resistit quominus teneatur vtili saltem actione, quia in eius persona concurrunt hæc tria, Quod sit debitor, Quòd sit dominus, &, Quòd conuenerit ipse de pignore. Nisi fortè quis putet debere meliorem esse illius cōditionem ob id solùm quòd mentitus fuerit, dando pignori rem alienam pro sua, quod tamen absurdum
13 sanè esset.† Et hæc Pauli sententia mihi certè probabilior videtur, vt mirum sit ab interpretibus nostris nullam in contrarium rationem esse, adserentibus Modestini opinionem magis probari. Nec enim dubito, quin Paulus & Modestinus in hac quæstione vltrò dissenserint, ita vt conciliationis ratio adferri
14 nulla possit.† Nā quod Alciatus scripsit li. 7. *παρεργῶν* cap. 14. legendum esse apud Paulum, *num est idem dicendum?* per interrogationem pro eo quod in omnibus libris vulgo legitur, *non est idem dicendum*, prorsus improbabile est, cùm sequentia ostendat non dubitasse Paulum quin hoc posteriore casu aliud dicendum esset quàm in priore. Illud verò etiam improbabilius est quod Cuiacius scripsit lib. 19. obser. cap. 26. & à plerisque probatur sic intelligendum esse Paulum, vt directam actionem deneget creditori non vtilem, cum tota ea lege Paulus non nisi de vtili loquatur, & in versic. *neque*, rationem illam disertè afferat, per quā probet, ne quidem vtilem in posteriore casu dandam esse. Nec me mouet quod in versic. vlt. idem Paulus concedit vtilem actionem. Refertur enim ille versiculus ad priorem casum legis iuxta id quod explicauimus. Nec vllus iuris locus est, prætequàm in *d. l. si Titio*, qui vtilem illam actionem in hac posteriore specie accommodet creditori. Nam quod scriptum est in *l. cùm res 5. C. si alien. res pignor. dat sit*, non ad hanc speciem pertinet, sed ad priorem, cùm is ipse qui dedit pignori rem alienam, dominus eiusdem esse cœ-
15 pit.† Cæterùm quid Papinianus in hac specie responsurus fuerit, coniici facilè potest ex *dict. l. 1. ff. de pignor.* Nam si difficile putauit dari actionem vtilem creditori in ea specie in qua non dubitauit Paulus quin danda esset (quamuis debeat Paulus intelligi secundùm Papiniani distinctionem, vt diximus) multo magis respondisset Papinianus cum Paulo, non esse dandam vtilem pigneratitiam actionem creditori in eo casu in quo Paulus præcisè concludit esse dene-
16 gandam. † Nec tamen possum prætermittere, eam quoque Papiniani sententiam quæ extat in *d. l. 1. in princip.* malè vulgo accipi ab interpretibus nostris existimantibus id velle Papinianum, vt in generali obligatione bonorum etiam futura comprehendantur. Non enim potuit Papinianus id sentire quod multis postea sæculis contra iuris veteris rationem primus Iustinianus introduxit in *l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poss.* At neque aliorum interpretationem probare possum, qui volunt posse res quoque omnino alienas obligari generali pignoris conuentione, tanquam sub illa conditione, si nostræ futuræ sint. Quamuis enim ponas generaliter conuenisse, inter debitorem & creditorem, vt bona debitoris præsentia & futura essent obligata id est quæ tùm haberet, habiturusque esset (quæ vulgaris erat formula, *leg. & quæ nondum. 15. §. quod dicitur. eod. tit.*) non ideo tamen facies vt quicquam ex alienis bonis vllo modo possit dici obligatum, id est ne quidem sub condicione, exemplo eius quod Pomponius scribit in *l. commodissimè. 10. D. de liber. & posthum.* quamuis in specie valdè dissimili, filium qui à patre institutus est in vnum casum, videri præteritum in casum contrarium, tanquam qui non possit dici institutus, ne quidem sub conditione. Nam bona quæ conuentionis tempore aliena sunt, nullo modo possunt dici obligata, id est, nec purè nec sub conditione: vbi verò sunt acquisita, eo demum instanti incipiunt obligata esse, quia iam propria sunt, non
aliena.† Quid ergo est, inquies, quod facit vt non 17
valeat ipso iure conuentio per quam bona futura obligantur, ita vt eam vtilitatis causa recipi fuerit necesse: nempe hoc vnum, quòd conuentio pignoris sola illa est quæ obligationem potest constituere, & quæ rem afficit, quàm porrò afficere non potest, si eo tempore quo fit conuentio, res non reperiatur in dominio debitoris. Nec enim potestas conuentionis manere potest in suspenso, sed necesse omnino est conuentionis potestate rem affici & obligari, vel eo instanti quo fit conuentio, vel nunquam. Aliàque longè ratio est conuentionum quæ non rem ipsam afficiunt, sed
personam. † Quare nec aliud erit si conuenerit in 18
ter nos vt fundus Cornelianus, quem sciamus ad Semproniun pertinere, tibi esset obligatus, sub ea nominatim conditione, Si quandoque meus fuerit. Quin potiùs dicendum esset, ni fallor, huiusmodi conuentionem nec valere ipso iure, nec vtilitatis causa & ex æquitate defendi debere, secundum sententiam Papiniani saltem ad producendam actionem, tanquam quæ esset collata in speciem rei alienæ. vt Papinianus noster loquitur, id est tanquam quæ esset facta specialiter, de re aliena. Quid enim referre potest an rem alienam purè dem pignori, an sub conditione? Nam licèt dici soleat, conditionem quæ tandem extitit, retrotrahi debere ad tempus initæ conuentionis, *l. potior 11. ff. qui potior in pign. hab.* non potest tamen ea res facere vtilem pignoris rei alienæ conuentionem, imò tanto magis inutilem, quod ex eo fit vt res aliena purè pignori data ex postfacto inueniatur. Siquidem nō sicut existens conditio retrotrahitur vt cum interpretibus loquamur, ita etiam facit vt bona longo fortassis tempore post conuentionem acquisita, iam ipso conuentionis instanti in debitoris dominio fuisse retrofingantur, quia scilicet non sub conditione acquisita proponuntur, sed sub conditione obligata. Non potest igitur obligatio per retrofictionem conualescere, quia illud priùs esse deberet, quod non est, vt in
ipsa bonorum acquisitione retrofictio induceretur.† 19
Id ergo tantùm sibi vult Papinianus quod nos dicimus, Obligationem bonorum futurorum, si generalis, non specialis conuentio de pignore facta sit, non quidem valere summo iure propter eam rationem quam attulimus, sed receptam tamen esse vtilitatis causa quòd ad publicam vtilitatem maximè pertineat, vt oppignerandi facultas amplietur, & debitorum commodo qui faciliùs creditores ideò inuenturi sunt, &
creditorum, vt iis tanto magis cautum esse possit.† Ex 20
quo apparet quàm longè à iuris nostri ratione abhorreat, quòd Iustinianus constituit in *d. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poss.* vt obligatione simplici & generali bonorum omnium etiam futura comprehendantur. Quid enim potuit constitui improbabilius, quàm vt pro facto haberetur tacitè, id quod etiam expressim & dilertis factum ipso tamen iure non valeret, nec nisi ex æquitate data, scilicet vtili vel actione, vel exceptione defenderetur: Directa siquidem non potest cōpetere ex ea conuentione quæ ipso iure nullius sit momenti *l. grege. 13. §. cùm pignori. eod. tit. ff. de pignor.* quod in proposita quæstione de generali futurorum quoque bonorum, siue expressa, siue tacita obligatione, nemo fortasse adhuc obseruauerit, & tamen ex supradicto Papiniani loco non malè probatur.

CAPVT

CAPVT XVIII.

Ad tit. De oper. libert. varia obseruata & emendata. Et ad tit. Quarum rerum actio non detur.

SVMMARIA.

1 *Operas vt manumissionis tantùm causa, ita statim & in continenti post manumissionem promissas vel impositas demum valere.*
2 *Operas artificiales extraneo solùm, non autem promitti posse.*
3 *Cur operis patrono manumissionis causa promissis necessaria sit Prætoris tuitio?*
4 *An seruus dumtaxat an liber patrono in his quæ libertatis causa imponuntur ex iureiurando obligetur?*
5 *Sensus* l. vlt. ff. de liberal. caus.
6 *Donelli ad eandem legem interpretatio refellitur.*
7 *Versic.* & siue statim. §. iurare. l. 7. ff. de oper. libert. *Triboniani vel interpretis additamentum esse.*
8 *Versiculus ille Vlpiano adtributus quomodo accipi possit?*
9 *Iusiurandum de operis patrono præstandis, modò ea in ipso manumissionis actu libertatis causa imposita sint, etiam ex interuallo præstari posse.*
10 *Examinatur quod in d. l. 7. §. 1. Vlpianus scribit,* parui referre quam, ob causam libertus de operis iorauerit.
11 *An locus ille de eo intellegi possit qui libertatem & legatum sub præstandarum operarum conditione acceperit?*
12 *Alius eiusdem loci intellectus.*
13 *Casus de quo ille §. probabiliùs intelligi posse videtur.*
14 *Non præstationem mercedis siue pecuniæ pro operis, sed obligationem dumtaxat iure prohibitam esse.*
15 *Obligationem operarum vel pecuniæ alternatiuè valere.*
16 *Sensus* §. vltim. leg. patronus 25. ff. de oper. libert.
17 *Patronum per legem Aeliam Sentiam mercedem, non item operarum pretium capere prohiberi.*
18 *Mercedis & pretij nomine quid veniat?*
19 *Summa & interpretatio* d. §. 1. l. 7. de oper. libert. *repetitur.*
20 *Nec mercedem nec aliud quicquam operarum nomine liberto impositum tanquam quod libertatem oneret, exigi posse.*
21 *Quando onerandæ libertatis causa opera imposita dicantur?*
22 *Emendatur dictio,* præstationem, *in* l. quod nisi 28. ff. de oper. libert.
23 *Libertum si habeat vnde se alat suo sumptu operas præstare debere, si non habeat, danda ei à patrono alimenta esse.*
24 *Libertum, si non habeat vnde se alat, ab operarum præstatione ipso iure liberatum esse.*
25 *Explicatur definitio earum quæ onerandæ libertatis causa facta dicuntur, ab Vlpiano tradita.*
26 *Aliud esse peti quod posse per patronum si libertus eum offenderit, aliud vero deberi patrono sub illa conditione,* si eum libertus offenderit.
27 *Explicatur* §. in summa l. 1. ff quar. rer. act. non det.
28 *Examinatur & excutitur versic.* sed si post interuallum d. §. in summa.
29 *Libertatis causa promissum vel impositum quid dicatur?*
30 *Homini libero permissum non esse de libertate sua disponere vel eam onerare.*
31 *Ea quæ ex interuallo onerandæ libertatis causa liberto imposita sunt nec ciuili nec prætorio iure valere.*
32 *Quæ in continenti onerandæ libertatis causa imposita sunt non ipso iure sed opposita exceptione irrita fieri.*
33 *Aliud esse ius agendi, aliud ius exigendi.*
34 *Cur exceptio superiore casu necessaria sit?*
35 *In iis quæ ex interuallo libertatis causa imponuntur non distingui libertatem onerent, nec ne.*
36 *Examinantur illa dict. §. verba,* tamen causa cognita, si liquidò appareret.
37 *Ratio propter quam ea quæ libertatis onerandæ causa imposita sunt exigi non possunt.*
38 *Quæ libertatis licet non onerandæ causa in continenti per vim & metum imposita sunt per Prætorem rata non haberi.*
39 *D. §. in summa Versiculum,* sed si post interuallum, *Triboniani esse.*
40 *Casus quo libertus vltro promittendo aut iurando de operis quæ inuito ei non possent imponi, conditionem suam deteriorem facere potest.*
41 *Aliud esse,* obligare se, *aliud verò pati se obligari.*
42 *Libertum, cui fideicommissaria libertas ab herede præstatur, si sciat se operas recusare posse, easdem donationis causa heredi manumittenti se promittere posse.*
43 *Ex interuallo verò siue fideicommissariam siue directam libertatem acceperit, operas promittere ipso iure non posse.*
44 *Societatem inter patronum & libertum libertatis causa contractam ipso iure nihil valere.*
45 *Duplex huius iuris ratio redditur.*
46 *An cæteri contractus bonæ fidei inter patronum & libertum libertatis causa initi ipso iure non valeant?*

QVemadmodum † operas liberto impositas ita demum tuetur prætor, si libertatis, & manumissionis causa impositæ sint, ita nec aliter habet eas pro impositis causa manumissionis, quàm si sint impositæ statim, & incontinenti post manumissionem, siue per stipulationem, *l. vlt.* in illis verbis, *dummodo in continenti cùm manumissus est, aut iuraret, aut promitteret. ff. de liber. caus.* Nam quæ ex interuallo post manumissionem promittuntur, iam non possunt dici manumissionis causa promissæ, quantumlibet prætextus manumissionis pro causa quæratur. Illa enim verba *manumissionis causa,* non tam id significant vt manumissionem præcessisse sufficiat ad hoc ne operarum obligatio sine causa facta esse videator, quam hoc potius vt eæ demum operæ debeantur, sine quibus libertas data non fuisset, *l. in liberto. 77. ff. de solut.* Propter quã caosam non tam promitti quàm imponi dicuntur, *l. 2. l. operis. 31. & pass. ff. de oper. libert. l. qui ex causa. 29. ff. de bon. libert.* Quod ipsum *imponendi* verbum significat apertè, huiusmodi operarum debito libertatis onus irrogari. Onus enim est quod imponatur, id est quod supra ponitur ita vt grauet. Ac proinde fieri nullo modo potest vt homini iam facto libero imponitur operæ ex interuallo, ne quidem per manumissorem, cùm neque in personam ipsius manumissi qui iam liber est, quicquam iuris habeat, neque possit dicere & causari non aliter se libertatem daturum fuisse, quam vltro dederit nulla præcedente, aut statim subsequente operarum promissione. Quod certè diuersum est cùm statim & incontinenti post manumissioné operæ imponũtur, aut promittuntur. Solemus enim dice-

re ea quæ incontinenti fiunt, inesse videri, *l. iuris gentium. 7. § 1. quinimmo ff. de pact. l. lecta. 40. ff. de reb. credit.*
2 † Ex quo apparet quàm falsum sit quod Hugo Donellus tradit in lib. 2. Comment. de iur. ciuil. operarum artificialium promissionẽ etiam extraneo factam valere. Et si enim verum est posse id genus operarum extraneo quoque solui, *l. operæ. 9. ff. de oper. libert.* longè tamen aliud est, esse quid in obligatione & petitione, aliud verò in solutione tantùm & præstatione, *l. 1. ff. de pen. legat. l. cum fine 19. l. si penam 24. ff. quando dies legat. ced. l. si quis stipulatus. 57. ff. de solut.* Et verò quomodo possunt operæ vtiliter promitti extraneo, id est ei qui nunquam manumisit, cùm nec ipsi manumissori
3 ex interuallo promitti possint? † Eademq; ratio facit, vt tum etiam cùm patrono promissæ sunt, siue iureiurando, siue stipulatione interueniente, siue sic dicta manumissioni lege, necessaria tamen sit tuitio prætoris, quia iuris ciuilis ratio non patitur vt libertati vllum onus imponatur, aut vt liber homo debeat operas, quippe quarum debitum non patrimonij onus sit, sed personæ. Si enim proponeres debitum esse pecuniarium, & certæ quantitatis pecuniæ, quàm seruus ad consequendam libertatem promisisset, libertate autem iam accepta, hunc ipsum seruum eandem pecuniam patrono, quamuis longo post interuallo promisisse, non dubitarem quin ex ista stipulatione obligatio iusta ciuilisque nasceretur, quod probatur non malè ex *l. eleganter. 7. §. seruus. ff. de dolo & ex l. 3. C. an*
4 *seruus ex suo fact. post manum. teneat.* † Vsque adeò autem verum est homini libero imponi operas nisi libertatis causa non posse, vt Venuleius referat in *d. l. vlt. D. de liber. caus.* dubitatum antea fuisse, vtrum seruus duntaxat, an liber iureiurando patrono obligaretur in his quæ libertatis causa imponuntur (sic enim lego, *liber iureiurando*, non vt vulgo *libertus*, vt ostendunt sequentia illa, *tamen verius est non aliter quam liberum obligari*) quia licèt certissimi iuris semper fuerit seruum quandiu seruus manet, obligari ciuiliter non posse, *l. nec seruus 41. ff. de pecul.* tolerabilius tamen videri poterat vt libertatis consequendæ causa seruus obligaretur, quàm vt ex eo tempore quo iam liber factus esset, eius libertati aliquod onus imponeretur. Verius tamen esse ait Iurisconsultus, vt non aliter quàm liber hic obligetur, quamuis moris esset vt ab eo adhuc in seruitute constituto iusiurandum de operis post manumissionem promittendis exigeretur. Ideo namque ita fieri solebat, vt serui religione adstricti postquàm suæ potestatis esse cœpissent, iurandi
5 necessitatem haberent. † Cæterùm siue seruus ante manumissionem iurauerit se post manumissionem de operis iuraturum, aut eas per stipulationem promissurum, siue non iurauerit ita demum iurando, vel promittendo obligabitur, si incontinenti post manumissionem iurauerit, aut promiserit. Qui certè sensus est
6 *dict. leg. vlt.* † non is quem Donellus docet *dict. libr. 2. Comment. de iur. ciuil. cap. 8.* vt non aliter quidem cogatur iurare libertus, aut operas promittere, quàm si incontinenti post manumissionem id fecerit, sed tamen siue promiserit, siue iurauerit ex interuallo, nihilominùs obligetur: illa namque taxatio & limitatio *dummodo incontinenti cum manumissus est, aut iuraret. aut promitteret*, non est referenda ad id quod proximè præcedit, *iurandi necessitatem haberent*, sed ad priorem illam clausulam, *non aliter quam liberum obligari.* Alioqui religio illa quæ ex iureiurando in seruitute præstito proficiscitur, non minùs obligaret seruum, vt post manumissionem etiam ex interuallo iuraret, quàm vt statim, & incontinenti, si non ratio iuris etiam prætorij obstaret, quæ non patitur vt libertatis iam purè data ex postfacto oneretur. † Do- 7
nellum fefellit virum sanè doctum, elegantem, nec inargutum, quod ex Vlpiano scriptum est in *l. vt iusiurandi. 7. §. iurare ff. de oper. libert.* iurare libertum debere post manumissionem, vt obligetur, siue statim, siue post tempus iurauerit, obligari. Sed nihil apertius est meo iudicio, quàm totum illum versiculum aut Triboniani esse, aut imperiti alicuius interpretis, potiùs quàm Vlpiani, siue inspicias quæ præcedunt, siue quæ sequuntur. Nam in præcedentibus iam hoc ipsũ expresserat Vlpianus, & quidem multo elegantiùs, vt iurisiurandi obligatio contrahatur, liberum esse oportere eum, qui iuret. Quid enim aliud illud est, quàm iurare debere post manumissionem, antè quam scilicet nec liber, nec libertus est? Rursus initium sequentis §. iisdem ipsis verbis conceptum *iurare autem debet*, an non ostendit manifestè Vlpianum cuius mira fuit in scribendo elegantia, tam insulsè & inconcinnè locutum non fuisse? Accedit, quod proximè Vlpianus eum casum tractauerat, quo non poterat fieri, quin post manumissionem iuraretur, de illo videlicet testatore qui liberto suo aliquid legauerat sub ea conditione. Si filio suo iurasset se operarum nomine decem præstaturum. Quid enim iam libertus erat mortuo testatore, siue inter viuos, siue ex eodem testamento libertatem ab eo accepisset quomodo poterat non post manumissionem iurare? Quamquam nec de vllo actu manumissionis tractari potest, cùm quis manumittitur testamento, quia fit eiusmodi manumissio sola legis potestate. † Quòd si pertinacius velis contendere 8
versiculum hunc esse Vlpiani, dicam cum Accursio & Bartolo sic accipi debere vt obligetur libertus, siue iuret in actu ipso manumissionis, siue postea, dummodò statim, id est non longo spatio temporis interiecto vt quod lex ait *post tempus*, de breui tempore intelligatur. Nam & quod tempus fit, dicitur incontinenti fieri si non multum temporis intercessit, *vt in l. 1. §. item sicia. D. ad leg. Falcid. l. quod dicimus. 105. de solut.* quod Græci dicunt *ἐν συνέχει l. pen. D. de condict. triti. l. ratum. 13. ff. de solut. l. si arbiter. 28. ff. de probat. l. quo enim 12 ff. rat. rem haber.* † Posset etiam locus ille sic accipi, 9
vt valeat iusiurandum siue incontinenti, siue ex interuallo adhibitum de præstandis operis dummodò fuerint illæ impositæ à patrono libertatis causa & in ipso actu manumissionis. Etsi enim hoc casu non est necessarium iusiurandum vt ex edicto iudicium operarum dari debeat patrono qui non aliter fuerat manumissurus, nihil tamen prohibet adijci iusiurandum liberti, vt ea obligatio iureiurando quoque confirmetur. Denique parum refert quonam tempore de operis iusiurandum, aut promissio interponatur, dummodò ex operæ libertatis causa impositæ sint, id est eo tempore quo libertas data fuit, & sine quibus data non fuisset. † At difficilius illud est quod in eadem 10
lege Vlpianus ex Celso scribit parui referre quam ob causam de operis libertus iurauerit. Id enim pugnare videtur cum eo quod proximè dictum est vt iurisiurandi obligatio contrahatur, non modò libertum esse eum qui iurat, sed etiam libertatis causa iurari oportere: nisi dicamus cum Bartolo sufficere vt causa libertatis sit causa remota, nec requiri vt sit proxima dum ne sit etiam nimis remota. Sed tamen non explicat Bartolus qua ratione in specie proposita possit libertatis causa vlla interuenire, siue proxima, siue remota, cùm lex ponat legatum fuisse liberto si iurauerit se filio patroni operarum nomine decem præstiturum. Sic enim fit vt solũ legatum, nõ item libertas o-

peratum

11 perarum debito causam dare videatur:† nisi ponas de
eo liberto id intelligendum esse, qui eodem testamen-
to & libertatem acceperit, & cum libertate legatum
sub ea præstandarum operarum conditione. Hic enim
sicuti non potest accepta libertate quæ ipsi quoque
inuito competit, repudiare legatum quod adnexum
habet onus operarum, ita videtur operas promittere
non solùm ex causa legati, sed etiam propter liberta-
tem, quam vtique credibile est non fuisse datum im
dominum, nisi ea lege operarum filio præstandarum:
12 *arg. l.5. §.1. de leg.1.* † Quod si ponas Vlpianum de eo
liberto tractare qui libertatem inter viuos acceperit,
distinguenda erit obligatio operarum ab obligatione
pecuniæ operarum nomine præstandæ. Facilius enim
est obligari libertum ad præstandam pecuniam quam-
uis operarum nomine, accepto scilicet in eam rem, &
sub ea conditione legato, quàm ad præstandas operas,
quia non sicut operarum, ita & pecuniæ pro operis
præstandæ onus afficit personam, iúsque libertatis ip-
sius infringit. Et aliàs plerumque alia causa est opera-
rum, alia pecuniæ pro operis promissæ, *l. qua aisa 12. l. si*
13 *ita 39. D. de oper. libert.* † Puto tamen probabilius
dici posse intelligendum Vlpianum de illo casu, quo
aliquid liberto legatum sit sub illa conditione, si iura-
uerit se decem filio operarum nomine præstiturum, o-
perarum, scilicet iam antea & suo tempore ritè rectè-
que, id est libertatis causa impositarum. Id enim pro-
bat quod sequitur *de operis*, alioqui nec pecunia pro o-
peris promissa deberetur si nullæ dum operæ deberen-
14 tur, *arg. d. l. si ita.* † Alia tamen etiam ratio suadere vi-
debatur ne hoc iusiurandum valeret tanquam inter-
positum onerandæ libertatis causa. Tunc enim one-
rari libertas dicitur cùm non solæ operæ promittun-
tur, sed præter operas aliquid quod faciat, ne sola ope-
rarum præstatione libertus possit liberari *l. vlt. §. vlt.*
D. qui & a quib. manumiss. Sed in promptu responsio
est, non esse prohibitam præstationem mercedis pro
operis, sed tantùm obligationem, id est, non prohiberi
patronum quominus mercedem accipiat pro operis, si
libertus velit, & vltrò pecuniam offerat quòd fortè id
sibi commodius esse arbitretur, *d. l. vlt. §. non prohiben-*
15 *tur.* † Quemadmodum nec prohibita est obligatio o-
perarum vel pecuniæ alternatiuè, quia cùm illo casu
electio sit debitoris ex reg. *l. plerumque 10. §. vl. D. de iu-
re dot.* perinde liberatur libertus operarum præstatio-
ne, ac si solas operas promisisset meliore gaudens con-
ditione in eo quod electionem habet, *d. l. vlt. §. is qui*
16 *operas l 6. §. 1. D. de iur. patron.* † In eámque rem textus
est perelegans in *l. patronus 25. §. vltim. D. de oper. libert.*
vt scribit Iulianus, nonnunquam ipsis libertis postu-
lantibus patronos operas locare. Ita enim pretium
magis operarum, quàm mercedem eos capere existi-
mandos esse. Sensus est, prohiberi patronum capere
mercedem, at non etiam prohiberi capere mercedem
operarum. In quo etiam Don[illegible]llus errat, qui ista non
distinguit. † Prohibetur patronus per legem Æliam
17 Sentiam capere mercedem, quia tunc libertas onera-
tur. non item cùm operarum pretium accipitur. Hoc
ipsum verò cur ita? an non & merces & pretium in pe-
cunia consistit? an non etiam potest fieri vt conuene-
18 rit de mercede quæ sit minor iusto pretio? Sic est. † sed
mercedem eam intelligimus quæ sub prætextu & no-
mine operarum tunc etiam exigitur, cùm alioqui o-
peræ ipsæ aut exigi, aut præstari non possunt, puta nõ
indigente iis patrono, vel non valente illas præstare li-
berto. Quod cùm euenit, quantulumcunque illud sit,
quod ita exigitur, fatendum est onerari libertatem. At
non similiter cum pretium percipitur, quando non
priùs de operarum pretio quærendum est, quàm sint
illæ in rerum natura, siquidem eius rei quæ non est
nec pretium vllum esse potest. Atqui non sunt operæ
in rerum natura priusquàm aut præstitæ sint, aut ea-
rum dies præterierit in quo præstari debuerunt, *dict. l.
opera 9. eod. l. 1. De oper. seruor.* Rursum nec earum dies
præterit antequàm cedere incipiat, nec denique cede-
re priusquàm indictæ sint, *l. si quis hac lege 13. § indictū.
De oper. libert.* scilicet quod ad officiales, quæ quoniam
patrono vt patrono debentur, non solùm magis pro-
priè, sed etiam absolutè operæ dici solent, *l. cùm patro-
nus 22. in princip. l. quoties 24. in fin. & pass. eodem tit.* Por-
rò cùm operæ ipsæ petuntur, & indicuntur, iam non
merces earum nomine exigitur. sed tamen non prohi-
betur patronus quominus postulanti liberto, vt liceat
sibi pecuniam pro operis dare, consentiat, quanquam
nec consentire cogitur si operas malit habere quàm
pecuniam. Itaque hoc casu non solùm non oneratur
libertas, sed etiam leuatur. † Ergo vt redeamus ad 19
Vlpian. in *dict. l. vt iusiurandū.* Si quis liberto suo fun-
dum legauerit sub ea conditione, Si iurauerit se filio
patroni operarum nomine decem daturum, operarū,
inquam, vt supra interpretati sumus, iam libertatis
causa rectè impositarum (supponendi enim sunt ter-
mini habiles, vt vulgò nostri iactitant) obligabitur
libertus non quidem vt iuret si legatum repudiare
malit, sed ita demum si agnouerit, quia cùm iurauerit
sponte ad implendam conditionem relicti legati, at-
que ita legatum consequatur, est quod sibi potiùs quā
patrono imputet cur in eam præstandæ pecuniæ ne-
cessitatem semet vltrò coniecerit. Proinde quamuis
non nisi libertatis causa imponi possint operæ, ideó-
que quoties de iis imponendis siue per stipulationem,
siue per iusiurandum cauetur, & multum intersit
quam ob causam de imponendis illis aut iuretur, aut
promittatur, attamen ex quo impositæ sunt, & qui-
dem ita vt libertas contra leges onerata non sit, par-
ui refert quam ob causam iuretur ratione operarum,
id est de pecunia pro operis præstanda: nimirum an
ex testamento, & legati consequendi gratia, an alia ra-
tione. Sensus est iam non illud requiri vt iuretur vel
promittatur libertatis causa, cùm non de imponen-
dis operis agatur, sed de impositis æstimandis, aut a-
liter atque aliter præstandis. Illod tamen semper re-
quirimus vt vltrò ac sponte libertus aut pecuniam,
aut iusiurandum de pecunia pro operis præstanda
offerat, quò maius aliquod commodum sibi compa-
ret, vt in proposita specie, ne alioqui dum liberto in
hoc prospicere volumus ne libertas eius oneretur,
eidem noceamus vt conditionem suam meliorem
facere prohibeatur. Et hæc interpretatio mihi lon-
gè conuenientior videtur, quàm quæ à nobis supra
ex Bartolo allata fuit. † N[illegible] solùm autem merces 20
sub prætextu & nomine op[illegible]rum liberto imposita
exigi non potest, tanquam quæ libertatem oneret,
sed nec aliud quicquam eorum omnium, quæ liber-
tis onerandæ causa imposita dici possunt, *l. 1. §. si ma-
numissero. & §. quæ onerandæ. D. quar. rer. act. non dat.* Nam
cùm libertinus ille sit qui ex iusta seruitute manu-
missus est, & per manumissionem plenissimam li-
bertatem consecutus (de illis enim libertis loqui-
mur, qui olim plenam & perfectam libertatem, id est
cum libertate ciuitatem Romanam consequeban-
tur, quales libertinos omnes esse tandem Iustinianus
voluit) quis ferat hominis libertatem eo prætextu o-
nerari quòd impositum sit onus libertatis causa? Fe-
cit quidem fauor libertatis vt habenda fuerit ratio, &
adprobanda obligatio impositorum libertatis causa,

vt tanto faciliores fierent domini ad dandam liberta-
tem pro qua viciſſim aliquid reciperent, ne alioqui
carere dominus & ſeruo, & ea re quam in ſerui lo-
cum habere voluiſſet, *leg.2.§.vltim.eodem tit.* Sed cùm
eò colore paſſim abuterentur patroni ad grauiſſima
quæque onera libertati imponenda, æquum fuit proſ-
pici à prætore, vt eorum perſecutio coarctaretur,
propoſito in eam rem edicto, vt ait *leg.2. De oper. libert.*
21 † Onerandæ autem libertatis cauſa impoſitæ operæ
intelliguntur, non modò cùm pro operis mercedem
patronus ſtipulatur, vt proximè explicauimus, ſed
tunc etiam cùm ita impoſitæ ſunt, vt libertus ſe alat
leg. impoſiti 33. eod nimirum ſi alere ſe libertus non poſ-
ſit: Alioqui ſuo victu veſtitúque operas libertum de-
bere placuit: aut certè ita exigendæ ſint operæ vt his
quoque diebus quibus operas edat, ſatis temporis ha-
beat ad quæſtum faciendum vnde ali poſſit, *leg. ſuo vi-
22 ctu.18.& ſeq.eod.* † Ita niſi fiat, prætor debet patrono
denegare ipſam operarum petitionem. Sic enim ma-
lo legere quàm *præſtationem, in leg. quod niſi 20. eodem.*
vbi rationem perelegantem Paulus reddit: quia vnuſ-
quiſque quod ſpopondit ſuo impendio, dare debet,
23 quandiu id quod debet in rerũ natura eſt. † Probat e-
nim hæc ratio vtrumque, id eſt, & ſumptu ſuo liber-
tum operas præſtare debere, ſi habeat vnde ſe alat. &
contrà, ſi non habeat, danda ei eſſe à patrono alimen-
ta. Ratiocinatio hæc eſt: Quòd operæ patrono deberi
priùs nequeant, quàm ſint in natura. Priùs autem in
natura non ſunt, quàm vel præſtitæ ſint, vel præterie-
rit dies quo præſtari debuerunt. Porrò præſtari nec
debent nec poſſunt niſi ab eo liberto, qui viuat: Rur-
ſum nec viuere is poteſt ſine alimentis. Ergo à primo
ad vltimum, vt dicunt Logici, non poteſt videri li-
bertus debitor eſſe operarum, ex quo incipit non ha-
bere vnde ſe alat, quia ex eo tempore verum eſt non
ſolùm in rerum natura non eſſe rem quæ debetur,
id eſt operas, ſed nec eſſe poſſe niſi patronus ipſe ali-
menta ſubminiſtret. Ex qua ratione tanto magis ap-
paret verum eſſe quod dicimus in d.l. *quod niſi* legen-
dum eſſe *petitionem* non *præſtationem.* Ea namque ra-
tio probat denegandam eſſe à prætore non præſta-
tionem operarum, quæ per ipſam rerum naturam fieri
nequeat rei in natura non exiſtentis, ſed petitionem,
quæ alioqui ſummo iure concedenda videbatur, pro-
pter contractam ab initio inutiliter obligationem.
24 † Itaque hoc caſu non eſt liberto neceſſaria exceptio.
Quod onerandæ libertatis cauſa, cùm ſit tutus ipſo iure,
tanquam liberatus hoc ipſo, quòd res debita deſiit eſ-
ſe in rerum natura, citra ipſius debitoris moram aut
25 culpam, *leg. ſi ex legati 23.ff. de verbor. obligat.* † Belliſſi-
mè autem, inquit Vlpianus *in dict. l.1. § quæ onerandæ
ff. quar. rer. act. non dat.* onerandæ libertatis cauſa facta
ſic definiuntur, quæ ita imponuntur, vt ſi patronum
libertus offenderit, petantur ab eo, ſempérque ſit
metu exactionis ei ſubiectus, propter quem metum
quiduis ſuſtineat patrono præcipiente. Quod tamen
non ita accipiendum eſt quomodo accipit Donellus,
quaſi neceſſe ſit fieri promiſſionem ſub illa condi-
cione, *ſi patronum libertus offenderit.* Nam & idem eſt
ſi patronus ſtipulatus ſit, ſine conditione, adiectis ta-
men fortaſſe verbis illis, *cùm volam*, aut aliis ſimili-
bus. Toties enim onerandæ libertatis cauſa videtur
pecunia promitti quoties ſua ſponte, id eſt, liberali-
ter dominus manumiſit, & propterea tantum vult
libertum promittere pecuniam aut aliud quilibet,
non vt exigat à liberto, ſed vt libertus eum timeat,
26 & obtemperet ei *dict. l.1. in fin.* † Et verò aliud eſt pe-
ti quid poſſe per patronum, ſi libertus eum offende-
rit, aliud autem deberi patrono ſub illa conditione,
ſi eum libertus offenderit. Petere namque patronus
poteſt quicquid ei promiſſum eſt ſiue purè, ſiue
cum adiectione, *quando volam*, aut *quoties volam*, imò
& multò faciliùs quàm ſi promiſſum eſſet ſub illa
conditione, *ſi patronum libertus offenderit.* Vt enim
quod ita promiſſum eſſet, exigi poſſet, offenſionem
factam probari oporteret, *leg. cum quidam.24. leg.
cum pater.77.§. rogo filiæ.25. in fin. de legat 2.* At cùm
nulla conditio adiecta eſt, ſufficit quòd patronus
offenſum ſe putet, idque nimirum eſt quod efficit,
vt metui exactionis ſemper ſubiectus ſit libertus.
Exactionis inquam, ſiue iuſtæ, ſiue iniuſtæ. Minus
enim ei ſuccurrendum eſſet ſi non niſi iuſtam exa-
ctionem vereri poſſet, quod eueniret, ſi exactioni
cauſam illud vnum præberet, quod patronum reue-
ra offendiſſet. † Sequitur apud Vlpianum *in dict. §.* 27
*quæ onerandæ, In ſumma ſi quid incommentis impoſitum
ſit liberto quod imminentibus, id eſt imminens oneret liber-
tatem, dicendum eſt id exceptioni locum facere.* Quid
autem eſt cuius exactio magis immineat, quam quod
purè promiſſum eſt, aut cuius exigendi facultas pa-
troni arbitrio relicta proponatur? † Planè non poſ- 28
ſum intelligere quid illud ſit quod ex eodem Vlpia-
no ſubiicitur, *ſed ſi poſt interuallum, habet quidem dubi-
tationem, quia nemo eum cogebat promittere, ſed idem erit
probandum & hic. Tamen cauſa cognita ſi liquido appa-
reat libertum metu ſolo vel nimia patrono reuerentia ita ſe
ſubiecisse, vt vel pœnali quadam ſtipulatione ſe ſubiiceret.*
Facit verò mihi dubitationem illud primum, quod
lex ait, *ſi quid impoſitum liberto ſit ex interuallo quod one-
ret eius libertatem, habere dubitationem* Neque enim re-
perio dubitaſſe vnquam prudẽtes, An quid vel mini-
mum poſſit imponi liberto poſt manumiſſionem. Id e-
nim pro explorato & omnes & ſemper habuerunt, li-
berto cũ re vera liber ſit, nihil prorſus imponi poſſe,
non magis quàm ingenuo, niſi libertatis cauſa. Nec
rurſum aliud quicquam libertatis cauſa impoſitũ vi-
deri poſſe, quàm quod in ipſo actu manumiſſionis,
aut ſaltem incontinenti poſt manumiſſionem impo-
ſitum probetur. *dict. leg.2. dict. leg. vt iuriſiurandi. 7. d.
leg. operis 31. dict. leg qui libertinus.37. & paſſ. Digeſt. de
oper. libert. dict. leg. vltim. Digeſt. de liber. cauſ.* † Liber- 29
tatis enim cauſa promiſſum intelligitur illud ſolùm,
vt iam dixi, cuius contemplatione, & eius conſequen-
di ſpe dominus libertatem ſeruo dederit quam ali-
ter non fuerat daturus, non autem id omne quod
præſtitæ iam, & competentis libertatis intuitu, ac pro
eius veluti quadam remuneratione libertus patrono
quandocumque promiſerit. Vnde & iſta tanquam
contraria & pugnantia opponuntur, *in leg. ſi vero. 64.
§.1.& ſeq.ff. ſolut. matrimon. imponi quid liberto libertatis
cauſa, &, imponi poſt manumiſſionem.* Itaque ratio illa
dubitandi quæ apud Vlpianum ſic exprimitur, *quia
nemo cogebat eum promittere*, ridicula eſt. † Quia verò 30
liberum ſit homini libero vt quando & quomodo ve-
lit, oneret ſuam libertatem, dum ne id faciat per vim
aut metum. Imò verò permiſſum nemini eſt vt de
libertate ſua diſponat, quippe quam non à ſeipſo ha-
beat, ſed à natura ipſa, vel à republica, ex quo tem-
pore non modò inter liberos homines, ſed etiam in-
ter ciues numerari cœpit. Id enim eſt quod ſæpius di-
cere ſolemus. Nec eum quidem qui ſui iuris ſit, tamen
ſui ipſius dominum eſſe: quod vtique eſſet neceſſe vt
ipſam de ſeipſo diſponendi haberet facultatem, *leg.
liber homo.13. Digeſt. ad leg. Aquil. leg. nec ſi volens. 6. leg.
liberos. 79 Cod. de liber. cauſ.* Neque ſanè magis per-
mitti poteſt homini libero, vt libertatem ſuam one-
ret,

ret, quàm vt se redigat in plenam seruitutem. Vtrumque enim, quamquam non eundem effectum, tamen eandem causam habet, ac ex eodem iuris fonte proficiscitur.
31 † Falsum igitur est quod apud Vlpianum sequitur, *sed idem erit probandum & hic*. Nam quod liberto impositum est ex interuallo ad onerandam eius libertatē, nullo modo valet, ac pro non imposito habendum est, ita vt neque vlla eo nomine actio competat ipso iure. Neque iure ciuili quod adeò impensè libertati fauet, vt nec de iis quæ libertatis causa imposita sunt, si onerent libertatem, puta de operis, actionem vllam accommodet, *l. 4. D. si a parent. quis manum. sit*. Neque iure prætorio, quia licèt ex solo edicto prætoris competat persecutio non tantùm operarum, sed etiam cæterorum libertatis causa impositorum, non alias tamen impositiones tuetur prætor, quàm quæ factæ sint libertatis causa. In quo genere iam diximus non posse censeri ea quæ ex interuallo imposita sunt, quantumcunque libertatis iam præstitæ color quæratur.
32 † At quod incontinenti impositum est onerandæ libertatis causa, licèt æquè per prætorem ratum non habeatur, non tamen ipso iure irritum constituitur, sed opposita exceptione, de qua in dict. vers. *in summa*. Sicque accipiendum est quod Vlpianus ait *in d. §. quæ onerandæ* ea quæ patronus à liberto stipulatus est onerandæ libertatis causa exigere illum non posse.
33 † Aliud enim est exigendi ius, aliud agendi. Agere nihil aliud est quàm actionem exercere, siue talis illa sit, quæ possit elidi per exceptionem, siue nulla exceptione summoueatur. At exigere cum effectu, id est sine metu aut periculo exceptionis, *leg. si socer. 44. in fi. D solut. matrimon. leg. successores. 16. Cod. ad leg. falcid.*
34 † Cur autem hoc casu sit necessaria exceptio, si quæratur, ratio illa est, quia cùm patronus petit id quod in ipso actu manumissionis, aut quod effectu idem est incontinenti, post manumissionem libertatis causa impositum fuit, habet pro se prætoris edictum, ex cóque fundatam intentionem, quam elidere non aliter possit libertus, quàm si probet onerandæ libertatis causa impositum id fuisse. In eam verò rem exceptionis vsus necessarius est, quoniam vtrum libertatem quid oneret, nécne, in facto non in iure consistit, cùm pendeat ex animo patroni imponentis, & liberti se subiicientis. Itaque quamuis ita essent concepta edicti verba, vt ipso iure irrita essent omnia quæcumque libertatis onerandæ causa imposita probarentur, non posset tamen liberto consuli ipso iure, id est denegata patrono actione, sed tantùm per exceptionem, quia facti quæstio relinquitur semper, & locus distinctioni, An libertatem oneret id, quod impositum fuit, an non.
35 † Quæ distinctio non adhibetur in iis quæ liberto imposita sunt ex interuallo, quippe quæ sicuti non possunt imposita videri causa libertatis, ita nec deberi, quin onerent libertatem. Proinde sublata facti quæstione, sola iuris ratio quæ semper certa est, relinquitur, quæ pati non potest, vt de eo, quod nullo iure promissum fuit, aliqua actio accommodetur.
36 † Illud verò multo falsius est, quod lex ait idem probandum esse in iis quæ ex interuallo, & in iis quæ incontinenti imposita sunt, cum illa adiectione quæ sequitur *tamen causa cognita si liquido appareat*. Hæc enim adiectio facit vt effectu ipso perinde sit ac si è contrario scriptum esset, aliud hic probandum esse. Sensus enim est, Si libertus probare liquidò non possit se metu solo, vel nimia reuerentia coactum ea promisisse quæ ex interuallo imposita sunt, non debere illum recusare quominùs ea præstet, quæ vltro & nemine cogente promiserit, quamuis eiusmodi illa sint quæ onerent libertatem. Atqui in iis quæ libertatis onerandæ causa incontinenti imponuntur, longè aliud obseruatur. Placet enim nullo modo exigi posse, tametsi non probet libertus à se extortam fuisse promissionem per vim, & metum. Sufficit namque vt appareat non tam concedendæ quā onerandæ libertatis causa impositionē factam fuisse.
† Et certè quod dicimus, Ea quæ libertatis onerandæ causa imposita sunt, exigi non posse, non eam rationem habet quòd per vim & metū extorta videantur (quod tamen supradicta verba innuere videntur, quorum occasione solent nostri tam multa hic cōgerere de metu reuerētiali,) sed illam potiùs, quòd si eorum impositio valeret, perpetuo metui subiectus esset libertus, & nihil non faceret præcipiente patrono, ne quid à se durius exigeretur, *d. §. quæ onerandæ. & d. l. 2. in fin. eod. titul.* 37
† Nam quæ per vim & metum imposita essent, licèt incontinenti & libertatis causa, tamen rata per prętorē non haberentur, etiamsi essent eiusmodi quæ libertatem alioqui oneratura non essent, ex generali regula, *l. si mulier. 21. § 1 & tot. tit. Quod met. caus.* in eòque plus potest metus præsens, de quo in illa parte edicti De restitutionibus in integrum quàm futurus, de quo in *d. §. quæ oneranda*. 38
† Ergo vt tandem dicam quod sentio, apparet ex superioribus, ni fallor, nihil in tota illa sententia esse Vlpiani, ac proinde cùm nihil etiam sit quod imperito interpreti adscribere possis, consequēs fieri vt soli Triboniano totum id tribuendum videatur. Quod vt sentiam, mouent me præterea verba illa parum elegantia, *ita se subiecisse, vt vel pœnali quadam stipulatione se subiiceret*. Tribonianum decepit proculdubio, quod Vlpianus de iis tantùm locutus fuerat quę liberto imposita essent incontinenti, quasi de aliis quæ ex interuallo promitterentur dubitari minùs posset, quin valere deberent, quamuis libertas ex iis oneraretur? Ratione illa quam Tribonianus expressit, quòd libertus vt ea promitteret à nemine cogebatur. Quomodo idem Tribonianus sub Iustiniani nomine validam facit intercessionem mulieris quæ facta sit ex interuallo biennij à die primæ intercessionis in *l. si mulier. 22. C. ad SC. Velleian.* contrà quàm iure veteri obtinuisset, *l. dolo. 19. §. diuersum D. de nouat.* Atqui prorsus contrario proposito de promissis incontinenti duntaxat egerat Vlpianus, non alia de causa, quàm quia de impositis ex interuallo dubitari nullo modo posset, quin indistinctè non deberentur, tanquā quæ libertatis causa imposita dici non possent, etsi maximè vltro, nullóque metu cogente promissa & imposita probarentur. Nec proinde iam dubito quin verum sit quod suprà monui eiusdem Triboniani esse totum illum versiculum *iurare autem debet post manumissionem, vt obligetur, & siue statim siue post tempus iurauerit, obligatur* in *l. vt iurisiurandi. 7. §. 1. de oper. libert.* Pendet enim id ex eodem illo errore Triboniani, quòd existimauit faciliùs libertū obligari, si ex interuallò, quàm si incontinenti vel promitteret quidpiam vel iuraret. Adeò verū etiam est, quod toties inculcare cogimur, fuisse illum in iuris nostri principiis malæ versatum. 39
† Vnus tantùm casus est, quo permittitur liberto, vt vltro promittendo aut iurando De operis, quæ inuito eo non possent imponi, conditionem suam faciat deteriorem. Is est in *l. Campanus. 47. eod. tit. D. oper. libert.* vbi scriptum est non debere prætorem pati donum, munus, operas imponi ei qui ex fideicommissi causa manumittitur, *d. l. vt iurisiurandi. 7. §. rescriptum. leg. si quis hac. 13. §. 1. eod. l. qui ex causa. 29. de bon. liber.* nec si is qui fideicommissariam libertatem dedit, ea lege dederit, vt operæ promitterentur, quia non po- 40

tuit iuri publico derogare. *l. Ger. donem. 42. D. de ope. li-*
bert. Sed si cùm sciret libertus posse se id recusare, o-
bligari passus est, id est, imponi operas sibi ab herede
ex fideicommissi causa manumittente, & hanc ma-
41 numissioni legem dicente († aliud enim est se obli-
gare, aliud pati se obligari, licèt vtrumque hoc loco e-
iusdem sit effectus, vnde petendus est sensus eorum
verborum *Obligatúsve erit, d. l. qui libertinus 37. eod.*)
non inhibendam operarum persecutionem, quia do-
nasse videtur. An quia ex causa donationis possit li-
bertus etiam ex interuallo operas promittere? Mini-
mè. Neque verò ad hunc casum lex pertinet, quæ de
illo liberto nominatim tractat, vt diximus, non qui se
obligauerit, sed qui tantùm se obligari passus sit per
legem manumissioni dictam ab ipso manumissore. At-
qui non potuit ea lex manumissioni dici, nisi in ipso
actu manumissionis. Lex enim contractus illa dici-
tur, quæ dat formam contractui, eique inest. *leg. 1. §. si*
42 *conuenerit. D. depos. l. gem. C. de pact.* † Igitur vt maxi-
mè verum sit quod diximus, nihil interesse an liber-
tus se obliget, an ab alio se obligari patiatur, nihil ta-
men aliud inferre possis, nisi quod facilè admitto, va-
lituram promissionem operarum tanquam ex causa
donationis factam si eo tempore facta proponeretur,
quo sciens & volens libertus pati poterat se obligari,
hoc est, in ipso actu manumittendi, aut incontinenti
post manumissionem. Quo tempore defenditur do-
natio singulari quodam iure; quia quod placet, Eum
cui libertas fideicommissaria præstatur, inuitum non
cogi operas promittere, nec aliud quicquam liberta-
tis causa, non ideo fit, quòd ea ratione libertas one-
retur, alioqui nec enim odi promissio vtilis & efficax
esset, accepta directa libertate, quod falsum est, sed
quia ingens illud libertatis beneficium non ab eo ac-
cipit qui ex causa fideicommissi libertatem præstat,
sed ab eo qui fideicommissum dedit. Cæterùm si
vsque adeò gratum se velit exhibere, vt ei quoque à
quo nihil re vera accipit, beneficij partem aliquam
acceptam ferre possit, non est prohibendus, quem-
admodum & si talis manumissor sit cui operæ debe-
rentur, etiamsi à defuncto facta manumissio esset,
puta filius eius qui fideicommissariam libertatem ad-
scripsit, operæ imponi iure possunt, vt in elegāti casu
d. l. quæ ex causa. 19 §. 1. D. de bon. libert. Denique in li-
berti potestate esse debet vt eandem facere possit
conditionem sui manumissoris, licèt fideicommissa-
rij, quàm facere posset, imò verò quæ inuito etiam eo
43 fieri posset si directam libertatem accepisset. † At vt
ex interuallo promittat operas aliúdve quidpiam
quod non possit libertatem non onerare, siue directam
eam siue per fideicommissum acceperit, in eius pote-
44 state esse nec potest, nec debet. † Illud quoque expli-
candum superest, quam rationem habeat quod scrip-
tum est in *l. Labeo. 36. D. eod. & in d. l. 1. §. si libertatis. D.*
quar. rer. act. non dat. societatem inter patronum & li-
bertum, quamuis libertatis causa contractam ipso iu-
re nihil valere. Ac in promptu quidem est, dicere ideo
non valere quod fieri nequeat vt non oneret liberta-
tem, quandoquidem inter socios non modo hono-
rū omniū cōmunicatio fit *l. 1. §. 1. D pro socio,* sed multis
quoque præstationibus inuicē socij obligantur, præter-
tim verò ad hoc ne quid alterutrius dolo malo fiat,
cuius tamē vel sola allegatio liberto est interdicta, *l.*
parens. 5. §. vlt. & legib. seq. D. de obseq. præst. Sed præcipua
dubitatio in eo est, Cur ipso iure nō valeat hæc socie-
tas, vt ex Labeone loquitur Vlpianus in *d. l. Labeo*, id
est vt idē ille explicat in *d. §. si libertatis*, cum ipso iure
tutus sit libertus aduersus exactionem patroni, nec ei
sit necessaria exceptio Quod libertatis onerandæ cau-
sa factum sit, quam diximus esse necessariam, quoties
de eo agitur, quod onerandæ libertatis causa imposi-
tū fuit. † Duplex tamen iuris huius ratio videtur red- 45
di posse: vna, quod tūc demùm necessaria sit exceptio
cū facti quæstio est, an libertatis onerandæ causa fue-
rit impositum id quod libertatis gratia impositum es-
se constat. Nam cùm patronus habeat pro se regulam
iuris, & formam edicti, liberto incumbit onus proban-
di oneratam eiusmodi impositione libertatem. Id e-
nim cùm facti sit, regulariter non præsumitur, nisi p-
betur. At in proposito casu nullus huic distinctioni
locus relinquitur, quia fieri nullo modo potest vt non
oneretur libertas eius qui cum patrono coierit socie-
tatem, vt iam diximus, sicut eueniret si quid ex inter-
uallo, tametsi libertatis causa, promitteretur. Cùm i-
gitur neque facti quæstio vlla subesse possit, neq; di-
stinctio adhiberi an libertatis onerandæ causa nécne
societas coita sit, Iuris autem certissimi ratio faciat, vt
ea quæ onerandæ libertatis causa etiam incontinenti
imposita sunt, nullo modo debeantur, necessariò con-
seqoens est societatem istam quantumlibet initam li-
bertatis causa inter patronum & libertum, ipso iure
non valere. Alia ratio esse potest, quòd societatis iudi-
cium sit bonæ fidei, cui proinde ipso iure inest excep-
tio, non tantùm doli, sed etiam alia quælibet, quæ sit
subsidiaria exceptionis doli, puta in factum, *l. huiusmo-*
di 84. § qui filium de leg. 1 iunct. l. non debet 11 in fin. ff. de
dolo cuiusmodi sanè illa est, Quod onerandæ libertatis
causa factum sit. Non enim dolo carere potest patro-
nus, cùm id agit vt sui liberti oneret libertatē, ac mul-
tomagis cùm agit ex ea liberti promissione aut iure-
iurando, *arg. l. 2. §. circa. ff de dol. mal. except.* Nec dubi-
tandum est, quin aut doli exceptio accommodari de-
beret liberto, aut saltem in factum adiecta doli men-
tione, si patroni reuerentia pateretur: quæ porrò face-
re minimè potest, vt non effectu ipso æquè succurren-
dum sit liberto ac si exceptionem doli habere posset.
Neque verò patroni existimatio vllo modo læditur i-
ta constituto iure, vt societas inter patronum, & li-
bertum coita ipso iure nullius sit momenti. Etsi enim
id fit eâdem prorsus ratione, qua fieret si doli exceptio
locum haberet, sufficit tamen quòd doli mentio nul-
la fiat. † An ergo idem dicemus in cæteris contractib. 46
bonæ fidei, vt ipso iure non valeant? nec enim doli ex-
ceptiones iis minùs insunt, quàm iudicio societatis.
Sed non puto. Valent enim proculdubio nec solùm si
libertatis causa & in ipso actu manumissionis, aut in-
continenti postea initi sint, quod minorem habet du-
bitationem, sed nec si ex interuallo, quia non perinde
vt societas onerant libertatem, cùm temporis tra-
ctum non habeant, vnóque instanti suam exerceant po-
testatem.

CAPVT XIX.

De operarum editione, æstimatione, & indictione.

SVMMARIA.

1 *Libertum ad operarum promissarum vel impositarum præstationem præcisè cogi non posse, sed æstimationis præstatione liberari.*
2 *Quomodo operæ æstimandæ sint si eas libertus præstare nolit?*
3 *Emendatur* l. medicus 26. in prin. ff. de oper. libert.
4 *Cur ad operas præcisè edendas libertus non cogatur, sed earum æstimatione soluta liberetur?*

5 *Præte-*

5 *Præterita die qua opera præstari debuit operam præteritam amplius præstari non posse sed ad eius æstimationem deueniendum.*

6 *Libertum tamen consensu patroni hodiernam operam pro hesterna præstando liberari.*

7 *Eum qui insulam facere promisit tempore faciendi præterito, quamdiu lis cum eo non est contestata posse facientem liberari.*

8 *Operarum obligationem diuisionem non recipere.*

9 *Plures operas pluribus personis ab vno liberto præstandas non in partes, sed numero diuidi.*

10 *Partem operæ, quæ officium diurnum est, per horas solui non posse.*

11 *Liberto qui sex horis antemeridianis præsto fuerit, si non toto die præsto fuerit liberationem eius temporis qua præsto fuerit non contingere.*

12 *Respondetur ad* l. si quando. ff. de oper libert. *& Labeonis ac Pomponij cum Vlpiani, Papiniani, Celsi & aliorum sententia conciliatur. & nu. 16.*

13 *Dictionem* operas *in* d. l. *in singulari numero legendam esse.*

14 *Operas vel ad* causam indictionis *vel* ad causam exactionis *deberi.*

15 *Differentia inter officiales & artificiales operas.*

17 *Duplicem esse operarum petitionem, vnam iudicialem, alteram extraiudicialem.*

18 *Cur futurarum operarum obligatio & petitio nullam æstimationis rationem habeat, ad præteritarum verò æstimationem necessariò deueniendum sit?*

19 *Operam futuram indiuiduam, præteritam verò diuiduam esse.*

20 *Excutitur & examinatur versic.* quòd si vnam §. operarum. l. in stipulationib. 57 de verb. oblig.

21 *Variæ ad eum locum coniecturæ afferuntur & simul refelluntur.*

22 *An versiculus ille de operâ præterita intelligendus sit?*

23 *Totum illum versiculum Triboniani esse.*

2 QVod † in cæteris faciendi obligationibus euenit, vt debitor non ad factum præcisè cogatur, sed præstatione eius quod interest, liberetur, *l. si quis ab alio 13. §. vlt. ff. de re iud. l. stipulationes non diuiduntur 72. vers. Celsus l. quoties quis 81. D. de verb. obli.* idem contingit in debito operarum à liberto promissarum, aut etiam eis impositarum, vt eas sibi à patrono indictas præstare cogendus præcisè non sit, sed præstando earum æstimationem acquirat sibi liberationem inuito etiam patrono, *l. medicus 26. §. 1. ff. de oper. liber.* Nam & operæ in actu factóque consistunt, *l. 1. ff. de oper. seruor.* cùm nihil aliud sint, quàm diuturnum officium, *l. 1. ff. de oper. libert.* & cùm ideò receptum sit, ne quis ad factum præcisè cogi possit, quòd ea res fieri non posset sine vi & impressione quæ directò infringeret ius naturalis, ciuilisque libertatis: æquum fuit non deteriorem hac in re constitui liberti conditionem, quàm cæterorum hominum liberorum, cùm ipse quoque liber
3 sit, † At quoniam æstimatio facti, id est eius quod fieri debuit, nec factum est, nihil aliud est, quam idipsum quod interest stipulatoris, *d. l. si quis ab alio §. vlt. & d. l. quoties,* dubitatio illa plerumque occurrit, Si libertus indictas sibi operas præstare nolit, quomodo sint æstimandæ, vt in specie *d. l. medicus.* Placet autem idipsum seruandum esse, quod in cæteris casis seruatur, vt non debeat spectari quantum intersit actoris extra rem, sed quantum circa rem, *l. vlt ff. de peric. & commo. rei vendit. l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem. ff. de actio. empt. l. si is cui 71. in fi. ff. de furt.* Itaque si medicus patronus, cuius liberti quoque medicinam faciebant, iis prohibuerit ne facerent, ratus fortasse ita futurum vt haberet multo plures sibi imperantes, alias verò iis operas indixerit, liberales quidem, ne causari possent se non debere, sed quas tamen præstare ipsi noluerint: Responsum est tanti æstimandas esse operas, quantum ex illorum operis fructus, nõ quantum ex incommodo dando illis, quòd medicinam facere prohiberentur, commodi patronus esset consecututus, *d. l. medicus,*
† in cuius initio apertum est malè ac vitiosè additam esse dictionem *libertus,* cùm species illa sit de medico patrono qui libertos etiam habebat medicinam facientes, non de liberto. Itaque vel delenda est ea dictio, legendúmque simpliciter *medicus,* vel emendanda vt pro *libertus* reponamus *patronus.* † Alia tamen 4
ratio etiam adferri potest, quæ ad liberti operas specialiùs pertineat, & quæ faciat vt non ad operas edendas præcisè libertus teneatur, sed earum æstimatione soluta liberetur: scilicet quia operæ nihil aliud sint quàm diuturnum officium, id est, eius diei in quem indicuntur: *d. l. 1. de oper. libert.* eáque rerum omnium quæ in diem certum debẽtur, conditio sit, vt ante peractum diem peti nequeant, *l. qui hoc anno 42. de verbor. oblig.* excepto singulari casu *l. liber homo 118. §. decem hodie. D. eod.* † Porrò postquã præteritus est dies, & cõse- 5
quenter præterita opera, dari iam ampliùs nõ potest, *l. si quando 8. in princip. ff. de opert. libert.* id est, nec si libertus velit, quoniam alia esset opera, & alia res quã quæ deberetur. *argument. l. quia alia 12 eodem.* cùm sicut dies quilibet ab alio differt numero, ita & vnius diei operam ab alterius diei opera differre sit necesse: Atqui nemo dixerit liberari debere libertum, ob hoc solùm quòd operam præteritam & hoc ipso debitam soluere amplius non possit, quandoquidem tanto magis eum teneri æquum est, quoniam per eum factum est, vt frustrà dies præterierit quo soluere operam debuit, vtque iam solui ea non possit, (alioqui siue per eum non stetisset, puta quòd esset valetudine aut quã alia iusta de causa impeditus, siue per patronũ ipsum stetisset, omnino libertus liberaretur, *leg. libertus 15. in princip. l. hæ operæ 23. §. si patroni. D. eodem.*) Illud igitur necessariò euenire oportet, vt præterito die quo edi opera debuit, ad præstandam operæ æstimationem decurrendum sit, idque inuito non solùm liberto, sed etiam patrono, quia mora debitoris sua die non soluentis, facere non potest vt debitor eo magis obligetur ad aliam rem præstandam quæ nunquam fuerit in obligatione. Proinde cogitur patronus eam ipsam operam petere quæ iam præterita est, & quæ ampliùs dari nequit, quoniam sola illa debetur, soláque in obligatione est, & tamen pecuniam operæque æstimationem etiam inuitus à liberto accipere compellitur, ne alioqui nihil omnino supersit quod ei solui possit.
† Planè si patronus & libertus consentiant, vt pro he- 6
sterna opera crastina præstetur, continget liberatio. At non tanquam soluta ea ipsa opera quæ debebatur (id enim non magis est in eorum potestate quàm facere vt dies hesterna sit crastina,) sed eo iure quo placet etiam aliam rem pro alia volenti creditori solui posse, ex eáque solutione ipso etiam iure acquiri liberationem. *l. si non sortem 26. § si centum. D de condict. indeb. l. manifesti 17. C. de solut.* † Cæterarũ rerũ, quæ in facto 7
cõsistunt, diuersa ab operis ratio est. Nam si insulam facere promiseris, licet trãsierit tẽpus, quo potueris, & debueris facere, ita vt exinde liceat mihi contra te agere in id quod interest mea, *l. si ita stipulatus 14. & seq. D. de verb. oblig.* imò verò ex multorum prudentum sententia statim atque mora est perit fieri insolæ fabricandæ, *d. l. stipulationes 72. §. vltim. eod.* tamen placet, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari, *l. si insulam 84. eodem.* quia non eo minus

agit nihil aliud contendit, nisi vt rescissa traditione eam rem petat, id est dicat, traditam eam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse. Hæc enim Triboniani verba sunt in §. *item si quis Instit. de action.* quæ si cum iuris ratione conuenirent, non improbabiliter diceremus Paulianam esse in rem. Sunt enim actiones in rem omnes, quibus res ipsa petitur, & vindicatur. Sed neque iuris rationi conueniunt, neque vlli iuris
10 loco † Qui enim agit Pauliana, non petit rem tanquã si non esset tradita, sed quia per fraudem tradita est, petit vt aduersarij persona condemnetur ad eius restitutionem, quod ipsum fieri non potest nisi per viam
11 actionis personalis, secutæque condemnationis. † Planè post condemnationem cuius potestate rescissa sit alienatio, quæ facta fuerat dolo malo, fateor rem quæ fuerat alienata videri mansisse semper in bonis debitoris, & ob id iure prætorij pignoris vendi posse, sicut & cætera bona omnia debitoris: sed hoc non propter actionem istam Paulianã, at ex eo iure quod fuit quæsitum creditoribus in bonis omnibus debitoris, ex quo die prætor iis permisit missionem in posses-
12 sionem eorum bonorum. † Planè si quis diceret hanc actionem esse in personam, & scriptam in rem, quod quidam ex recentioribus dixerunt, non repugnarem, scilicet quatenus datur in eum, qui acquisiit in fraudem creditorum, & debitoris dolum participauit. Nã quatenus in fraudatorem ipsum datur, secundùm ea quæ disputauimus in præcedentibus, non potest videri scripta esse in rem, cùm is neque rem ipsam neque bona vlla habeat, quorum scilicet iam passus sit venditionem. Addo esse etiam arbitrariam, eo casu quo in rem scripta est, cùm datur aduersus acquisitorem, quia sicuti nõ datur aduersus eum ob id solùm quòd dolum participauerit, sed ob id maximè quòd rem ipsam habeat, eiúsque restituendæ facultatem, ita vt is qui neque possidet, neque dolo malo desiit possidere, ista actione non teneatur, *argum. l. is qui à debitore. 9. ff. quæ in fraud. credit.* Ita si iussus restituere, non pareat arbitrio, condemnari debet ex æquo, & bono in omne id quod reuera interest creditoris agentis: quæ natura est actionum omnium arbitrariarum, *§. præterea Instit. de action.*

CAPVT XVII.

De pignore rei alienæ, l. 1. in princip. D. de pignor. & confirmata Pauli à Modestino dissensio.

SVMMARIA.

1 *Cur res aliena pignus non valeat, venditio valeat?*
2 *Quò pertineat quod dici solet, Ea omnia quæ emtionem venditionemque recipiunt oppignorationem quoque recipere.*
3 *Cur nemini res sua pignori dari possit?*
4 *Pignus ex mea pecunia liberatum & alteri venditum ac traditum mihi post eam traditionem pignori dari non posse.*
5 *Vtilitatis tantùm causa receptum esse vt pignus pignori dari possit.*
6 *Quænam sit huius secundi pignoris vtilitas?*
7 *An, si is qui rem alienam pignori dedit, postea dominus eius esse cœperit, pignus conualescat?*
8 *Paulum à Papiniano in hac quæstione dissentire videri.*
9 *Vtriusque conciliatio, & intellectus* l. rem alienam in princ. 41. ff. de pignorat. act.
10 *An pignus rei meæ a non domino sine mea voluntate constitutum si heres illi extitero, conualescat.*
11 *Paulum & Modestinum in hac quæstione dissensisse.*
12 *Ratio dissimilitudinis inter hunc casum, & eum qui* nu. 7. *proponitur, a Paulo allata.*
13 *Pauli sententia retinetur & probatur.*
14 *Refelluntur Alciati Cuiacij & aliorum emendationes & interpretationes ad posteriorem partem* d. l. rem alienam, *quæ incipit*, non est idem dicendum.
15 *Quid Papinianus in quæstione vltimo loco proposita responsurus fuisset?*
16 *Duplex* l. 1. in princ. ff. de pignorib. *interpretatio reprehenditur.*
17 *Cur non ipso iure, sed vtilitatis tantùm causa valeat conuentio, per quam futura bona obligantur?*
18 *An ea conuentio valeat, qua res aliena, quam alienam esse scio, pignus a me sub hac conditione constituitur, si quandoque mea fuerit?*
19 *Quid sit in* princ. d. l. 1. *Papiniani sententia?*
20 *A iuris ratione alienum esse quod Iustinianus constituit, vt sub simplici & generali bonorum omnium obligatione futura quoque comprehendantur.*

NOn † est difficilis inuestigatio rationis propter 1
quam rei alienæ pignus non valet, venditio autẽ valet, *l. 1. & tot. tit. C. si alien. res pigno. dat. ff. vnic. l. rem alienam. 28. ff. de cont. emp.* quamuis dici soleat omne id quod emptionem venditionémque recipit etiam recipere oppignerationem, *l. sed & quod 9. §. 1. D. de pignor.* Nam cùm pignoris conuentio rem ipsam afficiat ideóque pariat actionem in rem, *l. pignoris. 18. C. eo. tit.* certum est non posse rem affici ab eo qui non sit dominus, vel ob id saltem quòd cuius rei quis dominus non est, eius alium esse dominum necesse est, cui porrò fieret iniuria, si eo vel inuito, vel ignorante posset alius rem ipsius obligare, quod esset contra regulam iuris naturalis gentium, & ciuilis, quę extat in *l. id quod nostrum 11. De reg. iur.* At venditio non rem ipsam afficit, quæ venditur, sed personam duntaxat eius qui vẽdit, vt perinde obligetur ex empto cùm vendit rem alienam acsi venderet suam: nec ea venditio impedit dominum, quominùs rem suam à non domino venditam euincat *d. l. rem alienam, & tot. tit. De euict. D. & C.* quomodo impediret rei alienæ pignus si valeret. Nec enim pignoris vtilitas vlla est si non afficiatur res quæ oppigneratur, cùm pignorari nihil aliud sit quàm obligari. Obligatio autem semel contracta non nisi volente eo cuius interest, dissolui potest, neque pignus vel à domino ipso euinci nisi soluto priùs omni eo quod debeatur. *l. si rem. 9. § omnis. D. de pign. act.* † 2
Quod verò dici solet, Ea omnia quæ emptionem venditionémque recipiunt, oppignerationẽ quoque recipere, eò pertinet vt quod quis emere non posset id neque pignori accipere possit vt scriptum est in *l. 1. § eam rem ff. quæ res pignor. obligar. possint.* Siue quia inutile sit pignus, quod vendi non potest, *l. 4. D. de pign. act. leg. mulier. 11. C. de distract. pignor.* siue etiam quòd ipse creditor pignus emere debeat in vicem extranei emptoris si alius nemo sit, qui emere velit, *l. 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Aut potiùs ita hoc intelligendum est si cætera sint paria, id est si nulla sit ratio diuersitatis propter quam faciliùs debeat permitti venditio, quã oppigneratio. † Hinc illud fieri quidam putant, quod 3
vulgo iactatur, Nemini rem suam pignori dari posse, *l. neque pignus. 45. de reg. iur.* quia cùm creditor ipse dominus est rei obligatæ, necesse est debitorem qui pignus dederit, dominum non fuisse, cùm duo in solidũ domini eiusdem rei esse non possint *l. de hereditate. 19. § pater. ff. de castr. pecul. vulg. leg. si vt certo. 5. § si duobus vehiculum. ff. commod. leg. si inter. 15. ff. de except. rei iud.*

Sed

Sed si verum amamus, alia iuris huius ratio, & magis propria est quæ facit hoc pignus inutile, nempe quòd nemini res sua possit esse obligata, *l. penult ad fin. cod. tit.* Nam nec suam rem emere aut conducere quisquã potest, vt scriptum est in *d. l. neque pignus*, cùm tamen eos contractus à domino vt valeant, fieri non sit ne-
4 cesse. † Hinc sanè illud est, quod scribitur in *l. 2. D. de pignor. act.* si debitor rem à se pignori datam alteri vẽdiderit, & tradiderit, soluto prius debito, & dimisso priore creditore ex tua pecunia, tibíque cum eo post venditionem conuenerit vt ea ipsa res quam iam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse, neque hanc pignoris conuentionem valere, quia rem alienam pignori acceperis, iam emptoris factam, cui fuerat vendita & tradita antequam de pignore conueniret. Ac quamuis ex tua pecunia pignus liberatum sit, prius tamen fuit vt emptor cœperit illud habere penes se iam immune, liberúmque à vinculo pignoris, quàm vt tu in eo cœperis posse aliquod ius habere, cùm nõ potuerit tibi obligari nisi sublato vinculo pignoris, quod tamen tolli non potuit, quin hoc ipso res vendita eodem instanti libera constitueretur, quo semel facto, reque iam aliena constituta, certum est non potuisse rem illam inuito adeóque ignorante nouo domino, alij rursum obligari: similis Vlpiani ratiocina-
5 tio est in *l. si ergo. 9. §. si res. D de iur. dot.* † Atqui, inquies, pignus pignori dari potest, *l. 1. & 2. C. si pign. pignor dat. sit.* Ergo & res aliena cùm creditor neque pignoris dominus sit, neque fieri possit quin hoc ipso ius pignoris confusione & consolidatione extinguatur *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Verùm respondeo, vtilitatis tantùm causa receptum hoc esse, vt pignus pignori dari possit, data scilicet per prætorem vtili actione vel exceptione ei cui tale datum fuerit pignus, *d. l. 1. & 2. illo tit. l. grege. 13. §. cùm pignori. D. de pignor.* sed rationem iuris refragari, eam videlicet quam nunc tractamus, quòd pignus non aliter valeat quàm si sit in dominio debitoris, dominium autem per contractum pignoris numquam transferatur in creditorem, *l. cùm & sortis. 35. § 1. de pign. act.* Qui autem dominus nõ est, sicuti rem ita vendere non potest vt emptorem faciat dominum, ita neque alteri præbere potest iustam causam alienandi, ne plus iuris in alium transferat quàm ipse habeat. inutile porrò pignus est quod creditor nõ potest ita vendere, vt dominium transferat in emptorem. *d. l. mulier.* Neque verò alia de causa fit vt creditor qui dominus non est, faciat tamen emptorem dominum, quam quia vendit ex domini voluntate, *§. 1. Instit. quib. alien. licet. vel non.* Placuit tamen ex æquitate huiusmodi pignus defendi, quasi is qui rem sibi ab vno obligatam alij dat pignori, hoc tantùm agat, vt suo creditori obliget ius illud ipsum pignoris quod
6 habet in re aliena † Et in eo vtilitas est huius secundi pignoris, quòd sequens creditor habet vtilem actionem vel exceptionem ad retinendum pignus, quandiu ius durat primi creditoris, vt pluribus explicat Marcianus in *d. § cùm pignori. l. & imperator. in d. l. 1. C.*
7 *si pign pigno. dat sit.* † Quid ergo si quis rem alienam pignori dederit, deinde eius rei dominus esse cœperit? Pignus quidem neque ipso iure valebit, neque directo conualescet, veruntamen dabitur vtilis actio creditori, cùm eo tempore quo actio illa vtilis exercetur, nihil iam impediat quominus valeat pignus, nec possit obiicere fuisse ab initio illud inutile cùm ipse de-
8 derit. † Atque ita Paulus respondet in *l. rem alienam. 41. D. de pign. action.* Neque distinguit an creditor qui rem alienam pignori accepit, alienam eam sciuerit, aut ignorauerit: in quo tamen aliud videtur fuisse iudicium Papiniani *in l. 1. in princ. ff. de pignor.* vbi ait receptam quidem esse conuentionem generalem in pignore dando bonorum etiam postea quæsitorum, id est receptum fuisse vt non tantùm bona præsentia pignori dari possint, sed etiam futura, idque contra strictam iuris rationẽ, quoniam quisquis futura bona obligat is vtique dat pignori rẽ quæ eo tẽpore sit aliena, sed tamen si in speciẽ rei alienæ collata sit conuentio, id est, si specialiter & expressim pignus constitutũ sit in ea re quæ tum aliena fuerit, ac postmodũ debitori aliquo iure acquisita, quæ res nullo modo fuerit tũ debita creditori oppignoranti (nam in re aliena quidem, sed tamen iam tunc debita dicendum aliud esset propter spem probabilem iam natam futuræ acquisitionis) ait Papinianus difficilius esset vt creditori qui non ignorauit alienam esse, vtilis actio dari debeat, sed faciliorem fore possidenti retentionem. Quibus verbis, licet minùs apertè sententiam suam exponere Papinianus videatur, dubitandũ tamen non est quin affirmet, concludátque, sed modestè, vt Iureconsulti solent in re dubia, huic creditori, siquidem possideat, dandam esse retentionem pignoris: sed si non possideat, denegandam ei actionem etiam vtilem, quia sibi debet imputare qui sciens pignori acceperit rem alienam, nec potest videri ab alio deceptus, qui seipsum decepit *l. nam si actor. 29. ff. de rei vindic.* Denique hoc casu locum habet iuris regula, quæ vult, Expressa nocere, quæ non expressa non nocerent. † Igitur ne co- 9
gamur dicere Paulum à Papiniano in hoc quoque, vt & in aliis multis dissensisse fatẽdum est intelligi Paulum debere secundùm distinctionem Papiniani, hoc est, de eo casu quo vel data sit pignori res aliena quidem, sed iam debita debitori oppignoranti, vel fuerit oppignerata ignoranti creditori. † Difficilior est alia 10
quæstio quam subiungit Paulus *in d. l. rem alienam.* si Titio qui rem meam sine voluntate mea obligauerat, heres extitero, an pignus conualescat: Nam ex vna parte videtur ea ratio facere vt conualescat, quòd in hac specie idem contingit quod in præcedente, vt idẽ sit & debitor, & dominus pignoris eo tempore quo agitur, non minùs quàm si debitor qui rem meam pignori dedisset, heres mihi extitisset, quo tamen casu iam diximus ex eiusdem Pauli sententia futurum vt creditori vtilis actio pignoratitia, id est de pignore quam hypothecariam vocamus, danda esset. † Et 11
ita hac specie respondit Modestin. in *l. si Titio. 22. D. de pign.* pignus quidem directò non conualescere, sed tamen vtilem pignoratitiam creditori dandam esse. Verùm longè aliter Paulus noster in *dict. l. rem alienã*, vbi concludit pignoris persecutionem non esse hoc casu concedendam creditori, & aliud dicendum esse in hac specie, aliud verò in superiore. † Adsertque ra- 12
tionem hanc dissimilitudinis, quod non sufficiat ad inducendam vtilem pignoratitiam actionem, vt idem sit dominus & pecuniæ debitor: quasi dicat illud etiã omnimodo requiri, vt conuenerit ipse de pignore, cùm sola pignoris conuentio illa sit, quæ pignoratitiam, siue directam, siue vtilem inducere potest. Porrò cùm ego Titio heres extiti qui rem meam sine voluntate mea obligauerat, sum quidem debitor ex persona Titij, & dominus ex mea propria, sed non idcircò possum videri pepigisse de pignore, ideóque nulla ratio est cur contra me danda sit pignoratitia, non magis quàm contra quẽlibet aliũ, qui vel debitor tãtùm esset & possessor, non dominus, vel dominus tantùm & possessor, non debitor. At in superiore casu is qui rem alienam pignori dedit, posteà eiusdẽ rei dominus esse cœpit, cùm ipse conuenerit de pignore, & ex suo

mendacio arguatur, cùm dederit pignori rem tanquã
suam, quæ erat aliena, proculdubio improbè resistit
quominùs teneatur vtili saltem actione, quia in eius
persona concurrunt hæc tria, Quod sit debitor, Quòd
sit dominus, &, Quòd conuenerit ipse de pignore.
Nisi fortè quis putet debere meliorem esse illius cō-
ditionem ob id solùm quòd mentitus fuerit dando
pignori rem alienam pro sua, quod tamen absurdum
13 sanè esset.† Et hæc Pauli sententia mihi certè proba-
bilior videtur, vt mirum sit ab interpretibus nostris
nullam in contrarium rationem esse, adserentibus
Modestini opinionem magis probari. Nec enim du-
bito, quin Paulus & Modestinus in hac quæstione
vltrò dissenserint, ita vt conciliationis ratio adferri
14 nulla possit.† Nã quod Alciatus scripsit li. 7. *παρεργων*
cap. 14. legendum esse apud Paulum, *num est idem di-
cendum?* per interrogationem pro eo quod in omnibus
libris vulgò legitur, *non est idem dicendum*, prorsus im-
probabile est, cùm sequentia ostendat non dubitasse
Paulum quin hoc posteriore casu aliud dicendum es-
set quàm in priore. Illud verò etiam improbabilius
est quod Cuiacius scripsit lib. 19. obser. cap. 26. & à
plerisque probatur sic intelligendum esse Paulum, vt
directam actionem deneget creditori non vtilem,
cum tota ea lege Paulus non nisi de vtili loquatur, &
in versic. *neque*, rationem illam disertè afferat, per quã
probet, ne quidem vtilem in posteriore casu dandam
esse. Nec me mouet quod in versic. vlt. idem Paulus
concedit vtilem actionem. Refertur enim ille versi-
culus ad priorem casum legis iuxta id quod explicaui-
mus. Nec vllus iuris locus est, præterquàm in *d. l. si Ti-
tio*, qui vtilem illam actionem in hac posteriore spe-
cie accommodet creditori. Nam quod scriptum est
in *l. cùm res 5. C. si alien. res pignor. dat sit*, non ad hanc
speciem pertinet, sed ad priorem, cùm is ipse qui de-
dit pignori rem alienam, dominus eiusdem esse cœ-
15 pit.† Cæterùm quid Papinianus in hac specie respon-
surus fuerit, coniici facilè potest ex *d. l. 1. ff. de pignor.*
Nam si difficile putauit dari actionem vtilem credi-
tori in ea specie in qua non dubitauit Paulus quin
danda esset (quamuis debeat Paulus intelligi secun-
dùm Papiniani distinctionem, vt diximus) multo
magis respondisset Papinianus cum Paulo, non esse
dandam vtilem pignoratitiam actionem creditori in
eo casu in quo Paulus præcisè concludit esse dene-
16 gandam. † Nec tamen possum prætermittere, eam
quoque Papiniani sententiam quæ extat in *d. l. 1. in
princip.* malè vulgò accipi ab interpretibus nostris exi-
stimantibus id velle Papinianum, vt in generali obli-
gatione bonorum etiam futura comprehendantur.
Non enim potuit Papinianus id sentire quod multis
postea sæculis contra iuris veteris rationem primus
Iustinianus introduxit in *l. vlt. C. quæ res pignor. oblig.
poss.* At neque aliorum interpretationem probare pos-
sum, qui volunt posse res quoque omnino alienas o-
bligari generali pignoris conuentione, tanquam sub
illa conditione, si nostræ futuræ sint. Quamuis enim
ponas generaliter conuenisse, inter debitorem & cre-
ditorem, vt bona debitoris præsentia & futura essent
obligata id est quæ tùm haberet, habiturusque esset
(quæ vulgaris erat formula, *leg. & quæ nondum. 15. §.
quod dicitur. eod. tit.*) non ideo tamen facies vt quic-
quam ex alienis bonis vllo modo possit dici obliga-
tum, id est ne quidem sub conditione, exemplo e-
ius quod Pomponius scribit in *l. commodissimè. 10. D.
de liber. & posthum.* quamuis in specie valdè dissimili,
filium qui à patre institutus est in vnum casum, vide-
ri præteritum in casum contrarium, tanquam qui non
possit dici institutus, ne quidem sub conditione. Nam
bona quæ conuentionis tempore aliena sunt, nullo
modo possunt dici obligata, id est, nec purè nec sub
conditione: vbi verò sunt acquisita, eo demum instan-
ti incipiunt obligata esse, quia iam propria sunt, non
aliena.† Quid ergo est, inquies, quod facit vt non 17
valeat ipso iure conuentio per quam bona futura
obligantur, ita vt eam vtilitatis causa recipi fuerit ne-
cesse: nempe hoc vnum, quòd conuentio pignoris so-
la illa est quæ obligationem potest constituere, & quæ
rem afficit, quàm porrò afficere non potest, si eo tem-
pore quo fit conuentio, res non reperiatur in dominio
debitoris. Nec enim potestas conuentionis manere
potest in suspenso, sed necesse omnino est conuentio-
nis potestate rem affici & obligari, vel eo instanti
quo fit conuentio, vel nunquam. Aliáque longè ratio
est conuentionum quæ non rem ipsam afficiunt, sed
personam. † Quare nec aliud erit si conuenerit in 18
ter nos vt fundus Cornelianus, quem sciamus ad Sē-
pronium pertinere, tibi esset obligatus, sub ea nomi-
natim conditione, Si quandoque meus foret. Quin
potiùs dicendum esset, ni fallor, huiusmodi conuen-
tionem nec valere ipso iure, nec vtilitatis causa & ex
æquitate defendi debere, secundum sententiam Papi-
niani saltem ad producendam actionem, tanquam
quæ esset collata in speciem rei alienæ, vt Papinianus
noster loquitur, id est tanquam quæ esset facta specia-
liter, de re aliena. Quid enim referre potest an rem a-
lienam purè dem pignori, an sub conditione? Nam li-
cèt dici soleat, conditionem quæ tandem extitit, re-
trotrahi debere ad tempus initæ conuentionis, *l. po-
tior. 11. ff. qui potior in pign. hab.* non potest tamen ea res
facere vtilem pignoris rei alienæ conuentionem, imò
tanto magis inutilem, quod ex eo fit vt res aliena pu-
rè pignori data ex postfacto inueniatur. Siquidem nō
sicut existens conditio retrotrahitur vt cum interpre-
tibus loquamur, ita etiam facit vt bona longo fortas-
sis tempore post conuentionem acquisita, iam ipso
conuentionis instanti in debitoris dominio fuisse re-
trofingantur, quia scilicet non sub conditione acqui-
sita proponuntur, sed sub conditione obligata. Non
potest igitur obligatio per retrofictionem conuales-
cere, quia illud priùs esse deberet, quod non est, vt in
ipsa bonorum acquisitione retrofictio induceretur.† 19
Id ergo tantùm sibi vult Papinianus quod nos dici-
mus. Obligationem bonorum futurorum, si generalis,
non specialis conuentio de pignore facta sit, non qui-
dem valere summo iure propter eam rationem quam
attulimus, sed receptam tamen esse vtilitatis causa
quòd ad publicam vtilitatem maximè pertineat, vt
oppignerandi facultas amplietur, & debitorum com-
modo qui faciliùs creditores ideò inuenturi sunt, &
creditorum, vt iis tanto magis cautum esse possit.† Ex 20
quo apparet quàm longè à iuris nostri ratione abhor-
reat, quòd Iustinianus constituit in *d. l. vlt. C. quæ res
pignor. oblig. poss.* vt obligatione simplici & generali
bonorum omnium etiam futura comprehendantur.
Quid enim potuit constitui improbabilius, quàm vt
pro facto haberetur tacitè, id quod etiam expressim &
disertis factum ipso tamen iure non valeret, nec nisi
ex æquitate data, scilicet vtili vel actione, vel excep-
tione defenderetur? Directa siquidem non potest cō-
petere ex ea conuentione quæ ipso iure nullius sit
momenti, *l. grege. 13. §. cùm pignori. eod. 11. ff. de pignor.*
quod in proposita quęstione de generali futurorum
quoque bonorum, siue expressa, siue tacita obligatio-
ne, nemo fortasse adhuc obseruauerit, & tamen ex su-
pradicto Papiniani loco non malè probatur.

CAPVT

CAPVT XVIII.

Ad tit. De oper. libert. varia obseruata & emendata. Et ad tit. Quarum rerum actio non detur.

SVMMARIA.

1 *Operas vt manumissionis tantùm causa, ita statim & in continenti post manumissionem promissas vel impositas demum valere.*

2 *Operas artificiales extraneo solui, non autem promitti posse.*

3 *Cur operis patrono manumissionis causa promissis necessaria sit Prætoris tuitio?*

4 *An se iure dumtaxat an liber patrono in his quæ libertatis causa imponuntur ex iureiurando obligetur?*

5 *Sensus* l. vlt. ff. de liberal. caus.

6 *Donelli ad eandem legem interpretatio refellitur.*

7 *Versic.* & siue statim. §. iurare. l. 7. ff. de oper. libert. *Triboniani vel interpretis additamentum esse.*

8 *Versiculus ille Vlpiano attributus quomodo accipi possit?*

9 *Iusiurandum de operis patrono præstandis, modò ea in ipso manumissionis actu libertatis causa imposita sint, etiam ex interuallo præstari posse.*

10 *Examinatur quod in* d. l. 7. §. 1. *Vlpianus scribit*, parui referre quam ob causam libertus de operis iurauerit.

11 *An locus ille de eo intelligi possit qui libertatem & legatum sub præstandarum operarum conditione acceperit?*

12 *Alius eiusdem loci intellectus.*

13 *Casus de quo ille §. probabilius intelligi posse videtur.*

14 *Non præstationem mercedis siue pecuniæ pro operis, sed obligationem dumtaxat iure prohibitam esse.*

15 *Obligationem operarum vel pecuniæ alternatiuè valere.*

16 *Sensus* §. vltim. leg. patronus 25. ff. de oper. libert.

17 *Patronum per legem Æliam Sentiam mercedem, non item operarum pretium capere prohiberi.*

18 *Mercedis & pretij nomine quid veniat?*

19 *Summa & interpretatio* d. §. 1. l. 7. de oper. libert. *repetitur.*

20 *Nec mercedem nec aliud quicquam operarum nomine liberto impositum tanquam quod libertatem oneret, exigi posse.*

21 *Quando onerandæ libertatis causa operæ imposita dicantur?*

22 *Emendatur dictio*, præstationem, *in* l. quod nisi 28. ff. de oper. libert.

23 *Libertum si habeat vnde se alat suo sumptu operas præstare debere, si non habeat, danda ei à patrono alimenta esse.*

24 *Libertum, si non habeat vnde se alat, ab operarum præstatione ipso iure liberatum esse.*

25 *Explicatur definitio eorum quæ onerandæ libertatis causa facta dicuntur, ab Vlpiano tradita.*

26 *Aliud esse peti quid posse per patronum si libertus eum offenderit, aliud vero deberi patrono sub illa conditione*, si eum libertus offenderit.

27 *Explicatur* § in summa l. 1. ff quar. rer. act. non det.

28 *Examinatur & excutitur versic.* sed si post interuallum d. §. in summa.

29 *Libertatis causa promissum vel impositum quid dicatur?*

30 *Homini libero permissum non esse de libertate sua disponere, vel eam onerare.*

31 *Ea quæ ex interuallo onerandæ libertatis causa liberto imposita sunt nec ciuili nec prætorio iure valere.*

32 *Quæ in continenti onerandæ libertatis causa imposita sunt non ipso iure sed opposita exceptione irrita fieri.*

33 *Aliud esse ius agendi, aliud ius exigendi.*

34 *Cur exceptio superiore casu necessaria sit?*

35 *In iis quæ ex interuallo libertatis causa imponuntur non distingui libertatem onerent, nec ne.*

36 *Examinantur illa dict. §. verba*, tamen causa cognita, si liquidò appareat.

37 *Ratio propter quam ea quæ libertatis oneranda causa imposita sunt exigi non possunt.*

38 *Quæ libertatis licet non onerandæ causa in continenti per vim & metum imposita sunt per Prætorem rata non haberi.*

39 *D. §. in summa Versiculum*, sed si post interuallum, *Tribonianì esse.*

40 *Casus quo libertus vltro promittendo aut iurando de operis quæ inuito eo non possent imponi, conditionem suam deteriorem facere potest.*

41 *Aliud esse*, obligare se, *aliud verò pati se obligari.*

42 *Libertum, cui fideicommissaria libertas ab herede præstatur, si sciat se operas recusare posse, easdem donationis causa heredi manumittenti se promittere posse.*

43 *Ex interuallo verò siue fideicommissariam siue directam libertatem accipiat, operas promittere ipso iure non posse.*

44 *Societatem inter patronum & libertum libertatis causa contractam ipso iure nihil valere.*

45 *Duplex huius iuris ratio redditur.*

46 *An cæteri contractus bonæ fidei inter patronum & libertum libertatis causa initi ipso iure non valeant?*

1 QVemadmodum † operas liberto impositas ita demum tuetur prætor, si libertatis, & manumissionis causa impositæ sint, ita nec aliter habet eas pro impositis causa manumissionis, quàm si sint impositæ statim, & incontinenti post manumissionem, siue per stipulationem, *l. vlt.* in illis verbis, *dummodo in continenti cùm manumissus est, aut iuraret, aut promitteret. ff. de liber. caus.* Nam quæ ex interuallo post manumissionem promittuntur, iam non possunt dici manumissionis causa promissæ, quantumlibet prætextus manumissionis pro causa quæratur. Illa enim verba *manumissionis causa*, non tam id significant vt manumissionem præcessisse sufficiat ad hoc ne operarum obligatio sine causa facta esse videatur, quam hoc potius vt eæ demum operæ debeantur, sine quibus libertas data non fuisset, *l. in liberto. 77. ff. de solut.* Propter quã causam non tam promitti quàm imponi dicuntur, *l. a. l. operis. 31. & pass. ff. de oper. libert. l. qui ex causa. 29. ff. de bon. libert.* Quod ipsum *imponendi* verbum significat apertè, huiusmodi operarum debito libertatis onus irrogari. Onus enim est quod imponatur, id est quod supra ponitur ita vt grauet. Ac proinde fieri nullo modo potest vt homini iam facto libero imponitur operæ ex interuallo, ne quidem per manumissorem, cùm neque in personam ipsius manumissi qui iam liber est, quicquam iuris habeat, neque possit dicere & causari non aliter se libertatem daturum fuisse, quam vltro dederit nulla præcedente, aut statim subsequente operarum promissione. Quod certè diuersum est cùm statim & incontinenti post manumissionẽ operæ imponũtur, aut promittuntur. Solemus enim dice-

re ea quæ incontinenti fiunt, inesse videri, *l. iuris gentium. 7. § 1. quinimò ff. de pact. l. lecta. 40 ff. de reb. credit.*

2 † Ex quo apparet quàm falsum sit quod Hugo Donellus tradit in lib. 2. Comment. de iur. ciuil. operarum artificialium promissionē etiam extraneo factam valere. Etsi enim verum est posse id genus operarum extraneo quoque solui, *l. operæ. 9. ff. de oper. libert.* longè tamen aliud est, esse quid in obligatione & petitione, aliud verò in solutione tantùm & præstatione, *l. 1. ff. de pen. legat. l. cùm sine 19. l. si pœnam. 24 ff. quando dies legat. ced. l. si quis stipulatus. 57. ff. de solut.* Et verò quomodo possunt operæ vtiliter promitti extraneo, id est ei qui nunquam manumisit, cùm nec ipsi manumissori ex interuallo promitti possint?

3 † Eademq; ratio facit, vt tum etiam cùm patrono promissæ sunt, siue iureiurando, siue stipulatione interueniente, siue sic dicta manumissioni lege, necessaria tamen sit tuitio prætoris, quia iuris ciuilis ratio non patitur vt libertati vllum onus imponatur, aut vt liber homo debeat operas, quippe quarum debitum non patrimonij onus sit, sed personæ. Si enim proponeres debitum esse pecuniarium, & certæ quantitatis pecuniæ, quàm seruus ad consequendam libertatem promisisset, libertate autem iam accepta, hunc ipsum seruum eandem pecuniam patrono, quamuis longo post interuallo promisisse, non dubitarem quin ex ista stipulatione obligatio iusta ciuilisque nasceretur, quod probatur non malè ex *l. eleganter. 7. §. seruus. ff. de dolo & ex l. 3. C. an seruus ex suo fact. post manum. teneat.*

4 † Vsque adeò autem verum est homini libero imponi operas nisi libertatis causa non posse, vt Veouleius referat in *d. l. vlt. D. de liber. caus.* dubitatum antea fuisse, vtrum seruus duntaxat, an liber iureiurando patrono obligaretur in his quæ libertatis causa imponuntur (sic enim lego, *liber iusiurando*, non vt vulgo *libertus*, vt ostendunt sequentia illa, *tamen verius est non aliter quàm liberum obligari*) quia licèt certissimi iuris semper fuerit seruum quandiu seruus manet, obligari ciuiliter non posse, *l. nec seruus 41. ff. de pecul.* tolerabilius tamen videri poterat vt libertatis consequendæ causa seruus obligaretur, quàm vt ex eo tempore quo iam liber factus esset, eius libertati aliquod onus imponeretur. Verius tamen esse ait Iurisconsultus, vt non aliter quàm liber hic obligetur, quamuis moris esset vt ab eo adhuc in seruitute constituto iusiurandum de operis post manumissionem promittendis exigeretur. Ideo namque ita fieri solebat, vt serui religione adstricti postquàm suæ potestatis esse cœpissent, iurandi necessitatem haberent.

5 † Cæterùm siue seruus ante manumissionem iurauerit se post manumissionem de operis iuraturum, aut eas per stipulationem promissurum, siue non iurauerit ita demum iurando, vel promittendo obligabitur, si incontinenti post manumissionem iurauerit, aut promiserit. Qui certè sensus est *dict. leg. vlt.*

6 † non itaquem Donellus docet *dict. libr. 2. Comment. de iur. ciuil. cap. 8.* vt non aliter quidem cogatur iurare libertus, aut operas promittere, quam si incontinenti post manumissionem id fecerit, sed tamen siue promiserit, siue iurauerit ex interuallo, nihilominùs obligetur: illa namque taxatio & limitatio *dummodo incontinenti cùm manumissus est, aut iuraret aut promitteret*, non est referenda ad id quod proximè præcedit, *iurandi necessitatem haberent*, sed ad priorem illam clausulam ; *non aliter quàm liberum obligari*. Alioqui religio illa quæ ex iureiurando in seruitute præstito proficiscitur, non minùs obligaret seruum, vt post manumissionem etiam ex interuallo iuraret, quàm vt statim, & incontinenti, si non ratio iuris etiam prætorij obstaret, quæ non patitur vt libertatis iam purè data ex post facto oneretur.

† Donellum fefellit virum sanè doctum, elegantem, nec inargutum, quod ex Vlpiano scriptum est in *l. vt iusiurandi. 7. § iurare ff. de oper. libert.* iurare libertum debere post manumissionem, vt obligetur, siue statim, siue post tempus iurauerit, obligari. 7 Sed nihil apertius est meo iudicio, quàm totum illum versiculum aut Triboniani esse, aut imperiti alicuius interpretas, potiùs quàm Vlpiani, siue inspicias quæ præcedunt, siue quæ sequuntur. Nam in præcedentibus iam hoc ipsū expresserat Vlpianus, & quidem multo elegantiùs, vt iurisiurandi obligatio contrahatur, liberum esse oportere eum, qui iuret. Quid enim aliud illud est, quàm iurare debere post manumissionem, antè quam scilicet nec liber, nec libertus est? Rursus initium sequentis §. iisdem ipsis verbis conceptum *iurare autem debet*, an non ostendit manifestè Vlpianum cuius mira fuit in scribendi elegantia, tam insulsè & inconcinnè locutum non fuisse? Accedit, quod proximè Vlpianus eum casum tractauerat, quo non poterat fieri, quin post manumissionem iuraretur, de illo videlicet testatore, qui liberto suo aliquid legauerat sub ea conditione, Si filio suo iurasset se operarum nomine decem præstaturum. Quid enim iam libertus erat mortuo testatore, siue inter viuos, siue ex eodem testamento libertatem ab eo accepisset quemodo poterat non post manumissionem iurare? Quamquam nec de vllo actu manumissionis tractari potest, cùm quis manumittitur testamento, quia fit eiusmodi manumissio sola legis potestate.

† Quòd si pertinacius velis contendere 8 versiculum hunc esse Vlpiani, dicam cum Accursio & Bartolo sic accipi debere vt obligetur libertus, siue iuret in actu ipso manumissionis, siue postea, dummodò statim, id est non longo spatio temporis interiecto vt quod lex ait *post tempus*, de breui tempore intelligatur. Nam & quod tempus fit, dicitur incontinenti fieri si non multum temporis intercessit, vt *in l. 1. §. item si ita. D. ad leg. Falcid. l. quod dicimus. 105. de solut.* quod Græci dicunt *ἐν τῷ ἅμα* *l. pen. D. de condict. tritic. l. ratum. 13. ff. de solut. l. si arbiter. 28. ff. de probat. l. quo enim 12 ff. rat. rem haber.*

† Posset etiam locus ille sic accipi, 9 vt valeat iusiurandum siue incontinenti, siue ex interuallo adhibitum de præstandis operis dummodò fuerint illæ impositæ à patrono libertatis causa & in ipso actu manumissionis. Etsi enim hoc casu non est necessarium iusiurandum vt ex edicto iudicium operarum dari debeat patrono qui non aliter fuerat manumissurus, nihil tamen prohibet adiici iusiurandum liberti, vt ea obligatio iureiurando quoque confirmetur. Denique parum refert quonam tempore de operis iusiurandum, aut promissio interponatur, dummodò ex operæ libertatis causa impositæ sint, id est eo tempore quo libertas data fuit, & sine quibus data non fuisset.

† At difficilius illud est quod in eadem 10 lege Vlpianus ex Celso scribit parui referre quam ob causam de operis libertus iurauerit. Id enim pugnare videtur cum eo quod proximè dictum est vt iurisiurandi obligatio contrahatur, non modò libertum esse eum qui iurat, sed etiam libertatis causa iurari oportere: nisi dicamus cum Bartolo sufficere vt causa libertatis sit causa remota, nec requiri vt sit proxima dum ne sit etiam nimis remota. Sed tamen non explicat Bartolus qua ratione in specie proposita possit libertatis causa vlla interuenire, siue proxima, siue remota, cùm lex ponat legatum fuisse liberto si iurauerit se filio patroni operarum nomine decem præstiturum. Sic enim fit vt solū legatum, nō item libertas o-

perarum

11 perarum debito causam dare videatur: † nisi ponas de
eo liberto id intelligendum esse, qui eodem testamen-
to & libertatem acceperit, & cum libertate legatum
sub ea præstandarum operarum conditione. Hic enim
sicuti non potest accepta libertate quæ ipsi quoque
inuito competit, repudiare legatum quod adnexum
habet onus operarum, ita videtur operas promittere
non solùm ex causa legati, sed etiam propter liberta-
tem, quam vtique credibile est non fuisse daturum
dominum, nisi ea lege operarum filio præstandarum:
12 *arg. l. 5 §. 1. de leg. 2.* † Quod si ponas Vlpianum de eo
liberto tractare qui libertatem inter viuos acceperit,
distinguenda erit obligatio operarum ab obligatione
pecuniæ operarum nomine præstandæ. Facilius enim
est obligari libertum ad præstandam pecuniam quam-
uis operarum nomine, accepto scilicet in eam rem, &
sub ea conditione legato, quàm ad præstandas operas,
quia non sicut operarum, ita & pecuniæ pro operis
præstandæ onus afficit personam, iusque libertatis ip-
sius infringit. Et aliàs plerumque alia causa est opera-
rum, alia pecuniæ pro operis promissæ, *l. qua aira 12. l. si*
13 *ita 39. D. de oper. libert.* † Puto tamen probabilius
dici posse intelligendum Vlpianum de illo casu, quo
aliquid liberto legatum sit sub illa conditione, si iura-
uerit se decem filio operarum nomine præstiturum, o-
perarum, scilicet iam antea & suo tempore ritè rectè-
que, id est libertatis causa impositarum. Id enim pro-
bat quod sequitur *de operis*, alioqui nec pecunia pro o-
peris promissa deberetur si nullædum operæ deberen-
14 tur, *arg. d. l. si ita.* † Alia tamen etiam ratio suadere vi-
debatur ne hoc iusiurandum valeret tanquam inter-
positum onerandæ libertatis causa. Tunc enim one-
rari libertas dicitur cùm non solæ operæ promittun-
tur, sed præter operas aliquid quod faciat, ne sola ope-
rarum præstatione libertus possit liberari *l. vlt. §. vlt.*
D qui & a quib. manumiss. Sed in promptu responsio
est, non esse prohibitam præstationem mercedis pro
operis, sed tantùm obligationem, id est, non prohiberi
patronum quominus mercedem accipiat pro operis, si
libertus velit, & vltrò pecuniam offerat quòd fortè id
sibi commodius esse arbitretur, *d. l. vlt. §. non prohiben-*
tur. † Quemadmodum nec prohibita est obligatio o-
15 perarum vel pecuniæ alternatiuè, quia cùm illo casu
electio sit debitoris ex reg. *l. plerumque 10. §. vl. D. de iu-*
re dot. perinde liberatur libertus operarum præstatio-
ne, ac si solas operas promisisset meliore gaudens con-
ditione in eo quod electionem habet, *d. l. vlt. §. is qui*
16 *operas l 6. §. 1. D. de iur. patron.* † In eámque rem textus
est perelegans in *l. patronus 25. §. vltim. D. de oper. libert.*
vt scribit Iulianus, nonnunquam ipsis libertis postu-
lantibus patronos operas locare. Ita enim pretium
magis operarum, quàm mercedem eos capere existi-
mandos esse. Sensus est, prohiberi patronum capere
mercedem, at non etiam prohiberi capere mercedem
operarum. In quo etiam Donellus errat, qui ista non
distinguit: † Prohibetur patronus per legem Æliam
17 Sentiam capere mercedem, quia tunc libertas onera-
tur. non item cùm operarum pretium accipitur. Hoc
ipsum verò cur ita? annon & merces & pretium in pe-
cunia consistit? an non etiam potest fieri vt conuene-
rit de mercede quæ sit minor iusto pretio? Sic est: † sed
18 mercedem eam intelligimus quæ sub prætextu & no-
mine operarum tunc etiam exigitur, cùm aliqui o-
peræ ipsæ aut exigi, aut præstari non possunt, puta nō
indigente iis patrono, vel non valente illas præstare li-
berto. Quod cùm euenit, quantulumcunque illud sit,
quod ita exigitur, fatendum est onerari libertatem. At
non similiter cum pretium percipitur, quando non
priùs de operarum pretio quærendum est, quàm sint
illæ in rerum natura, siquidem eius rei quæ non est
nec pretium vllum esse potest. Atqui non sunt operæ
in rerum natura priusquàm aut præstitæ sint, aut ea-
rum dies præterierit in quo præstari debuerunt, *d. l.*
operæ 9. eod. l. 1. De oper. seruor. Rursum nec earum dies
præterit antequàm cedere incipiat, nec denique cede-
re priusquàm indictæ sint, *l. si quis hac lege 13. § indictis.*
De oper. libert. scilicet quod ad officiales, quæ quoniam
patrono vt patrono debentur, non solùm magis pro-
priè, sed etiam absolutè operæ dici solent, *l. cùm patro-*
nus 22. in princip. l. quotes 24. in fin. & pass. eodem tit. Por-
rò cùm operæ ipsæ petuntur, & indicuntur, iam non
merces earum nomine exigitur. sed tamen non prohi-
betur patronus quominùs postulanti liberto, vt liceat
sibi pecuniam pro operis dare, consentiat, quamquam
nec consentire cogitur si operas malit habere quàm
pecuniam. Itaque hoc casu non solùm non oneratur
libertas, sed etiam leuatur. † Ergo vt redeamus ad 19
Vlpian. in *dict. l. vt iurisiurandi.* Si quis liberto suo fun-
dum legauerit sub ea conditione, Si iurauerit se filio
patroni operarum nomine decem daturum, operarū,
inquam, vt supra interpretati sumus, iam libertatis
causa rectè impositarum (supponendi enim sunt ter-
mini habiles, vt vulgò nostri iactitant) obligabitur
libertus non quidem vt iuret si legatum repudiare
malit, sed ita demum si agnouerit, quia cùm iurauerit
sponte ad implendam conditionem relicti legati, at-
que ita legatum consequatur, est quod sibi potiùs quā
patrono imputet cur in eam præstandæ pecuniæ ne-
cessitatem semet vltrò coniecerit. Proinde quamuis
non nisi libertatis causa imponi possint operæ, ideó-
que quoties de iis imponendis siue per stipulationem,
siue per iusiurandum cauetur, & multum intersit
quam ob causam de imponendis illis aut iuretur, aut
promittatur, attamen ex quo impositæ sunt, & qui-
dem ita vt libertas contra leges onerata non sit, par-
ui refert quam ob causam iuretur ratione operarum,
id est de pecunia pro operis præstanda: nimirum an
ex testamento, & legati consequendi gratia, an alia ra-
tione. Sensus est iam non illud requiri vt iuretur vel
promittatur libertatis causa, cùm non de imponen-
dis operis agatur, sed de impositis æstimandis, aut a-
liter atque aliter præstandis. Illud tamen semper re-
quirimus vt vltrò ac sponte libertus aut pecuniam,
aut iusiurandum de pecunia pro operis præstanda
offerat, quò maius aliquod commodum sibi compa-
rèt, vt in proposita specie, ne alioqui dum liberto in
hoc prospicere volumus ne libertas eius oneretur,
eidem noceamus vt conditionem suam meliorem
facere probibeatur. Et hæc interpretatio mihi lon-
gè conuenientior videtur, quàm quæ à nobis supra
ex Bartolo allata fuit. † Non solùm autem merces 19
sub prætextu & nomine operarum liberto imposita
exigi non potest, tanquam quæ libertatem oneret,
sed nec aliud quicquam eorum omnium, quæ liber-
tis onerandæ causa imposita dici possunt, *l. 1. §. si ma-*
numissero. & §. quæ onerandæ. D. quar. rer. act. non dat. Nam
cùm libertinus ille sit qui ex iusta seruitute manu-
missus est, & per manumissionem plenissimam li-
bertatem consecutus (de illis enim libertis loqui-
mur, qui olim plenam & perfectam libertatem, id est
cum libertate ciuitatem Romanam consequeban-
tur, quales libertinos omnes esse tandem Iustinianus
voluit) quis ferat hominis libertatem eo prætextu o-
nerari quòd impositum sit onus libertatis causa? Fe-
cit quidem fauor libertatis vt habenda fuerit ratio, &
adprobanda obligatio impositarum libertatis causa,

vt tanto faciliores fierent domini ad dandam liberta-
tem pro qua vicissim aliquid reciperent, ne alioqui
carere dominus & seruo, & ea re quam in serui lo-
cum habere voluisset, *leg. 2. §. vltim. eodem tit.* Sed cùm
eò colore passim abuterentur patroni ad grauissima
quæque onera libertati imponenda, æquum fuit prof
pici à prætore, vt eorum persecutio coarcteretur,
proposito in eam rem edicto, vt ait *leg. 2. De oper. libert.*
21 † Onerandæ autem libertatis causa impositæ operæ
intelliguntur, non modò cùm pro operis mercedem
patronus stipulatur, vt proximè explicauimus, sed
tunc etiam cùm ita impositæ sunt, vt libertus se alat
leg. impon 33. eod nimirum si alere se libertus non pos-
sit: Alioqui suo victu vestitúque operas libertum de-
bere placuit: aut certè ita exigendæ sint operæ vt his
quoque diebus quibus operas edat, satis temporis ha-
beat ad quæstum faciendum vnde ali possit, *leg. suo vi-
ctu. 18. & seq. eod.*
22 † Ita nisi fiat, prætor debet patrono
denegare ipsam operarum petitionem. Sic enim ma-
lo legere quàm *præstationem, in leg. quod nisi 20. eodem.*
vbi rationem perelegantem Paulus reddit: quia vnus-
quisque quod spopondit suo impendio, dare debet,
23 quandiu id quod debet in rerũ natura est. † Probat e-
nim hæc ratio vtrumque, id est, & sumptu suo liber-
tum operas præstare debere, si habeat vnde se alat, &
contrà, si non habeat, danda ei esse à patrono alimen-
ta. Ratiocinatio hæc est: Quòd operæ patrono deberi
priùs nequeant, quàm sint in natura. Priùs autem in
natura non sunt, quàm vel præstitæ sint, vel præterie-
rit dies quo præstari debuerunt. Porrò præstari nec
debent nec possunt nisi ab eo liberto, qui viuit: Rur-
sum nec viuere is potest sine alimentis. Ergo à primo
ad vltimum, vt dicunt Logici, non potest videri li-
bertus debitor esse operarum, ex quo incipit non ha-
bere vnde se alat, quia ex eo tempore verum est non
solùm in rerum natura non esse rem quæ debetur,
id est operas, sed nec esse posse nisi patronus ipse ali-
menta subministret. Ex qua ratione tanto magis ap-
paret verum esse quod dicimus in d. l. *quod nisi* legen-
dum esse *petitionem* non *præstationem.* Ea namque ra-
tio probat denegandam esse à prætore non præsta-
tionem operarum, quæ per ipsam rerum naturam fieri
nequeat rei in natura non existentis, sed petitionem,
quæ alioqui summo iure concedenda videbatur, pro-
pter contractam ab initio inutiliter obligationem.
24 † Itaque hoc casu non est liberto necessaria exceptio;
Quod oneranda libertatis causa, cùm sit tutus ipso iure,
tanquam liberatus hoc ipso, quòd res debita desiit es-
se in rerum natura, citra ipsius debitoris moram aut
25 culpam *leg. si ex legati 23. ff. de verbor. obligat.* † Bellissi-
mè autem, inquit Vlpianus *in dict. l. 1. § quæ oneranda
ff. quar. rer. act. non dat.* onerandæ libertatis causa facta
sic definiuntur, quæ ita imponuntur, vt si patronum
libertus offenderit, petantur ab eo, sempérque sit
metu exactionis ei subiectus, propter quem metum
quiduis sustineat patrono præcipiente. Quod tamen
non ita accipiendum est quomodo accipit Donellus,
quasi necesse sit fieri promissionem sub illa condi-
cione, *si patronus libertus offenderet.* Nam & idem est
si patronus stipulatus sit, sine conditione, adiectis ta-
men fortasse verbis illis, *cùm volam*, aut aliis simili-
bus. Toties enim onerandæ libertatis causa videtur
pecunia promitti quoties sua sponte, id est, liberali-
ter dominus manumisit, & propterea tantum vult
libertum promittere pecuniam aut aliud quilibet,
non vt exigat à liberto, sed vt libertus eum timeat,
26 & obtemperet ei *dict. l. 2. in fin.* † Et verò aliud est pe-
ti quid posse per patronum, si libertus eum offende-
rit, aliud autem deberi patrono sub illa conditione,
si eum libertus offenderit. Petere namque patronus
potest quicquid ei promissum est siue purè, siue
cum adiectione, *quando volam*, aut *quoties volam*, imò
& multò faciliùs quàm si promissum esset sub illa
conditione, *si patronum libertus offenderit.* Vt enim
quod ita promissum esset, exigi posset, offensionem
factam probari oporteret, *leg. cum quidam. 24. leg.
cum pater. 77. §. rogo filia. 25. in fin. de legat 2.* At cùm
nulla conditio adiecta est, sufficit quòd patronus
offensum se putet, idque nimirum est quod efficit,
vt metui exactionis semper subiectus sit libertus.
Exactionis inquam, siue iustæ, siue iniustæ. Minus
enim ei succurrendum esset si non nisi iustam exa-
ctionem vereri posset, quod eueniret, si exactioni
causam illud vnum præberet, quod patronum reue-
ra offendisset. † Sequitur apud Vlpianum *in dict. §.* 27
*quæ oneranda, In summa si quid incontinenti impositum
sit liberto quod ἐπιφορτίζον, id est imminens oneret liber-
tatem, dicendum est id exceptioni locum facere.* Quid
autem est cuius exactio magis immineat, quam quod
purè promissum est, aut cuius exigendi facultas pa-
troni arbitrio relicta proponatur? † Planè non pos- 28
sum intelligere quid illud sit quod ex eodem Vlpia-
no subiicitur, *sed si post interuallum, habet quidem dubi-
tationem, quia nemo eum cogebat promittere, sed idem erit
probandum & hic. Tamen causa cognita si liquido appa-
reat libertum metu solo vel nimia patrono reuerentia ita se
subiecisse, vt vel pœnali quadam stipulatione se subiiceret.*
Facit verò mihi dubitationem illud primum, quod
lex ait, *si quid impositum liberto sit ex interuallo quod one-
ret eius libertatem, habere dubitationem* Neque enim re-
perio dubitasse vnquam prudẽtes, An quid vel mini-
mum possit imponi liberto post manumissionem. Id e-
nim pro explorato & omnes & semper habuerunt, li-
berto cũ re vera liber sit, nihil penitus imponi posse,
non magis quàm ingenuo, nisi libertatis causa. Nec
rursum aliud quicquam libertatis causa impositũ vi-
deri posse, quàm quod in ipso actu manumissionis,
aut saltem incontinenti post manumissionem impo-
situm probetur. *dict. leg. 2. dict. leg. vt iusiurandi. 7. d.
leg. operis 31. dict. leg qui libertinus. 37. & pass. Digest. de
oper. libert. dict. leg. vltim. Digest. de liber. caus.* † Liber- 29
tatis enim causa promissum intelligitur illud solùm,
vt iam dixi, cuius contemplatione, & eius consequen-
di spe dominus libertatem seruo dederit quam ali-
ter non fuerat daturus, non autem id omne quod
præstitæ iam, & competentis libertatis intuitu, ac pro
eius veluti quadam remuneratione libertus patrono
quandocumque promiserit. Vnde & ista tanquam
contraria & pugnantia opponuntur, *in leg. si vero. 64.
§. 1. & seq. ff. solut. matrimon. imponi quod liberto libertatis
causa, &, imponi post manumissionem.* Itaque ratio illa
dubitandi quæ apud Vlpianum sic exprimitur, *quia
nemo cogebat eum promittere,* ridicula est. † Quia verò 30
liberum sit homini libero vt quando & quomodo ve-
lit, oneret suam libertatem, dum ne id faciat per vim
aut metum. Imò verò permissum nemini est vt de
libertate sua disponat, quippe quam non à seipso ha-
beat, sed à natura ipsa, vel à republica, ex quo tem-
pore non modò inter liberos homines, sed etiam in-
ter ciues numerari cœpit. Id enim est quod sæpius di-
cere solemus, Nec eum quidem qui sui iuris sit, tamen
sui ipsius dominum esse: quod vtique esset necesse vt
ipsam de seipso disponendi haberet facultatem, *leg.
liber homo. 13. Digest. ad leg. Aquil. leg. nec si volens. 6. leg.
liberos. 79. Cod. de liber. caus.* Neque sanè magis per-
mitti potest homini libero, vt libertatem suam one-
ret,

ret, quàm vt se redigat in plenam seruitutem. Vtrum-
que enim, quamquam non eundem effectum, tamen
eandem causam habet, ac ex eodem iuris fonte profi-
31 ciscitur. † Falsum igitur est quod apud Vlpianum se-
quitur, *sed idem erit probandum & hic*. Nam quod li-
berto impositum est ex interuallo ad onerandam eius
libertatē, nullo modo valet, ac pro non imposito ha-
bendum est, ita vt neque vlla eo nomine actio com-
peiat ipso iure. Neque iure ciuili quod adeò impensè
libertati fauet, vt nec de iis quæ libertatis causa impo-
sita sunt, si onerent libertatem, puta de operis, actio-
nem vllam accommodet. *l. 4. D. si a parent. quis manum.
sit*. Neque iure prætorio, quia licèt ex solo edicto præ-
toris competat persecutio non tantùm operarum, sed
etiam cæterorum libertatis causa impositorum, non
alias tamen impositiones tuetur prætor, quàm quæ
factæ sint libertatis causa. In quo genere iam diximus
non posse censeri ea quæ ex interuallo imposita sunt,
quatumcunque libertatis iam præstitæ color quæra-
32 tur. † At quod incontinenti impositum est oneran-
dæ libertatis causa, licèt æquè per prætorem ratum
non habeatur, non tamen ipso iure irritum constitui-
tur, sed opposita exceptione, de qua in dict. vers. *in
summa*. Sicque accipiendum est quod Vlpianus ait *in
d. §. quæ onerandæ* ea quæ patronus à liberto stipulatus
est onerandæ libertatis causa exigere illum non pos-
33 se. † Aliud enim est exigendi ius, aliud agendi. Agere
nihil aliud est quàm actionem exercere, siue talis illa
sit, quæ possit elidi per exceptionem, siue nulla exce-
ptione summoueatur. At exigere cum effectu, id est
sine metu aut periculo exceptionis, *leg. si socer. 44. in
fin. D. solut. matrimon. leg. successores. 16. Cod. ad leg. falcid.*
34 † Cur autem hoc casu sit necessaria exceptio, si quæ-
ratur, ratio illa est, quia cùm patronus petit id quod
in ipso actu manumissionis, aut quod effectu idem est
incontinenti, post manumissionem libertatis causa
impositum fuit, habet pro se prætoris edictum, ex cō-
que fundatam intentionem, quam elidere non aliter
possit libertus, quàm si probet onerandæ libertatis
causa impositum id fuisse. In eam verò rem exceptio-
nis vsus necessarius est, quoniam vtrum libertatem
quid oneret, nécne, in facto non in iure consistit, cùm
pendeat ex animo patroni imponentis, & liberti se
subiicientis. Itaque quamuis ita essent concepta edi-
cti verba, vt ipso iure irrita essent omnia quæcumque
libertatis onerandæ causa imposita probarentur, non
posset tamen liberto consuli ipso iure, id est denegata
patrono actione, sed tantùm per exceptionem, quia
facti quæstio relinquitur semper, & locus distinctio-
ni. An libertatem oneret id, quod impositum fuit,
an non. † Quæ distinctio non adhibetur in iis quæ
35 liberto imposita sunt ex interuallo, quippe quæ sicuti
non possunt imposita videri causa libertatis, ita nec
deberi, quin onerent libertatem. Proinde sublata fa-
cti quæstione, sola iuris ratio quæ semper certa est, re-
linquitur, quæ pati non potest, vt de eo, quod nullo
iure promissum fuit, aliqua actio accommodetur.
36 † Illud verò multo falsius est, quod lex ait idem pro-
bandum esse in iis quæ ex interuallo, & in iis quæ
incontinenti imposita sunt, cum illa adiectione quæ
sequitur *tamen causa cognita si liquido appareat*. Hæc
enim adiectio facit vt effectu ipso perinde sit ac si è
contrario scriptum esset, aliud hic probandum esse.
Sensus enim est, Si libertus probare liquidò non pos-
sit se metu solo, vel nimia reuerentia coactum ea
promisisse quæ ex interuallo imposita sunt, non debe-
re illum recusare quominùs ea præstet, quæ vltro &
nemine cogente promiserit, quamuis eiusmodi illa
sint quæ onerent libertatem. Atqui in iis quæ liberta-
tis onerandæ causa incontinenti imponuntur, longè
aliud obseruatur. Placet enim nullo modo exigi pos-
se, tametsi non probet libertus à se extortam fuisse
promissionem per vim, & metum. Sufficit namque vt
appareat non tam concedendæ quā onerandæ liber-
tatis causa impositionē factam fuisse. † Et certè quod 37
dicimus, Ea quæ libertatis onerandæ causa imposita
sunt, exigi non posse, non eam rationem habet quòd
per vim & metū extorta videantur (quod tamen su-
pradicta verba innuere videntur, quorum occasione
solent nostri tam multa hic cōgerere de metu reuerē-
tiali,) sed illam potiùs, quòd si eorum impositio vale-
ret, perpetuo metui subiectus esset libertus, & nihil
non faceret præcipiente patrono, ne quid à se durius
exigeretur; *d. §. quæ onerandæ. & d. l. 2. in fin. eod. tit.* † 38
Nam quę per vim & metum imposita essent, licèt in-
continenti & libertatis causa, tamen rata per pretorē
non haberentur, etiamsi essent eiusmodi quæ liberta-
tem alioqui oneratura non essent, ex generali regula,
l. si mulier. 21. § 1. & tot. tit. Quod met. caus. in eòque plus
potest metus præsens, de quo in illa parte edicti De
restitutionibus in integrum quàm futurus, de quo in
d. § quæ onerandæ. † Ergo vt tandem dicam quod sen- 39
tio, apparet ex superioribus, ni fallor, nihil in tota illa
sententia esse Vlpiani, ac proinde cùm nihil etiam sit
quod imperito interpreti adscribere possis, consequēs
fieri vt soli Triboniano totum id tribuendum videa-
tur. Quod vt sentiam, mouent me præterea verba illa
parum elegantia, *ita se subiecisse, vt vel pœnali quadam
stipulatione se subiiceret*. Tribonianum decepit procul-
dubio, quod Vlpianus de iis tantùm locutus fuerat
quę liberto imposita essent incontinenti, quasi de a-
liis quæ ex interuallo promitterentur dubitari minùs
posset, quin valere deberent, quamuis libertas ex iis
oneraretur? Ratione illa quam Tribonianus expres-
sit, quòd libertus vt ea promitteret à nemine cogeba-
tur. Quomodo idem Tribonianus sub Iustiniani no-
mine validam facit intercessionem mulieris quæ facta
sit ex interuallo biennij à die primæ intercessionis in
l. si mulier. 22. C. ad SC. Velleian. contrà quàm iure vete-
re obtinuisset, *l. dolo. 19. § diuersum D. de nouat.* Atqui
prorsus contrario proposito de promissis incontinenti
duntaxat egerat Vlpianus, non alia de causa, quàm
quia de impositis ex interuallo dubitari nullo modo
posset, quin indistinctè non deberentur, tanquā quæ
libertatis causa imposita dici non possent, etsi maximè
vltro, nulloque metu cogente promissa & imposita
probarentur. Nec proinde iam dubito quin verum sit
quod suprà monui eiusdem Triboniani esse totum
illum versiculum *iurare autem debet post manumissio-
nem, vt obligetur, & siue statim siue post tempus iurauerit,
obligatur* in *l. vt iusiurand. 7. § 1. de oper. libert.* Pendet
enim id ex eodem illo errore Triboniani, quòd existi-
mauit faciliùs libertū obligari, si ex interuallo, quàm
si incontinenti vel promitteret quidpiam vel iuraret.
Adeò verū etiam est, quod toties inculcare cogimur,
fuisse illum in iuris nostri principiis malæ versatum. †
40 Vnus tantùm casus est, quo permittitur liberto, vt vl-
tro promittendo aut iurando De operis, quæ inuito
eo non possent imponi, conditionem suam faciat de-
teriorem. Is est in *l. Campanus. 47 eod. tit. D. oper. libert.*
vbi scriptum est non debere prætorem pati donum,
munus, operas imponi ei qui ex fideicommissi causa
manumittitur, *d. l. vt iusiurand. 7. §. rescriptum. leg. si
quis hac. 13. §. 1. eod. l. qui ex causa. 29. de bon. liber.* nec
si is qui fideicommissariam libertatem dedit, ea le-
ge dederit, vt operæ promitterentur, quia non po-

5 *Præterita die qua opera præstari debuit operam præteritam amplius præstari non posse sed ad eius æstimationem deueniendum.*

6 *Libertum tamen consensu patroni hodiernam operam pro hesterna præstando liberari.*

7 *Eum qui insulam facere promisit tempore faciendi præterito, quamdiu lis cum eo non est contestata posse facientem liberari.*

8 *Operarum obligationem diuisionem non recipere.*

9 *Plures operas pluribus personis ab vno liberto præstandas non in partes, sed numero diuidi.*

10 *Partem operæ, quæ officium diurnum est, per horas solui non posse.*

11 *Liberto qui sex horis antemeridianis præsto fuerit, si non toto die præsto fuerit liberationem eius temporis quo præsto fuerit non contingere.*

12 *Respondetur ad* l. si quando. ff. de oper. libert. *& Labeonis ac Pomponij cum Vlpiani, Papiniani, Celsi & aliorum sententia conciliatur. & nu.* 16.

13 *Dictionem* operas *in* d. l *in singulari numero legendam esse.*

14 *Operas vel ad* causam indictionis *vel* ad causam exactionis *deberi.*

15 *Differentia inter officiales & artificiales operas.*

17 *Duplicem esse operarum petitionem, vnam iudicialem, alteram extraiudicialem.*

18 *Cur futurarum operarum obligatio & petitio nullam æstimationis rationem habeat, ad præteritarum verò æstimationem necessariò deueniendum sit?*

19 *Operam futuram indiuiduam, præteritam verò diuiduam esse.*

20 *Excutitur & examinatur versic.* quòd si vnam §. operarum. l. in stipulationib. 57 de verb. oblig.

21 *Varia ad eum locum coniecturæ afferuntur & simul refelluntur.*

22 *An versiculus ille de opera præterita intelligendus sit?*

23 *Totum illum versiculum Tribonianum esse.*

1 QVod † in cæteris faciendi obligationibus euenit, vt debitor non ad factum præcisè cogatur, sed præstatione eius quod interest, liberetur, *l. si quis ab alio 13. §. vlt. ff. de re iud. l. stipulationes non diuiduntur 72. vers. Celsus. l. quoties quis 81. D. de verb. obli.* idem contingit in debito operarum à liberto promissarum, aut etiam eis impositarum, vt eas sibi à patrono indictas præstare cogendus præcisè non sit, sed præstando earum æstimationem acquirat sibi liberationem inuito etiam patrono, *l. medicus 26 §. 1. ff. de oper. liber.* Nam & operæ in actu factóque consistunt, *l. 1. ff. de oper. seruor.* cùm nihil aliud sint, quàm diuturnum officium, *l. 1. ff. de oper. libert.* & cùm ideò receptum sit, ne quis ad factum præcisè cogi possit, quòd ea res fieri non posset sine vi & impressione quæ directò infringeret ius naturalis, ciuilisque libertatis: æquum fuit non deteriorem hac in re constitui liberti conditionem, quàm cæterorum hominum liberorum, cùm ipse quoque liber
2 sit. † At quoniam æstimatio facti, id est eius quod fieri debuit, nec factum est, nihil aliud est, quam idipsum quod interest stipulatoris, *d. l. si quis ab alio §. vlt. & d. l. quoties,* dubitatio illa plerumque occurrit, Si libertus indictas sibi operas præstare nolit, quomodo sint æstimandæ. vt in specie *d. l. medicus.* Placet autem idipsum seruandum esse, quod in cæteris causis seruatur, vt non debeat spectari quantum intersit actoris extra rem, sed quantum circa rem *l. vlt ff. de peric. & commo. rei vendit. l. si sterilis 21. § cùm per venditorem. ff de actio. empt. l. si is cui 71. in fi. ff. de furt.* Itaque si medicus patronus, cuius liberti quoque medicinam faciebant, iis prohibuerit ne facerent, ratus fortasse ita futurum vt haberet multo plures sibi imperantes, alias verò iis operas indixerit, liberales quidem, ne causari possent se non debere, sed quas tamen præstare ipsi noluerint: Responsum est tanti æstimandas esse operas, quantum ex illorum operis fructus, nõ quantum ex incommodo dando illis, quòd medicinam facere prohiberentur, commodi patronus esset consecuturus, *d. l. medicus,* † in cuius initio apertum est malè ac vitiosè addi- 3
tam esse dictionem *libertus,* cùm species illa sit de medico patrono qui libertos etiam habebat medicinam facientes, non de liberto. Itaque vel delenda est ea dictio, legendúmque simpliciter *medicus,* vel emendanda vt pro *libertus* reponamus *patronus.* † Alia tamen 4
ratio etiam adferri potest, quæ ad liberti operas specialiùs pertineat, & quæ faciat vt non ad operas edendas præcisè libertus teneatur, sed earum æstimatione soluta liberetur: scilicet quia operæ nihil aliud sint quàm diuturnum officium, id est, eius diei in quem indicuntur: *d. l. 1. de oper. libert.* eáque rerum omnium quæ in diem certum debetur, conditio sit, vt ante peractum diem peti nequeant, *l. qui hoc anno 42. de verbor. oblig.* excepto singulari casu *l. liber homo 118. §. decem hodie. D. eod.* † Porrò postquã præteritus est dies, & cõse- 5
quenter præterita opera, dari iam ampliùs nõ potest, *l. si quando 8. in princip ff. de opert. libert.* id est, nec si libertus velit, quoniam alia esset opera, & alia res quã quæ deberetur. *argument. l. qua aliæ 12 eodem.* cùm sicut dies quilibet ab alio differt numero, ita & vnius diei operam ab alterius diei opera differre sit necesse: Atqui nemo dixerit liberari debere libertum, ob hoc solùm quòd operam præteritam & hoc ipso debitam soluere amplius non possit, quandoquidem tanto magis eum teneri æquum est, quoniam per eum factum est, vt frustrà dies præterierit quo soluere operam debuit, vtque iam solui ea non possit, (alioqui siue per eum non stetisset, puta quòd esset valetudine aut quã alia iusta de causa impeditus, siue per patronũ ipsum stetisset, omnino libertus liberaretur, *leg. libertus 15. in princip. l. hæ operæ 23. § si patrons. D. eodem.*) Illud igitur necessariò euenire oportet, vt præterito die quo edi opera debuit, ad præstandam operæ æstimationem decurrendum sit, idque inuito non solùm liberto, sed etiam patrono, quia mora debitoris sua die non soluentis, facere non potest vt debitor eo magis obligetur ad aliam rem præstandam quæ nunquam fuerit in obligatione. Proinde cogitur patronus eam ipsam operam petere quæ iam præterita est, & quæ ampliùs dari nequit, quoniam sola illa debetur, soláque in obligatione est, & tamen pecuniam operæque æstimationem etiam inuitus à liberto accipere compellitur, ne alioqui nihil omnino supersit quod ei solui possit.
† Planè si patronus & libertus consentiant, vt pro he- 6
sterna opera crastina præstetur, continget liberatio. At non tanquam soluta ea ipsa opera quæ debebatur (id enim non magis est in eorum potestate quàm facere vt dies hesterna sit crastina,) sed eo iure quo placet etiam aliam rem pro alia volenti creditori solui posse, ex eáque solutione ipso etiam iure acquiri liberationem. *l. si non sortem 26. § si centum. D de condict. in debit. l. manifesti 17. C. de solut.* † Cæterarũ rerũ, quæ in facto 7
cõsistunt, diuersa ab operis ratio est. Nam si insulam facere promiseris, licet trãsierit tẽpus, quo potueris, & debueris facere, ita vt exinde liceat mihi contra te agere in id quod interest mea, *l. si ita stipulatus 14. & seq. D. de verb oblig.* imò verò ex multorum prudentum sententia statim atque mora cœperit fieri insulæ fabricandæ, *d. l. stipulationes 72. § vltim. eod.* tamen placet, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari, *l. si insulam 84. eodem.* quia non eo minus

verum erit eandem esse hanc insulam, quæ esset si in-
tra præstitum tempus ædificata fuisset. Ac proinde i-
dem factum est, quod scilicet non vt opera æstimatur
ex tempore, cuius continuus & perpetuus fluxus fa-
cit, vt in momenta singula mutetur, sed ea idæa illa
quæ formam insulæ ædificandæ præscriptura sit.
8 Quæ idæa semper eadem manet. † Illud vtique ope-
rarum obligationi cum cæteris faciendi obligationi-
bus commune est quod non recipit diuisionem, *dict. l. stipulationes:* Vbi additur siue quid faciendum stipula-
tus quis sit, siue operas, aut quid aliud his simile, non
posse induci diuisionem quin stipulatio corrumpatur.
Cui non dissimiliter Vlpianus *in d. l. libertus* 15. §. 1. *de oper. libert.* neque promitti, inquit, neque solui, nec de-
9 beri, nec peti pro parte poterit opera. † Vnde infert
ex Papiniano, si non vna, sed plures operæ fuerint, &
plures heredes existant patrono qui operas stipulatus
fuit, numero taotùm diuidendam obligationem, item
ex Celso, si communis libertus patronus duobus o-
peras mille se daturum promiserit, aut communi eo-
rum seruo, quingentas potiùs singulis deberi quàm
singularum partes dimidias Idque etiam est quod Iu-
lianus dicebat operarum stipulationem similem esse
iis stipulationibus, in quibus genera comprehendun-
tur, quamuis opera sit quid specificum, non generi-
cum: & ideo diuisionem eius stipulationis non cede-
re in partes, sed in numerum operarum, *l. in stipulatio-*
10 *nibus* 54. §. *operarum. D. de verb. obligat.* † Rationem
Pomponius reddit *in dict. l.* 3. §. 1. *de oper. libert.* vbi ait
partem operæ per horas solui non posse, quia id sit of-
ficij diurni, hoc est, quia cùm opera nihil aliud sit,
quàm officium diurnum, *d. l. 1. l. cum patronus* 22. *eodem.*
consequens est, vbi diurnum officium non est, ibi nec
opera vllo modo sit, hoc est, ne pro parte quidem: sicu-
ti nec pro parte satisfecisse obligationi posset dici
promissor insulæ, qui non nisi ex parte insulam ædifi-
casset, quoniam vnaquæque res æstimatur ex propria
forma quæ ipsa non nisi ex consummatione contin-
git, vt eleganter Caius ratiocinatur *in l. si is qui qua-dringenta* 80. §. *quadringenta ad leg. Falcid.* Quænam au-
tem siue operæ, siue alterius cuiuslibet rei propria for-
ma sit, nec aliunde meliùs, quàm ex ipsius definitio-
ne scire possis. Et hoc demum casu verè liceat vsurpa-
re quod nostri passim iactitant, Nihil actum videri,
quandiu aliquid agendum restat. *l. penul. in fin. C. de his*
11 *quib. vt indign.* † Quare nec liberto qui sex horis ante-
meridianis præsto fuerit, liberatio eius temporis con-
tinget, quia nec totius diei contingere potest, cùm
non toto die præsto fuerit, qui sensus est *d. l. 3. iunct. l. 2. de ann. legat.* licèt dici soleat cuiusque diei maiorem
partem esse sex horarum primarum, nō supremarum,
l. 2. §. 1. vbi sic omnino legendum est *De verbor. signif.*
12 † Obstare tamen valdè videtur quod ex Labeone
Pomponius scribit *in dict. leg. si quando* 8. *de oper. libert.*
si quando duobus patronis iurauerit libertus se ope-
ras daturum, & deberi & peti posse partem operæ,
addita etiam ratione illa quam iam diximus, quòd
semper præterita opera petatur, quæ dari amplius
non possit. Idque contingere siue patronis ipsis iu-
retur vel promittatur, siue communi eorum seruo, si-
ue complures vni patrono heredes existant. Quod si
ita est, videntur Labeo & Pomponius ab Vlpiano, Pa-
piniano, Celso, aliisque Iureconsultis in duobus dis-
sensisse. Primùm in eo quòd volunt operarum in plu-
rali numero promissarum diuisionem per singularum
partes non per numerum fieri debere: deinde in eo
quòd aiunt partem operæ, & deberi, & peti posse.
13 † Sed tamen quod ad primum attinet, dicendum est
subesse mendum in verbo *operas*, legendúmque in
numero singulari *operam*, quo librarij & exscriptoris
errore nullus est in libris nostris frequentior. Nam se-
quitur statim & deberi & peti posse partem operæ:
de quo tractare nihil attineret, si plures promissæ o-
peræ proponerentur, cùm eo casu indubitatè opera-
rum obligatio numero diuidatur, qui modus diuisio-
nis tametsi necessarius non esset, vt est, tamen vel ob
hoc ipsum esset amplectendus, quòd commodior es-
set, multóque expeditior ad tollendam omnem dubi-
tationem. † Quod verò ad secundum spectat, distin- 14
guendum est duplex debitum operarum: vel enim
debentur ob causam indictionis, id est, vt indici pos-
sint, quia constat indebitas operas, quemadmodum si
præstitæ sint, condici non possunt, *d. l. si non sortem* 26.
§. *libertus. de cond. indeb.* ita nec posse indici vt præsten-
tur, vel debeátur ad causam exactionis, id est, vt non
tantùm indici possint, quod fit ex mera patroni volū-
tate, & cùm ipse velit, *d. l. cum patronus.* sed etiam exi-
gi per iudicem proposita in eam rem actione ex edi-
cto prætoris, quod non prius fieri potest quàm earum
dies cesserit, id est quàm fuerint indictæ, *d. l. si quis hac*
13. §. *iudicium eod tit. De oper. libert.* Priore modo de-
bentur operæ futuræ duntaxat: indici namque pri-
mùm operas necesse est, vt postmodum edi possint,
cúmque in rerum natura non priùs sint quàm fuerint
editæ, potest videri earum indictio ad instar conce-
ptionis esse: exemplo partus, qui si nunquam conci-
peretur, edi nunquam posset. Posteriore autem modo
non nisi præteritæ operæ debentur, siue de officiali-
bus operis loquamur, de quibus dubitari minùs po-
test, *d. l. cum patronus.* siue de artificialibus, *l. quoties* 24.
in princ. eod. vbi ratio redditur, quia etsi non verbis, at-
tamen re ipsa inest obligationi tractus temporis, sicuti
cùm Ephesi dari stipulamur, dies continetur, *l. 2. §. quin-ta. D. de eo quod cert. loc. l. continuus* 137. §. *cum ita. D. de verbor. oblig.* & ideò inutilis est huiusmodi stipulatio,
operas tuas pictoreas centum hodie dare spondes? quamuis
operæ istæ artificiales cedant ex die interpositæ stipu-
lationis, non vt officiales ex quo tantùm fuerint
indictæ, *d. l. quoties.* † Itaque inter officiales & artifi- 15
ciales operas differentia est duntaxat quatenus futu-
ræ sunt, sed quatenus præteritæ, nulla prorsus, id est,
Præteritæ omnes eodem modo debentur, vt eodem
modo per iudicem exigantur: at futuræ non item. † 16
Hac posita distinctione quæ naturalem intellectū ha-
bet, dico Vlpianum, Papinianum & Celsum de futu-
ris, id est de indictis operis intelligendos esse, non de
præteritis, nō de futuris. Atque de futuris sentire Vl-
pianum *in d. l. libertus* 15. §. 1 *eodem.* ex eo apparet, quod
de illis loquitur, quæ & promittuntur, & soluuntur,
Neque promitti, ait ille, *neque solui, nec deberi, nec peti pro parte opera potest.* Non enim promitti potest vel solui
ea opera, quæ iam præterita sit, sed ea demum quæ fu-
tura. Quamuis autem & deberi & peti vtraque pos-
sit, tam præterita quàm futura (sicut † enim diximus 17
duplex esse operarum debitum, ita & duplicem quoq;
earum petitionem esse necesse est, vnam extraiudicia-
lem, cùm inducuntur & poscuntur, vt loquitur *d. lex cum patronus*, alteram, iudicialem, cùm earum nomine
iudicium exercetur, *d. §. iudicium*) tamen quod apud
Vlpianum sequitur, *nec deberi, nec peti*, non ad alias o-
peras referri potest, quàm ad eas ipsas, de quibus præ-
cedentia possunt intelligi, *neque promitti, neque solui*,
hoc est ad futuras. De præteritis autem solis Labeo-
nem & Pomponium sensisse ratio ipsa qua vsi sunt,
demonstrat, quæ illa est, *cùm semper præterita opera quæ iam dari non potest, petatur.* † Huius porrò interpreta- 18
tionis

tionis ae inter præteritas & futuras differentiæ ratio nnn obscura illa est, quòd futurarum obligatio & petitio nullam habet rationem æstimationis, quomodo habet obligatio & petitio præteritarum. Non enim posset patronus cui debitæ essent operæ ex iureiurando, aut promissione liberti indicere liberto soluendo operarum æstimationis necessitatem, cùm non de soluenda æstimatione, sed de operis edendis libertus iurasset, aut promisisset: idque adeò verum est, vt tùm quoque cùm præterita opera petitur, licèt dari iam non possit, ob idque ad præstãdam æstimationem necessariò decurri oporteat, ipsam tamen operam, non eius æstimationem peti necesse sit, ne alioqui malè agat patronus si id petat, quod non est in obligatione, *l. si seruum 91. §. vlt. ff. de verborum oblig. l. 1. § item si ita ff. ad legem Falcidiam. l. si quis stipulatus 57 ff de solut.* At cùm de præteritis operis agitur, quod euenit quoties operarum iudicium exercetur, quia iam opera ipsa dari non potest, quæ debetur, cum alia res, planéque diuersa opera futura sit, vt suprà explicuimus, necessariò deueniendum est ad æstimationem: non quidem vt æstimatio peti debeat, quæ certè non est in obligatione, sed vt appareat patronum qui inuitus, & ob legem obligationis ita conceptam cogitur eam operam petere, quæ iam dari nequeat, effectu ipso nihil petere nisi operæ æstimationem. Atqui non sicut opera ipsa præstanda indiuidua est, ita & operæ non præstitæ æstimatio indiuidua dici potest. Quandoquidem æstimatio omnis consistit in pecunia numerata, cui vel hoc maximè conuenit, quod & nomen ipsum demon-
19 strat, vt ex numero recipiat diuisionem. † Summa hæc est, operam futuram indiuiduam esse, præteritam verò diuiduam, quia vtrum quid diuiduum an indiuiduum sit, ex eo solo dignoscendum & æstimandum est an recipiat partium præstationem, *l. 2. l. 4. §. Cato. ff. de verborum obliga. d. l. stipulationes 72. eod. l. stipulatus 9. §. 1. de solut.* opera autem futura quoniam in specie edenda est, non recipit partis præstationem, præterita recipit, quoniam in specie edi nec debet, nec potest, sed tantum in æstimatione. Igitur non dissensit hac in re La-
20 beo aut Pomponius à cæteris. † At multo difficilius illud est, quod scriptum video apud Iulianum in *d. l. in stipulationibus 54. § operarum. versic. quod si vnam. ff. de verborum obligat.* Si vnam operam seruus communis stipulatus sit, necesse esse vtrique dominorum partem operæ tantam, quantam in seruo habuerit petere, solutionem verò eius obligationis expeditissimam esse, si æstimationẽ operæ malit libertus offerre, aut si consentiant patroni, vt iis communiter operæ edantur. Non enim possum intelligere quo sensu vera esse queat hæc sententia, siue de futura, siue de præterita opera intelligatur. Nam si de futura, quod sequentia suadere videntur, falsum euidenter est, posse quemquam ex dominis partem operæ petere, id est operam pro parte indicere, quoniam futura opera, vt iam diximus, ex Papiniano, Vlpiano & Celso non magis pro parte deberi aut peti potest quàm pro parte promitti, aut solui, *dicta leg. libertus 8. § primo.* ob idque quoties pluribus patronis vna tantum opera debetur, siue quòd iis promissa sit, siue quòd communi eorum seruo, vt in specie Iuliani, siue denique quòd vni patrono plures heredes extiterint: vel consentire debent patroni in opera illa simul indicenda, vel nihil agunt, si singuli pro sua quisque parte separatim indicant. Nam quemadmodum operæ in stipulationem deductæ diuisio corrumpit stipulationem, *dict. l. stipulationes*, ita & partis operæ indictæ expressio corrumpit indictionem. Cur enim, aut quo fine vel colore liceat patrono id liberto indicere faciendum, quod per rerum naturam facere libertus non pos-
sit? † Dicendum potius esset huiusmodi indictione 21
partis operæ id tantum assequi patronum, vt dies partis operæ cedat quidem, sed tamen hoc ipso liberetur libertus, etiamsi nihil præstet, quia non tam per ipsum, quàm per rerum naturam, & per operæ naturalem conditionem fiat, ne partem illam operæ præstare possit, vt in casu *dict. l. hæc opera 23 §. primo ff. de operis libert.* Quamquam nec hoc quidem admittendum existimo. Tunc enim obtineret, dum indictio ipsa valeret, puta si per omnes patronos simul facta esset, ac per eos postea staret ne ad diem præstari posset opera quæ ritè indicta fuisset, veluti si in accipienda ea non consentirent. Patronos enim non modò in operis indicendis consentire oportet, sed etiam in iis accipiendis, *dict. §. primo, in fin.* At cum nec ipsa indictio valet, vtique effectum illum habere non potest, vt ex eo die cedat opera, nec proinde vt ex eo die libertus, quamuis per eum non steterit, hoc ipso liberetur, quia naturaliter illud fit vt quod nullum est nullum parere possit effectum. Nec rursum hæc partis liberatio quicquam prodesse liberto posset, quippe quem necesse esset manere obligatum alteri patrono, qui non similiter operam pro parte sibi debita indixisset. Cur enim permitteretur vni ex patronis alterius ignorantis ius lędere? Et tamen alteri patrono, qui nihildum indixerit, non magis pars operæ sua præstari potest, quàm huic qui partem operæ perperam indixit, omninóque necesse est vt ambo consentiant in vna illa opera indicenda & accipienda. Ergo illius quoque qui pro parte malè indixit, saluum & integrum ius manere fatendum est, vt ob socij personam ius suum retineat is, qui alioquin fuerat illud amissurus, vt & in *leg. si is qui 29. ff. de liber. legat. leg. cum hereditate 55. ff. de acquirend. heredit.* Aliter enim posito iure quomodo fieri posset, vt patronus cui nihil imputandum esset, cum eo socio consentiret, qui socius ampliùs non esset, amissa quippe iam sua portione, quique consentiendi adhuc neq; ius neque causam vllam haberet? Nisi fortè mallet quis idem ius hoc casu inducere quod olim obtinuisse legimus, quoties vnus ex dominis communem seruum sollenniter ignorante aut inuito socio manumisisset. Nimirum vt seruus ille quia neque pro parte liber fieri poterat, neque in eius dominio manere, qui quantum in se fuerat, per manumissionem eum à se abdicasset, atque alienasset, totus acquireretur socio, qui manumissioni non consensisset; vt Vlpianus in Fragmentis refert *tit. 1. libertin.* Sed neque hoc puto in proposita specie dici posse, cùm nusquam scriptum sit, eum ex patronis qui partem sibi debitam operæ solus, & sine socio indixerit, hoc ipso partem suam amittere, sicut nec partem quam in communi seruo habebat olim dominus, amittebat, si eum inter amicos manumisisset. Imò nihil agere dicebatur: ideóque nec si socius hunc ipsum seruum solus & solenniter manumisisset, quicquam tamen egisset, quia perinde requirebatur consensus eius qui non obstante inutili manumissione portionis suæ dominus remansisset. Illud ergo apertum est, Iulianum in *d. § operarum. versic. quod si vnam*, de futura opera intelligi non posse, cùm ait vtrique dominorum competere petitionem partis operæ, quam vnam totámque stipulatus sit seruus
communis. † An igitur de opera præterita intelligen- 22
dus erit? Minimè. Quamquam videtur Bartolus ita intellexisse *opposit. 9. ad d. l. 72. e. tit.* Repugnat enim quod sequitur huius obligationis solutionem expeditissi-

mam esse si æstimationem operæ libertus offerre malit. Quæ locutio præ se fert in arbitrio & electione liberti esse an æstimationem operæ velit pręstare, an operam ipsam. Quod tamē etsi nec in futura opera verū est quę vt diximus in specie præstari debet, præteritæ certè multo minùs conuenit, quæ cùm in specie pręstari ampliùs nequeat, nisi ambo patroni & inter se, & cū liberto consentiant, necessariò æstimanda & in æstimatione præstanda est, non solùm inuito liberto, cuius proinde nulla hîc electio est, sed etiam inuitis patronis, si non iis inuicē consentientibus libertus quoque consentiat. Omniū nāque voluntatibus concurrentibus iā dixi non minùs operam vnā pro alia, id est, crastinā pro hesterna, quàm aliud quodlibet indebitū pro eo quod debitū sit, vtiliter solui posse. Quare neque bonū sensū habere potest quod sequitur apud Iulianū, *aut si consentiant patroni vt iis communiter opera edantur*, si de opera pręterita intelligatur, cùm eiusmodi patronorū consensus sicut necessarius est, ita possit quidē sufficere ad operā indicendam, quę nondum in rerum natura sit, nedum pręterita, sed non ad hoc vt operam pręteritam communiter patronis edere libertus cogatur si nolit. Igitur sicuti prior huius sententiæ clausula falsa est in opera futura, vera autē in præterita: ita è contrario postrema hæc sententia vt patronis consentientibus opera communiter edenda sit, falsa est in opera præterita, vera autē in futura. Media verò illa, vt huiusmodi obligationis expeditissima sit solutio si libertus æstimationē præstare malit, id est, vt libertus electionē habeat vtrū operā, an operæ æstimationem malit pręstare inuitis quoque patronis (sic enim accipiendū id esse ostendit quod sequitur, *aut si consentiant patroni, &c.*) omnimodo falsa est, siue ad futurā, siue ad præteritam operam referatur. Sic fit vt neque ad futura, neque de pręterita cōmodè intelligi Iulianus possit. Ergo de nulla, cùm opera nulla sit
23 prorsus, quæ vel præterita non sit, vel futura. † Quæ cùm ita sint, cogor dicere totam illam additionem Triboniani esse, non Iuliani. Nec enim nouum aut mirum est, Tribonianum operam præteritam & futuram confusè ac incautè suo more pro eadē accepisse, aut à futura ad præteritam in quæstionis articulo discutiendo transiisse, denique ad iuris rationē, in qua, vt sæpe monui, non valde versatus fuit, parum attendisse. Quorum omnium nihil est quod de Iuliano dicere, at nec suspicari quisquam possit. Tribonianum produnt etiam verba illa parum elegantia, *necesse est vtrique dominorum partem operæ tantam quantam habuerit in seruo petere*: item quod sequitur, *solutio autem eius obligationis expeditissima est.* Non enim solent Iurecōsulti dicere solutionem obligationis, sed solutionem rei quæ sit in obligatione, huiusmodi verò solutione tolli obligationem: sed illud omniū apertissimè quod cùm de vna tantùm opera hîc tractetur, subiungitur tamē numero plurali, *vt his operæ edantur.* Id enim excidit passim Triboniano vt à numero singulari transeat ad pluralem, quod nec vnquam faciunt prudentes nostri, nec nisi valde insulsè fieri hoc loco potuit.

Capvt XX.

Ad l. frater à fratre. 38. D. de condict. indeb.

Svmmaria.

1 *Nullam inter patrem & filium ciuilem obligationem, nullamque actionem esse posse.*

2 *Huius iuris ratio in* l. ne cum filiofam. 16. ff. de furt. *reddita explicatur.*

3 *Exceptio à superiore regula eiusque ratio.*

4 *An inter patrem & filiumfam. item inter fratres in eiusdem patris potestate constitutos naturalis obligatio contrahatur?*

5 *Obligationem naturalem inter fratres in eiusdem patris potestate constitutos contractam patri per filium creditorem acquiri non posse.*

6 *Refellitur Cuiacij responsio existimantis naturalem obligationem ipso iure patri per filium acquiri, sed adquisitam non apparere quandiu pater peculium penes filium remanere sinit.*

7 *Argumentum pro Cuiacij sententia ex* d. l. frater à fratre. *desumtum.*

8 *Hottomanni emendatio ad verbum* repetiturum.

9 *Species & quæstio* d. l. frater à fratre.

10 *Africani distinctio ad propositæ quæstionis decisionem.*

11 *De priore distinctionis membro, quod est de ea parte ex qua is qui mutua centum à fratre acceperat patri heres extitit.*

12 *Prima ratio ob quam fratri qui fratri creditori ex naturali obligatione soluit repetitio pro superiore parte diuisa paterna hereditate danda est.*

13 *Obligationem illam naturalem inter fratres ex peculij causa contractam post mortem patris eorum non amplius peculiarem, sed hereditariam esse.*

14 *Quid in prima illa distinctionis parte iuris foret si pater testatus fratrem creditorem solum testamento heredem instituisset?*

15 *Diligenter in hoc tractatu distinguendum esse inter confusionem peculij, & confusionem obligationis naturalis.*

16 *An si è contrario frater debitor solus heres institutus fratre creditore exheredato proponatur, tota naturalis obligatio confundatur?*

17 *Altera & generalior ratio ob quam pecuniæ fratri creditori ex naturali obligatione solutæ repetitio fratri debitori post paternæ hereditatis diuisionem danda est.*

18 *Effectus naturalis obligationis in quo potissimùm consistat?*

19 *Ius retentionis à retentione separandum est.*

20 *Solutione facta eius quod à fratre fratri naturaliter debebatur, effectum obligationis naturalis ab ipsa obligatione naturali separandum esse.*

21 *Effectum naturalis istius obligationis, quatenus in iure retinendi soluti consistit, patri eo primùm instanti quo naturalis obligatio contrahitur, iure patriæ potestatis acquiri.*

22 *Ratio* l. placet 79. ff. de acquir. hered. *& similium.*

23 *Patrem in proposita legis specie pecuniæ quam frater fratri mutuam numerauit quandocunque solueretur tanquam per solutionem sibi acquisitæ retinendæ ius habuisse.*

24 *Fratre debitore pecuniam debitam viuo patre fratri creditori soluente totam illam pecuniam patri acquiri.*

25 *Mortuo patre & duobus fratribus creditore sc. & debitore vel ex testamento vel ab intestato æqualiter succedentibus pecuniæ solutæ dimidiam partem ad fratrem debitorem iure hereditario redire.*

26 *Eiusdem fratris debitoris conditionem non ideò deteriorem esse debere quod post mortem patris, fratri soluerit.*

27 *Conditionem eo casu fratri competere ex qua parte patri successit in ius quod pater retinendi pecuniam illam habuit.*

28 *Cur in* d. l. frater à fratre. *Africanus solutionem post patris mortem factam ponat?*

29 *Non*

29 *Non solùm patri obligationis naturalis filio quæsita, sed & naturalis obligationis quæ seruo fuerat quæsita effectum domino acquiri.*

30 *Declaratur* §. est autem. leg. si noxali 11. ff. de pecul.

31 *Circa quam quæstionem pars distinctionis posterior versetur?*

32 *Quantum hæc pars posterior distinctionis à priore differat?*

33 *Mutua specie posterior distinctionis pars declaratur.*

34 *Quo argumento Africanus probet fratrem debitorem, si vel nihil vel minùs quàm quod repetere vult ad fratrem creditorem ex peculio suo peruenerit, aliud repetere non posse?*

35 *Mos argumentandi Africano solennis.*

36 *Eiusdem ad posteriorem superioris distinctionis partem rationes examinantur & declarantur.*

37 *Postrema eiusdem Africani ratiocinatio quò pertineat.*

38 *Explicatur* §. quæsitum. *eiusdem legis.*

1 VVlgati † iuris est, inter patrem & filium nullam ciuilem obligationem, nullamque actionem esse posse, obstante nimirum iure ciuili ex quo actiones omnes proficiscuntur, quod cùm patrem & filium per ius patriæ potestatis ita coniungat, vt eos vnius eiusdémque personæ iure censeri velit, non magis patitur vt possit agere pater cum filiofamilias, aut vt filiusfamilias cum patre, aut vt hic vel ille alteri se obliget, quàm vt contra seipsum quisquam agere, aut se sibi obligare possit, *leg. imperator* 50. *D. ad SC. Tre-*
2 *bell.* † *leg. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt.* vbi quod scriptum est, non iuris constitutionem, sed naturam rei impedimento esse ne quid horum fiat, non ita accipiendum est quasi nascatur aliunde hoc impedimentum quàm ex patria potestate, quæ tamen nihil aliud quàm iuris non scripti constitutio est, §. 1. *Institut. de patr. potest.* Sed quia præsupposito illo iure patriæ potestatis quòd patris & filij eadem persona esse videatur, nulla opus fuit alia iuris constitutione ad prohibendum ne pater contra filiumfamilias agere possit, aut filius contra patrem, sufficiente natura ipsa rei, quæ non magis permittit vt cum eo agam qui mecum vna persona esse existimetur, quàm cum meipso.
3 † Quæ etiam ratio est, *leg. lis nulla.* 4. *Digest. de iudic.* vbi Caius scribit, litem nullam nobis esse posse cum eo quem in potestate habemus, nisi, inquit, ex castrensi peculio. Hæc enim exceptio addenda fuit, non quòd filiusfamilias per militiam desinat esse in patris potestate, § *filiusfamilias. Institut. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* Sed quia ex imperatorum constitutionibus filiusfamiliàs non solùm miles, sed etiam paganus qui modò miles aliquando fuerit, si castrense peculium habeat, in eo censetur iure patrisfamilias, ita vt nullum ius sit vt patri in bona filiifamilias castrensia, adeò vt nec de iis testari prohibeatur, *leg. 2. D. de SC. Maced. l. vltim. D. ad SC. Tertyll. iunct. l. 2. & l. proponebatur*
4 *9. & tot. tit. D. de castrens. pecul.* † Vsque adeò autem verum est non obligari patrem filiofamilias, aut filiumfamilias patri ciuiliter, vt non desint qui dubitent an possint sibi inuicem obligari naturaliter, itémque fratres in eiusdem patris potestate constitui, quasi iure patriæ potestatis hanc quoque obligationem naturalem impediente, aut saltem faciente, vt si qua filiofamiliàs vel contra patrem, vel contra fratrem acquisita sit, eadem per filium creditorem patri ipsi statim & ipso iure acquiratur, ita vt ne momento quidem temporis in persona filij constitisse videatur. Quam sententiam inter cæteros mordicus defendit Iacobus Cuiacius tract. 9. *Africanum. ad l. frater à fratre 38. D. de condict. indeb.* motus præcipuè, ne dicam duntaxat ex *leg. placet 79. Digest. de acquir. hered.* cuius sententiam vult ille esse generalem, ac pertinere ad omnes casus, & ad omnes res, ac proinde ad omnes quoque obligationes, non minùs naturales quàm ciuiles. In quo tamen quàm euidenter & pertinaciter erret, constat, meo iudicio, non obscurè ex iis quæ alibi à nobis explicata sunt de naturali obligatione. Nam si verum est, vt est, ex facto tantùm, non etiam ex iure naturalem obligationem æstimari, *leg. nec seruus 41. Digest. de pecul.* ob idque non nisi abusiuè ac impropriè obligationem dici, vt ait *leg. fideiussor 17. § naturales. Digest. de fideiuss.* nihil sanè est quod possit impedire quominùs inter patrem & filiumfamilias, ac multo magis inter fratres in eiusdem patris potestate constitutos obligatio naturalis contrahatur, siue promittendo, siue mutuam pecuniam accipiendo, aut aliter quomodocumque contrahendo. Quod tam apertè scriptum est in *dict. leg. frater versic. naturalem enim obligationem, & in § 1. versic. nam manere, & in §. contrà si pater. versic. nam hic quoque*, vt nihil dici possit apertius. † Obligationem verò illam naturalem patri 5
acquiri per filium patria potestas non magis facere potest, quàm vt cætera quæ facti sunt ad patrem transeant, quæ tamen certum est nec iure dominicæ potestatis, quæ potentior videtur, possint transire à seruo ad dominum *leg. qui heredi 44. in prin. & § 1. ff. de condic. & demonst. leg. legatum 21. ff. de adim. legat. leg. quod seruus 24. ff. de acquir. poss.* Quo loco elegantissima differentia traditur, & ad rem nostram valde pertinens, inter ea quæ meri facti sunt, cuiusmodi est violentia & iniusta possessio, aut alia quælibet corporalis, & ea quæ ius admixtum habet, cuiusmodi est possessio iusta, quæ & inde nomen habet, quòd à iure sit adprobata. fieri ergo nequit vt obligatio naturalis, quæ tota facti, nullo modo iuris ciuilis est, acquiratur per filium patri. Et verò si acquireretur, nec filiusfamilias eius sibi vel acquirendæ, vel etiam conseruandæ capax esset, sequeretur vt cum pater à filiofamilias mutuam pecuniam acciperet, atque ita obligaretur ei naturaliter, quomodo eum obligari disertè scriptum est in *d. l. 1. frater.* hoc ipso, & in eodem instanti pater fieret sui ipsius creditor ex filij persona. Quo admisso fatendum esset concurrente in eandem personam iure, debitoris & creditoris perimi obligationem confusione, vt aliàs semper euenit, quoties idem fit creditor & debitor, non ferente ipsa rerum natura vt sibi ipsi quis debere aliquid videri possit. *l. debitori. 50. iunct. l. heres a debitore 21. §. si seruo tuo & §. quod si stipulator. ff. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum 95. § aditio. iunct. l. qui hominem 34. § quidam. l. sicut 75. ff. de solut.* Nam nec alia ratio est propter quam ciuilis obligatio neque inter patrem & filium, neque inter fratres contrahi possit. § *item inutilis. Institut. de inutil. stipul.* proptereà quòd vox patris tanquam vox filij sit & vox filij tanquam vox patris, in iis rebus quæ patri per filium acquiri possunt, vt Iustin. ait in §. *si quis alij. eod. tit. l. cum qui 56. § qui sibi. & seq. ff. de verb. oblig.* Confusione autem certum est tolli obligationem omnem, nec minùs naturalem quàm ciuilem, vt & Cuiacius ipse fatetur, & scriptum est in *d. §. quòd si stipulator. l. 21. de fideiuss.* cùm ratio quæ inducit liberationem per confusionem non minùs sit naturalis quàm ciuilis, imò tota pendeat à natura, quæ repugnat vt vna eadémque persona in duas diuidi possit, quomodo

diuidi posse necesse esset, vt posset idem esse & debi-
tor & creditor, quoniam facta diuisione illa iam non
esset idem homo, sed duo; adeò res ista simplicat natu-
raliter contradictionem. Cæterùm ea tantùm quæ iu-
ris sunt, non etiam facti, acquiri patri per filium pos-
se, tum etiam cùm stipulatio interuenerit, apertè scri-
ptum est in *l. quod dicitur 130. ff. de verb. obl.* Imò si ve-
rum amamus, ne quidem confusione posset dici subla-
ta obligatio naturalis filio quæsita contra patrem, si
eadem patri per filium quæreretur. Ea namque demū
obligatio confusione, vt & alijs modis tolli potest,
quæ antea fuit, non autem quæ numquam fuerit, *leg.
Titio vsusfructus 96. D. de cond. & demonstr. l. non potest
videri 20. ff. de reg. iur.* Atqui si obligatio naturalis pa-
tri quæreretur per filium, necesse esset eo ipso momen-
to quæri quo filio acquireretur, cùm ne momento
quidem temporis in persona filij possit consistere quo-
ties acquiritur patri per filium, *d. l. placet.* Ergo necesse
esset tolli confusione obligationem eo ipso instanti
quo induceretur, quod prorsus impossibile est. Porrò
quæ ratio facit vt filiofamilias acquiratur obligatio
naturalis contra patrem ita vt non acquiratur patri
per filium, eadem facit vt obligatio naturalis quæ
contrahitur inter fratres in eiusdem patris potestate
constitutos, non possit per fratrem creditorem acqui-
ri patri, quia vtrunque proficiscitur ex eodem iure
patriæ potestatis, quod efficit vt non minus fratres
inuicem quàm singuli cum patre vna eadémque per-
sona esse existimentur, ob idque nec magis possunt ci-
uiliter se alter alteri obligare, quàm patri. † Nec est
6 quod quis respondeat pro Cuiacio, acquiri ipso iure
obligationem naturalem patri per filiumfamilias, sed
non apparere acquisitam, quandiu pater sinit rema-
nere peculium penes filium. Nam quanto magis dices
acquiri ipso iure, tanto magis incurres absurdum il-
lud quod diximus vt eodem instanti naturalis ista o-
bligatio & contracta, & per confusionem sublata in-
7 telligatur. Confusio enim fit sola iuris potestate. † Sed
egit præcipitem virum doctissimum vnicus ille Afri-
cani locus in *d. l. frater a fratre*, vbi non dubitat A-
fricanus, quin frater, qui post mortem patris fratri suo
soluit quod naturaliter ei ex causa mutui debebat, re-
petere possit pro ea parte pro qua idem frater debitor
heres extiterit patri. Sic enim ratiocinatur Cuiacius,
quasi non alia ratione Africanus ita respōderit, quàm
quòd obligatio naturalis esset quæsita patri, & con-
sequenter per causam hereditariam filio debitori, pro
qua parte idem patri heres fuit, vt eo modo con-
currente iure debitoris & creditoris in eandem per-
sonam, pro illa scilicet parte fatendum sit, sublatam
confusione obligationem, qua sublata nihil sit quod
impedire debeat repetitionem tanquam indebiti so-
luti. Alioqui difficile sanè videtur dicere quonam iu-
re vel colore possit competere repetitio fratri qui sol-
uerit, quod naturaliter debuit. † Tanti certè mo-
8 menti visa est obiectio hæc Francisco Hotomanno,
vt ausus sit scribere textum esse corruptum, & ita e-
mendandum vt addita negatione legamus *non repe-
titurum.* Nam quemadmodum verum est quod Afri-
canus respōdit, fratrem debitorem id quod post mor-
tem patris soluerit, vtique repetiturum pro qua parte
extiterit heres patri: ita falsum est quod vult Cuiacius
repetitionis huiusmodi rationem ex eo petendam
esse, quòd obligatio naturalis patri quæsita esset.
Quod vt intelligatur, facti species constituenda pri-
mùm est, deinde omnes respōsi partes breuiter, quātū
fieri poterit, explicandæ. † Legis species hæc est. Cùm
9 tu & ego essemus in eiusdem patris potestate, tu
centum aureorum peculium habens, ego ducentorū,
accepi à te mutua centum, & post mortem patris tibi
solui. Diuisa iam inter nos hereditate, acceptóque in
eam rem familiæ erciscundæ iudicio, postea cùm puta-
rem indebitum à me solutum fuisse, volui à te centum
integra petere per condictionem indebiti. † Consul- 10
tus Africanus quid iuris esset, distinguit primùm, de-
inde subdistinguit. Distinctio in eo est, vt aliud iuris
constituatur pro qua parte ego debitor heres extiti
patri, aliud verò pro qua parte tu heres extiteris. Pono
autem fuisse nos heredes ex æquis portionibus, siue ex
testamento, siue ab intestato, nec cuiquam nostrū fuis-
se à patre prælegatum peculium, quod & sequentia A-
fricani verba demonstrāt. † Quod ad prius distinctio- 11
nis caput pertinet, id est, pro qua parte ego heres exti-
ti patri, respondit Africanus *vtique me repetiturum*, hoc
est non solùm sine dubio, vt Cuiacius interpretatur,
sed quod magis est, sine vlla distinctione. Ergo repetā
soluti dimidiam partē, id est quinquaginta, siue plus,
siue minus fuerit in peculio meo, quàm in tuo. Illa e-
nim subdistinctio, An plus minúsve in peculio fuerit,
ad alterum distinctionis caput spectat, vt postea dice-
mus. † Cur verò pro ea parte repetitio mihi danda sit, 12
Africanus non aperit, adeò putauit ille carere dubita-
tione id quod inter nostri temporis interpretes igno-
ratione principiorum iuris, nunc omnium maximè
controuersum est. Puto autem adferri posse duplicem
rationem, Vnam magis propriam & specialem, alterā
generaliorem, sed vtramque veram. Prior illa est, quod
certum sit peculia ius & nomen peculiorum amittere,
& in hereditate diuidenda ad communionem esse re-
uocanda, vt scriptum est in *l. certum 13. nouiss. l. si filius-
familias 4. C. famil. ercisc.* Nam quemadmodum filius-
familias per mortem patris incipit esse paterfamilias,
l. pronunciatio 195. §. familiæ 2. D. de verb. sign. ita & ne-
cesse est vt desinat peculium habere, quippe quòd so-
li filiifamilias habe.nt, non etiam patresfamilias, quo-
rum patrimonia, non peculia appellamus. Ita igitur fit
vt quod erat peculiū viuo patre, conuertatur eo mor-
tuo in causam hereditatis, fiátque hereditas, & conse-
quenter augeat hereditatem quæ in proposito casu
melior est trecentis aureis, quàm futura erat, si peculia
in hereditatem non venissent: ex quibus trecentis au-
reis non nisi centum à te, ducenti verò à me profecti
intelliguntur, quia vt hîc posuimus, non nisi centum
aureos in peculio habebas, ego verò ducentos. † Cùm 13
igitur obligatio illa naturalis quæ inter nos contracta
fuerat ex causa peculiari datis mihi à te mutuis centū
non potuerit non esse peculiaris, necesse est vt quem-
admodū peculium tuum desinit esse peculium, fitque
hereditas, ita & obligatio illa naturalis, quæ tibi, non
patri nostro quæsita fuerat ex peculiari, qualis erat an-
tea, fiat hereditaria, non eo modo & sensu quo here-
ditarias obligationes dicere solemus eas quæ à defun-
cto cœperunt originem, *l. 1. & tot. tit. C. de hered. act.* sed
eo sensu & modo, quo dicimus hereditariarum obli-
gationum loco haberi etiam legata, quamuis ab here-
de non à defuncto cœperint, *l. hereditarium 40. D. de o-
blig. & action.* Itémque hereditarium æs alienum eti-
iam id de quo agi cum defuncto non potuit, veluti
quod is cùm moreretur daturum se promisisset, aut
quod is qui pro ipso fideiusserat, post ipsius mortē sol-
uisset, *l. hereditatem 7. ff. de reb. auctor. iudic. possid.* Cui cō-
sequens illud etiam fieri necesse est, vt pro qua parte
patri heres extiti, confusione tollatur obligatio, quia
cum obligatio illa naturalis sit hereditaria, quæ in id
vsq; tēpus fuerat tua peculiaris, hereditas ipsa fit cre-
ditrix mea, cùm non alius possit videri creditor, quàm
qui

qui habet actiuam, vt loquuntur, obligationem. Cùm
verò postea eadem hereditas ad me peruenit pro se-
misse, sicuti me pro ea parte facit heredem, ita & cõ-
sequenter creditorem: secundũ quod euenit, vt quã-
tum ad eam partem attinet, debitor ego sim, & cre-
ditor. Debitor ex mea persona & iure pristino cõtra-
ctæ obligationis, creditor verò ex causa hereditatis,
atque ita fit confusio, & quidem ipso iure, quæ proin-
de tollit obligationem illam naturalem, qua demum
sublata, apparet solutum postea fuisse à me id quod
nullo modo, id est ne quidem naturaliter debebatur:
siquidem confusio quæ tota iuris est, nec factum vl-
lum requirit, præsertim verò in suis heredibus, qui i-
pso iure ac citra aditionem sunt heredes, *l. in suis 14. D. de suis & legit.* præcedit solutionem quæ est facti,
l. consilio 6. §. vlt. D. de curat. fur. nihil igitur causæ est
14 cur non danda mihi sit repetitio indistinctè. † Quod
si poneremus patrem testatum fuisse, teque solum te-
stamento heredem instituisse, certum esset nullam fa-
ctum iri confusionem obligationis naturalis, quia
quamuis peculium tuum non eo minùs confusum es-
set cum hereditate, factúmque hereditas, atq; ita de-
fuisses tu esse creditor facta iam hereditate creditri-
ce, tamen eadem hereditas quæ faceret te heredem
ex asse, faceret quoque rursum te creditorem meum,
& quidem in solidum: ego verò remanerem semper
debitor: ac proinde neque in tua, neque in mea per-
sona pro vlla parte concurreret ius debitoris simul &
creditoris, qui tamen concursus debiti & crediti in
eandem personam sola causa est confundendæ obli-
15 gationis. † Ex eóque intelligimus diligenter cauen-
dum esse ne confundamus peculij confusionem cum
obligationis confusione. Nam confusio peculij sem-
per fit mortuo patrefamilias, quia semper paterfami-
lias fit qui antea filiusfamilias fuit. At confusio obli-
gationis, siue naturalis, siue ciuilis, nec aliter, nec priùs
fit quàm idem factus sit per acquisitionem heredita-
tis, siue in totum, siue ex parte, & debitor, & creditor.
Denique confusio naturalis obligationis in proposi-
to casu numquam fieri potest quin præcedat confu-
sio peculij. At confusio peculij facilè fieri potest, et-
iamsi non sequatur confusio naturalis obligationis,
16 vt in supradicto exemplo cernere est. † Si verò è con-
trario poneres me fratrem tuum, eundémque debi-
torem ex asse institutum fuisse, te autem exheredatũ,
vel in legitima duntaxat institutum, vtique dicendũ
esset confundi totam obligationem naturalem, con-
currente scilicet in meam personam vtroque iure to-
tius debiti, creditique, quia cùm essem debitor tuus
ex causa mutui, hereditas quæ fuit facta mea credi-
trix per confusionem peculiorum, faciendo me here-
dem ex asse fecit etiam me in solidum creditorẽ: cu-
ius verò nisi mei ipsius? Ergo quemadmodum si solus
tu fuisses institutus, nullam omnino haberem repeti-
tionem, quia nulla ex parte facta esset confusio: ita è
contrario in hoc posteriore casu me solo herede in-
stituto fatendum esset posse me repetere totum, tan-
quam sublata per confusionem tota obligatione na-
turali. Quod etsi Africanus non omnino apertè expri-
mit, satis tamen innuit, nec obscurè, cùm ait repetitu-
rum me vtique pro qua parte heres extiterim patris,
17 vt eadem sit ratio totius quæ partis. † Altera ratio ge-
neralior, tanquam pertinens ad naturalem quamli-
bet obligationem, id est, quæ contracta fuerit inter
fratres etiam ex alia quàm peculiari causa, illa est,
quòd cùm obligatio naturalis contrahitur, eodem i-
pso instanti incipit posse aliquando habere effectum
& quidem potestate iuris ciuilis quod non pateretur
tractari inter ciues de naturali obligatione quæ nul-
lum effectum habere posset. † Effectus autem obli- 18
gationis naturalis in eo potissimùm consistit, vt indu-
cat ius retentionis soluto quantocunque eo, quod
naturaliter debebatur, *l. naturales 10. D. de oblig. & action.* † In quo tamen rursum distinguenda est & se- 19
paranda retentio à iure retinendi. Retentio enim
tota facti est, non iuris, ius verò retinendi è contra-
rio, vt nomen ipsum sonat, totum iuris non facti, sicut
& facta solutione eius quod naturaliter debebatur,
separandum est ius ipsum retinendi ab acquisitione
quæ fit vi acceptæ solutionis: † ante omnia verò sepa- 20
randus est effectus obligationis naturalis ab ipsa obli-
gatione naturali. Nam obligatio quidem naturalis
acquiritur fratri, adeò vt per fratrem nullo modo, nul-
loque vnquam casu acquiratur patri, nisi fortassis tan-
quam filij successori si peculium filij remanserit apud
patrem. † Sed effectus illius obligationis naturalis 21
quatenus consistit in iure retinendi soluti, acquiritur
patri iure patriæ potestatis, cùm sit ex eodem iure ci-
uili ex quo & patria potestas est, neque ex solo facto,
vt naturalis ipsa obligatio æstimetur. Acquiritur au-
tem non eo tantùm tempore quo solutio fit, sed ex
eo primùm instanti quo naturalis obligatio contra-
hitur, quia sicuti naturalis obligatio sine iure sui effe-
ctus esse non potest, ita neque ius illud vel momento
vno consistere in persona filij, cùm sit ex genere ea-
rum rerum quæ patri non reluctanti per filiũ acquiri
& possunt & debent, *d. l. placet & d. l. quod dicitur 130. D. de verb. oblig.* id est quæ in iure consistunt. Secuta
vero solutio, etsi frater ipse, cui naturaliter debitum
fuit, pecuniam solutam retineat, nemo tamen dubitat
quin ea ipsa pecunia soluta acquiratur, non ipsi filio,
sed patri, quoniam acquisitio ista, non alterius rei quã
dominij acquisitio est. Dominium autem ius est, ac in
iure, non in facto consistit. † Quæ vnica ratio est di- 22
ctæ *l. placet 79. De acquir. hered.* & cæterarum omniũ,
quæ volunt per filium acquiri omnia patri iure pa-
triæ potestatis, *l. 2. C. de patr. potest. l. 1. D. si quis à parent. manum. sit. l. siue emancipatus 17 C. de donat.* † Inde igitur 23
fit vt in proposita specie, cùm tu mihi centum mutua
numerasti, fuerim quidem soli tibi, non etiam patri
nostro ex ea causa obligatus naturaliter, sed tamẽ ita
vt eodem instãti quo tibi fuit quæsita obligatio, quæ-
situm etiam fuerit patri nostro ius retinendæ eius pe-
cuniæ, quandocunque tibi per me solueretur. Reti-
nendæ, inquam, non quasi sibi debitæ, sed quasi per
solutionem à me tibi factam acquisitæ ex tua perso-
na, vndecunque tandem illa pecunia à te ad me, &
rursum à me ad te peruenerit, etiamsi nullum pecu-
lium à patre habuerimus, interueniente fortassis ami-
co tuo, qui mihi tuo nomine ea centum numerauit, &
alio similiter amico meo, qui de suo tantundem sibi
meo nomine reddiderit. † Itaque si soluerim tibi, & 24
redderem ea centum viuo patre, dubitari non opor-
teret, quin tota pecunia soli patri acquireretur. † 25
atque ita mortuo patre, siue institutis nobis ex se-
missibus, siue mauis, ab intestato tantum in ea
pecunia essem consecuturus iure portionis meæ
hereditariæ, quantum tu pro hereditaria tua por-
tione, vt proinde nihil iam tibi profuturum esset,
quod aliquando fuissem naturaliter obligatus ti-
bi, non patri, nec rursum quod soli tibi, non etiam
patri soluissem, non magis quàm si soli patri & de-
buissem & soluissem. Quamuis si soluissem pa-
tri quod ego non ipsi, sed tibi debebam, v-
tique non essem liberatus, quia non alia solutio po-
test inducere liberationem, quàm quæ fiat ei ipsi

cûi debeatur, aut saltem eo consentieote alteri, siue
naturaliter rantùm, siue etiam ciuiliter debitum pro-
ponatur, *l.3 & 4.l.smuito.C.de solut.l.seruus 14.in fin.D.de*
26 *oblig.& action.* † Eadem igitur ratio facere debet, vt
quamuis non nisi post patris nostri mortem tibi sol-
uerim, non ideo tamen durior mea conditio esse de-
beat, quam si eo ipso die quo fuerat contracta natu-
ralis obligatio viuo adhuc patre tibi soluissem. Est e-
nim perpetuum, vt quoties de iure & effectu obliga-
tionis quæritur, non tam solutionis tempus inspiciē-
dum sit, quàm obligationis, *l. si filiusfamilias 78. D.de*
27 *verb.oblig.l.1.D.qui potior in pign.hab.* † Ergo quod ti-
bi soluero post mortem patris nostri, repetere pote-
ro per indebiti coodictionem, tanquam indebitum
pro ea parte pro qua successi patri, cùm pro ea parte
successerim in ius, non quidem creditoris, vt malè
vult Coiacius (nunquam enim pater meus in ea pe-
conia fuit meus creditor) sed in eius quod habuit pa-
ter retinendi & acquirendi sibi pecuniam illam de-
28 bitam, quandocunque tibi per me solueretor. † Ne-
que repugnat quod Africanus ponit factam fuisse so-
lutionem post mortem patris: non enim ideò perti-
net quasi putauerit ille alio iure censeri me debere
si viuo patre, alio, si post patris mortem soluerim, sed
quia facta solutione vioo patre non posset fieri locus
quæstioni De condictione indebiti, inter fratres e-
iusdem in patris potestate constitutos. Siqoidem cō-
dictio indebiti, vt & alia qoælibet condictio, actio
est, quæ non magis inter fratres filiosfamiliàs, quàm
inter patrem & filiumfamilias exerceri potest, vt ini-
29 tio diximus. † Verum autem esse, quod dicimus, O-
bligationis naturalis quæ filio fuerat quæsita, effe-
ctum acquiri patri, Sicut & effectus obligationis na-
turalis seruo quæsitæ acquiritur domino, intelligi ex
eo potest quod Vlpianus scribit in *l. sed si damnum 9.*
§.peculium.D.de pecul. Patrem vel dominum conuen-
tum actione De peculio ab extraneo filiifamilias, vel
serui creditore, posse deducere non tantum qood si-
bi debeatur ab eo vel filio, vel seruo, ex cuius perso-
na conuenitur, sed etiam quod aliis filiis vel conser-
uis debetur in eadem potestate cōstitutis. Nec enim
id permittitor, quasi quod istis debetur, ipsi patri aot
domino debeatur, sed quia si quod debetur solutum
esset creditori naturali, idipsum patri vel domino per
eum acquireretur, atque ita effectus obligationis na-
turalis cederet totus in patris commodum, vel domi-
ni: cúi proinde æquum est accommodari ius dedu-
ctionis, qui alius affectus est obligationis naturalis,
vt per eam dedoctionem tantundem consequatur
pater vel dominus, quantum per solutionem conse-
30 cuturus fuisset. † Quò etiam pertinet quod scribitur
in *l.si noxalis 11.§.est autem.ff.de pecul.* vbi quærit Vlp. si
dominus cùm conueniretur de peculio ab extraneo,
semel deduxerit quod sibi à seruo naturaliter debe-
batur, & rursus cooueniatur de peculio ab alio, an e-
ximere id debeat, id est iterum deducere de peculio,
ao verò veluti solutum ei videatur facta deductio-
ne. Et respondet, siquidem abstulit hoc dominos de
peculio non debere amplius dedocere. Si verò eau-
dem positionem peculij relinquit, hoc est, si eiusdem
quantitatis peculium manere voluit, cuius erat ante
deductionem, debere illum deducere, non qoia vi-
deatur domious eam partem in compēsationem de-
stioasse, vt quidam putant ex *l.quod Labeo 13 ff.de com-*
pens. quæ iudicio meo ad rem istam omnino non per-
tinet, sed quia prior deductio non fuit facta cum ef-
fectu, nec proinde dici potest obligationē illam na-
turalem qoæ deductionis ius indicebat, suum effectū
habuisse, siue domino, siue conseruo, aut aliis qui in
eiusdē domini potestate essent, seruus hic debuisset.
Atque ex his quidem explicata sit prior pars distin-
ctionis Africani. † Posterior pars circa eam quæstio- 31
nē versatur, An pro ea parte pro qua tu frater meus,
idémque creditor heres patri extitisti, possim ego re-
petere quod tibi solui. Habet verò hæc pars distin-
ctionis subdistinctionem illam, Vtrum nō minus ex
peculio meo ad te peruenerit, quam quantum illud
est quod volo repetere: vt si non minùs ex peculio
meo ad te perueoerit, possim repetere: si verò nihil
ad te peruenerit, nihil possim pro illa parte repetere.
Sin aliquid quidem, sed minùs, possim repetere eate-
nus quatenus ad te peruenit, ratione illa, quam Afri-
canus adfert quod naturalis obligatio, quæ tibi quæ-
sita fuerat, hoc ipso sublata videatur, quod tu peculij
mei partem sis consecutus. Præsupponendum enim
est, id de quo nemo dubitat, & vt recta sit ratiocina-
tio, sublata obligatione quod solutū fuit repeti in-
debitum, & ideo condictione indebiti repeti posse. † 32
Quantum autem differat hic casus à superiore, ex eo
cōstat quòd pro parte pro qua ego debitor heres ex-
titi patri nostro, sublata est obligatio confusione, vt
iam diximus: in hoc verò casu veluti solutioois pote-
state cùm deductio pro solutione sit, *d.l.si noxali.11.§.*
est autem.D.de pecul. in illis verbis, *an verò veluti solutū*
videatur semel facta deductione. Sunt autem ista planè
diuersi modi tollendæ obligationis, confusio & solu-
tio, licèt ad eam tollendam æqoè sint efficaces, *l. debi-*
tori 50.D.de solut.l.Stichum aut Pamphilum 95.§.aditio.
D.de solut. Porro in proposita specie apparet non mi-
nùs consecutum te esse ex meo peculio, quam quan-
tum illud est quod volo repetere. Posuimus enim pe-
culium meum fuisse ducentorum, tuum verò nō nisi
centum aureorum, atque ita per confusionē peculio-
rum factum esse vt tu ex meo peculio consecutus sis
centum, ego verò ex tuo quod totum consistebat in
obligatione illa peculiari centum aureorū quos mihi
credideras, dimidiam duntaxat partem illius obliga-
tionis, per quam factus sum creditor mei ipsius, & cō-
sequenter desij per coofusionem debitor esse quin-
quaginta tantùm. Sentis igitur lucrum ex confusione
peculiorum ad quinquaginta vsque aureos. Ac pro-
inde cùm ea ratione videar tibi quinquaginta soluis-
se, non potes recusare, quominùs ex centum tibi à me
postea solutis possim repetere non illa solùm quin-
quaginta, quæ diximus facta esse indebita, propter
sublatam confusione obligationem, pro qua parte
heres extiti patri, sed alia etiam quinquaginta, quæ
velles retinere, pro ea scilicet parte qua tu patri quo-
que heres extitisti, cùm videantur illa iam fuisse tibi
per me soluta. † Id verò fiet apertius, si mutata specie 33
ponamus peculia fuisse æqualia, id est fuisse vtrumq;
peculium separatim centum duntaxat aureorum, tē-
que centum illos tuos aureos mihi totos credidisse.
Confusis enim peculiis per mortē patris tui ex æquis
portionibus heredes extiterimus, eueniet vt tu ex pe-
culio meo nō nisi quinquaginta consequaris. Siquidē
ea centū quæ mihi numerasti etiamsi non sint à me
consumpta, meum tamen peculiū augere nō possunt,
cùm peculium nō intelligatur, nisi deducto ære alie-
no, etiam quod naturaliter tātùm debetur. tantundē
verò tibi ex ea causa debeā, quantū est in illis centū.
Alioqui dicendum erit ex ducentis, quæ erant in v-
troque peculio, conflatum fuisse peculium trecen-
torum citra vllam nouam acquisitionem, quod esset
absur-

absurdum. Nam ex vna parte licèt pecuniam nullã
habeas quippe qui totam mihi credideris, non eo
minùs tamen peculium habes, & quidem quantum
antea fuit, hoc est, cẽtum aureorum. Hæc solùm dif-
ferentia, quòd cùm ante in pecunia numerata consi-
steret, cœpit postea consistere in peculiari obligatio-
ne, ex quo tempore debitorem me habuisti. Non er-
go consequeris ex meo peculio nisi quinquaginta,
sed ea in pecunia numerata. Ego verò ex tuo tantun-
dem, sed in obligatione peculiari, quatenus illa facta
hereditaria fit mea iure heredis pro semisse: atque i-
ta faciens me creditorem mei ipsius in quinquagin-
ta qui eram tibi debitor in centum, liberat me ab o-
bligatione naturali confusionis iure in illis qoinqua-
ginta. Ergo si post factam inter nos non tam peculio-
rum quæ ampliùs peculia non sunt, quàm totius he-
reditatis diuisiuuem soluam tibi centum, pro ea qoi-
dem parte pro qua herea extiti, id est pro semisse re-
petam quod solui, sed pro alia parte pro qua tu heres
extitisti, nulla ratio est cur possim dicere, quo iure
fuerit, aut videri debeat sublata pro ea parte obliga-
tio mea naturalis. Non enim fuit sublata confusione,
quia pro ea parte semper fui debitor, nunquam cre-
ditor, tu verò contrà nunquam debitor, sed semper
creditor, quamuis alio atque alio iure, viuo scilicet
patre, ex propria tua persona, eodem verò mortuo,
iure heredis, ad quem obligatio illa tua peculiaris
facta hereditaria per causam hereditatis ad te per-
uenerit. Multo minus possis dicere sublatam esse pro
illa parte obligationem naturalem, veluti solutionis
potestate, cùm neque tibi soluerim re vera, priusquã
facta fuerit numeratio pecuniæ, de cuius repetitione
tractamus. Neque ex peculio meo plus consecutus
sis, quàm ego ex tuo propter quod possim videri sol-
uisse. Reliquum igitur est vt supersit obligatio natu-
ralis quæ semel fuit contracta, & nunquam dissolu-
34 ta, quę proinde impediat soluti repetitionem. † Pro-
bat autem Africanus, non quidem fratrem debitorẽ
posse repetere pro qua parte frater creditor heres ex-
titit, si non minùs ex peculio fratris debitoris ad eũ-
dem fratrem creditorem peruenerit, de quo vix po-
terat dubitari, sed quod erat difficilius, non posse re-
petere si vel nihil, vel minùs ex peculio suo ad fratrẽ
peruenerit creditorem: Et probat hoc argumento,
quòd si pater in proposita specie mihi debitori totũ
peculium meum prælegasset, quod diximus fuisse
ducentorum, officium quidem arbitri familiæ ercis-
cundæ qui inter nos diuideret hereditatem tale es-
se deberet, vt patris nostri voluntatem secutus, iube-
ret me mihi totum illud peculium retinere ac præ-
cipuum habere, nec pati vt in diuisionem tecum ve-
niret, sed tamen futurum, vt posses tu æquitate eius-
dem iudicij ex eo peculio deducere quantum tibi à
me deberetur, pro qua parte patri nostro heres exti-
tisses, vt ea deductio vice solutionis cederet, tibique
acquireret ius retentionis. Nam cùm prælegatũ ni-
hil aliud sit quàm legatum quod vni ex heredibus
relinquitur, ac proinde quicquid illud est quod præ-
legatum fuit, eius necesse sit capi partem iure here-
ditario, partem verò iure legati, id est partem ab eo
ipso, cui fuit prælegatum, partem verò à coherede,
l. miles ad sororem 75. §. 1. *de leg.* 2. *l. in quartam* 91. *ff. ad
legem Falcidiam.* Consequens est vt quemadmodum
pro qua parte ego debitor, idémque prælegatarius
patri nostro heres extiti, prælegatum nõ valeat, quia
mihi à meipso legari non potuit *l. & quidem totum.*
18 *de leg.* 1. ita pro qua parte heres extitisti, & valeat
& ex tua portione ad me peruenire intelligatur. Quo
præsupposito non est mirum habere te ius retentio-
nis ob illam obligationem naturalem, quæ pro ea
parte nunquam fuerit dissoluta, & in eam rem vti de-
ductione, id est, impetrare ab arbitro familiæ ercis-
cundæ, vt peculium meum quod non obstante præ-
legato confusum est in hereditate, factúmque here-
ditarium, ac proinde commune mihi & tibi, nõ priùs
apud me præcipuum manere iubeatur, quàm tu de-
duxeris ex ea portione quæ mihi à te iure legati ob-
tingit, quinquaginta illa quæ tibi adhuc supersunt
debita ex naturali mea obligatione, quoniam nisi
consuleres tibi per eiusmodi deductionem, nullum
superesset tibi ius, aut potiùs nullus modus retentio-
nis. Quòd si eo quoque casu quo peculium meũ mi-
hi prælegatum fuerit, habes contra me ius deductio-
nis, quanto magis habere debet ius retentionis si vl-
tro tibi soluero quod debeo cum non esset mihi pe-
culium prælegatum? † Hic enim solennis Africani 35
mos est argumentandi, vt probet obscurum per ob-
scurius, difficile per difficilius, quod significat ipse e-
tiam contextus verborum, *adeò vt si prælegatum, &c.*
Ex qua ratiocinatione tãto magis apparet verum es-
se quod docuimus, obligationem naturalem nõ fuis-
se quæsitam patri. Nam si fuisset quæsita, is certè præ-
legãdo mihi totum meum peculium, totam illam o-
bligationem peculiarem in me transfudisset, hacte-
nus saltem ne possem cogi vllam eo nomine pati ex
peculio meo deductionem. † Vtitur etiam Africanus 36
alia ratione sumpta ex Iuliano quem habuit præce-
ptorem. Nam si extraneo creditori quinquaginta ista
debuissem quæ tibi debui, & post mortem patris no-
stri non solùm egisset ille contra me tanquam sibi o-
bligatum ciuiliter, sed etiam exegisset, nondum acce-
pto inter nos familiæ erciscundæ iudicio, tantum e-
go recuperare à te meo coherede per officium arbi-
tri potero, quantum creditor meus actione de pecu-
lio à te consequi potuisset, id est, quantum in peculio
pro parte tua hereditaria fuisset. Quoties enim filius-
familias cum extraneo contrahit, duo fiunt debitores
eiusdem creditoris, filiusfamilias in solidum, pater
verò de peculio, ita vt vterq; ciuili & propria actio-
ne teneatur, *l. si quis cum filiofamilias* 44. *D. de pecul.* I-
taque cùm non minus esset in peculio, quàm quan-
tum debebem, & tu tanquam coheres patris ea actio-
ne de peculio partem debiti ex parte peculij soluere
cogi potuisses: æquum est, si ego totum de meo sol-
uerim, non ob id meliorem fieri tuam conditionem,
sed tantundem te mihi debere reddere iudicio fami-
liæ erciscundæ, quantum creditori meo actione De
peculio præstare debuisses. Quid enim tua interest
an præstes mihi, an extraneo creditori, & an actione
De peculio, an iudicio familiæ erciscundæ, dummo-
dò non plus præstes vno casu quàm alio? Hoc verò
supposito infert Africanus, si re integra, & nondum e-
xacto à me per extraneum creditorẽ quod ei debe-
bam, iudicium familiæ erciscũdæ inter nos accipia-
tur, æquum esse ita peculium diuidi, vt vsque ad eius
quantitatem præstes me indemnem, id est, vel caueas
mihi de indemnitate, vel patiaris ex tua peculij por-
tione in diuidenda hereditate tantum penes me re-
manere, quãtum necesse ad solutionẽ creditori meo
ita faciendum, vt non morer in damno. Itaque si de-
bebam creditori extraneo quinquaginta, retinebo e-
go ex peculij mei tua parte, quæ est centum aureorũ
viginti quinque quæ alioquin fuerant ad te perten-
tura. Ex hoc verò rursum idem Africanus infert, si æ-
quum est defendi me à te, ac indemnẽ præstari cõtra
extraneum creditorem, multo magis debere te mihi

eandem indemnitatem præstare in eo quod tibi ipsi
debeo. Facilius enim est, minúsque tibi onerosum, vt
ex eo lucro quod tu per peculiorum confusionem, &
ex mei peculij communicatione consequeris (semper
enim ponimus meum esse vberius tuo) tibi ipsi eo gratis
soluere quod ego tibi debeo, quàm vt extraneo. Sibi
enim soluere quis potest, & plerumque debet, etiā
sine actione, cùm tamen alij soluere nemo cogatur
nisi actione interueniente, *l. si pupilli 6. §. vlt ff. de ne-*
37 *got. gest. l. quoties 9. §. sicut autem ff. de admin. tutor.* † Quæ
postrema Africani ratiocinatio, vt apparet, non eodem
pertinet quò superior, vt probet non posse me
repetere quod tibi soluerim pro qua parte heres extitisti,
si vel nihil, vel minus ex peculio meo ad te peruenerit,
sed vt è contrario probet posse me repetere
pro ea quoque parte, si non minus ex peculio meo ad
te peruenerit, quàm supersit in obligatione mea naturali.
Quod enim concludit Africanus, longè magis debere
me præstari à te indemnem in eo quod tibi debeo,
nihil aliud est quàm quod initio dixit dandam
esse mihi pro ea parte repetitionem. Nulla enim alia
ratio est qua me possis præstare indemnem posteaquā
tibi solui quod amplius non debebam, hoc est, quod
habendum erat pro soluto, hoc ipso quod peculij mei
partem esses cōsecutus vberiorem quàm ego tui. Hoc
enim semper ponendum est, quasi è contrario fingeremus
peculia esse æqualia, cessarent omnes illæ rationes
Africani, quibus probare vult dandam mihi esse
38 se condictionem. † Et hæc ad Africanum nostrum adnotasse
sufficiat. Nam quod sequitur in §. *quæsitum*, de obligatione naturali acquisita filio contra patrem, & vicissim patri contra filium, sicut ad eundem tractatum pertinet, ita ex superioribus intelligi facilè potest, probátque euidentissimè quàm verum sit quod nos defendimus, Obligationem naturalem sic acquiri filio, vt per eundem filium non possit acquiri patri, cui alioquin acquireretur contra seipsum. Ponendum tamen est, vt Africanus ponit, factam fuisse solutionem ex illa naturali obligatione post emancipationem. Alioqui si facta esset durante patria potestate, non posset locus esse quæstioni De condictione indebiti, non ob id solùm quòd nulla possit esse lis inter patrem & filiumfamilias extra causam castrensis peculij, *l. 4. ff. de iudic.* sed etiam quia pecunia filiofamilias soluta etiam ab extraneo, nedum à patre acquireretur patri tanquam effectus obligationis naturalis, vt & alia quælibet acquisitio dominij per filium ad patrem deuolueretur. Remanere verò naturalem obligationem etiam post emancipationem probat Africanus hoc argumēto, quòd si intra annum post emancipationem ageret extraneus de peculio contra patrem debitorem filij, etiam quod pater filio naturaliter debuisset in peculio computaretur. Nam & deductio illa & computatio, quarum altera minuit, altera auget peculium, effectus sunt obligationis naturalis. Reliqua in Rationalibus dicemus, quæ si absoluere dabit Deus Opt. Max. non habebunt iuris studiosi quibus nostra omnia vouemus, quod conquerantur, cur hos Coniecturarum libros qui penè in infinitum produci poterant, vigesimo concludamus.

F I N I S.

Gloria tota Deo qui hæc nobis otia fecit.

INDEX





INDEX

PRONVNTIATORVM

ET VERBORVM IVRIS INSIGNIORVM,

QVAE IN HIS VIGINTI ANTONII FABRI I.C.

acutissimi & Doctissimi Coniecturarum libris

continentur, elementorum serie

dispositus.

Primus numerus librum, secundus caput, tertius summarij numerum in margine notatum designat.

Consti-

donatio

Infa-

Libertus.

pater

FINIS.

INDEX LEGVM IVRIS CIVILIS, QVAE IN HIS CONIECTVRARVM LIBRIS AB ANTONIO FABRO AVT EXPLICANTVR, AVT EMENDANTVR; in hoc verò elencho secundùm ordinem librorum & titulorum Iuris disponuntur.

l. quum,

l.qui

l.fur dud

LEGES CODICIS.

Ex



INDEX LEGVM QVAS ANTONIVS FABER A TRIBONIANO INTERPOLATAS esse ostendit.

INDEX IVRIS INTERPRETVM, QVORVM OPINIONES REFERVNTVR, VEL CONFIRMANTVR, VEL ETIAM refelluntur.

Accursius.

Alciatus.

Alexander.

Aretinus.

Ant. Augustinus.

Azo.

Ioannes Bacheus.

Balduinus.

Baldus.

Eguinarius Baro.

Bartolus.

Bulgarus.

Burrigarius.

Paulus Castrensis.

Franciscus Connanus.

Antonius Contius.

Ioannes Corasius.

Didacus Couarruuias.

Aymo Crauetta.

Franciscus Crauetta.

Iacobus Cuiacius.

F I N I S.

